TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL D.L. 701

LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA REGULATORIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PINKAS FLINT

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2002

PINKAS FLINT BLANCK es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en Negociaciones Internacionales de las Naciones Unidas (UNCTAD/GATT). Magíster en Derecho por la Universidad de Harvard, Magíster en Administración por la Escuela de Administración de Negocios para Graduados (ESAN) y MBA por la Université dú Québec á Montreal (UQAM). Obtuvo el Diploma de Empresariato de Harvard Business School y el Diploma de Alta Gerencia de la Universidad de Oxford. Actualmente es profesor del Programa Magíster de ESAN y del Programa de Maestría de Derecho Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha publicado varios textos en el área del Derecho Empresarial, Derecho Laboral, Negociaciones Empresariales, Bancarias y Gestión de Empresas en Crisis. Es conferencista y profesor visitante del INCAE de Costa Rica, IESE de España, ICESI, Universidad de los Andes y Universidad Piloto de Colombia y Universidad Gabriela Mistral de Chile. Es Abogado Senior del Estudio Flint Abogados, firma especializada en derecho empresarial. Es igualmente socio de Flint Consulting Group, empresa con amplia experiencia en el reflotamiento y reconversión de empresas en crisis. Es autor de varios textos de Derecho y Administración, entre ellos, ***La Negociación Empresarial***, ***Derecho Empresarial***, ***Gestión de Empresas en Crisis Técnicas de Reflotamiento***, ***Derecho Concursal Uso de Figuras Jurídico Financieras y Económico Estratégicas para Empresas en Épocas de Crisis***, ***Tratado de Defensa de la Libre Competencia*** y ***Negociaciones Eficaces***.

TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PINKAS FLINT

Doctor en Derecho

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL D.L. 701

LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA REGULATORIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2002

Tratado de Defensa de la Libre Competencia
Estudio exegético del Decreto Legislativo 701
Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia

Primera edición: junio de 2002

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Cercado de Lima, Perú
Teléfonos: 330-7410 - 330-7411; Telefax: 330-7405
E-mail: feditor@pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

ISBN: 9972-42-466-9
Hecho el Depósito Legal: 1501362002-1346

Impreso en Perú - Printed in Peru

A mi esposa e hijos, quienes han sobrellevado,
a través de los años, las largas horas de ausencia
que demandó la presente obra.

Índice

Agradecimientos 19

Introducción 21

Capítulo I. El Mercado y la Libre Competencia 23

1.1 Concepto de libre competencia y su regulación 23

1.1.1 Bien Jurídico Protegido 23

1.1.2 Desarrollo histórico de la protección a la libre competencia en el Mundo 39

1.1.3 Desarrollo histórico de la protección de la libre competencia en el Perú 53

1.1.4 Comparación de los modelos económicos de la Constitución de 1979 y 1993 56

1.2 Teoría de la concurrencia en el mercado 87

1.2.1 Definición del Contexto Económico del Mercado 87

1.2.2 La Naturaleza del Ilícito Concurrencial 98

1.2.2.1 Competencia Ilícita 102

1.2.2.2 Competencia Prohibida 102

1.2.2.3 Competencia Desleal 103

1.3 Análisis económico de la libre competencia 117

1.3.1 El análisis económico del Derecho 117

1.3.2 El modelo de Competencia Perfecta 154

1.3.2.1 Sus principales características 154

1.3.3 La Competencia Imperfecta 162

1.3.3.1 El Monopolio 164

1.3.3.2 El Oligopolio 198

1.3.3.3 Los Carteles 200

1.3.4 Definición del Mercado Relevante 211

1.3.4.1 El Concepto del Mercado Relevante 211

1.3.4.2 La delimitación del producto 211

1.3.4.3 La configuración geográfica del mercado 212

1.3.4.4 El Rol del Estado en la determinación del mercado relevante 214

1.3.5 Poder de Mercado y Posición de Dominio 218

1.3.5.1 Metodología para la Medición de la Concentración en el Mercado. Índices de Medición 221

1.3.6 Barreras de Entrada 224

1.3.6.1 El concepto de Barreras de Entrada y Salida al mercado. Conductas que distorsionan la competencia 224

1.3.6.2 El Abuso de la Posición de Dominio 227

1.3.6.3 Las Prácticas Restrictivas de la Competencia 228

1.3.6.3.1 Prácticas Horizontales 229

1.3.6.3.2 Prácticas Verticales 240

1.3.7 Instrumentos de la Política de Competencia 245

1.3.7.1 Control de Estructuras del Mercado 245
1.3.7.1.1 Concentraciones 245
1.3.7.1.1.1 Fusiones y Adquisiciones 245
1.3.7.1.1.2 El concepto de concentración en la normatividad nacional 248
1.3.7.1.1.3 El concepto de concentración en la normatividad comparada 310
1.3.7.1.1.4 El pase previo como condición para la fusión. Argumentos a favor y en contra 317
1.3.7.2 Control de las Conductas Anticompetitivas 322
1.3.7.2.1 Situaciones que ameritan la intervención de los organismos reguladores 322
1.3.7.2.2 Medidas coercitivas 322
1.3.7.2.3 La desinversión 323
1.3.8 El rol del Estado en la definición de la estructura de los mercados 323
1.3.9 Las fallas del mercado y la intervención del Estado 325
1.3.9.1 La regulación del mercado. Sus riesgos 325
1.3.9.2 Proceso de desregulación en el mercado peruano 327

Capítulo II. Análisis Exegético del Decreto Legislativo 701 339
2.1 Conceptos Generales 339
2.1.1 Antecedentes Legislativos 339
2.1.2 El objeto de la Ley 340
2.1.3 Prácticas Monopólicas Controlistas y Restrictivas 343
2.1.4 El Concepto de Libre Competencia 349
2.1.5 Las Actividades Comprendidas en la Ley 351
2.1.6 El Principio Constitucional de la Iniciativa Privada 356
2.1.7 El Bienestar del Consumidor 358
2.2 Ámbito de aplicación de la Ley 381
2.2.1 Personas Naturales y Jurídicas 381
2.2.2 Derecho público y privado 386
2.2.3 Responsabilidad del Directorio ante la sociedad 391
2.2.4 Responsabilidad ante terceros 392
2.2.5 Representación 393
2.2.6 La Empresa 396
2.2.7 Instituciones 399
2.3 Prohibiciones 401
2.3.1 Prohibiciones y Sanciones 401
2.3.2 Actos y Conductas 418
2.4 Posición de dominio 461
2.4.1 Concepto de empresa 462
2.4.2 Posición de dominio en el mercado 467
2.4.3 La Actuación de manera independiente 486
2.4.4 El desarrollo tecnológico de los bienes y servicios 510
2.4.5 El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros 512
2.4.6 Canales de Distribución 513
2.5 Abuso de posición de dominio 517

2.5.1 Concepto de abuso de posición de dominio 518
2.5.2 Conducta Indebida y Prácticas de Exclusión 526
2.5.3 La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o presentación, de productos o servicios 531
2.5.4 La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. La Discriminación de Precios y los Precios Predatorios 539
2.5.5 La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. Las Ventas Atadas 552
2.5.6 Otros casos de efecto equivalente 555
2.5.6.1 Los convenios de exclusividad 556
2.5.6.2 Fijación de precios mínimos de reventa 559
2.5.6.3 Explotación Desleal 559
2.6 Restricciones de la libre competencia 561
2.6.1 Las Restricciones Horizontales. La Colusión entre competidores 607
2.6.1.1 El paralelismo consciente de precios y los *plus factors* 608
2.6.1.2 Los carteles 611
2.6.1.3 Regla *Per se* y Regla de la Razón 616
2.6.1.4 Criterios Europeos para evaluar prácticas concertadas 619
2.6.1.5 Otras Concertaciones de Precios 636
2.6.2 La división de mercados, clientes y/o productos 642
2.6.3 Reparto de cuotas de producción 653
2.6.4 La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponde a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor 655
2.6.5 La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros 658
2.6.6 La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo de la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos 671
2.6.7 La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios. El Boicot Grupal 678
2.6.8 Restricciones Verticales 686
2.6.8.1 Mantenimiento de los precios de reventa 686
2.6.8.2 Otras Restricciones Verticales 689
2.6.9 La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones 692
2.6.10 La Distribución 694
2.6.10.1 El concepto de la distribución dual: 700
2.6.10.2 Otros temas de distribución 703
2.6.11 El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas 704

2.6.12 Otras restricciones 706
2.6.12.1 Lista de verificación para determinar si una propuesta de *joint venture* puede resultar en una concertación ilegal de precios u otra conducta prohibida 706
2.6.12.2 Lista de verificación de factores que sirven para determinar si enfrentamos una restricción vertical u horizontal en un reparto de mercado 708
2.6.12.3 Lista de verificación de factores relevantes que sirven para una investigación acorde a la regla de la razón 709
2.7 De los organismos competentes 715
2.7.1 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual 716
2.7.2 Facultades de la Comisión 723
2.7.3 El procedimiento administrativo 740
2.7.3.1 Concepto del procedimiento administrativo 740
2.7.3.2 Clasificación de los procesos administrativos 744
2.7.3.3 Principios del proceso administrativo 747
2.7.3.4 Sujetos del procedimiento administrativo 750
2.7.3.5 Inicio del procedimiento administrativo 751
2.7.3.6 Características Fundamentales del Procedimiento Administrativo 756
2.7.3.7 Elementos del Proceso Administrativo 757
2.7.4 Del procedimiento 758
2.7.4.1 La Investigación 758
2.7.4.2 La prueba 764
2.7.5. La acción penal 776
2.7.5.1 El delito penal económico 777
2.7.5.2 Análisis del Artículo 232 del Código Penal 796
2.7.6. La Indemnización Civil por Responsabilidad Extracontractual 809
2.7.7. Las sanciones administrativas. Criterios de graduación de la pena 814

Capítulo III. El tratamiento de la libre competencia en la legislación comparada 823
3.1 Tratados Internacionales 823
3.1.1 Comunidad Andina de Naciones 824
3.1.2 El Mercado Común del Sur - MERCOSUR 828
3.1.3 Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos 830
3.2 Legislación latinoamericana de defensa de la libre competencia 833
3.2.1 Argentina 833
3.2.2 Bolivia 839
3.2.3 Brasil 841
3.2.4 Colombia 848
3.2.5 Chile 870
3.2.6 Costa Rica 872
3.2.7 México 876
3.2.8 Panamá 882
3.2.9 Venezuela 888
3.3 Legislación del Mercado Común Europeo 895

3.4 El Derecho Antitrust Norteamericano 915
3.4.1 La Ley Sherman 917
3.4.2 Ley Clayton 921
3.4.3 Ley de la Comisión Federal de Comercio 922

CAPÍTULO IV. LÍNEA JURISPRUDENCIAL ADMINISTRATIVA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA 925
4.1 Ámbito de aplicación de la ley (Art. 2) 929
4.1.1. Resolución: 229-97-TDC 929
Carlos León Madalengoitia (El señor Mandalengoitia)/Doctora Química Farmacéutica Estela Vargas Lacarnaque (Doctora Vargas), Colegio Químico Farmacéutico Regional del norte, Colegio Químico Farmacéutico del Perú.
4.2 Abuso de posición de dominio (Art. 5) 933
4.2.1 Resolución: 014-93-IDECOPI/CLC 933
Empresa Servicios Técnicos Marítimos S.A./Empresa nacional de Puertos S.A. – ENAPU.
4.2.2 Resolución: 057-95-INDECOPI/CLC 936
Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC)/Empresa Los Portales S.A., Corporación Peruana de Aeropuerto y Aviación Comercial S.A. (CORPAC)
4.2.3 Resolución: 003-93-INDECOPI/CLC 940
Fondo de Fomento/Ganadería Lechera del Sur (FONGALSUR)
4.2.4 Resolución: 034-94-INDECOPI/CLC 944
Sr. Vicente Torres Marcani y Otros / Sindicato Central Unico de Transportistas Manuales de Mercado Mayorista N°. 1, Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru, Empresa de Mercados Mayoristas S.A. EMMSA.
4.2.5 Resolución: 018-94-INDECOPI/CLC 946
Empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A./ Alcalde del Consejo Distrital de San Antonio, Sr. Máximo Adolfo Chauca Chumpitaz, Regidor del mismo Distrito, Sr. Donald Jaime Aguilar Sanchez, Sr. Juan A. Chumpitaz
4.3 Mercado relevante 949
4.3.1 Resolución: 0078-19997TDC-Indecopi 949
Empresa editorial El comercio S.A. (El Comercio)/ Aero Continente S.A. (Aero Continente)
4.3.2. Resolución: 0117-1997/TDC-Indecopi 956
Fundición de Metales Bera del Perú S.A. (BERA)/ Minsur S.A. (Minsur)
4.4 Discriminación de precios y condiciones 961
4.4.1. Resolución: 0106-1998/TDC-Indecopi 961
Formas Contínuas y Derivados S.A (FOCODESA)/ Servicios Postales del Perú S.A (SERPOST)
4.5 Negativa injustificada 969
4.5.1. Resolución: 0216-1999/TDC-Indecopi 969
Roberto Bergerman Acosta (señor Bergerman), Walter Barbosa mendoza (señor Barbosa)/ Asociación de Productores Agrícolas Mercado de Santa Anita (APAMSA)

4.6 Cláusula de atadura 975
4.6.1. Resolución: 0237- 1999/TDC –Indecopi 975
AFP Integra S.A. (Integra)/ Colegio de Abogados de Loreto (el Colegio)
4.6.2. Resolución: 0284-1999/TDC-Indecopi 983
AFP Integra S.A. (Integra)/ Colegio de Abogados de Loreto (El Colegio).
4.7 Prácticas restrictivas (Art. 6) 985
4.7.1 Resolución: 00255-1997/TDC-Indecopi 985
Petróleos del Perú S.A. (Petro Perú) /Rheem Peruana S.A. (REEM), Envases Metálicos S.A (Envase Metálico)
4.7.2 Resolución: 0251.1997/TDC-Indecopi 993
Petróleos del Peru S.A. (Petro Perú) /Rheem Peruana S.A. (REEM), Envases Metálicos S.A. (Envase Metálico)
4.8 Acuerdo colusorio 995
4.8.1 Resolución: 015-93INDECOPI/CLC 995
Secretaria Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia/Federación de Choferes del Perú (FECHOP), Asociación de Transporte Urbano de Lima y Callao (ASETUP) y otros.
4.9 Concertación de precios 999
4.9.1. Resolución: 039-95-INDECOPI/CLC 999
Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la provincia de Huaral/ Regidor del Consejo provincial de Huaral, Sr. Carlos Merina Mercado.
4.10 Reparto del mercado 1003
4.10.1 Resolución: 011-93INDECOPI/CLC 1003
Sr. Pedro Pinto Cornejo /Subprefecto de Arequipa y del Comité de Distribuidores de Kerosene de Arequipa.
4.10.2 Resolución: 206-97-TDC 1005
Miguel Segundo Ciccia Vásquez E.I.R.L. (CIVA)/Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (Mariscal Cáceres)
4.10.3 Resolución: 012-93-INDECOPI/CLC 1011
Best Clean S.A./Alcalde del Consejo Distrital de San Luis.
4.11 Acceso al mercado 1015
4.11.1 Resolución: 012-94-INDECOPI/CLC 1015
Sr. Cirilo Echevarria Aguilar y otros/Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa, el Alcalde de dicho Consejo Municipal.
4.12 Distribución 1017
4.12.1 Resolución: 020-94-INDECOPI/CLC 1017
Gerente General del Diario la Mañana/Federación de Diarios Revistas y Loterías. (FEVENDRELP)
4.12.2. Resolución: 028-94-INDECOPI/CLC 1017
Gerente General del Diario la Mañana/Federación de Diarios Revistas y Loterías. (FEVENDRELP)
4.13 Paralelismo de precios 1021
4.13.1 Resolución: 047-95-INDECOPI/CLC 1021
Secretaria Técnica de Comisión Multisectorial de la Libre Competencia/Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y otros.

4.13.2 Resolución: 0296-1999/Indecopi 1025
Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú -AGESP/ Compañía de Petróleos Shell Perú S.A. (SHELL), Texas Petroleum Company Sucursal del Perú (TEXACO)
4.14 Cuota de Producción/cárteles 1035
4.14.1 Resolución: 276-97-TDC 1035
Secretaria Técnica de la Comisión de la Libre Competencia/Asociación Peruana de Avicultura y Otras (las Empresas Avícolas)
4.14.2. Resolución: 0166-1997/TDC-Indecopi 1080
Comisión de la Libre Competencia/Asociación Peruana de Avicultura y otros.
4.14.3 Resolución: 0167-1997/TDC-Indecopi 1082
Comisión de la Libre Competencia/Asociación Peruana de Avicultura y otros.

CAPÍTULO V. EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SIGLO XXI 1085
5.1 Las economías de red y los efectos del comercio electrónico 1085
5.1.1 El Comportamiento de los agentes económicos en el siglo XXI -Cooperar Compitiendo 1114
5.1.2 El Concepto de Escala Vs. Alcance 1125
5.1.3 La Interconcexión y el efecto red 1133
5.2 Lineamientos generales para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones 1137
5.2.1 Introducción 1137
5.2.2 Fines de la Legislación de Libre Competencia en Telecomunicaciones 1138
5.2.2.1 La Función de OSIPTEL en el Mercado respecto de la Libre Competencia 1138
5.2.3 Principios Generales de Aplicación de las Normas de Libre Competencia 1140
5.2.3.1 La Regla de la Razón y la Regla *Per Se* 1140
5.2.3.2 El Mercado Relevante 1141
5.2.4 El Abuso de Posición de Dominio en el Mercado de las Telecomunicaciones 1143
5.2.4.1 Posición de Dominio en el Mercado 1143
5.2.4.1.1 Determinación del nivel de competencia en el mercado relevante y del poder de mercado de la empresa. 1144
5.2.4.2 La Cláusula General de Abuso de Posición de Dominio 1146
5.2.4.3 Casos Especiales de Abuso de Posición de Dominio 1147
5.2.4.3.1 Negativa Injustificada a Contratar 1147
5.2.4.3.2 Discriminación de Precios y Condiciones. 1148
5.2.4.3.3 Cláusula de Atadura y Empaquetamiento 1148
5.2.4.3.4 Prácticas con Efectos Depredadores 1149
5.2.4.3.5 Prácticas con Efectos Equivalentes 1151
5.2.5 Prácticas Restrictivas 1152

CAPÍTULO VI. LINEAMIENTOS PARA EL ANÁLISIS DE TEMAS DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA 1169
6.1 Lineamientos norteamericanos 1171
6.1.1 Restricciones Horizontales (Estructura de Mercado) 1171
6.1.1.1 Horizontal Merger Guidelines: Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines. 1171

6.1.1.2 National Association of Attorneys General Horizontal Merger. 1188
6.1.2 Restricciones Horizontales (conducta) 1201
6.1.2.1 Antitrust Guidelines for Collaborations among competitors of the Federal Trade Commission and Department of Justice 1201
6.1.3 Restricciones Verticales (conducta) 1224
6.1.3.1 The Repudiated Vertical Restraints Guidelines of the US Department of Justice 1985. 1224
6.1.3.2 National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines 1985 Amended 1988, 1995 1239
6.1.3.3 Antitrust Guidelines for licensing of Intellectual Property of the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 1995 1251
6.1.4 Operaciones Internacionales 1271
Antitrust Enforcement guidelines for International Operations of the US Department of Justice and Federal Trade Commission, April 1995
6.2 Lineamientos Europeos 1295
6.2.1 Restricciones Horizontales (Estructura de Mercado) 1295
6.2.1.1 Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations. 1295
6.2.1.2 Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentration between undertakings. 1299
6.2.2 Joint Ventures 1316
6.2.2.1 Commission Notice on the distinction between concentratrive and cooperative joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings 1316
6.2.3 Patentes y Transferencia de Tecnología 1321
6.2.3.1 Commission Regulation (EEC) No. 2349/84 of 23 July 1984 on the applications article 85(3) of the Treaty 1984 on the applications article 85 (3) of the Treaty por certain categories of patent licensing agreement 1321
6.2.3.2 Commission Regulation (EC) No. 240/96 of 31 January 1996 on the application of article 85 (3) of the treaty to certain categories of technology transfer agreements 1332
6.3 Lineamientos sobre Telecomunicaciones 1349
Draft Guidelines in the applications of the competition act in the telecommunications Sector-Consulation 1999 (OFTEL)

ANEXOS 1387
A. Legislación Nacional 1387
1. Decreto Legislativo 701 1387
2. Decreto Legislativo 807 1393
B. Legislación Internacional 1415
B.1 Legislación Norteamericana 1415
1. Sherman Act 1415
2. The Clayton Act 1416
3. Federal trade commission Act 1418

B.2 Legislación Europea 1456
1. Tratado de Roma 1456
B.3 Tratados Internacionales 1457
1. Decisión 285-CAN 1457
Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia
2. Tratado de Asunción-MERCOSUR 1461
3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte-NAFTA 1466

BIBLIOGRAFÍA 1471

Agradecimientos

El presente trabajo no hubiera sido posible sin la colaboración del Dr. Enrique Normand, asesor de la investigación doctoral, así como la de Alfredo Bullard, Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Gonzalo Ruiz, Jefe de Estudios Económicos del Indecopi, a quienes agradezco su tiempo y apoyo.

Igualmente un profundo agradecimiento a mis asistentes de investigación Dr. Carlos Flores, Dra. María Elena Labarthe, Srta. Rosa Jorge y las bachilleres Elizabeth Zamudio y Úrsula Salas quienes trabajaron conmigo en la elaboración, paso a paso, de la presente obra. A todos ellos mi profundo y sincero agradecimiento.

Toda obra académica es el resultado de recopilación, interpretación, reinterpretación y aporte. Este caso no es la excepción. Hemos analizado las normas, textos doctrinarios nacionales e internacionales, decisiones administrativas y judiciales, tratando de aportar una nueva visión al complejo tema de la libre competencia.

A todos gracias.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación está dividido en 6 capítulos los que tienen una secuencia lógica y sistemática. La obra se inicia con el marco económico del derecho de la competencia y culmina con los lineamientos metodológicos para resolver los problemas derivados de las conductas restrictivas al comercio.

El primer capítulo explica los conceptos fundamentales del análisis económico del derecho y el modelo de mercado perfecto e imperfecto, tratando en este último los conceptos de monopolio, oligopolio y cárteles. Luego se aborda el mercado relevante, el poder de mercado, la posición de dominio y el rol del Estado en el diseño de las políticas de competencia. El estudio de la libre competencia demanda un profundo conocimiento micro y macroeconómico, sustento de la racionalidad de los órganos reguladores y de los tribunales que deben enfrentar los casos de defensa de la libre competencia.

El segundo capítulo de la obra se aboca al tratamiento exegético del Decreto Legislativo 701, con especial énfasis en las figuras del abuso de posición monopólica y de las prácticas restrictivas. El estudio exegético comprende tanto los aspectos sustantivos como los procedimentales, así como lineamientos metodológicos desarrollados por la doctrina para el análisis de las diferentes conductas bajo estudio.

El tercer capítulo comprende el estudio de la legislación comparada. En este se revisan los tratados de carácter multilateral, de aplicación en mercados ampliados y las legislaciones nacionales latinoamericanas. La legislación de cada país ha sido descrita en 3 niveles, a saber: Marco constitucional, legislación protectora de la libre competencia y legislación penal.

El cuarto capítulo describe la línea jurisprudencial del Indecopi. El Juez Holmes, vocal de la Corte Suprema americana, señalaba que debíamos entender por derecho aquello que real y efectivamente hacían las Cortes y no lo que se encontraba en los textos. Este concepto es totalmente pertinente en una disciplina en permanente formación como es la normatividad de defensa de la libre competencia. Por ello se consigna las decisiones del Indecopi en base a un orden temático. No menos importante por su naturaleza obligatoria son los precedentes incluidos.

El quinto capítulo es una profunda reflexión sobre la revolución en la materia a raíz de los cambios tecnológicos del siglo XXI. Se analiza los desafíos a la disciplina creados por las nuevas modalidades del comercio mundial, como la globalización, la cooperación competitiva y el efecto red.

El sexto capítulo comprende los lineamientos doctrinarios desarrollados por los órganos administrativos y judiciales americanos y europeos para el análisis de conductas restrictivas y cambios en la estructura de mercado.

La revisión de la estructura del texto permite al lector comprobar que los temas han sido tratados en dos ejes. El primero es el análisis exegético de cada artículo de la ley (Decreto Legislativo 701) y a través de este el estudio de la figura jurídica (sea abuso de posición de dominio; concertación horizontal o vertical). El segundo es la profundización de la materia con la lectura de las resoluciones administrativas y los sistemas metodológicos para el análisis de cada tema.

La estructura descrita permite al alumno, profesor o investigador de la materia una visión general y completa del tema. Igualmente proporciona a los abogados y consultores un conjunto de herramientas conceptuales que les permitirá formular adecuadamente el diagnóstico de conductas empresariales que podrían infringir la libre competencia. Las metodologías expuestas han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia americana y europea.

Creemos que este trabajo llena un vacío bibliográfico en el país pues son escasas las obras dedicadas a la disciplina de la defensa de la libre competencia.

Conforme nuestro país desarrolle sus mercados de capitales y los agentes económicos actúen decididamente en el mercado, mayor será la necesidad de reglas claras y la defensa de un modelo que ha sido la clave para el desarrollo de la competitividad de otras naciones en los últimos 150 años. No proteger el modelo de mercado nos creará ineficiencias, pérdidas de competitividad, distorsiones y abusos, todo en detrimento del consumidor y finalmente pobreza y aislamiento para los más.

Por ello es necesario que los profesores de la materia difundan, con convicción, el único sistema que por más de un siglo ha mostrado sus virtudes: El sistema del libre mercado.

CAPÍTULO I
EL MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA

1.1. CONCEPTO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y SU REGULACIÓN

1.1.1. Bien Jurídico Protegido

El Derecho de la Libre Competencia esta íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía de mercado. El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia de producción, así como reprimir y castigar dichos excesos sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado. Este derecho asume que la competencia debe ser defendida y que como bien jurídico no puede dejarse al libre albedrío de los agentes económicos. Igualmente que el mercado carece de los mecanismos de autorregulación que impidan distorsiones por conductas anticompetitivas y que en esos casos el Estado debe intervenir como árbitro con reglas claras y transparentes.

Como señala José Antonio Olaechea, el «Derecho de la Libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas, a saber:

- Las normas sobre Competencia Desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí.

- Las normas de Defensa del Consumidor que protegen los intereses de los consumidores, en oposición a aquellas que regulan a productores y comerciantes.

- El derecho de Libre Competencia que vela por el sistema de libre mercado en su conjunto»[1].

El término competencia o libre competencia es utilizado tanto por el Derecho como por la Economía, partiendo ambas ciencias de supuestos diferentes, siendo sus consecuencias también distintas. No por ello podemos dejar de señalar la estrecha vinculación entre ambas disciplinas, toda vez que el derecho, como ciencia social, regula conductas que tienen su sustrato en un modelo económico.

En cuanto el concepto económico de la competencia, podemos analizarlo desde el punto de vista del modelo de competencia perfecta o el de la competencia imperfecta. Cuando hablamos de un modelo de competencia perfecta, el mercado se encuentra en plena condición de equilibrio; los precios tienden a reflejar «la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios, es decir, de cuantas unidades de un determinado bien debe prescindir la sociedad para lograr la producción de una unidad de otro bien.

---

[1] OLAECHEA, José Antonio. «El Surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas». En *Themis*, 11, s/f, p. 41.

Los consumidores deciden sobre la base de sus gustos y a través de su demanda, qué bienes y servicios serán producidos»[2].

El modelo de competencia perfecta implica información plena y compartida, así como simetría en los grados de poder de negociación. Por ello es un modelo teórico e ideal pues en la realidad la información es fraccionada, asimétrica e imperfecta. Más aún, algunos ofertantes dominan ciertos mercados o predominan en otros.

En el modelo de competencia imperfecta se agrupan prácticamente todos los modelos distintos de la competencia perfecta o pura. Los economistas tratan de identificar cuáles son las condiciones conforme a las cuales se puede implementar un modelo que asegure a la sociedad las ventajas que la competencia puede otorgar.

Como expresa Almonacid Sierra «los economistas precisamente han acuñado la expresión de competencia imperfecta para designar la situación en que se encuentra la competencia en un sistema de economía de mercado en el que inestablemente se introducen determinados poderes de monopolio»[3]. En un mercado competitivo eficaz, el vendedor individual no puede controlar la oferta de los rivales, está obligado a regular su oferta a la escala de precios de mercado establecida para ofertas de diferente calidad. Se entiende que para llegar a estos resultados es necesario que los distintos competidores tengan realmente libertad para competir y a la vez el sistema permita que ningún competidor tenga suficiente poder como para limitar la libertad de los demás competidores.

El ejemplo más claro de este modelo se presenta en la industria de alimentos donde miles de pequeños agricultores, pequeños empresarios, ofertan sus productos perecibles a miles de consumidores. Ninguno puede aumentar sus precios sin perder ventas. La información se presenta simétrica y simultánea en lo que se denomina arbitraje.

Por otro lado el concepto jurídico de la competencia económica estudia los problemas que la competencia genera, como la competencia desleal, el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas de la competencia, entre otras nociones jurídicas.

Así pues, el derecho tratará de normar la estructura de mercado más conveniente a la libre competencia y hecho esto sancionará las conductas de aquellos agentes económicos que actúan en forma anticompetitiva y que enfrenten la normatividad protectora del mercado competitivo que se persigue.

El derecho no se ocupa de hipótesis abstractas sino de situaciones y conductas concretas, determinadas y realidades en un momento y lugar específico. Por ello al derecho le es sumamente útil el método de análisis económico como un instrumento avanzado de regulación de las actividades productivas. Muchos de los conceptos implicados en el análisis económico sólo tienen sentido y aplicabilidad en la medida en que se apoyan en una imagen determinada de la realidad económica.

Almonacid Sierra y García Lozada nos dicen «Ante estas consideraciones la doctrina jurídica no ha desconocido la importancia de los modelos teóricos creados por la ciencia

---

2 ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y Néstor Gerardo GARCÍA LOZADA. *Derecho de la Competencia.* Colombia: Editorial Legis, 1998, p. 26.

3 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 28.

económica como herramientas útiles para abarcar y comprender en mejor forma determinados fenómenos fácticos de la dinámica económica. Pero se ha señalado igualmente que no es sano para el desarrollo del derecho mantener en su aplicación y conceptualización una constante remisión a las elaboraciones de la teoría económica»[4].

Consideramos que esta dualidad no existe. No se trata de subordinar una ciencia a la otra. Estas son interdependientes. La economía genera situaciones de derecho y el derecho tiene el poder de crear nuevas realidades económicas. Sin embargo, en el tema que nos ocupa el modelo de libre mercado debe existir para ser protegido jurídicamente. De optar una nación por un modelo alterno, como el comunismo, el fascismo o el cooperativismo, no cabe aplicar los conceptos aquí vertidos que son propios de una economía de libre mercado.

En efecto, complementa Font Galán, «dos juristas que estudian la disciplina jurídica de la competencia económica viven tradicionalmente esquivando, a excepción de la doctrina alemana y otras estimables excepciones, el estudio jurídico de la noción de competencia, al considerarla como un dato prejurídico proveniente de la Economía» y agrega «el jurista no puede desentenderse de los hechos o fenómenos económicos cuando éstos resulten necesarios para comprender y explicar los fenómenos y los conflictos jurídicos, tanto más si aquellos son, como en el caso de la competencia económica, jurídicamente relevantes»[5]. A esto señala Garrigués «la competencia es un fenómeno jurídico, aunque sus móviles sean económicos»[6].

Como vemos la competencia no es un fenómeno simple, es más bien un concepto pluridimensional, que acoge no solamente nociones económicas sino que dentro del ámbito jurídico la competencia es contemplada desde diferentes aspectos como derecho concurrencial, competencia desleal, abuso de posición de dominio, prácticas restrictivas de la competencia.

Sin embargo, como hemos señalado existe una superposición de la ciencia económica y jurídica en el ámbito de la regulación de la competencia. Hay una remisión implícita y explícita en los textos legales, en los fallos y en las leyes sobre competencia a consideraciones económicas. La doctrina no puede, en el campo de la libre competencia, negar la utilización del análisis económico.

Lo que es objeto de regulación son actividades de índole económica que tienen, como conductas humanas, repercusiones jurídicas. No se puede sancionar conductas en esta disciplina sin conocer conceptos como: Mercado relevante, elasticidad cruzada, paralelismo consciente de precios y otros conceptos más, todos propios de la micro y macro economía.

> «La generalidad de la doctrina suele partir de un concepto amplísimo de competencia que excede el campo estrictamente económico, poniendo así de manifiesto que la competencia es un fenómeno natural en el que se sustancia la misma idea de la existencia y selección natural de los mejores» opina Garrigués en *La Defensa de la Competencia Mercantil* y por ello concluye que «Competencia significa rivalidad, lucha, agresividad, competi-

4 *Ibidem*, p. 31.

5 Garrigués, Joaquín. *La Defensa de la Competencia Mercantil.* Madrid: 1964, p. 12.

6 Garrigués (1964). *Op. cit.*, p. 12.

ción entre personas con necesidades o deseos similares que quieren o aspiran a satisfacer, sus necesidades con bienes o recursos análogos limitados»[7].

A lo largo de nuestro estudio vamos a utilizar constantemente el análisis económico como herramienta imprescindible para la comprensión de distintos fenómenos ligados íntimamente a la libre competencia protegida por el Derecho.

El derecho protege la competencia pues reconoce en ella la vía para lograr en última instancia la protección del consumidor. Al existir competencia se promueve la innovación y se ahorran costos. Se alienta la investigación y desarrollo, todo en beneficio del consumidor. Ante la ausencia de competencia los precios se distorsionan y las empresas se aletargan perdiendo el interés en la eficiencia y concentrándose en ganancias indebidas a expensas de la sociedad a lo que se denomina costo social. Como dice Abanto Vásquez «la idea de proteger administrativa o penalmente a la competencia deriva de la necesidad de potenciar un sistema económico y político determinado. No es de extrañar, entonces, que precisamente los países industrializados hayan sido quienes desde el principio han puesto más interés en introducir y perfeccionar sistemas legales para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia»[8].

Estas prácticas han sido combatidas desde un punto conceptual como atentatorias a la filosofía del libre mercado y desde un aspecto pragmático con el convencimiento que la ausencia de competencia mediante convenios restrictivos perjudica a la sociedad en su conjunto.

El bien jurídico es el valor, es decir, el interés que la sociedad, a través de sus reglamentaciones legales, tutela. La Constitución es el marco legal que regula cuáles son los valores y los intereses que se desea proteger y cautelar dentro de la sociedad. Los valores fundamentales están reconocidos por la Constitución. Cada bien jurídico tutelado tiene una propia ubicación dentro del ordenamiento constitucional.

Tradicionalmente la protección que la competencia concedía se limitaba al reconocimiento y tutela a favor del empresario de derechos subjetivos absolutos sobre bienes de la propiedad industrial de la empresa frente a las usurpaciones de otros competidores.

Fue necesario pasar a otra fase histórica del proceso para introducir el concepto de competencia en aquellos países que por muchos años habían estado dominados por una cultura de privilegios y ayudas públicas en lo que conocemos hoy como economía mercantilista o de influencia, donde no importa la competitividad sino la conexión y relación estrecha con el Estado, el que en virtud de esta relación podía elevar aranceles o prohibir importaciones con la finalidad de aislar mercados a favor de grupos de poder y distorsionar las reglas del mercado.

La concepción tradicional del bien jurídico tutelado es de naturaleza individual y abstracta en tanto que la moderna es una de «libertad de los participantes en el proceso económico».

---

7 *Ibidem*, p. 12.

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia*. Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 31.

La historia ha mostrado que el equilibrio y el desarrollo económico no se pueden lograr permitiendo actuar a las fuerzas de la oferta y la demanda libremente en el mercado. La confianza de la sociedad en el correcto actuar de los competidores dio lugar a la formación de carteles y monopolios que abusando de su posición destruían la igualdad de oportunidades y la libertad en el terreno político. Fue necesario una competencia regulada para evitar la concentración de los medios de producción y su uso abusivo. Por ello los gobiernos expidieron una serie de reglas de conducta que crearon un marco para regular la competencia y permitir la supervivencia de la economía de mercado y a través de ésta el bienestar de los consumidores finales.

La palabra competencia se centra en la lucha entre empresarios. Por concurrencia se entiende, según Cabanellas, la «junta de varias personas en un lugar». La competencia es una modalidad de concurrir en el mercado, esto es, «una particular forma de ejercitar las actividades empresariales en situación de concurrencia»[9].

El concepto de concurrencia es definido por Guillermo Cabanellas como un lamentable galicismo en lugar de la palabra correcta Competencia o rivalidad (sea comercial, industrial o de otra naturaleza). Este mismo autor al hacer referencia a la competencia capitalista nos dice: «por competencia se entiende la oposición o rivalidad de intereses que determina actitudes y métodos para imponer los propios productos a costa de la clientela ajena».

Comentando sus características agrega «la competencia se estimula desde dos puntos de vista: el de la mejora técnica, cuando los empresarios se inclinan, como fórmula para ganar mayor clientela, por superar en calidad la producción. En segundo término, aunque esto se torna cada vez más ilusorio, por creer que la rivalidad capitalista tenderá a traducirse en una rebaja poco menos que sucesiva de los precios»[10].

La competitividad, generada por la competencia, tiene como función principal crear una situación idónea para involucrar eficazmente a los protagonistas del tráfico económico en el ejercicio racional y eficiente de sus actividades y dar vida al sistema de economía de mercado.

Compartimos plenamente la posición de Font Galán cuando asegura que «la idea de la competencia económica sustentada en el Derecho de la Competencia, presupone el ejercicio profesional de la actividad económica libre, por parte de la pluralidad de empresarios, que ofrecen a una misma masa de consumidores o usuarios bienes o servicios análogos susceptibles de satisfacer las mismas o similares necesidades, actividad que viene cualificada por la modalidad económica o comercialmente agresiva tanto de las estrategias empresariales de implantación y consolidación en el mercado, como de las ofertas al público, o, en general de los medios de atracción de los consumidores o usuarios, con la finalidad ulterior de aumentar cada cual la contratación de los productos o servicios e incrementar el margen de sus ganancias, a costo de las demás competidoras»[11].

La opinión de Font Galán se complementa con la expresada por Eduardo Galán cuando manifiesta que la «finalidad del Derecho protector de la libre competencia es claramen-

---

9 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires. Tomo II, s/f, p. 262

10 *Ibidem*, p. 230.

11 Font Galán, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia*. Ed. Tecnos S.A., 1987, p. 51.

te puesta de manifiesto en la Exposición de Motivos de la ley argentina sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia según la cual "la ley fija unas reglas de competencia que establecen con claridad los límites de una sana libertad que permitirá el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, sin que el ejercicio de la misma conduzca a situaciones de mercado nada deseables para los consumidores y para el interés general. El objetivo de la ley de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, es proteger el funcionamiento de la competencia contra las conductas tendientes a su eliminación. La idea que subyace es, en definitiva, la creencia de que el régimen de competencia es el más adecuado para la solución de los problemas económicos"»[12].

Detengámonos para comprender las razones que inspiran la política de libre competencia. El Indecopi[13] publicó un texto denominado *Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global.* Por su claridad citaremos las primeras 5 preguntas cuyas respuestas ilustran el pensamiento institucional del Indecopi en el Perú.

«1. ¿Qué se entiende por libre competencia?

El concepto de economía de mercado tiene uno de sus fundamentos principales en la libre competencia, que resulta de la concurrencia libre en el mercado de ofertantes que producen bienes o servicios similares y, a su vez, consumidores que toman decisiones libres sobre sus compras en el mercado con información suficiente sobre las características de precio y calidad de los productos, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas distintas a las del mercado mismo. El concepto de libre competencia se aplica normalmente en un país, y toma en cuenta tanto a bienes nacionales como extranjeros. Por ello, las políticas de libre competencia y de libre comercio están intrínsecamente ligadas.

2. ¿Cuáles son los fundamentos de la libre competencia?

La competencia está basada en la libertad de decisión de los que participan en el mercado, en un contexto en el que las reglas de juego son claras para todos y se cumplen efectivamente. La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad de elección tanto para el consumidor, a quien no se debe privar de opciones para que elija libremente lo que mejor se adecue a sus necesidades, como para el productor, quien debe tomar libremente sus decisiones empresariales en función de lo que considere más apropiado a sus intereses. La libertad de elección del consumidor y la del productor son inseparables y de ellas depende en gran medida que se logre una asignación eficiente de recursos en la economía, cuando se cumplen ciertas condiciones básicas que se plantearán más adelante. Es a través de estos principios que el mecanismo del mercado asegura que los recursos productivos (conocimiento, trabajo, capital, recursos naturales) se dirijan a aquellos usos más productivos, entendiendo por ello aquellos bienes y servicios que los consumidores prefieren en mayor medida.

La libre competencia genera incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva sobre otras mediante la reducción de costos y la superioridad técnica. Esto resulta en un aumento de la eficiencia de las empresas para producir, un incremento de la calidad del producto que se ofrece y una disminución de los precios que permite que una mayor cantidad de consumidores tenga acceso al mercado.

Para producir los resultados deseados, el fundamento de la libre elección de consumidores y productores tiene que darse en simultáneo con otros principios básicos del buen funcionamiento de los mercados. Estos son la libre información en los mercados, la definición preci-

12 GALÁN CORONA, Eduardo. *Acuerdos Restrictivos de la Competencia.* Madrid: Ed. Montecorvo S.A., 1977, p. 30.

13 INDECOPI. *Preguntas sobre la libre competencia en el marco de una economía global.* Lima: Indecopi, 1997, pp. 7-9.

sa sobre los derechos de cada quien respecto de los bienes y servicios que se transan en el mercado, las garantías de ejecutabilidad de los pactos y el resarcimiento por daños que se ocasionen a terceros.

3. ¿Cuáles son los retos y oportunidades qué plantea la libre competencia para el empresario?

La libre competencia se caracteriza por el esfuerzo de cada empresa del mercado por desempeñarse mejor que sus competidores para obtener mayores beneficios económicos. Para las empresas, la libre competencia trae consigo retos y oportunidades. La libre competencia promueve la competitividad de las empresas, no sólo exige de las empresas una constante identificación de aquello que el consumidor necesita y desea, así como una permanente revisión de los estándares de calidad, costos y precios bajos los cuales ofrecen sus productos en el mercado, además de su organización y estrategias empresariales. La presión por captar las preferencias del consumidor en un esfuerzo por mantenerse compitiendo libremente en el mercado obliga a las empresas a mantenerse en un proceso dinámico de inversión y revisión de estrategias, que es la mejor garantía para lograr niveles de competitividad globales. Además, una efectiva libre competencia es también la mejor garantía de que los empresarios accedan a insumos y servicios que sus productos necesitan, en condiciones competitivas.

4. ¿Cuál es el rol del Estado en una economía de libre competencia?

Mientras las reglas de la libre competencia se cumplan —bajo los supuestos y criterios señalados en los puntos anteriores—, un desequilibro entre la oferta y la demanda de un bien o servicio o alguna otra ineficiencia en la asignación de recursos tendrá normalmente un carácter transitorio y podrá ser resuelto en la gran mayoría de casos por las propias fuerzas del mercado. Bajo esa lógica, no existiría mayor rol para una intervención del Estado en este campo. Sin embargo, los mercados pueden tener imperfecciones que obliguen a que el Estado intervenga, sin distorsionar los principios del libre mercado, para producir mejores resultados. Las imperfecciones de los mercados que requiriesen de una acción del Estado pueden estar relacionadas con tres tipos de fenómenos: altos costos de transacción; posiciones monopólicas o prácticas restrictivas de la libre competencia; cuando los agentes económicos no cuentan con información suficiente para tomar sus decisiones o cuando existen externalidades en el consumo y producción de los bienes. En estos casos, las imperfecciones de los mercados pueden requerir que se establezca un rol para que actúe el Estado, como a través de la protección al consumidor o el control de prácticas restrictivas de la libre competencia, por ejemplo. También existe un rol que el Estado debe cumplir para garantizar que, la competencia además de libre sea sana y justa, como cuando se reprime la competencia desleal o la piratería.

Como en todo orden de cosas, la labor del Estado debe ser subsidiaria, por lo que debe concentrarse en evitar que se produzcan estas situaciones cuando el mercado no es capaz de resolverlas por sí mismo en un plazo prudencial y sin consecuencias importantes.

5. ¿Por que regular las prácticas competitivas?

La regularización de las prácticas comerciales debe ser aplicada cuando de modo natural no existan condiciones suficientes para que se produzca la libre competencia. El resultado será un mercado en el que se cumpla una regulación con el fin de preservar la libre competencia. Un mercado con estas características no será un mercado libre de intervención estatal, sino uno en que dicha intervención se circunscribe a que el mercado opere tal como debe ser en una situación de libre competencia. La tarea fundamental de las políticas de libre competencia es asegurar que sus principios se hagan efectivos. Como factor regulador de la economía, la libre competencia necesita un marco legal efectivo y organismos que lo hagan cumplir pa-

ra que el comportamiento de los consumidores y/u otros agentes productivos en el mercado no atente contra los fundamentos del sistema de libre mercado».

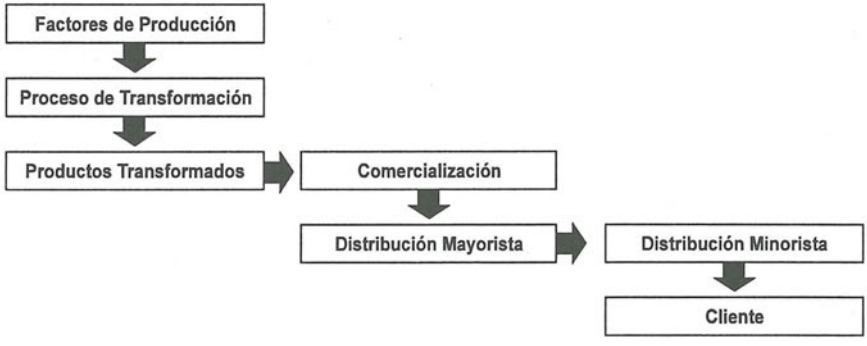
Armando Cáceres señala que el órgano regulador protege el derecho a elegir de los consumidores así como los derechos de propiedad industrial.

Cáceres señala:

«La competitividad es la capacidad que tienen las empresas de satisfacer las distintas necesidades del consumidor, sea éste final o intermedio. Esta capacidad puede alcanzarse a través de mejoras en la productividad de las empresas, pudiendo reflejarse en menores precios o mejor calidad de los productos o servicios ofrecidos. Ello, en definitiva, permite a las empresas expandir sus mercados y/o alcanzar mayores beneficios. En el largo plazo, el principal factor que promueve la competitividad es la productividad y eficiencia de las empresas.

Las empresas pueden desarrollar ventajas competitivas a lo largo de toda la cadena productiva. Dicha cadena abarca la contratación de los factores de producción e insumos, el proceso mismo de producción y la distribución y comercialización del producto o servicio final (ver diagrama).

Diagrama 1 - El proceso productivo de la empresa



Por esta razón, las empresas pueden orientar sus estrategias a:

- Aumentar la productividad de sus factores de producción.
- Crear o innovar la tecnología para la transformación de los insumos.
- Diferenciar su producto de los planeados por los competidores.
- Desarrollar nuevos productos.
- Mejorar sus sistemas de comercialización y distribución.
- Intensificar los procesos de aprendizaje: círculos de calidad.

La mejora de la eficiencia técnica de los factores productivos permite que las empresas produzcan una cantidad igual de productos, en menor tiempo y con un menor uso de recursos. Sin embargo, para que una mayor eficiencia técnica se traduzca en una mayor competitividad de las empresas en el mercado, ésta debe ser complementada por estrategias de posicionamiento del producto, lo que involucra, entre otros aspectos, la identificación de las necesidades y características del consumidor. A partir de dicha identificación, las empresas pueden diseñar distintas estrategias de marketing, que pueden involucrar la realización de campañas publicitarias, la introducción de una marca o un lema comercial al mercado así

como el diseño de mecanismos de distribución mayorista y minorista que permitan un mejor y más fácil acceso al producto por parte del consumidor o 'público objetivo'.

Corresponde al Estado, a través de sus diferentes instituciones y organizaciones, facilitar y promover el desarrollo de ventajas competitivas por parte de las empresas nacionales. En el caso del Perú, durante las décadas pasadas, la concepción errónea acerca del rol del Estado en la economía y el diseño de políticas de corte proteccionista, impidieron la creación de un entorno favorable al desarrollo de la competencia en los mercados peruanos. La década de los 90 marca un cambio de rumbo, en el que la apertura, la desregulación y la redefinición del rol del Estado en la economía, ha creado un entorno más favorable para el desarrollo de una leal y honesta competencia»[14].

Las empresas no pueden actuar si el Estado compite con ellas en forma desleal y en vez de actuar como árbitro regulador pretende ejercer un rol preponderante en la actividad empresarial. Esto ha determinado la deplorable crítica situación que vive el Perú y otros países de Sudamérica. A mayor participación un mayor desentendimiento del rol verdadero al cual debe abocarse el gobierno (defensa, salud, educación).

Por ello, para crear un entorno competitivo, Cáceres agrega: Se procedió a una profunda reforma estructural; nos dice:

«Por otro lado, el proceso de reformas cubrió una serie de áreas específicas como el comercio exterior, mercado financiero, mercado laboral, sectores productivos (sector agrario, pesca, minería e hidrocarburos) y servicios públicos e infraestructura. En lo que respecta al comercio exterior se realizó una reforma arancelaria y para arancelaria, a la vez que se reorganizó el sistema aduanero. En lo que respecta al mercado financiero se liberalizó el régimen que regulaba las operaciones de las empresas financieras y de seguros, se suprimió los controles a las tasas de interés, se eliminó la banca estatal de fomento y se reformó la ley del mercado de valores. En cuanto al mercado laboral, se flexibilizó las normas relativas a la estabilidad y participación laboral, se introdujo un mecanismo de compensación por tiempo de servicios y se reformó el sistema de seguridad social. En lo que respecta a las normas dirigidas a sectores productivos y de servicios específicos, se flexibilizó los regímenes de propiedad, brindando acceso e igualdad de trato al inversionista privado y extranjero, y se eliminó una serie de regulaciones y trabas burocráticas que limitaban el desempeño eficiente de los mismos»[15].

Y nos ilustra lo que debe ser la «escalera» del desarrollo del entorno competitivo:

«La escalera» que describe el diagrama 2, resume la secuencia que ha permitido a muchos países desarrollados alcanzar un proceso de desarrollo y crecimiento autosostenido. La apertura y liberalización de los mercados, la eliminación de las trabas y barreras de acceso y salida a los mismos así como la redefinición del rol del Estado, constituyen condiciones necesarias, pero no suficientes para la promoción de una real y efectiva competencia en los mercados. Uno de los riesgos principales de este tipo de procesos consiste en que las distorsiones explicadas por políticas gubernamentales sean reemplazadas por distorsiones derivadas del comportamiento de agentes privados, tales como las prácticas anticompetitivas, abusos frente a los derechos de los consumidores y la competencia desleal, entre otros.

14 CÁCERES, Armando. *Reflexiones sobre competitividad y competencia.* Lima: Indecopi, s/f, pp. 7-9.

15 *Ibidem*, p. 10.

Diagrama 2 - Fases para la transición hacia un entorno más competitivo

¿Cuál es el efecto final de una competencia abierta y real?. Según el Indecopi: la reducción de costos y la diferenciación de productos.

El proceso de reformas y el nuevo marco de regulación de la competencia han establecido reglas claras de juego para las empresas peruanas: las reglas del mercado. Dentro de estas nuevas reglas se distinguen las prácticas competitivas tales como la innovación, la diferenciación o segmentación de mercados de las prácticas anticompetitivas o restrictivas de la competencia. A diferencia de las primeras, éstas últimas inhiben o limitan el buen funcionamiento del mercado, haciendo que la asignación de recursos sea menos eficiente.

Las prácticas restrictivas a la competencia pueden ser realizadas por empresas que tienen posición dominante[16] en el mercado, tales como las negativas injustificadas de venta a ciertos consumidores; el establecimiento de condiciones desiguales en la prestación de servicios o productos equivalentes; el establecimiento de ventas atadas, es decir, la adquisición de un insumo o producto final condicionada a la compra de otro producto o servicio no relacionado, entre otras. Por otro lado, las prácticas restrictivas también pueden ser realizadas por empresas que, si bien individualmente no tienen posición de dominio en el mercado, establecen mecanismos de colusión tales como la concertación de precios o repartición de mercados, para inhibir o dificultar el buen funcionamiento del mercado.

La presencia de prácticas anticompetitivas limita el buen funcionamiento del mercado, al permitir la existencia de empresas ineficientes, incapaces de afrontar el reto de participar de una sana y honesta competencia, con productos o servicios más baratos y de mejor calidad. La Comisión de Libre Competencia (CLC) es el órgano funcional del Indecopi, encargado de fiscalizar y sancionar a las empresas que incurren en prácticas anticompetitivas. Esta labor de fiscalización contribuye a que las empresas peruanas comiencen a competir de manera leal y transparente, estableciendo los incentivos para que conductas anticompetitivas de las empresas se tornen competitivas»[17].

Como vemos el esfuerzo de crear un entorno competitivo es fundamental para la economía de mercado.

---

16 Una empresa goza de posición de dominio cuando puede actuar con prescindencia del resto de competidores, alterando las condiciones del mercado, debido a factores tales como su participación significativa en los mercados, las características de la oferta y la demanda, su desarrollo tecnológico, entre otros.

17 CÁCERES (s/f). *Op. cit.*, pp. 19-20.

En la legislación argentina el bien jurídico protegido en la Ley 22,262, Ley de Defensa de la Competencia, tiende exclusivamente a garantizar «la concurrencia a los mercados y a reprimir eficazmente las conductas que lesionan la libre competencia...» «para que eliminadas las trabas que perjudican la concurrencia en los mercados se logre una más racional utilización de los recursos productivos de la comunidad...». En este contexto la iniciativa privada cobra una mayor fuerza y viene a constituir el motor de la producción en tanto que el Estado cumple la función de vigilar el correcto funcionamiento del mercado para lo cual cuenta con los mecanismos necesarios para que se dé la libre competencia. Como podemos observar el bien jurídico protegido en la ley argentina es la libre competencia.

Como señala Héctor M. García «el bien jurídico protegido no es sólo la competencia efectiva o real sino la competencia potencial, derechos que son propios, no sólo de los actuales oferentes o demandantes de un bien, sino de la generalidad y con ella se refiere la ley proteger el interés económico general»[18].

El interés económico general acoge bajo su protección a los intereses de los consumidores. La ley de defensa de la competencia de todos las legislaciones tiene como bien jurídico protegido esencialmente al último destinatario de la actividad económica: El consumidor.

Por ello todas las legislaciones prohíben las prácticas restrictivas de la libre competencia. Se vela por que las empresas no restrinjan, limiten o distorsionen la libre competencia, porque el hacerlo perjudica el sistema de libre competencia y en última instancia se perjudica al consumidor. Existe en las legislaciones el interés de proteger ya sea directa o indirectamente los intereses de los consumidores. La competencia no es el fin último a proteger sino el marco que garantiza que los consumidores se beneficiarán por su existencia y fortalecimiento.

La concepción del bien jurídico tutelado es «la libertad de los participantes en el proceso económico es incompleta en la medida que tiende solo a proteger a quienes tienen acceso al mercado», expresa Manuel Abanto Vásquez[19].

Con el correr de los años la competencia no solamente es reconocida como institución que persigue la protección de los que tienen acceso al mercado sino que la competencia proporciona el marco adecuado para el libre desarrollo de la personalidad del individuo.

Como señala Abanto Vásquez en su obra *El Derecho de la Libre Competencia*:

> «La competencia pasa a ser entendida como coordinadora de las relaciones contractuales de las partes en el mercado, y con ello, como reguladora de un proceso de mercado que se regula a sí mismo.
>
> La institución de la competencia es concebida como bien jurídico 'implícito' el cual solamente merece protección jurídica (penal) en tanto y en cuanto posibilita la realización de un derecho fundamental individual: la libertad del individuo».

Todos los actos o prácticas que restrinjan la competencia son dañinos porque atacan al mercado y su regulación.

---

18 GARCÍA, Héctor M. «La ley de defensa de la competencia y obligación de contratar». En: *La Ley*, 1985, p. 53.

19 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 26

Las restricciones de la competencia tienen que ver íntimamente con la eficiencia de la economía y por ello son merecedoras de sanción cuando su intensidad ha alcanzado un grado tal que cumple con los criterios penales para el merecimiento de pena.

Atentan contra la validez de este bien jurídico, las conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia como los ataques contra los agentes de mercado, sean competidores o consumidores.

En un principio se distinguía el bien jurídico tutelado en el Derecho de la Libre Competencia y el Derecho de la Competencia Desleal: El derecho de la libre competencia o derecho contra las prácticas restrictivas de la competencia se referiría a los derechos de libertad (protección de bienes), mientras que el derecho contra la competencia desleal a los derechos de dominio (protección de la actividad).

El bien jurídico que la Ley de Competencia Desleal pretende tutelar es la libre y leal competencia económica en el mercado, entendida como una competencia libre de falseamiento.

Como bien señala Jorge Joeckel en su obra *Disposiciones Generales de la Ley de Competencia Desleal*: «la principal diferencia radica en que mientras la Ley de competencia desleal protege la transparencia de los medios que se emplean para competir, las normas que sancionan las prácticas restrictivas de la competencia buscan proteger la libertad en el acceso y permanencia en el mercado»[20].

Las normas jurídicas, tanto las que prohíben el abuso de posición de dominio como las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la libre competencia, tienden a garantizar el derecho constitucional a la libre competencia económica. Como expresa Alfonso Miranda «las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia, las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores, las normas *antidumping* pretenden proteger en primer lugar a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional, y las normas sobre competencia desleal tratan de proteger a los competidores frente a las conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles y que intentan privarles de parte de su mercado»[21].

Así pues cada una de estas normas y sistemas se complementan al promover la eficiencia y eficacia del mercado. Por ello la doctrina opta por reconocer, en principio, el mismo objeto de protección (la competencia) y los mismos intereses (del Estado y de todos los participantes en el mercado) para todas las áreas del Derecho.

Siguiendo lo señalado por Abanto Vásquez, en ambas áreas, competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, lo que se sanciona es el aprovechamiento abusivo del poder económico. «En tal caso no se necesitaría juzgar la conducta económica de los agentes del mercado solamente según el efecto económico o según las intenciones del

---

20 JOECKEL KOVACS, Jorge. «Disposiciones Generales de la Ley de Competencia Desleal». *Ponencia en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial*. p. 355

21 MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *El Régimen General de la Libre Competencia, Características Principales*. s/f a, p. 8.

actor ni tampoco verificar su inmoralidad en los negocios, sino se tiene que medir, con base en criterios puramente económicos, si aquella armoniza o atenta contra el sentido y la finalidad de la estructura del ordenamiento protegido por la ley»[22].

Es así como, para que la economía de mercado funcione de manera eficiente fue necesario dejar de lado la concepción individualista y absoluta por una concepción dinámica y social. El empresario ya no es considerado como un individuo aislado sino como miembro de una comunidad cuya actividad empresarial está flanqueada por el concurso de otras personas: productores y consumidores.

Cabe a esta altura plantearnos: ¿Qué se entiende por libertad de competencia económica? Miranda Londoño nos dice «se entiende así a la posibilidad *efectiva* que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela»[23].

La doctrina germana sostiene la defensa de la competencia como una institución de la economía de mercado y además defiende la libertad individual en el ejercicio de la actividad económica.

Podemos afirmar que el derecho a la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado en calidad de productores de bienes y servicios, constituye también un derecho esencial de los consumidores en su totalidad.

Por una parte garantiza la libertad de los competidores para concurrir al mercado y de la otra garantiza que los consumidores puedan adquirir en el mercado bienes y servicios con la mejor calidad al menor precio posible.

La realidad nos ilustra que no todas las empresas están dispuestas a asumir el desafío de mejorar su competitividad, adoptando nuevas tecnologías, mejorando sus productos y manteniendo sus precios con una agresiva política de reducción de costos, aumento de calidad e inversión en innovación y tecnología, de tal manera que les permita percibir utilidades y ofrecer al cliente-consumidor el mejor precio posible. En general, lo que podemos ver es que, de permitirse a las empresas anular la capacidad competitiva de otras empresas, lo harían provocando con ello perjuicios no sólo a las empresas con las que compiten sino también a los intereses de los consumidores. De allí las leyes de defensa de la competencia cuyo fin último es proteger los intereses de los consumidores.

La competencia, en la mayoría de casos, es la antítesis del monopolio y como tal pretende brindar alternativas a los consumidores los que pueden conseguir una mayor producción u oferta de bienes a menores precios.

La legislación americana de defensa de la competencia tiene como propósito no sólo objetivos económicos, como la eficiencia del sistema productivo, incentivos a la producción, la investigación y la distribución de la riqueza entre los distintos sectores, sino también otros como la descentralización del poder económico, el incentivo de las posibilidades individuales de ejercer funciones empresariales.

---

22 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 34.

23 MIRANDA LONDOÑO (s/f a). *Op. cit.*, p. 78

La premisa esencial, en los Estados Unidos, es que la forma ordenada y superior de regular la vida económica es a través del proceso competitivo, pues a través de la rivalidad comercial entre ofertantes, los escasos recursos serán asignados eficientemente a los productores y los bienes y servicios, convertidos o transformados en productos, serán asignados económica y efectivamente a los consumidores.

El concepto que la competencia económica en los mercados genera precios menores, mayor innovación y mejores productos tiene décadas en la mente de jueces y legisladores americanos. Los economistas comparten esta idea pues hablan de dos conceptos de eficiencia ambos logrados a través de la legislación protectora de la libre competencia: La eficiencia operativa y la eficiencia en la asignación de recursos.

La eficiencia operativa es muy similar al concepto económico de eficiencia en términos económicos. Esta basada en la idea que es mejor usar menos recursos para lograr un fin específico, sea este estudiar para una prueba o realizar una operación. El segundo concepto de eficacia, al que los economistas llaman de asignación de recursos (allocative eficiency) es más genérico y comprende los usos de una nación, la satisfacción del consumidor y cuando es mejor la asignación de recursos.

No debemos olvidar que el beneficio de toda legislación protectora de libre competencia es lograr precios menores, mejores productos y una mayor conveniencia para los consumidores a través de un número mayor de opciones de compra. Esto se asegura teniendo un mayor número de unidades económico-independientes funcionando. En otras palabras competidores viables en un mercado. Para lograr la meta de numerosos competidores la legislación persigue regular dos temas fundamentales: Estructura de mercado y conducta empresarial.

¿Qué podemos decir de cada una de ellas?

Con referencia a la estructura de mercado.- La estructura toma en cuenta el número de vendedores y el porcentaje relativo de participación de mercado de cada uno. No se prohíbe el monopolio pero no se lo alienta. Durante décadas la legislación era abiertamente opuesta a los monopolios ó a los oligopolios pero debemos reconocer que debido al pequeño tamaño del mercado (en el Perú y otros países de América Latina) es una realidad difícil de impedir.

El segundo concepto se centra en la conducta empresarial, es decir, cómo se comportan las empresas en el mercado y cómo conducen sus negocios. Así, si bien no se prohíbe el monopolio si son sancionadas las prácticas abusivas de posición monopólica. Si bien no se prohíbe el oligopolio, sí los acuerdos entre competidores para repartirse mercados o la concertación horizontal o vertical de precios entre competidores.

La ley de Defensa de la Competencia argentina comparte estos principios. La citada norma tiene como principal objetivo el lograr una mejor utilización de los recursos productivos, evitar distorsiones en la distribución del ingreso nacional, asegurar el libre funcionamiento de los mercados, sin necesidad de recurrir a la intervención directa del Estado en la economía. Sin embargo, su fin principal se centra en la tutela de un sistema de competencia, no definido en el articulado de la disposición. Sus características se ven limitadas por la estructura económica con la cual se enfrenta el legislador y los organismos administrativos y judiciales que aplican esta norma.

Como es bien sabido la libertad de competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras:

a. Por el establecimiento de monopolios de derecho.

b. Por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de propiedad industrial.

c. Por la explotación abusiva de la posición dominante en el mercado.

d. Por la regulación de prácticas restrictivas de la competencia.

e. Por la regulación de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional (*dumping*).

Las primeras formas de restricción son legítimas, las tres últimas formas de restricción surgen de forma espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas por lo que el Estado debe eliminarlas a través de normas de regulación y control con la finalidad de garantizar la libertad de competencia.

La libertad de competencia no se afirma por sí misma, como expresión de la libertad individual absoluta e intangible. Está sometida a límites legales y principios jurídicos establecidos. Estos límites mantienen a todos los participantes en un plano de igualdad jurídica y dentro de un único sistema en el que la competencia puede ejercer sus funciones operativas y realizar la utilidad socioeconómica que el ordenamiento le exige.

Como hemos dicho el régimen de la competencia no se mantiene por sí solo, sino que es preciso defenderlo por la posibilidad de su propia destrucción. Por ello el Estado protege esta institución con una serie de disposiciones que evitan la eliminación de la competencia por parte de los propios competidores, a través de conductas concertadas distorsionantes del sistema.

En mercados fragmentados y pequeños la capacidad de negociación de los competidores es claramente desigual. Con el tiempo se produce un proceso de eliminación el cual se aceleraría vertiginosamente de permitirse a los competidores prácticas vedadas como la concertación. El Estado puede evitar o retardar estos procesos abriendo sus mercados al mundo y privilegiando una competencia en la cual las empresas más eficientes ubicadas en mercados pequeños encuentren nuevos mercados en otras latitudes. La competencia no impedirá el proceso de concentración industrial pero si puede lograr el desarrollo de nuevas modalidades que permitan la permanencia de las pequeñas y medianas empresas, a través de la subcontratación, franquicias y alianzas estratégicas, etc.

> «En todo Ordenamiento Jurídico el concepto de competencia debe necesariamente sustentarse y corresponderse con el sistema económico que dicho ordenamiento contempla y regula. Por ello, todo intento de elaborar una noción jurídica de competencia económica útil y operativa en la aplicación del Derecho de la competencia requiere, previamente, tener en cuenta las características socioeconómicas del régimen u orden del mercado en la que se genera y desarrolla la competencia[24]».

Esto es esencial. La competencia no existe en regímenes autocráticos, totalitarios o centralistas. En estos campea la ineficiencia, la burocracia y la corrupción. Las 7 décadas

24 FONT GALÁN. *Op. cit.*, p. 350.

de comunismo atrasaron el desarrollo de los países de Europa del Este y Rusia. Lo que hace la ley de competencia es impedir la conducta anticompetitiva y eliminar las restricciones generadas por acuerdos privados que atentan contra el normal funcionamiento del mercado. El objetivo de la ley es facilitar la movilidad de los recursos productivos y promover un ambiente competitivo así como remover las distintas prácticas comerciales restrictivas que tienden a afectar el comercio.

Fikentscher, citado por Eduardo Galán, define la competencia como la «tendencia autónoma de oferentes o demandantes (competidores) que se influyen recíprocamente en el proceso económico a la celebración de contratos con terceros mediante la puesta en práctica de las condiciones negociables que se muestren más favorables»[25].

El Derecho de la Competencia estimula y tutela a la competencia, bien jurídicamente protegido en todo marco constitucional. La competencia económica es el motor del sistema de toda economía de mercado. Sin embargo, es necesario que para que funcione este sistema deban darse ciertos requisitos como: 1) El ejercicio de una actividad libre, 2) Libertad de los empresarios competidores de ofrecer bienes y servicios al público en las mejores condiciones, 3) Libertad de los consumidores para escoger la mejor alternativa de ofrecimiento.

Por ello la libre competencia está estrechamente vinculada a otras dos normas reguladoras, bajo los mismos principios, la ley de defensa del consumidor y la ley contra la competencia desleal.

El Estado peruano garantiza, dentro de límites razonables, ciertos derechos económicos fundamentales como son: 1) La propiedad privada, 2) La libertad de empresa, 3) La iniciativa privada, 4) La libertad de competencia económica.

Cuando el Estado se equivoca en su accionar destruye el desarrollo de las empresas y del empleo. Si, por ejemplo, se permite que las empresas constructoras se dividan las obras en perjuicio del Estado y de todos los contribuyentes, inflando sus partidas, se atrasa al país y se destruyen las bases del desarrollo. Cuando se permite la piratería de obras de creación individual, la copia de las marcas y el engaño publicitario se desalienta la innovación. Corresponde al Estado aplicar las normas y proceder con energía contra estas distorsiones del mercado si deseamos un país con una economía de mercado eficiente.

Margarita Alarcón nos dice que «la competencia estimula a los agentes económicos en la búsqueda de la eficiencia. A la vez, la eficiencia aumenta la posibilidad de supervivencia y el éxito comercial; y garantiza que los recursos económicos escasos se utilicen al máximo. Cuando se pasa del monopolio a la competencia, los consumidores están potencialmente en condiciones más ventajosas»[26].

En el Seminario Internacional sobre Competencia, realizado en Colombia en marzo de 1998, Shyam Kemani manifestó que el objetivo principal de la ley de competencia es la eficiencia económica para el beneficio y bienestar del consumidor. «En las leyes de competencia en distintas jurisdicciones uno encuentra que en los últimos 100 años ha habido una variedad de objetivos que están incluidos dentro de estas leyes y que han evolucionado

25 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 39.

26 ALARCÓN CARRILLO, Margarita. Ponencia «La Política de Competencia y el Consumidor». s/f.

con el tiempo»[27] ...la ley de competencia es flexible y evoluciona con el tiempo. Esto se debe a que la competencia es un proceso dinámico. Esto induce al cambio y al progreso.

Coincidente con lo expuesto el propósito de la política de la competencia de la Comunidad Económica Europea es, en primer lugar, permitir a la competencia desempeñar su rol tradicional de ayudar a mejorar la distribución de los recursos, incrementar la capacidad de los empresarios para ajustar y satisfacer mejor los requerimientos de los consumidores. En segundo lugar, reforzar la unidad del mercado de la Comunidad eliminando los obstáculos para el comercio entre los Estados miembros.

No existe en la doctrina una noción de competencia sobre la que exista total consenso. Podríamos decir que la competencia no obedece a un marco teórico unánime pues se resiste a un concepto único.

Asimismo los objetivos o bienes jurídicos tutelados han sufrido variaciones con el correr de los años. Entre los bienes jurídicos protegidos a lo largo del tiempo encontramos tutela a favor del empresario; libertad de los participantes en el proceso económico; libre desarrollo de la personalidad del individuo; protección de la eficiencia; protección del bienestar del consumidor.

Todos ellos, sin embargo, coinciden en que la competencia es buena, que en última instancia la ley defiende al consumidor y que la falta de protección determina que los grandes agentes económicos productores distorsionen en su provecho las reglas de mercado creando un costo social, un desperdicio, que los beneficia, a expensas del consumidor.

1.1.2. Desarrollo histórico de la protección a la libre competencia en el Mundo

Los primeros períodos históricos del ordenamiento jurídico mercantil imperante en Europa, nos referimos al derecho corporativo que va del siglo XII hasta el siglo XVI y el estatal de la mitad del siglo XVI hasta fines del siglo XVIII, se caracterizaron por la total falta de libertad de acceso al mercado, evidenciado en una rígida organización monopolista de un sistema gremial y un fuerte intervencionismo económico del poder público.

Como lo señala Font Galán «para el ejercicio de una actividad profesional se requería la inscripción en la matrícula del gremio o corporación de arte y oficios correspondientes, sólo posible a personas en los que concurriesen determinados requisitos, subordinada al pago de una tasa y, frecuentemente, a la prestación del juramento de observar lealmente las reglas de la corporación...». «Hay que advertir, no obstante, que estas normas contenidas en los estatutos gremiales o corporativos, aunque reglamentaban minuciosamente el ejercicio de la actividad industrial y comercial, no tenían asignada la función de regular el funcionamiento de la competencia, ni la de establecer criterios o parámetros del enjuiciamiento de lealtad o deslealtad en la misma, sino antes bien la de limitar o incluso negar el espacio institucional que la competencia requiere para su desarrollo y funcionamiento»[28].

---

[27] SHYAM KEMANI. Ponencia «Objetivos de la Política de Competencia a Nivel Mundial». *Seminario Internacional del 25 al 25 de Marzo de 1998, Superintendencia de Industria y Comercio*, Cartagena de Indias, Colombia.

[28] FONT GALÁN (1987). *Op. cit.*, p. 71.

Tampoco está de más señalar que la estructura del mercado era prioritariamente rural, con entornos estables y tradiciones persistentes aunadas a una lenta evolución tecnológica propia de la edad pre-industrial.

El florecimiento del derecho mercantil en Europa coincide con la falta de libertad y con restricciones de acceso al mercado. Así, señala Galán: «Los reglamentos corporativos lo regían todo: regían el trabajo, la producción y las ventas. (...) La producción era escasa, los modelos y las calidades eran uniformes. (...) No se permitía ni la alabanza exagerada por las propias mercancías ni la disputa por la clientela. (...) El conjunto de tales limitaciones era abrumador. Un gran número de actividades de producción y venta quedaban reservadas exclusivamente para quienes obtuvieran graciosos privilegios reales y aún de los señores. Las ordenanzas gremiales regulaban meticulosamente los procedimientos que habían de utilizarse en la elaboración de artículos, sin que el artesano tuviese posibilidad alguna de apartarse de tan estrechas reglas, cuyo cumplimiento debía acreditar mediante marcas obligatorias»[29].

Es interesante notar que en esta etapa de desarrollo a la que se conoce como pre-industrial la demanda excedía la oferta, es decir, el productor no tenía porque pelear un mercado ni competir pues no era el comprador el rey sino el productor. En cuanto la calidad, ésta se refería a las formas correctas de hacer las cosas. Heredado del mundo medieval, el maestro enseñaba al joven aprendiz y este, luego de años de esfuerzos y prácticas, podía ascender en el rango de la escala de cada gremio. De allí que las grandes obras, como las catedrales, no se atribuyan a artistas específicos. De allí que los hermosos tapices gobelinos o la porcelana de Sevres sean obra de talleres y no de autores o maestros individuales.

Como bien lo señala Garrigués[30], los grandes mercaderes, como los Fugger en Alemania, los Médici en Italia, pactaban entre sí o pactaban con el Rey o con el Papa para asegurarse un determinado mercado y excluir a los competidores. Los juristas distinguían entonces entre monopolios lícitos e ilícitos, y esta licitud e ilicitud la definían los monarcas y su opinión no podía ser imparcial, puesto que se valían de los monopolios para atender las exigencias siempre crecientes del gasto público.

El paso de la Baja Edad Media a la Edad Moderna, no supuso, como hemos visto la ruptura de las bases y prácticas de la política económica propia del sistema municipal y corporativo medieval.

Los gremios o corporaciones, si bien fueron pasando a un segundo plano, recibieron siempre el apoyo de los monarcas. El Estado absoluto y mercantilista se convierte en el gran protector e intervencionista de toda la actividad económica, la cual queda así directamente controlada, siendo sus principales características la ausencia de libertad de acceso al mercado, el fuerte proteccionismo y el intervencionismo económico del Estado.

El Estado vigila las corporaciones y regula minuciosamente la actividad mercantil. Este régimen alcanza su mayor representatividad en Francia en la época de las grandes ordenanzas de comercio terrestre y marítimo de Luis XIV, el Rey Sol.

---

29 *Ibidem*, p. 72.

30 GARRIGUÉS, Joaquín. *Temas de Derecho Viro*. Madrid: Ed. Tecnos, s/f b, p. 145.

En este período que precedió a la Revolución Industrial, la economía presentaba características relativamente estacionarias, en las que la ampliación del mercado es lenta o inexistente. El entorno es predecible, los inventos e innovaciones van apareciendo sin que exista un sistema de información que permita su rápida expansión.

La competencia no ofrecía problemas, pues estaba legalmente condicionada y limitada por la inscripción en la matrícula del gremio o corporación y por la disciplina impuesta a los miembros de las corporaciones.

Con respecto a este estado de cosas Guillermo Cabanellas nos dice «sobre tales bases, era relativamente fácil, para los productores industriales, visualizar sus intereses comunes y escudarse en las estructuras corporativas y otras similares a fin de evitar el ensanchamiento de la oferta. La escala de producción reducida evitaba la formación de grandes agregados de capital, por vía de la restricción de la competencia, y con ello no surgían los temores propios de las sociedades industrializadas, relativos a la concentración de poder económico y político, en pocas manos»[31].

No esta demás señalar que la ausencia de una gran base de consumidores, pese al creciente poderío económico de la burguesía, mantenía una economía pequeña a escala nacional y más limitada aún a nivel mundial, la que podía continuar siendo atendida en una estructura tradicional.

El modelo de producción capitalista que funciona sobre la base de la economía de mercado tiene su origen en el siglo XVIII, con la implantación de las doctrinas ideológicas del liberalismo político, complementadas con los postulados del liberalismo económico.

Se ha hablado mucho de una nueva ética que revoluciona la forma de pensar. Es la ética protestante del trabajo. Esta nueva ética señala que no esta mal ser rico, ahorrar y prosperar. El trabajo dignifica. Con el trabajo se escala posiciones sociales. La aristocracia debe convivir con una burguesía cada vez más poderosa, rica e influyente. Ya no será el matrimonio de aristócratas empobrecidos y ricos burgueses.

En el siglo XVIII «existía una concepción absolutista. El monarca era considerado amo y señor de vidas y haciendas, sin ninguna limitación en cuanto al ejercicio de su poder. Frente a esta concepción propia del absolutismo, el liberalismo político firmemente postuló que al hombre por esencia le corresponden unos derechos fundamentales, naturales, inalienables, que se oponen al absolutismo del monarca»[32].

Si bien la concepción absolutista concentraba el poder en el soberano, las ideas del desarrollo social y económico se abrían paso. A este período se le conoce como el despotismo ilustrado y nos llevaría irremediablemente a profundos cambios en la forma de hacer las cosas.

Finalmente, luego del largo período medieval y moderno llegamos a la tercera etapa denominada liberal, la que se inicia con la afirmación del principio de libertad económica,

---

31 CABANELLAS, Guillermo *Derecho Antimonopolio y de Defensa de la Competencia.* Buenos Aires: Ed. Heliasta S.R.L., 1983, p. 14.

32 CHAIN, Guillermo. *La Cuestión Económica en el Constitucionalismo Colombiano*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1994, pp. 44-77.

fruto de las ideas filosóficas y económicas liberales consagradas con la Revolución Francesa y en los trabajos de los enciclopedistas.

Es aquí cuando los problemas de la regulación de la competencia empiezan a surgir pues estos sólo pueden presentarse cuando la competencia se declara libre.

A lo largo y ancho de Europa se proclama la libre iniciativa económica privada, la que supone la libertad de toda persona para el ejercicio de una actividad económica destinada al mercado. El centro del derecho se desplaza del monarca al individuo, el que a partir de este momento será el sujeto activo y pasivo de derechos. En Francia, el año 1776, a través de una serie de edictos, se decide disolver todas las corporaciones e instaurar la libertad de iniciativa económica pero lamentablemente este esfuerzo quedó al poco tiempo sin efecto. Recién con la ley «Le Chapelier» del 14 de agosto de 1791 se disuelven definitivamente los gremios y las corporaciones.

Cabanellas agrega: «En el que hemos denominado el tercer período de la historia del derecho mercantil se impone el principio de la libertad de iniciativa privada y de **'concurrencia'** en armonía con el tránsito del derecho mercantil a un sistema objetivo, esto es, a una disciplina cuyo criterio de aplicación no está constituido por las cualidades del sujeto, sino por las características de los actos que integran la relación jurídica, reconduciéndose la misma cualificación del sujeto (en nuestro caso: la del comerciante) a la naturaleza de la actividad desarrollada. Este principio es precisamente la concurrencia de una nueva y general visión que considera a los hombres como sujetos maduros y no como niños que deben guiarse desde arriba, confiada en la historia y en su libre desarrollo, fundada sobre la premisa de la igualdad de los hombres y por ello, hostil a disciplinas diferenciadas según criterios subjetivos, dirigida a la tutela del progreso técnico y del consumidor, beneficiario de la disminución de costes y precios que encuentra su estímulo en la misma **libre concurrencia** entre empresarios y de aquella mejora técnica para el que a su vez **la concurrencia** encuentra razón del impulso»[33].

En este nuevo orden de cosas triunfa el mejor participante, el que mejor presente sus productos y servicios en cuanto a calidad y precios, el consumidor será el que determine, en última instancia, cuál es el mejor participante. El consumidor tendrá la habilidad de elección para poder decidir *libremente* el mejor producto. Esta profunda revolución implica un cambio de paradigmas. Ya no se compra todo lo que se produce. Se produce aquello que el mercado desea bajo riesgo que sea otro y no nosotros los que podamos vender. Ya no podremos imponer gustos y preferencias ni imponer cuotas.

La revolución industrial, fenómeno que empieza en Inglaterra en un período que se sitúa entre los años 1760-1830 y se extiende durante el siglo XIX a Europa y América del Norte, trae nuevos hechos como las invenciones tecnológicas, el maquinismo, la concentración de grandes masas de trabajadores y la consiguiente especialización laboral y la producción en masa. La revolución industrial libre y especializada, migra la gente del campo a las ciudades, la máquina reemplaza la labor simple o no calificada pero demanda más mano de obra. Ante la creciente demanda surgen los empresarios en el concepto moderno de la palabra y con ellos los sindicatos, la explotación, las luchas sociales y las distorsiones y

33 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 16.

abusos que en un futuro promoverán todo el desarrollo de esta disciplina del derecho a la cual conocemos como derecho laboral.

Esta producción industrial en masa plantea graves problemas de exceso de producción, produciéndose una escalada en la competencia de los productores para colocar sus productos utilizando todo tipo de medios.

Como expresa Gómez Leyva[34]: «en esta nueva estructura económica, caracterizada por la producción industrial en masa, pierde relevancia el acto aislado, pues predomina la reiteración en la ejecución de la operación comercial, vale decir, que esta se realiza en serie. La repetición abre espacio a un concepto nuevo, el de actividad, que, como concepto económico, va a seguir rigiendo la materia mercantil, pues de su contenido y alcance se desprende el concepto de empresa, el cual viene a constituir el común dominio de la materia mercantil».

Al realizar sus actividades los empresarios compiten entre sí y llevan a cabo actos y conductas con la finalidad de obtener una posición mejor que la de sus competidores. El objetivo del derecho de la competencia es el de combatir el comportamiento desleal o incorrecto de los competidores que ponga en riesgo el sistema en su integridad. Esta competencia debe desarrollarse en un marco de lealtad y corrección regulado por el Estado el que no es parte sino árbitro del juego limpio entre los competidores.

Fueron los países industrializados los que se concentraron en introducir y perfeccionar sistemas legales para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia.

> «A principios del siglo XX en todos los países orientados hacia la industrialización existían dos posiciones aisladas sobre la protección de la competencia, si bien no se tenía al principio una idea clara del bien jurídico merecedor de tutela (a veces se buscaba precisamente limitar la competencia) o bien se daba prioridad a otros fines (fundamentalmente se tendía a atacar los efectos y no las causas de la disminución del bienestar)»[35].

Sin embargo, la preocupación era tan grande que muchos pensadores consideraban que los abusos de los grandes grupos económicos destruirían la pequeña y mediana empresa haciendo de las naciones libres estados esclavos, con lo que se habría cambiado la esclavitud de una aristocracia por la de una plutocracia.

Como hemos visto en el siglo XIX se inició la libertad en la industria y el comercio, se abandona la política intervencionista del Estado, se produce un reconocimiento de las nuevas ideas económicas liberales; se va configurando un nuevo sistema económico basado en la libre competencia. El fenómeno de la competencia, que no ofrecía problemas en períodos históricos anteriores por su escasa o nula presencia, se convierte en un problema central ya que era necesario armonizar dos situaciones: El principio de la libertad y la necesidad de limitar esa libertad. La libertad de iniciativa económica es el fundamento de la competencia. Se conviene doctrinariamente que la iniciativa privada es el mejor estímulo para el empresario.

---

34 GÓMEZ LEYVA, Delio. *De las Restricciones, del abuso y de la deslealtad en la Competencia Económica.* Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998, p. 47.

35 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 9 y s. Citado por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia.* Lima: Editorial San Marcos 1997. p. 23.

En este tercer período encontramos un mayor esfuerzo para objetivizar el Derecho Comercial y se rige como presupuesto de la actividad económica la libertad de acceso al mercado, en la cual la competencia adquiere su mayoría de edad como lo ha señalado Ascurelli citado por Delio Gómez[36].

La afirmación de la libre competencia, sin limitaciones, lleva en sí un gran problema. Esta libertad de competencia es objeto de graves abusos por parte de los competidores que empiezan a infringir las reglas del ejercicio de una libre y leal competencia, ya que como lo hemos señalado no existen reglas jurídicas señalando lo lícito e ilícito de los actos. Esta libertad económica lleva a que se realicen acuerdos y prácticas concertadas entre empresarios para limitar, arreglar o erradicar por completo la competencia, es decir, se abusa de la libertad de competencia.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos los dos más grandes conglomerados industriales (petróleo y ferrocarriles) llevan a cabo, cada uno en un momento dado, prácticas de concertación para destruir a los competidores. Se asignan mercados, se utilizan precios predatorios y en general se distorsiona la economía de tal manera que a nivel del Congreso norteamericano se comienza a considerar que los *trust* o grandes grupos ponen en riesgo la estabilidad de la nación y obligan a los legisladores a defender el sistema de libre empresa, bajo el riesgo de ser arrastrados por estos abusadores dueños de los grandes conglomerados.

Eduardo Galán en su obra *Acuerdos Restrictivos de la Competencia* expresa «...el régimen de la competencia basado en la libre actuación de los sujetos económicos actuantes en el mercado, llevaba en sí el germen de su propia destrucción, ya que al tratarse a una libertad sin límites incluía la libertad de hacer desaparecer la existencia del propio régimen competitivo...»[37].

Y Juan Antonio Olaechea[38] afirma que «en sus inicios se entendió que la competencia perfecta era la base del sistema, pero luego, debido fundamentalmente a dos razones este concepto ha sido descartado: La primera, de carácter general, es aquella por la cual se entiende a la libre competencia como la libertad de hacer desaparecer la concurrencia. La segunda, de carácter particular, es consecuencia de la anterior en la medida que la competencia se desarrolla sin ningún control, los mercados empiezan a presentar formaciones monopólicas y oligopólicas, además de otros abusos. Estos fenómenos hicieron que los individuos se sintieran perjudicados lo cual amenazó con generar una grave crisis en el sistema liberal».

Es así como los mismos empresarios (pequeños y medianos) solicitan al Estado que intervenga legislativamente para regular los acuerdos restrictivos de la competencia y evitar actos que falseen el correcto funcionamiento del mercado.

El ejemplo más ilustrativo de este problema lo hallamos en los Estados Unidos, donde a finales del siglo XIX, los grandes grupos empresariales habían formado una serie de gigantescas compañías denominadas *trusts* o *holdings* que conformaban auténticos monopo-

36 GÓMEZ LEYVA (1998). *Op. cit.*, p. 37.

37 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 27.

38 OLAECHEA (s/f). *Op. cit.*, p. 41.

lios de industrias tales como petróleo, acero, azúcar, explosivos, tabaco, etc. Se vivía todas las consecuencias de una industrialización descarnada y brutal como la injusticia en el excesivo número de horas de trabajo, salarios ínfimos, trabajo infantil, condiciones laborales deplorables; ocasionando protestas cada vez más fuertes a nivel popular. La organización de toda la economía en poder de unos cuantos grupos traía ansiedad en el pueblo norteamericano. La concentración del poder económico terminó dando lugar a enfrentamientos cada vez más violentos contra el monopolio. El poder judicial trató de regular estos aspectos en base a la tradición del *Common Law* pero no existía una base legislativa que pudiera realmente contener el abuso.

Sin embargo, fue en Canadá donde en 1889 se promulgó la primera ley específicamente dirigida a reprimir las restricciones de la competencia. Al año siguiente (1890) el Congreso de los Estados Unidos promulgó la famosa *Sherman Act* que ha servido de modelo para casi todas las legislaciones del mundo. En Europa, considerando algunas excepciones, es con posterioridad a la II Guerra Mundial cuando, debido en gran manera a la influencia norteamericana, producto del plan Marshall, se dieron leyes en los países de Europa Occidental que tenían la finalidad de proteger la competencia frente a las actuaciones restrictivas de la misma y evitar el resurgimiento de los grandes conglomerados de sesgo fascista.

La legislación que surge en esta época (1890) surge para combatir a las grandes compañías de *holdings*, a los grandes *trust* y por ello se le conoce como leyes *antitrust*. El legislador cree que el rol principal de un sistema de libre competencia es que funcione en un modelo de competencia perfecta y por ello debe evitarse las empresas enormes. Sin embargo el legislador fue tomando conciencia paulatina que lo importante era la regulación de la libre competencia para proteger la competencia efectiva, señalando conductas que debían ser siempre castigadas y otras que debían ser evaluadas en su propio mérito, ya no se trata de sancionar a la empresa por su naturaleza (grande o chica) sino por su conducta.

En esta evolución de la prohibición del *trust* a las conductas restrictivas y en el que se precisa que el objetivo es una competencia efectiva o eficaz, se entiende que ningún vendedor individual o grupo de vendedores que actúan conjuntamente, tendrá la facultad de elegir el nivel de sus beneficios entregando menos y cobrando más. Citando a Alex Hunter «en un mercado competitivo eficaz, el vendedor individual no puede controlar la oferta de los rivales y dicha oferta establece un margen muy escaso en cuanto a sus posibilidades de fijar los precios y la producción (...). Estas condiciones de mercado imponen penalidades sobre los altos costos y los servicios de mala calidad. Para llegar a estos resultados es necesario que los rivales tengan realmente libertad para competir mediante precios bajos y servicios de mejor calidad, así como mejores productos y actividades de venta, siempre que puedan soportar costos suficientemente bajos como para permitirles actuar de tal manera y siempre que ningún vendedor tenga suficiente poder como para las presiones y penalidades que la competencia eficaz impone»[39].

Como dice Font Galán: «La necesidad de reorganizar, tras la guerra, la economía sobre un nuevo orden económico y jurídico, y la exigencia de velar por los intereses de las clases trabajadoras y de los consumidores» son factores que contribuyen a la aparición de una nueva filosofía social del Estado, que bajo la bandera del interés general y de orden públi-

39 HUNTER, Alex. *Monopolio y Competencia. Textos Escogidos*. Madrid: Ed. Tecnos, 1969, p. 66.

co, se siente ya indeclinablemente llamado a ejercer un gobierno directo sobre la economía.

Interés general y orden público económico se configuran como principios justificadores de la intervención económica del Estado y como directrices de su política económica intervencionista. «...Las distintas fuerzas del neoliberalismo se han de gobernar bajo el principio del orden público económico que inspira y configura el sistema jurídico de nuestro sistema económico actual»[40].

A principios del siglo XX se podía comprobar que en todos los países con políticas de industrialización existían disposiciones sobre la protección de la competencia. Todas estas normas que en un principio fueron aisladas contribuyeron a la formación del que después sería el derecho *antitrust*. Este derecho ha evolucionado a través de una serie de fallos judiciales, administrativos, doctrina y normas legislativas civiles y penales. De allí su complejidad pero conceptualmente es un todo coherente y dinámico que constituye un elemento esencial de todo desarrollo orgánico de la sociedad industrial y post industrial.

Es necesario tomar en cuenta lo expresado por Cabanellas cuando dice que «tanto el desarrollo histórico como la difusión geográfica del Derecho regulatorio de la competencia tienden a demostrar que el mismo se encuentra intensamente vinculado con el tipo de economía que ha imperado en Europa Occidental, Estados Unidos y en el mundo desarrollado, en general a partir de la Revolución Industrial. El paralelismo entre este tipo de estructura productiva y la especie de normas considerada no puede imputarse en efecto, al simple desenvolvimiento de las estructuras mentales o ideológicas en los países desarrollados»[41].

No puede entenderse el derecho de la libre competencia sin su marco histórico, geográfico y económico. De allí que muchas veces encontremos que en países de menor desarrollo relativo como el Perú, Ecuador, Venezuela, Colombia o Bolivia sean usuales las prácticas prohibidas y tan difícil la aplicación rígida de toda la normatividad por cuanto culturalmente los empresarios y los agentes económicos, en general, no han llegado a comprender a cabalidad la importancia de su aplicación. El aplicar el cuerpo legal en forma estricta podría ser contraproducente, razón por la cual le cabe al Indecopi un rol promotor y educador en este campo.

Podemos afirmar que se presenta un paralelismo entre la protección de la concurrencia y la estructura industrial del país. Las economías que no alcanzan un alto grado de industrialización están sometidas a condiciones semejantes a las de competencia perfecta como tomadores de precios. En este contexto, si se genera un régimen jurídico destinado a regular la concurrencia a los mercados, es decir, si el Estado interviene modificando el funcionamiento espontáneo de tales mercados relativamente perfectos, sea para mejorar la condición de los productores o para evitar fluctuaciones de precios, estas intervenciones no lograrán fomentar la libre competencia sino que al tratar de evitar algunas circunstancias no deseadas pueden evitar el libre juego de la oferta y la demanda.

---

40 FONT GALÁN (1987). *Op. cit.*, p. 109.

41 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 12.

Imaginemos un mercado de compradores y vendedores de industrias primarias y materia prima (pescado, verduras, etc.). En este caso la intervención del Estado puede volverse una fuente de mayor distorsión. Esto mismo sucedió en Alemania donde no hubo una política *antitrust* unitaria, y que fue modificándose de acuerdo a los gobiernos que se sucedían. Esto ocurrió desde fines del siglo XIX hasta mediados del siglo XX donde se optó entre la descartelización y la cartelización. Al concluir la Segunda Guerra Mundial se decidió, bajo la influencia norteamericana, decidir por «el principio de prohibición» y se promulgó la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia.

Font Galán dice: «El reconocimiento constitucional de la iniciativa económica pública y de la intervención y planificación estatal de la actividad económica general, supone el establecimiento de importantes límites o condicionamientos externos a la libre iniciativa económica privada, fundamento de la libre competencia, la cual queda o puede quedar así indirectamente afectada»[42].

Y como afirma Juan Antonio Olaechea: «en la actualidad el derecho regulador de la libre concurrencia está encuadrado en dos tipos de regulación. Ambas buscan la defensa del libre juego en el mercado pero desde distintas perspectivas:

- La primera, basada en el principio de la prohibición.

- La segunda, en el principio del abuso de la posición dominante. Ambas sucesivamente reprimen:

- La restricción, incluso antes que de hecho se produzca, atacando su fuente.

- En el segundo modelo la sanción sólo tiene lugar si se constata que tal práctica resulta nociva.

Es importante señalar que ambos principios no son excluyentes, es más, admiten cierta dualidad»[43].

Cada principio esta intrínsecamente relacionado con una escuela, el primero «el principio de la prohibición» esta relacionado con la Escuela Norteamericana y el segundo principio, el «del abuso de la posición dominante», con la Escuela Europea.

Como veremos más adelante, la escuela norteamericana ha sido mucho más dura con la prohibición de ciertas conductas, a las que sancionó sin siquiera considerar si podía o no beneficiar la competencia y eficiencia del mercado. A esto se le conoce como la regla *Per Se*. Con los años esta posición ha ido suavizándose en favor de lo que se conoce como la regla de la razón. En la escuela europea, salvo casos excepcionales, prima no sólo la regla de la razón sino además la que se denomina regla de *minimis* que significa que aún en aquellos casos de conductas ilegales el derecho no las sancionará si su efecto en el mercado no es significativo.

42 Font Galán (1987). *Op. cit.*, p. 162.

43 Olaechea (s/f). *Op. cit.*, p. 41.

La Escuela Norteamericana

El Derecho *Antitrust* americano fue el primero en surgir como un sistema integral de protección de la libertad de competencia. La *Sherman Act* de 1890 constituyó el inicio de un auténtico modelo jurídico.

Abanto nos dice: «Al principio el sistema *antitrust* norteamericano no tuvo gran aplicación práctica pero posteriormente gracias a las modificaciones legales como la Ley Clayton y la Ley de la *Federal Trade Comission* de 1914, la ley Robinson Patman de 1938 y el desarrollo jurisprudencial, fue tomando cuerpo un sistema bastante elaborado, que ha llegado a influir decisivamente en otras legislaciones, contra las prácticas restrictivas de la competencia»[44].

La *Sherman Act* reprime los pactos o convenios que restrinjan la competencia cualquiera sea su contenido y forma que adopten, así como los monopolios o el intento de monopolizar la economía, no importando si esta acción es realizada individualmente o con el concierto de varios. Los acuerdos de restricción a la concurrencia en principio son nulos. En cuanto a los monopolios el poder que estos desarrollan fue visto en sí mismo como un peligro para la sociedad.

Las normas del *Sherman Act* son de lectura simple y clara. Esta norma prohíbe todo tipo de contrato, combinación o conspiración que tienda a restringir el libre comercio. Las cortes interpretaron, bajo el artículo primero, una serie de actos y contratos que tipificaban como restrictivos del comercio. Entre estos la concertación de precios entre productores, fabricantes o distribuidores y los acuerdos para el reparto de mercados así como los convenios para restringir cuotas de producción o coordinar acciones en concursos y licitaciones públicas.

La Ley Sherman mostró una serie de carencias lo que dio lugar a dos enmiendas: La Ley de la Comisión Federal del Comercio del 26 de setiembre de 1914 y la Ley Clayton del 15 de octubre del mismo año.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio contribuye con dos aportes importantes: La creación de un órgano administrativo de carácter esencialmente informativo y preventivo así como también la facultad de impedir y reprimir la competencia desleal a través de un proceso administrativo. Esta norma aclaró los actos de competencia desleal y dio una vía instrumental para investigar conductas anticompetitivas.

Por otra parte la Ley Clayton surgió para complementar la Ley Sherman. José Antonio Olaechea señala que «esta ley tuvo dos innovaciones fundamentales: La primera esta contenida en las secciones 7 y 8 que prohíben la adquisición de acciones o bienes de una empresa o los directorios entrelazados, cuando pueda resultar una disminución de la competencia y tienda a crear un monopolio. La segunda innovación está contenida en las secciones 2 y 3. Esta tutelaba la distribución y venta de mercaderías, prohibiendo las discriminaciones en los precios y condiciones entre compradores y vendedores de una mercadería del mismo grado y calidad. La diferencia fundamental entre esta norma y la Ley

44 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 23.

Sherman es que la ilegalidad puede ser declarada sobre una conducta que tenga el resultado probable de lesionar la competencia y ya no sobre un hecho consumado»[45].

Originalmente la Ley Clayton se aplicaba sólo a las corporaciones que realizaban actos de comercio interestatal. Estos actos fueron definidos por la Suprema Corte de los Estados Unidos como directamente involucrados en la producción, distribución y adquisición de bienes y servicios en el comercio interestatal. De este modo la jurisdicción a aplicarse en el sistema era más rigurosa que la contemplada en la *Sherman Act* donde se refería a cualquier acto que afectara el comercio. El Congreso corrigió este problema con una enmienda en 1980 señalando que el *Clayton Act* se aplicaba a toda persona involucrada en el comercio o en cualquier actividad que afectara el comercio.

Como la Ley Sherman fue redactada en términos muy amplios ya que prohibía cualquier tipo de acuerdo que restringía el comercio, la jurisprudencia ejerció una gran influencia en la medida que los jueces formularan dos principios interpretativos.

- La Regla de la Razón y la Doctrina de la Condenación por sí misma (Regla *Per Se*).

La Regla de la Razón surge de un concepto que originalmente proviene del derecho común (*Common Law*). La intención y base de esta es indagar si los acuerdos o restricciones a la competencia son razonables y si no lo son deben ser invalidados. Los jueces establecieron criterios para calificar las diferentes formas de conducta, teniendo la potestad de decidir, en cada caso, que tan razonable era el acuerdo.

En cuanto al principio de la «condena por sí misma» o aplicación de la regla *per se* podemos decir que este principio señala que no importan las razones que se puedan tener. Lo que interesa aquí es que las prácticas restrictivas a la competencia puedan ser inocuas a corto plazo aun cuando generarán un daño a largo plazo. La Escuela Norteamericana ha adoptado la regla *per se* en todos aquellos casos en que una conducta restrinja la competencia y no tenga a su vez una compensación favorable a la misma competencia o promueva la eficiencia del mercado.

Para ejemplificar lo severo de la regla *per se* tomemos el caso de cuatro instituciones productoras que acuerdan donar pollos y pavos, por navidad, a los hospitales públicos que brindan atención a niños indigentes, inválidos, así como al pabellón de niños quemados del Hospital del Niño. Todos estos fabricantes serán sancionados con altas multas y sus ejecutivos corren el peligro de cárcel. No interesa que tan loable o filantrópico sea el objetivo. Lo sancionable es el acuerdo, esto es, que cuatro empresas no pueden o deben acordar una política común que hoy es loable pero mañana puede tornarse en contra del mercado y de su eficiencia.

La Escuela Europea

La Escuela Europea tiene un origen y desarrollo distinto al de la Escuela Norteamericana. En opinión de Antonio Olaechea, si bien ambas escuelas tienen un origen distinto, las dos buscan proteger la libre competencia. La Escuela Europea no surge de la repulsa o reac-

45 Olaechea (s/f). *Op. cit.*, p. 43.

ción pública por un excesivo poder privado (*trust*), sino como reacción al sistema de barreras y controles típicos de la etapa feudal, en rechazo a los controles gubernamentales sobre temas económicos internos y no incluye necesariamente la supresión de los monopolios de carácter privado, pues la industria no había logrado en Europa a fines del siglo pasado y principios del presente un alto grado de concentración en manos privadas. (...) Así pues, la legislación protectora del derecho de la libre competencia en Europa no es tan severa y condenatoria de toda concertación económica como lo es la Escuela Norteamericana.

Como consecuencia de las dos guerras mundiales, que se vivieron en el siglo XX, el sistema de libre competencia se vio muchas veces restringido por la intervención estatal destinada a preparar el escenario de la guerra. La Escuela de Friburgo, que surgió durante los años 30, de corte neoliberal, buscaba proteger la competencia real, propugnando una vuelta a la economía de mercado, rechazando las doctrinas intervencionistas pero no dejando en total libertad a las fuerzas del mercado sino que propugnaba la necesidad de crear un marco legal adecuado donde de desarrollaran las condiciones propicias para la libre competencia.

El fin de la 2da. Guerra Mundial creó varios organismos de cooperación económica, entre los que destacaron el Tratado de París que fundaba la comunidad europea del carbón y el acero.

El Tratado que establece la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) creó un Mercado Común para el carbón y para el acero regido por dicho Tratado. Este tratado firmado en París el 18 de abril de 1951 entre Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo tenía como propósito crear un mercado único del carbón y del acero administrado por un ente supranacional conocido como la Alta Autoridad. El Tratado CECA es de aplicación a empresas productoras en el sector del carbón y del acero dentro del Mercado Común y también a los efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado. CECA es aplicable a cualquier empresa u organismo que ejerza habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a consumidores particulares o artesanos.

Por su importancia como norma precursora de la regulación de la libre competencia, este tratado merece especial atención.

Las siguientes son algunas de las disposiciones que hacen referencia a las reglas de la libre competencia, como reprimir las prácticas restrictivas de la libre competencia, prácticas desleales, prohibiciones al abuso de una posición dominante:

a. La facultad de establecer un régimen de cupos de producción en virtud del artículo 58 del Tratado CECA, que ha sido ejercitado en el caso del acero, y la facultad de establecer precios bajo el artículo 61;

b. Las reglas relativas a la cotización de precios y la prohibición de prácticas desleales y discriminatorias en materia de precios en virtud del artículo 60;

c. La prohibición de acuerdos restrictivos dentro del Mercado Común en base al artículo 85;

d. La prohibición de determinadas concentraciones sin autorización previa de la Comisión mediante el artículo 66,1 a 66,6;

e. La prohibición de abuso de una posición dominante en virtud el artículo 66,7; y

f. La regla relativa a las ayudas estatales en el sector del carbón y el acero.

El Tratado consta de 248 artículos y está distribuido en tres partes. La tercera parte esta dedicada a la política de la comunidad y es en esta sección que encontramos las reglas de la libre competencia. El artículo 85 esta referido a la prohibición de diferentes acuerdos que pueden afectar el comercio entre los Estados Miembros, conocidos como prácticas restrictivas de la competencia. Esta prohibido, por ejemplo, la fijación directa o indirecta de precios de compra o venta, la limitación o el control de la producción, el reparto de mercados o fuentes de aprovisionamiento, la relación con clientes comerciales en condiciones desiguales para operaciones equivalentes, subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contra parte de obligaciones adicionales que no tengan relación con el objeto de esos contratos.

Si se incurre en alguna de estas prácticas la sanción jurídica es la nulidad de pleno derecho. Ahora bien, estas prácticas pueden ser declaradas inaplicables a aquellos convenios, asociaciones o prácticas concertadas que contribuyen a mejorar la producción o la distribución de productos o promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios obtenidos. Esta excepción se hace *a priori*, es decir, es necesario la autorización de la autoridad competente.

Como podemos observar la Escuela Europea de post guerra reservó para sí el estudio de cada caso. Si dos empresas desean entrar en un tipo de comercio que formalmente podría incurrir en nulidad pueden consultar a la comisión para que esta evalúe la conducta en forma previa como procompetitiva o no. Si es aprobada podrán llevar a cabo la acción sin sanción.

El tema del abuso de la posición dominante es abordado en el Artículo 86. El abusar de una posición de dominio se considera incompatible con el mercado común y por lo tanto su práctica se encuentra prohibida.

Las prácticas que el Tratado de Roma de 1954, Primer Tratado de Integración de la Comunidad Económica Europea, considera abusivas son la imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta, la limitación de la producción, del mercado o del desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores, la aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contra parte de obligaciones adicionales que no tienen relación con el objetivo de esos contratos. Con estas prohibiciones lo que se busca es evitar el ejercicio abusivo del poder económico introduciendo una forma de control a las grandes concentraciones. Lo que se prohíbe en sí no es la posición dominante. Lo que regula el Tratado de Roma es el abuso de esa posición dominante. Este artículo trata sobre la acción de una o más empresas que están en una posición dominante.

La jurisprudencia de la Comisión del Tribunal Europeo y la legislación complementaria al Tratado reflejada en los Reglamentos del Consejo y las Comunicaciones de la Comisión han desarrollado un modelo alterno al *antitrust* norteamericano.

Como señala Guillermo Cabanellas[46], los artículos 85 y 86 de dicho Tratado sentaron las bases para las regulaciones comunitarias relativas a la competencia, creando así en cada país miembro de la nombrada comunidad, una estructura mínima de protección de concurrencia a los mercados.

El desarrollo de la legislación protectora de la libre competencia

- Latinoamérica

Sin duda alguna la legislación latinoamericana está profundamente influida por la Escuela Norteamericana. La primera ley antimonopólica argentina data de 1923. Posteriormente, en la década de los 60 y 70 se dictaron leyes antimonopólicas en Brasil, Colombia y Chile. En estos casos se trataba de normas penales transplantadas del sistema criminal norteamericano. Posteriormente se reglamentó algunas de estas normas protegiendo la competencia en sí y tratando de proteger los mercados que forman parte del mercado iberoamericano.

En el caso peruano, que veremos en profundidad, el artículo 61 de la Constitución de 1993 y el Decreto Legislativo 701 sancionan las prácticas monopólicas y aciertan en no atacar los monopolios en sí. Sin embargo sí se prohíbe los monopolios legales. En el Perú lo que se persigue son las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia.

La finalidad no es privatizar los monopolios del Estado para que se conviertan en monopolios privados, sino tratar que las economías sean más eficientes, más competitivas.

En la actualidad la mayor parte de los legisladores no consideran los monopolios o la concentración económica como negativas en sí o contraproducentes, pero pretenden controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia y no se den abusos de la posición dominante en el mercado, es decir, prohibir que esos monopolios se formen gracias a las prácticas restrictivas de la competencia y que las ya existentes mantengan su poder en el mercado mediante la realización de este tipo de prácticas.

De lo que se trata es que no sólo la legislación proteja la libre competencia sino de proteger los mercados que forman parte del proceso de integración de la región, como es el caso del MERCOSUR y del NAFTA pues al hacer las economías más eficientes y abiertas estas se integran al entorno mundial.

El objetivo de la ley es facilitar la movilidad de recursos productivos y promover un ambiente competitivo así como remover las distintas prácticas restrictivas que afectan y limitan el libre comercio.

Se deduce de la doctrina y del Derecho Comparado que la existencia de la legislación regulatoria de la competencia está estrechamente vinculada a la existencia de una economía de libre mercado basada en una industria moderna y eficiente.

Dado lo pequeño de nuestras economías locales es iluso pensar en evitar los monopolios u oligopolios. El tamaño de la economía no se presta para muchos jugadores. Lo que si podemos exigir es que estos actúen con lealtad y transparencia, que participen activamente en los procesos de integración, con lo cual se amplían los mercados y se fomenta la

[46] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 41.

competencia. La eficiencia del mercado se halla en función de estructuras de mercado donde el Estado es pequeño, eficiente y no involucrado en rol empresarial alguno y las conductas de los participantes o competidores cumplen con las reglas de libre competencia.

1.1.3. Desarrollo histórico de la protección de la libre competencia en el Perú

El tema de la libre competencia comenzó a tratarse juridícamente en el país con un rechazo a los monopolios privados. El primer antecedente que encontramos en nuestra legislación se halla en la Constitución de 1933 en la que se hacía referencia expresa a la protección del consumidor, relacionado con los problemas del acaparamiento y las alzas injustificadas de precio. Así, el artículo 16 de la Constitución de 1933 señalaba lo siguiente:

> «Artículo 16.- Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se interpongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios y estancos del Estado en exclusivo interés nacional».

Según Fernández Baca[47], este artículo constitucional fue dictado seguramente bajo la influencia del pensador Víctor Raúl Haya de la Torre, quien señalaba que era necesario dictar una «legislación represiva contra las maniobras y especulaciones de los *trust*s, anular los monopolios concedidos a los particulares y los contratos lesivos para la soberanía nacional». No fue reglamentado y sólo fue aplicado en lo referido a la formación de los monopolios estatales.

Más adelante, durante el gobierno de Bustamante y Rivero, se establecieron mecanismos para el control de precios. Estos controles crearon desabastecimiento y elevaron los índices de inflación, debido a que los agentes productivos se vieron perjudicados por el comportamiento especulativo.

En los años 70, señala Fernández Baca:

> «(...) Durante el régimen militar y especialmente en la década del 70, volvió a emplearse el mecanismo del control de precios. Ello ocurrió cuando el gobierno trató de contrarrestar la presión inflacionaria que él mismo había creado por el excesivo gasto público y la desacertada política económica, regulando los precios del sector público(...)»[48].

El 10 de enero de 1973 fue publicado en *El Peruano* el Decreto Ley N° 19885 que establecía el control y la regulación de precios. A través del mismo se congelaban los precios que regían al 31 de diciembre de 1972. En la norma se establecía que sólo el ministerio pertinente podía autorizar su modificación. La misma ley creaba sanciones a los infractores que iban desde una multa, hasta la prisión y clausura del establecimiento, según la gravedad del delito.

Tres meses después de su promulgación la norma fue modificada por el Decreto Ley N° 19978, que establecía que el congelamiento de precios se mantenía sólo para la lista taxativa de bienes y servicios seleccionada por cada ministerio. El resto de los bienes y servicios

---

47 FERNÁNDEZ BACA, Jorge. *La Ley Antimonopolios*. Lima: El Virrey S.A., 1989, p. 17.

48 *Ibidem*, p. 18.

no incluidos en esas listas se regirían por las leyes del mercado. La ley establecía también una diferenciación entre el control y la fiscalización de precios.

En el caso de los bienes y servicios que no se encontraran en las listas de cada ministerio, las empresas podían variar los precios, siempre y cuando se enviara un informe de la variación en costos al ministerio respectivo, junto con una declaración jurada y estudios justificatorios de la variación de precios.

Fernández Baca explica las implicaciones que tuvieron estos cambios en los consumidores:

> «(...) Dichas regulaciones no tuvieron el más mínimo efecto sobre el bienestar de los consumidores, acentuándose más bien el alza de los precios, que de 9.5% en 1973 se elevó a 16.9% y 23.6% en 1974 y 1975, respectivamente»[49].

En 1976 se modifica el dispositivo anterior por el Decreto Ley N° 21433 que mantiene el sistema de control de precios para los bienes que determina cada ministerio y se cambia la denominación de bienes fiscalizados por la de bienes regulados. Esta ley introduce la fijación de márgenes de comercialización por los ministerios respectivos, para los casos en que la naturaleza del producto no permita fijar los precios de venta al público.

En 1977 se dicta el Decreto Ley N° 21782, por el que se flexibiliza la lista de bienes sujetos a control de precios.

Fernández Baca señala que:

> «...Estos dispositivos de control y regulación de precios mantuvieron su vigencia hasta 1980. Durante su período de aplicación, es decir, entre 1973 y 1980, la tasa anual de inflación fue creciendo aceleradamente de 9.5% a más de 60%, con un promedio de 41.5% a diferencia del 8.9% de inflación anual que se tuvo durante el período de 1960-1972 en que no hubo control de precios.
>
> Cabe remarcar que en 1965 y 1968 hubo dos alzas de precios significativas (16.2% y 19.2%, respectivamente), pero el hecho de no haber controles contribuyó a que luego se restableciese la tendencia normal de crecimiento de precios»[50].

En 1979 se promulgó la nueva constitución, la que en su artículo 133 señalaba textualmente que:

Artículo 133.- Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

Fernández Baca continúa diciendo:

> «En 1980, pocos meses antes del inicio del nuevo gobierno, el entonces ministro de Economía y Finanzas, Dr. Javier Silva Ruete, elabora, con el asesoramiento del Dr. Roberto Mc Lean, el "Anteproyecto de la ley regulando la libre concurrencia en el mercado", que vendría a reglamentar el artículo 133 de la Constitución. Dicho anteproyecto no llegó, sin embargo, a ser tomado en cuenta por el gobierno saliente.

---

49 *Ibidem*, p. 18.

50 *Ibidem*, p. 19.

> Durante el primer año del gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry se vuelve a tratar el tema de los monopolios y se dicta una ley que, sin embargo cae también en el error de identificar este problema con el acaparamiento. El Decreto Legislativo N° 123 del 12 de junio de 1981 establece la "Ley sobre delitos económicos", prohibiendo el acaparamiento y las alzas de precios de los productos que todavía quedaban controlados, así como la alteración o modificación de su cantidad, calidad y peso. Las sanciones son de multa o prisión de hasta 4 años, según la gravedad del delito (...).
>
> Cabe remarcar, finalmente, que durante el gobierno del arquitecto Belaunde se mantuvieron algunos bienes bajo el sistema de control de precios, con resultados nada satisfactorios. Frente a una inflación promedio anual de 101%, los precios de los alimentos controlados han crecido a un promedio anual de 144% y los de los otros bienes controlados han crecido en más de 130%. En cambio, los precios de los alimentos no controlados crecieron en 99%, y los de los demás bienes no controlados en menos de 80%»[51].

Años más tarde, en 1985, asume la presidencia de la república el Dr. Alan García Pérez, acentuándose la crisis económica. La inflación llegó a promedios astronómicos de 7000% mensuales, había escasez de productos y excesivo control de precios que agudizaron aún más la crisis en el país.

En 1991 durante la presidencia del Ing. Alberto Fujimori Fujimori en el denominado *Fuji Shock* se liberalizaron los precios, desde ese momento los precios iban a ser regulados por la oferta y la demanda.

En noviembre de 1992, mediante Decreto Ley N° 25868, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual INDECOPI como la entidad encargada de supervigilar y promover el correcto funcionamiento de la economía de mercado en el Perú.

Entre las principales funciones del INDECOPI figuran: Impulsar y difundir la libre competencia, promover la participación adecuada de los agentes económicos en el mercado, fomentar una competencia justa, leal y honesta entre los proveedores de bienes y servicios, velar por el respeto de la libre competencia en el comercio internacional reducir los costos de acceso y salida al mercado (hoy reestructuración patrimonial, etc.).

Entre sus funciones se encontraba también la de realizar una labor permanente de monitoreo de mercados, asumiendo como premisa que los consumidores y proveedores son los verdaderos protagonistas de la economía. Son ellos los que deciden, a través del libre juego de la oferta y la demanda qué producir y a qué precios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva de tal modo que se logre el mayor beneficio para los usuarios y los consumidores.

En 1993, cuando el Perú regresa a un régimen democrático, se promulga una nueva constitución vigente hasta nuestros días la que en su artículo 61 señala:

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...).

---

51 *Ibidem*, pp. 19-20.

Este artículo fue reglamentado por el Decreto Legislativo N° 701 del 5 de noviembre de 1991 modificado principalmente por el Decreto Ley N° 25868 del 24 de noviembre de 1992 y por el Decreto Legislativo N° 807 publicado el 18 de abril de 1996.

El Decreto Legislativo N° 701 con sus modificaciones reglamenta la libre competencia en el Perú y cuyo texto estudiaremos exegéticamente en capítulos posteriores.

1.1.4. Comparación de los modelos económicos de la Constitución de 1979 y 1993

Se entiende como Sistema Económico Nacional al conjunto de elementos que informan y orientan la realidad económica de un Estado. Según Víctor García Toma[52] dichos elementos son tres, a saber:

a. Recursos naturales-y materiales; así como los seres humanos en sus respectivas calidades de productores, consumidores y usuarios.

b. Procesos de producción, distribución y consumo entre y dentro de las unidades económicas.

c. Orden económico o la organización que se constituye a partir del ordenamiento jurídico e instituciones correspondientes al proceso económico (La Constitución Económica y las demás normas sobre la materia).

El Estado peruano ha adoptado el sistema capitalista. Dicho sistema, como bien afirma Werner Soumbern[53], se caracteriza en lo sustantivo por la búsqueda del óptimo beneficio pecuniario. En ese contexto aparecen sus tres (3) rasgos fundamentales; a saber:

a. El espíritu de lucro.

b. La competencia entre las distintas unidades económicas dentro del seno del mercado.

c. La racionalidad y el tecnicismo en la actuación de las distintas economías.

El Régimen Económico de la Constitución de 1993 introduce una serie de cambios con respecto a la Constitución de 1979. La Constitución que nos rige reafirma el neoliberalismo.

En la Constitución de 1993 el Régimen Económico es tratado en el Capítulo VII y recoge en un total de 31 artículos el marco económico constitucional del cual se desprenden todo nuestro sistema económico. Sin embargo, la tendencia neoliberal de una economía social de mercado se hace presente a lo largo de toda la Constitución. En algunos artículos más claramente que en otros se verifica la enorme vinculación que existe entre Economía y Derecho pues ambas disciplinas se relacionan, ejerciéndose una mutua influencia.

---

52 GARCÍA TOMA, Víctor. *Aspectos del Régimen Económico en la Constitución de 1993*. Lima: Gaceta Jurídica, s/f, p. 47-A.

53 SOUMBERN, Werner, citado por GARCÍA TOMA, Víctor. *Op. cit.*, p. 47-A.

La presencia de cuestiones económicas en la Constitución no es nueva. Desde hace más de medio siglo se conoce como —Constitución Económica— al conjunto de normas que delinean el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica.

Al referirse al Título III sobre el Régimen Económico, Marcial Rubio, en su obra *Estudio de la Constitución Política de 1993,* nos dice:

«Titulo III: Régimen Económico

Hasta fines de la década de 1920, los Estados tenían relativamente poco que hacer en la economía: establecían las reglas de juego, protegían a sus empresas mediante sistemas de restricción de importaciones donde lo creían conveniente, regulaban la moneda hasta donde les era posible y trataban de capear las crisis con políticas recesivas cuando ellas eran necesarias. La economía ocurría bajo la forma de un ciclo inexorable con momentos de desarrollo (los picos de la onda) y momentos de depresión (los valles de la onda). El subir y bajar de la economía se convirtió en la teoría del ciclo económico. Sostenía ella que a cada nuevo crecimiento de la demanda seguía un crecimiento de la oferta hasta que llegaba un momento en el que la demanda paraba de crecer. Se producía una sobreoferta y un almacenamiento de productos no vendidos. Entonces debía disminuir la oferta, lo que significaba despedir trabajadores, lo que a su turno influía en una menor demanda ya que existían menores ingresos en la sociedad. Este era el fenómeno descendente del ciclo hasta que, en cierto nivel bajo, volvían a nivelarse oferta y demanda y ésta empezaba a incrementarse. Daba la impresión de que en esto no había más forma de intervención que la regulación del ciclo para que las reglas no se desordenaran artificialmente.

A raíz de la gran depresión iniciada el año 1929 y de la consiguiente búsqueda de soluciones, surgió una nueva manera de ver la macro-economía. Lord Keynes había ya antes sostenido que si en el momento en que empezaba el ciclo descendente de la economía el Estado inducía a la demanda, esta podía crecer y equipararse nuevamente con la oferta, de manera que la crisis no se hiciera presente o, en todo caso, fuera menos grave que con las medidas recesivas tradicionales. El keynesianismo reinó en el mundo casi cuarenta años y produjo un crecimiento sin precedentes.

Para llevarlo a la realidad, el Estado tuvo que irrumpir en la actividad económica de muchas y diversas maneras. El proceso no fue igual en todo momento ni en todos los lugares, pero se extendió a prácticamente todos los países»[54].

Y, continúa:

«También ello ocurrió en el Perú. En realidad, la Constitución de 1979 fue una expresión completa, y un poco tardía, de todo este proceso. Sus rasgos principales fueron los siguientes:

- La estrategia de desarrollo económico consistió en desarrollar el agro y la industria propia, mediante la protección contra los productores externos y la incentivación de la inversión en el país. Guiados en América Latina por la política de sustitución de importaciones promovida por la CEPAL, los gobiernos se incorporaron durante varias décadas en esta tendencia.

54 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, Tomo 3, pp. 177-178.

- Este tipo de desarrollo conllevaba la necesidad de tener una unidad nacional de planificación que determinara los rumbos que debía seguir la inversión pública, y que orientara (con mayor o menor coacción), la inversión privada.

El artículo 111 de la Constitución de 1979 decía:

"Constitución de 1979, artículo 111.- El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad del Sector Público y orientan en forma concertada la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio".

Así, había sectores de la actividad económica en los que el capital privado no podía invertir y otros en los que sí. En algunos debía coinvertir con el Estado.

La inversión extranjera era supervisada y controlada. Las inversiones debían ser autorizadas previamente cumpliendo diversos requisitos que establecían las leyes y los reglamentos.

La Constitución de 1979 decía al respecto:

"Artículo 137.- El Estado autoriza, registra y supervisa la inversión extranjera directa y la transferencia de tecnología foránea como complementarias de las nacionales, siempre que estimulen el empleo, la capitalización del país, la participación del capital nacional, y contribuyan al desarrollo en concordancia con los planes económicos y la política de integración".

- El Estado se reservaba para su propia gestión ciertas áreas estratégicas de inversión. Esto variaba según cada país, pero en general comprendía las industrias básicas, la explotación de los recursos naturales, la provisión de servicios esenciales como energía, teléfonos y comunicaciones, etc. Todo ello se llevaba adelante a través de empresas públicas de propiedad íntegra del Estado, o de empresas mixtas en las que el Estado tenía participación determinante.

El artículo 113 de la Constitución de 1979 decía:

"Artículo 113.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo"[55] .

En el artículo 114 se establecía la posibilidad de reservar actividades económicas al Estado:

"Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades en favor de los peruanos"».

Y agrega:

«A fines de los setenta en el primer mundo, y a partir de allí extendiéndose hacia el resto de países, empezó una ola de neoliberalismo que cambió drásticamente las reglas de juego.

55 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, p. 179.

El concepto de neoliberalismo tiene que ser precisado con la finalidad de diferenciarlo del liberalismo original que inicia su existencia política hacia el siglo XVIII, dependiendo del país en el que nos situemos.

Los liberales de entonces lucharon contra el Antiguo Régimen en pos de una sociedad con libertad, y propiedad para todos. Partían de otra realidad y creían que, con su proyecto político, podrían llegar a la sociedad de propietarios, es decir, donde todos tuvieran algo y nadie tuviera demasiado»[56].

La Constitución, como contrato social, establece las reglas mínimas acordadas por la sociedad para garantizar un desarrollo social apropiado y este contrato social debe necesariamente incluir normas de contenido económico. Estas normas deben responder a una orientación técnica que ordene y limite la intervención del Estado en la economía, garantizando un marco estable que aliente la inversión y propicie el desarrollo económico.

Las normas constitucionales dictan los principios generales esenciales del tema económico. Serán las leyes orgánicas las que completen este marco jurídico y hagan operativas las normas constitucionales.

Según Marcial Rubio:

«Los principios generales del régimen económico son las grandes normas directrices que, luego, serán desarrolladas en las diferentes disposiciones de rango legislativo e inferior para organizar económicamente a la sociedad. Como toda norma constitucional, tienen la virtud de adquirir valor jurídico supremo y de no poder, en consecuencia, ser alteradas por disposiciones de menor rango. De allí su importancia en el contexto de la organización social.

Los principios generales que la Constitución de 1993 desarrolla están vinculados a ciertos temas específicos que interesaron al constituyente de manera particular, tanto por su propia aproximación ideológica, como por la manera en que interpreta la historia económica del país. No hay, así, un conjunto de principios generales de carácter económico que constituyan un elenco constitucional esencial, reconocido y aceptado, como sí ocurre en otras áreas de la normatividad de este rango. Antes bien, los temas son tratados de distinta manera por diversas constituciones. Los que el constituyente peruano ha incluido en nuestra Carta son los siguientes:

- El principio de la libre iniciativa privada ejercitada dentro de una economía social de mercado. En el contexto de la Constitución, es este principio el que impulsa a la economía del país (artículo 58). La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (artículo 63). Todo ello ocurre en un sistema de libre competencia. Se combate toda práctica que la restrinja. El Estado tiene un rol de facilitador y de vigilante de la competencia. Es, por tanto, un Estado Policía de las relaciones económicas.

- Además, el Estado adquiere un rol orientador del desarrollo, actuando en ciertas áreas de servicios públicos esenciales (artículo 58) y promoviendo la actividad económica mediante las libertades de trabajo y de empresa (artículo 59). El Estado no asume el rol de promotor del desarrollo, ni interviene directamente en la economía, sino por excepción y las empresas públicas, que tienen requisitos estrictos para su creación, cumplen una función subsidiaria y siempre que exista un alto interés público (artículo 60, segundo párrafo).

- La economía se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa. La inversión nacional y extranjera están en igualdad de condiciones (artículo 63). Al Estado, so-

56 *Ibidem*, p. 181.

lamente le está permitido brindar oportunidades de superación a quienes sufren desigualdad en la competencia dentro del mercado y se dará atención especial a la pequeña empresa por esta razón (artículo 59).

- La defensa del consumidor adquiere importancia en este sistema. Existe norma que encarga al Estado tal protección (artículo 65).

Adicionalmente, existen otras normas que como la libertad de contrato y la garantía de estabilidad de sus términos; la regulación del sometimiento a la norma y jurisdicción de los contratos del Estado con extranjeros, y la libre tendencia y disposición de moneda extranjera, que no forman parte de la estructura misma del orden económico (porque podrían ser distintas sin alterar lo esencial del modelo), pero que tienen mucha importancia específica.

La diferencia en principios entre la Constitución de 1979 y la de 1993 es significativa en la orientación general: la Constitución de 1979 optó por un Estado que regulaba e intervenía directamente en la economía. Para ello tenía una estructura de planificación que tomaba una amplia gama de decisiones sobre inversión y asignación de recursos, tanto públicos como privados. Las empresas públicas adquirían un papel trascendental en la dinamización del aparato productivo y en la producción y distribución mismas.

La Constitución de 1993, en cambio, opta por un estado neoliberal y policía según es conocido en la literatura especializada, que esencialmente hace tres cosas:

- Regula la actividad privada mediante la dación de normas jurídicas.

- Supervigila el cumplimiento de las normas y sanciona las infracciones. En realidad, muchas veces la función de sanción del Estado Policía es más drástica que la del Estado de Bienestar porque, se supone, la función del Estado no es intervenir sino controlar. Son las personas las que deben cumplir por sí mismas las normas y, para ello, las sanciones deben ser ejemplares.

- Actúa en los servicios esenciales que normalmente no toma el sector privado (fundamentalmente de asistencia en casos de necesidad y disparidad de condiciones)»[57].

El ordenamiento constitucional plantea una filosofía política. Además, debido a que las normas constitucionales son difíciles de modificar, estas normas deben referirse a principios, es decir, a marcas genéricas donde se establezca el papel del Estado en la economía y se orienten las normas que garanticen los derechos económicos de los ciudadanos.

Como sabemos la Constitución es la que establece la organización política, social y jurídica del Estado y el orden económico fundamental. La Constitución por lo tanto es el conjunto de principios que regulan cómo se van a realizar todas las relaciones económicas. Es la base de todo orden social y en esta base se encuentra una determinada organización económica.

Es muy precisa la afirmación del profesor español Manuel Aragón[58], citado por Bernardo Carbajal, cuando expresa «el papel del derecho constitucional en la economía es hoy una exigencia teórica y práctica que no puede soslayarse. La constitucionalización de la economía comporta, en beneficio del propio sistema y en beneficio de la libertad e igualdad de los ciudadanos, la autorización de las categorías que el derecho proporciona para resolver los problemas de equilibrio derivadas de la legítima intervención de los poderes

57 *Ibidem*, pp. 195-197.

58 CARBAJAL, Bernardo. *Ponencia de Manuel Aragón en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial*. s/f.

públicos y de la también legítima autonomía de los particulares. Autonomía que hoy no descansa solo en consideraciones de principios, sino en la articulación de la cláusula general de libertad a través de una serie de derechos fundamentales que se integran en el modelo económico que las constituciones explícita o implícitamente establecen».

En el Perú la Constitución de 1979 impuso un modelo con rasgos socializantes. El modelo era estatista y controlista pues permitía monopolios a favor del Estado.

La Constitución de 1979 formuló un modelo global de organización política, social y económica que fue reconocido por todas las tendencias políticas. El modelo que esta Constitución reconocía era un modelo de democracia representativa, como dice Enrique Bernales[59] en su obra *La Constitución de 1993*: «privilegiaba el voto como principal derecho político y más importante mecanismo de participación popular; un régimen político mixto inclinado al predominio del Presidente de la República; un amplio reconocimiento de los derechos civiles y políticos, así como de los sociales y económicos; y, un régimen económico respetuoso de la iniciativa y la propiedad privada individual, pero también propicio al fomento del pluralismo económico.

Su modelo político se basa en el liberalismo proveniente de Europa y de Estados Unidos, y con respecto a lo económico recibe clara influencia del social cristianismo y la social democracia las que atenuaron el liberalismo».

El estudio basado en las conclusiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas[60] afirma en el capítulo primero que «...en los últimos quince años se han adoptado en todo el mundo reformas económicas fundamentales, motivadas muchas de ellas por el creciente reconocimiento del papel del mercado y del sector privado en el funcionamiento eficaz de la economía en todas las etapas del desarrollo».

Es así como, en 1993 se dio en nuestro país una nueva Constitución que corresponde a una orientación más amplia y abierta de la economía de mercado, muy opuesta a la de inspiración social y controlista que caracterizó la Constitución de 1979.

Nuestro actual sistema constitucional está inspirado en determinados principios o directivas, que en su conjunto dan lugar a la creación del marco jurídico de una economía social de mercado.

La presencia del Estado en la economía se presenta a través del ordenamiento jurídico, pero el marco fundamental se ha diseñado en la Constitución.

En un trabajo del Instituto Apoyo[61] preparado en octubre de 1992 se precisa que «la ciencia económica ha identificado varios casos en que se requiere de la intervención del Estado para la mejor asignación de los recursos y la consecución de mayores niveles de desarrollo y bienestar. Estas formas de intervención están destinadas, fundamentalmente a cumplir cinco objetivos:

---

59 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993 Análisis Comparados*, Lima: ICS Editores, 1996, p. 31.

60 Grupo Intergubernamental de Expertos de Prácticas Comerciales Restrictivas. Conferencia de la ONU sobre Comercio y Desarrollo.

61 INSTITUTO APOYO. *La Reforma de los Contenidos Económicos de la Constitución de 1979*. Octubre 1992.

- Otorgar las reglas básicas que permiten que el juego de las fuerzas de mercado produzcan los beneficios potenciales que encierra la libre competencia;

- Generar las condiciones que permitan la provisión de bienes públicos y la solución a problemas de externalidades (daños a terceros);

- Garantizar un manejo monetario y una política macroeconómica que permita un crecimiento estable de la economía.

- Atender necesidades básicas de la población más necesitada y facilitar su acceso a servicios esenciales y oportunidades de superación; y

- Cobrar impuestos de manera equitativa y sin producir alteraciones en la economía.

En estas funciones el Estado es insustituible. Sin embargo, es necesario anotar que la intervención del Estado en estos campos debe respetar ciertos principios para que se pueda lograr los resultados buscados. La intervención del Estado de por sí no garantiza nada; por lo que la sociedad requiere establecer estos principios básicos en el marco legal (y en algunos casos constitucional), de manera que quienes ejerzan el poder desde el gobierno tengan referencias claras sobre sus atribuciones y deberes».

Tomemos en cuenta la investigación del Instituto Apoyo con respecto a la intervención del Estado cuando expresa que «el mercado requiere de la intervención del Estado para garantizar las condiciones básicas que permitan su funcionamiento:

- Permitan la reducción de los costos de realizar transacciones.

- Faciliten suficiente información respecto de los bienes y servicios en transacción.

- Impidan el abuso de la posición de dominio en un mercado o las prácticas que busquen restringir la competencia interna o externa».

- Permiten la reducción de los costos de realizar transacciones

Ronald Coase es un reconocido pionero de la corriente conocida como Análisis Económico del Derecho, a quién la Academia Sueca le concedió el Premio Nobel de Economía, por haber desarrollado los instrumentos metodológicos que permiten comprender el diseño institucional de la economía. El punto central de su teoría es un concepto conocido como «costos de transacción». Coase parte del principio que llegar a una transacción cualquiera tiene un costo. Muchas veces estos costos son tan altos que hacen prácticamente inviable la solución contractual.

Alfredo Bullard[62] en su libro *Estudios de Análisis Económico del Derecho*, dice lo siguiente: «(...) cuando los costos de transacción no son prohibitivos, la gente llevará a cabo transacciones generalizadas, creando así mercados, no sólo para evitar caer en "ineficientes" estructuras jerárquicas y centralizadas, sino también para llenar el vacío dejado por la inexistencia de mercados o mecanismos de organización centralizada». Podemos deducir que cuando los costos de transacción no son significativos la solución de mercado puede conducirnos a la mejor alternativa.

62 BULLARD, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho.* Lima: ARA Editores, 1996, p. 131.

Los costos de realizar transacciones dependen principalmente del marco legal e institucional, del estado de la tecnología y de las características intrínsecas de cada transacción. Dado que sólo el primero de estos factores es directamente controlable, el Estado cumple un rol fundamental para disminuirlos.

- Facilitan que exista suficiente información respecto de los bienes y servicios en transacción

En las transacciones no siempre se cumple que comprador y vendedor estén al tanto de la información relativa para que su decisión se adecúe efectivamente a sus preferencias. El Instituto Apoyo[63] con respecto a este punto expresa que «en muchos casos los problemas de información en los mercados pueden ser resueltos a través de la Legislación de Defensa del Consumidor, lo que obliga a los productores a dar al consumidor la información necesaria para su adecuada elección». El objetivo principal de esta ley es generar una mejor y más completa información del lado de los consumidores. Para que el mercado funcione se requiere que las partes que participan se encuentren adecuadamente informadas para tomar decisiones. En el mundo de hoy no hay lugar ni tiempo para largas negociaciones, el contrato moderno es uno de carácter masivo. Es así como una de las partes está en aptitud de redactar los términos del contrato, sin que la otra pueda intervenir directamente en su elaboración. Es que los costos de información que forman parte de los costos de transacción han encontrado que esto se produce en la estandarización de los términos contractuales de intercambio de los bienes y servicios que producen.

- Impiden un abuso de posición de dominio en un mercado a las prácticas que buscan restringir la competencia interna o externa

Para que las fuerzas del mercado puedan operar óptimamente, el Estado tiene que intervenir y no dejar que estas actúen libremente. Su intervención consiste en establecer mecanismos que permitan contrarrestar las situaciones de abuso de posición dominante, así como prohibir la consecución de prácticas que restrinjan, limiten o impidan la libre competencia.

El Instituto Apoyo, en el trabajo que en párrafos precedentes se ha mencionado, expresa en torno a este tema lo siguiente: «todo abuso de posición dominante o práctica restrictiva de la competencia implica un perjuicio para los consumidores y un beneficio para los monopolistas, sean éstos públicos o privados. En adición a ello, las prácticas monopólicas o restrictivas generan daños adicionales, porque implican normalmente un desperdicio de recursos, puesto que se ha comprobado que la presión por reducir costos en las empresas monopólicas es menor que en casos de competencia»[64].

El sistema de economía de mercado es el que hace necesaria la existencia de una Constitución Económica de donde emanan las normas positivas que son las directrices que enmarcan la actividad económica.

---

63 INSTITUTO APOYO (1992). *Op. cit.*

64 *Ibidem.*

La Constitución Económica se halla dentro de la propia Constitución. En nuestra Constitución su identificación no ofrece dificultad ya que el Título III trata sobre el Régimen Económico.

Es así como es obligación del Estado orientar el desarrollo del país en el marco de una economía social de mercado, reconociéndose que está facultado para fijar determinadas reglas de juego.

Marcial Rubio[65] nos dice que el término economía social de mercado puede ser caracterizado de la siguiente manera:

- « Le son esenciales la libre iniciativa privada y la libertad de competencia dentro de un mercado abierto.

- Sus elementos de libertad deben ser complementados con los de justicia social y seguridad social.

- Libre iniciativa, mercado, justicia social y seguridad social deben actuar equilibradamente entre sí de manera tal que, corrigiendo los problemas que se enfrente en la realidad, busquen la participación de todos en las condiciones más equitativas posibles, tanto en la generación de la riqueza como en su distribución.

- Al equilibrar los elementos de libertad con los de justicia y seguridad, el Estado debe ser un promotor de la iniciativa de los menos favorecidos, antes que una entidad de beneficencia.

- La economía social de mercado admite la posibilidad (y en algunos casos inclusive la necesidad), de la planificación indicativa, de la participación del Estado en la actividad económica y eventualmente de la reserva de ciertas actividades económicas para el sector público.

- También puede admitir la intervención excepcional del Estado en la actividad empresarial para corregir problemas que no puedan solucionarse de otra manera.

- El interés general es un parámetro con el que hay que medir a la economía social de mercado.

- En todos estos aspectos, lo más importante es evitar los dogmatismos y establecer los correctivos más convenientes a cada momento.

La economía social de mercado, por consiguiente, tiene una serie de componentes de política pública que es preciso tratar con cuidado, integral y equilibradamente. La economía social de mercado no es puro liberalismo ni manejo automático de la economía por las fuerzas del mercado, sin correcciones ni ajustes.

Es muy importante recordar que el propio Tribunal Constitucional español considera que, en su economía de mercado, pueden existir bien una economía plenamente liberal, bien una economía con intervención estatal, y bien una economía indicativamente planificada. Ello será tanto más aplicable a una economía que, como la peruana, es no sólo de mercado sino también social (de mercado).

---

65 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, pp. 211-212.

Todas estas ideas son bien resumidas por Clapham en la siguiente cita:

"Dicho novedoso concepto se basa en dos principios del liberalismo económico. Estos son el individualismo como punto de partida que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de la propiedad privada, y el otro principio es el de la competencia al que se le considera como instrumento rector. Sin embargo, se traza una clara línea divisoria que lo diferencia del liberalismo económico clásico y por consiguiente también del sistema económico capitalista. La diferencia consiste en primer lugar en que ahora se entiende el orden de la economía de mercado como un sistema de reglas e instituciones organizado por el Estado de manera consciente, con un objetivo determinado, sistema que se construye de acuerdo a los conceptos de un orden liberal y social. Consecuente con esto, al Estado liberal se le asignan funciones ordenadoras y rectoras. Estas funciones constituyen y garantizan las condiciones jurídicas básicas de la Economía Social de Mercado y contribuyen a que el desarrollo del proceso económico no sea obstaculizado. En segundo lugar, la diferencia entre la Economía Social de Mercado y la economía capitalista de mercado radica en que la primera ubica los objetivos sociales en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia. En este sentido se trata de encontrar un equilibrio en lo social desde el punto de vista material, pero igualmente se busca un equilibrio entre las fuerzas económicas. La participación de los trabajadores en los procesos de generación de una voluntad colectiva y de la toma de decisiones en la economía que se ejerce dentro del marco de la cogestión legalmente garantizada, constituye igualmente una de las características de este nuevo modelo de economía de mercado. Y finalmente hay una tercera diferencia: El Estado está obligado a practicar una política económica activa, y en especial una política de estabilidad y de crecimiento, empleando necesariamente medios conformes con la situación del mercado"»[66].

¿Cuál es el rol del Estado en la economía social del mercado? Marcial Rubio nos dice:

«La economía de mercado requiere también equilibro social, redistribución y promoción de los menos favorecidos para ponerse en condiciones de competencia con los demás. En todos estos aspectos la intervención del Estado es esencial. Sin embargo, no debe ser una intervención sesgada, desordenada, o dirigida por intereses subalternos. Su norte debe ser buscar la existencia de las leyes del mercado, de la iniciativa particular, de la competencia y, dentro de ellas, efectuar las correcciones indispensables»[67].

Faltlhauser[68] señala que al Estado le incumbe fijar los parámetros del mercado a través de las reglamentaciones sobre la competencia: la ley contra las limitaciones a la competencia, la liberalización del comercio internacional, las medidas para facilitar el acceso al mercado a través de la promoción de nuevas empresas.

Además hace referencia a la creación de todo el sistema de seguridad social y sobre los incentivos del Estado al desarrollo regional. No menos importante es la política del proceso económico mediante medidas coyunturales y globales.

Finalmente se podría agregar la creación de condiciones fundamentales como, por ejemplo, la protección del medio ambiente igualmente por parte del Estado.

Y en cuanto a roles específicos:

---

66 *Ibidem*, pp. 212-213.

67 *Ibidem*, p. 214.

68 FALTLHAUSER, Kurt. «La Función del Estado en la Economía Social de Mercado». En VARIOS AUTORES. *Economía Social de Mercado. Coloquio Peruano-Alemán*. Lima: Cámara de Comercio e Industria Peruano-Alemana, 1979, p. 254

- Promoción del empleo, es decir, realizando actividades y disponiendo recursos que generen nuevos puestos de trabajo. El Estado no puede desentenderse del desempleo que exista en la sociedad, ni tampoco dejar su solución al puro ejercicio de las fuerzas del mercado por sí mismas. La generación de empleo es una responsabilidad de la tarea de gobierno. Este deber del Estado concuerda con las normas de derecho al ejercicio libre del trabajo (artículo 2 inciso 15 de la Constitución) y del trabajo como un derecho y como un deber (artículo 22 de la Constitución).

- Promoción de la salud. Recordemos en este ámbito que el artículo 9 de la Constitución manda que el Estado determine la política nacional de salud y que el Poder Ejecutivo norme y supervise su aplicación, la diseñe y conduzca en forma plural y descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios. La aplicación de este artículo 9 y del 58 en la parte que comentamos debe hacerse concordantemente y, por consiguiente, emerge con claridad la responsabilidad del Estado de prestar servicios de salud para cumplir la finalidad de acceso de todos.

- Promoción de la educación. Hemos visto la importancia que esta medida tiene para dar equiparidad de posibilidades a todas las personas de la sociedad en un contexto de competencia. El Estado ha asumido la responsabilidad de la educación obligatoria gratuita hasta el nivel secundario, y también el ofrecer educación gratuita superior a los que no puedan pagarla. Las normas están en el primer párrafo del artículo 17 de la Constitución.

- Promoción de la seguridad que, en el ámbito económico, debe entenderse como la seguridad social, según hemos visto en las páginas anteriores. En este sentido, también corresponde al Estado brindar servicios de seguridad social dentro del espíritu de los artículos 10 a 12 de la Constitución: el reconocimiento del derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social y el acceso a prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas. En materia de seguridad social deberá existir, por consiguiente, actividad estatal donde sea necesaria para lograr acceso equitativo.

- Promoción de los servicios públicos esenciales en los cuales podrá tener la colaboración del sector privado. No obstante, corresponde al Estado suplir aquellos que el sector privado no asuma o no brinde con cobertura adecuada.

- Promoción de la infraestructura física del país, en la que generalmente la inversión privada es restringida. En otras palabras, podrá facilitar el ingreso de las empresas privadas a la infraestructura donde ellas decidan invertir, pero también deberá asumir por sí mismo los sectores en los que el capital privado no entre y que sean esenciales. Carreteras y caminos, puertos y aeropuertos están entre los de mayor urgencia a lo largo y ancho del país.

En definitiva, el Estado tiene un papel que cumplir en la Economía Social de Mercado, regulando y estableciendo controles para equilibrar los diversos elementos que intervienen. Lo dice Predrieri[69] en este párrafo:

El Estado de nuestros días, no es sólo la organización necesaria, que, con el monopolio de su fuerza se sitúa como garante de un ordenamiento jurídico sin el cual no puede haber mercado o contrato, que interviene sólo para asegurar el respeto a las reglas del juego que

69 PREDRIERI, Alberto. «Estado y Mercado». En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* No. 17, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril 1994, p. 36.

el mercado, o la sociedad o los grupos sociales, fijan en vía autónoma en el ámbito mínimo de los derechos de propiedad, del contrato y de la responsabilidad civil, sin los cuales no puede existir mercado. En una época en la que Estado y sociedad y Estado y economía se caracterizan por una compenetración continua, difusa, recíproca, es el Estado el que determina, o concurre a determinar, aquellas reglas de su interés conformando el comportamiento del operador; esto es, en el interés del poder político, para intereses que considera e impone como generales. Es el Estado quien actúa como regulador, como encargado, como operador, como promotor directo o indirecto, como catalizador de procesos económicos.

La Constitución es un instrumento de regulación de la economía y por ende deben coincidir las distintas disposiciones relativas con la competencia de los diversos elementos normativos que también están dirigidas a orientar el funcionamiento de las actividades productivas, todo dentro del marco teórico dado por la Constitución.

El régimen del presidente Fujimori inició la liberalización de la economía, instaurando una economía de pleno mercado.

Es necesario cierto control e intervencionismo estatal para evitar el exceso de los agentes económicos del mercado y evitar la liberalización de las fuerzas de mercado indiscriminadamente. Los excesos de un mercado que se está formando deben ser corregidos por una acción social del Estado.

Sin embargo, en el análisis de Enrique Bernales[70] sobre la Constitución de 1993 dice que «políticos, periodistas y abogados cercanos al régimen del Presidente Fujimori han calificado la Constitución de 1993 como "pragmática" y aligerada del lastre ideológico socializante (...) la calificación de pragmática pretende desviar la atención del verdadero modelo de la Carta de 1993, que gira ante dos ejes que le dan identidad y caracterización: liberalismo a ultranza en lo económico y autoritarismo presidencial en lo político. No es ni puede ser una Constitución desprovista de ideología, la tiene pues su fuente de inspiración es el neoliberalismo, corriente que ha adquirido gran fuerza y expansión en el mundo de la post Guerra Fría y de la pretendida "globalización"».

Marcial Rubio en su obra *Estudio de la Constitución Política de 1993*[71] dice que la diferencia en principio entre la Constitución de 1979 y la de 1993 es significativa no tal vez tanto en detalles, como en la orientación general: «La Constitución de 1979 optó por un Estado que regulaba e intervenía directamente en la economía... La Constitución de 1993, en cambio opta por un Estado neoliberal y *policía*...».

Nuestro país es un Estado democrático y pluralista, multicultural y multinacional donde a través de la participación y concurso de todos se busca lograr los intereses comunes y particulares, respetando las diferencias y formas de pensar de cada quien. Sin embargo, esta intervención del Estado, cumpliendo su función de orientador no debe impedir la acción de las fuerzas del mercado.

Haciendo una comparación de la Constitución de 1979 con la Constitución de 1993 vemos que de manera expresa el Estado ha abandonado la intervención planificadora: «El

---

70 BERNALES BALLESTEROS (1996). *Op. cit.*, p. 69.

71 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, p. 196-197.

Estado estimula y reglamenta su ejercicio para dar paso al establecimiento del sistema de la libre empresa en la Constitución de 1993, aunque en esta consagra una libertad empresarial que no es absoluta ya que se ejerce en una economía social de mercado»[72].

Tal como hemos explicado la Economía Social del Mercado es un tipo de organización económica en donde las unidades económicas son independientes entre sí en el ejercicio de la libre iniciativa. En una interesante explicación sobre lo que significa una Economía Social de Mercado citamos la explicación de Víctor García Toma[73]: «Su actuación inspirada en el afán de lucro, es en principio de plena competencia; empero la presencia del Estado tiene la significación de estimular y reglamentar el ejercicio de la iniciativa privada con la finalidad de armonizarla con el interés y la justicia social.

Dentro de este contexto, el papel del cuerpo político más allá de la «gendarmería», es dinámico, promotor y eventualmente activo en el quehacer económico. Así, a través de instrumentos extra-mercado, —como la planificación concertada, adopción de medidas promocionales para incrementar la producción, desalentación de las importaciones no esenciales, defensa del valor y la estabilidad de la moneda nacional—, se pretende asegurar un desarrollo económico paralelo y concordante con el desarrollo humano de la población nacional, así como un crecimiento de la riqueza con beneficios compartidos por todos.

El Estado actúa como agente de políticas sociales que aseguran las prestaciones necesarias a favor de las personas marginadas de los beneficios del mercado; amén de convertirse en garante de un sistema social basado en la libertad con fraternidad.

El papel del Estado puede ser subsidiario en la visión social cristiana y de compartibilidad en la visión social demócrata y socialista democrática. En esta última el Estado participa, de considerarlo pertinente, en igualdad de condiciones que los inversionistas privados en el acceso al mercado, para ofrecer productos y servicios.

En resumen dicha opción le otorga al Estado, la promoción y tutela de los siguientes cinco (5) criterios básicos:

- Seguridad
- Libertad
- Propiedad
- Mercado abierto
- Bienestar armónico y compartido

Este último rubro conlleva a la búsqueda del pleno empleo, la distribución equitativa del ingreso, la prestación de servicios sociales amplios y extendidos, así como el garantizamiento del goce de los derechos sociales».

En la Constitución de 1993 comprobamos que el Estado deja de ser intervencionista para ser solamente un orientador del desarrollo del país, es decir, se reserva la potestad de incidir sobre las variables macroeconómicas.

---

72 *Ibídem*, pp. 197-198.

73 GARCÍA TOMA (s/f). *Op. cit.*, p. 48-A.

El Estado peruano de acuerdo a las disposiciones constitucionales vigentes, está obligado a garantizar la libertad de trabajo y empresa, reconoce el pluralismo económico y combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopolios.

Sin embargo creemos que la Constitución se basa más bien en economía social de mercado, esto es, aquel sistema que reconociendo el rol del mercado en la economía reconoce al mismo tiempo que las reglas no son perfectas y que es necesario darle un contenido social para equilibrar las distorsiones que suelen presentarse.

La Constitución de 1979 dedicaba todo el Título III al Régimen Económico tratando los principios generales de la marcha económica del Estado, los recursos naturales, la propiedad y su función social a los bienes públicos y bienes del Estado, la empresa, la hacienda, crédito y deudas públicas, la moneda y banca, los impuestos. Vemos como en esta Constitución el nuevo Estado es un Estado que participa. La economía no está ya sometida al libre arbitrio sino planificada por el Estado.

Como expresa José Pareja Paz Soldán: «Las mayores innovaciones del Estado de la segunda parte del siglo XX llamada la etapa post guerra mundial, se centran en el orden económico, los esfuerzos para acreditar la productividad de la nación y la más justa y equitativa distribución de la riqueza creada mediante el impuesto progresivo». El Estado asume la función de regularizar el reparto de la riqueza creada. Continúa el autor diciendo: «La propiedad, la empresa privada, la iniciativa individual, la libertad de comercio son siempre motores de la marcha económica, pero el Estado interviene ahora no sólo para mantener el orden público sino para lograr una distribución más justa de la riqueza producida con un incremento y una planificación de los elementos de la producción»[74].

Como hemos mencionado se trata de un Estado planificador, encargado de trazar programas sociales para promover el desarrollo de la producción. El papel que desempeña el Estado es de plena participación en las riendas de la economía, debe promover el desarrollo pero buscando el bien común creando las condiciones necesarias para que toda persona tenga una existencia justa, respetuosa de la persona humana.

El régimen económico que esta Constitución consagra no es un liberalismo ni un sistema socializante sino es un régimen de Economía Social de Mercado. En esta Economía Social de Mercado al Estado le corresponde organizar las grandes instituciones nacionales que faciliten el desarrollo económico.

No está demás señalar que la intervención estatal en la economía peruana durante las últimas décadas ha sido desastrosa. No sólo se estancó el crecimiento y se sobredimensionó el aparato estatal, sino que se creó un clientelismo político a través de los puestos de trabajo. Así millones de personas engrosaron el pesado aparato productivo como recompensa partidaria aunque eran pagados con sueldos míseros. El resultado final fue el atraso y el convencimiento que el Estado es un mal administrador donde campea la corrupción y la componenda. La mentalidad burocrática es por sí misma temerosa de tomar decisiones pues no tomarlas no implica riesgo y hacerlo está sujeto a la acción de la Contraloría. Por ello es mejor que sea el empresario el que asuma riesgos. Peor aún, al estar el Estado invo-

74 PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*. Tomo I, Lima: 6° Edición, 1980, p. 631.

lucrado en más de 170 empresas, casi todas deficientes, las áreas de salud, defensa y transporte quedaron abandonadas. En vez de un Estado pequeño y eficiente se creó un monstruo pesado, ineficiente y sobredimensionado. El ejemplo más patético del error que significa la intervención estatal en la economía lo encontramos en las cooperativas agrarias donde las mejores tierras del país no producen ni tributan. De ser complejos agroindustriales exportadores, generadores de ingresos al Estado, se volvieron consumidores de subsidios y dinero que debió dirigirse a socorrer a los pobres y no a cúpulas sindicales corruptas.

Es por ello que en la Constitución de 1993, como dice Marcial Rubio: «se da al Estado el carácter de orientador del desarrollo del país y le asigna ciertas áreas de actuación que tienen que ver con asuntos sociales esenciales: Promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura»[75].

Servicios que brindará a través de los impuestos que deben generarle la actividad privada de los empresarios en las diferentes industrias.

La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado

Constitución de 1979

ARTÍCULO 115.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

Constitución de 1993

ARTÍCULO 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Como hemos señalado la Constitución de 1993 se aleja del papel tradicional que el Estado desempeñaba en la Constitución anterior y opta por una economía social liberal que es la economía que impera en la mayoría de los países del mundo donde el capitalismo ha demostrado ser el modelo que genera mayor riqueza y bienestar. No se trata del capitalismo brutal del siglo XIX sino del capitalismo popular que inspirara Margaret Thatcher — que todos seamos propietarios. Un capitalismo donde la riqueza generada puede ser redistribuida a través del sistema impositivo. Es aquí pues en el rol de los impuestos donde el Estado puede alentar y desalentar el consumo y sobre todo redistribuir la riqueza. El rol del Estado moderno es crear conciencia tributaria, aumentar la masa de contribuyentes y apoyar a los pobres. Lamentablemente persiste en nuestros modelos una errónea concepción de ayuda social que rápidamente se torna en manipulación y clientelismo político.

De acuerdo a lo expresado por Carlos Torres y Torres Lara: «en materia económica esta Constitución si bien se orienta hacia la fórmula de la economía de mercado, contiene una decidida orientación del Estado hacia la protección de los más débiles a efecto de

75 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, p. 198.

equilibrar los excesos de una economía basada exclusivamente en las fuerzas del mercado». «En una brevísima referencia que permite advertir que esta Constitución no puede ser considerada como una Constitución simplemente liberal hay que mencionar las siguientes normas: la Constitución establece que el Estado debe fomentar prioritariamente el empleo, el progreso social y la educación para el trabajo (Art. 23). El Estado debe dar un proyecto preferente al sector agrario (Art. 88). Debe promover el desarrollo científico y tecnológico (Art. 14) los centros de educación gratuita (Art. 17) la integración social (Art. 2 – Inc. 19) la solución de los conflictos laborales (Art. 28) debe promover formas de participación empresarial (Art. 29)...». Por eso el autor afirma que esta Constitución debe ser calificada como de un «liberalismo social»[76].

Ambas constituciones protegen la libre iniciativa privada. En su primer párrafo la Constitución de 1993 copia textualmente el concepto vertido en la Constitución anterior: «La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado».

Marcial Rubio[77] al comentar el concepto de la iniciativa privada libre nos dice:

> «La iniciativa privada libre es un derecho constitucionalmente establecido, que tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica y quiere decir que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización. Como toda libertad, debe ser ejercitada dentro del marco de las leyes, particularmente del literal a) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución. Es, por consiguiente, un derecho protegido por las garantías constitucionales establecidas».

Sobre la iniciativa privada libre dice Mezzetti[78]:

> «También en las concepciones más recientes de la Constitución económica, la libre competencia es considerada como un valor implícito en la libre iniciativa en cuanto libertad de todos, no oponible a ella; se la considera como ocasión de ejercicio de la libre iniciativa y como su desarrollo natural que, desde luego, asume las consecuencias de las iniciativas de los demás».

Mezzetti, vincula la libre iniciativa privada con la libertad de competencia, considerando a ésta dentro de aquélla porque, en la medida que la iniciativa privada corresponde a todos, cada uno debe respetar las iniciativas de los otros. Así, podemos ver que el encabezamiento del artículo 58 se halla estrechamente vinculado al contenido del artículo 61 y que, en realidad, tanto la libre iniciativa como la libertad de competencia se interconectan la una con la otra y se hallan indesligablemente unidas.

Ochoa considera que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa contenida en el artículo 59 son el mismo derecho.

---

76 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Nueva Constitución del Perú 1993*. Lima: Asesorandina S.R.L, 1993, p. 37.

77 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, pp. 199-200.

78 MEZZETTI, Luca. «Constituzione economica e libertá di concorrenza in Italia». En VARIOS AUTORES. *Constituzione economica e libertá de concorrenza. Modelli europei a confronto (a cura di Luca Mezzetti)*. Turín: G. Giappichelli Editore, 1994, p. 211.

El artículo 58 siguiendo el antecedente del artículo 115 de la Carta de 1979, declara que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado.

A este respecto cabe precisar que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, comercio e industria garantizada en el artículo 59 de la actual carta son sinónimos. En consecuencia, debemos entender por libre iniciativa privada y libertad de empresa, comercio e industria.

Aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (102).

Para nosotros, la empresa es un mundo que efectivamente se halla dentro de la libre iniciativa pero tiene ciertas reglas particulares que se caracterizan por la interacción del ser humano y la persona jurídica que constituye la empresa, aunque ésta sea unipersonal. Siempre hay ciertas reglas de juego, sobre todo en materia patrimonial, que son más precisas y, tal vez, más rigurosas, en la manera de ejercitar el derecho a la libertad de empresa. Sin embargo, la vinculación es evidente.

De estas reflexiones, podemos extraer las siguientes conclusiones sobre la libre iniciativa privada:

- Es un derecho constitucional amparable por las garantías constitucionales.

- Contiene un elemento de libertad y otro de ejercicio de actividad económica. Se rige, por tanto, por las reglas generales de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

- Tiene vinculación conceptual estrecha con la libertad de competencia en la medida que la libre iniciativa de todos confluye en el mismo mercado bajo forma competitiva. No se puede entender la una sin la otra.

- La libre iniciativa tiene entre una de sus especies la libertad de empresa aunque esta última contiene también particularidades pues tiene que ver con la relación entre el ser humano y la persona jurídica que es la empresa.

El Decreto Legislativo 757 del 08 de Noviembre de 1991 que contiene la ley marco para la inversión privada en el Perú, trae la siguiente definición de iniciativa privada:

> «Decreto Legislativo 757, artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes».

Es una definición genérica y no contiene demasiadas precisiones, pero permite mantener los elementos que hemos señalado antes sin conflicto alguno.

Sin embargo en la Constitución de 1993, el Estado no interviene en la libre iniciativa.

Así pues el concepto de la «iniciativa privada es libre» quiere decir que cada persona tiene el derecho de desarrollar las actividades económicas que considere de su preferencia dentro de la sociedad, cumpliendo las normas que regulan dicha iniciativa. Esta libertad debe ser ejercida dentro del marco de las leyes.

Constitución de 1993

ARTÍCULO 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

ARTÍCULO 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

ARTÍCULO 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal.

ARTÍCULO 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Estos artículos 58, 59, 60 y 61 de la Constitución Política vigente, señalan que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Reconoce el pluralismo económico. El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

Como hemos visto desde el punto de vista teórico el enunciado "la iniciativa privada es libre" esta íntimamente vinculada a la libertad de competencia, a la libertad de empresa, comercio e industria. La relación que existe con la libertad de competencia se basa en la medida que la libre iniciativa es de todos, tiene que ver con las libres iniciativas de los demás, por lo que cada uno debe respetar la libre iniciativa del otro. Una libertad se entiende ligada a la otra. Asimismo está vinculada a la libertad de empresa porque esta es una forma de ejercer la iniciativa privada.

No es correcto señalar que la Constitución de 1993 optó por un modelo ultraliberal. No afirma el desarrollo de la iniciativa privada en una economía de mercado sino en una economía social de mercado.

La «Economía Social de Mercado» es aquella combinación de sistema económico y sistema social basado en la competencia, desarrollado después del final de la Segunda Guerra Mundial en la República Federal de Alemania.

Gutmann Bernot[79] explica en qué se distingue el concepto de una economía de mercado «libre», en la cual existen únicamente condiciones básicas legales en el sentido de las clásicas funciones del Estado, es decir, de las funciones de garantizar la seguridad hacia fuera, de garantizar el sistema jurídico nacional y suministrar una infraestructura que permita que la economía nacional pueda funcionar y desarrollarse (...) Los representantes de este concepto de economía de mercado «libre» son ante todo los «libertarianos» norteamericanos y sus pocos adherentes europeos. Ellos propugnan un «estado mínimo» que deja a la economía librada a si misma.

La Economía Social de Mercado es un sistema donde predomina la economía de mercado, pero es al mismo tiempo un sistema dentro del cual la seguridad social y el equilibrio social son parte elemental.

> «Para que exista economía social de mercado no basta con el *mercado* aunque éste es un elemento indispensable. Tiene que haber un componente *social* que busca el equilibrio y que contiene medidas institucionales para propiciar la cooperación social. El mercado es en su sentido amplio una política social pero requiere ser *equilibrado* con instituciones sociopolíticas específicas para este fin (...)»[80].

En la economía social de mercado se respetan y garantizan los derechos del individuo y sólo se permite la intervención estatal con el fin de salvaguardar los intereses colectivos.

La Constitución de 1979, sin pretender configurar una imitación del sistema económico alemán, recogía los principios fundamentales que lo definen: la libertad y la solidaridad y varios de sus componentes esenciales como la seguridad social, la cogestión y la estabilidad monetaria.

Esta Constitución propiciaba una política nacional planificada a cargo del Estado pero con la participación de las empresas privadas. Es una planificación de consenso entre gobernantes y gobernados, es una planificación dialogada propulsando siempre el bien común. Este papel que la Constitución da al Estado es con la finalidad de reducir las desigualdades debidas a la situación económica.

La Constitución de 1993, si bien ha mencionado a la Economía Social de Mercado, no ha mantenido estos componentes, salvo la estabilidad de la moneda. Los restantes han sido casos extremos en tanto que la mayoría han sido o bien disminuidos o sencillamente dejados de lado.

---

79 GUTMANN BERNOT. «Los Principios Básicos de Diferentes Sistemas con el Régimen de la Economía de Mercado». En *Características del Sistema de la Economía Social de Mercado.* Instituto de Solidaridad Internacional y Fundación Konrad Adenauer, 1984, p. 11.

80 RUBIO CORREA (1999) *Op. cit.*, Tomo 3, p. 204-205.

En una economía social de mercado es necesario que un organismo regule el funcionamiento del mercado, fijando las reglas básicas de competencia. Este órgano regulador debe ser totalmente independiente del poder político y de los distintos grupos económicos.

Como ya lo hemos mencionado otro artículo constitucional que recoge el concepto de que «la iniciativa privada es libre» es el artículo 59 que señala que el Estado garantiza la libertad de empresa. Esta libertad de empresa sólo se garantiza y protege si se ejercita de acuerdo con las exigencias de la economía general, de acuerdo con las exigencias sociales.

En la Constitución de 1979 el Estado tenía un rol distinto a la nueva Constitución. El Estado era un agente que participaba activamente en la economía promoviendo el desarrollo económico y social y fomentando los diversos sectores de la producción, cumplía un rol activo y de participación.

El rol de Estado en la Constitución de 1993 en cambio es el de estimular la creación de riqueza estableciendo márgenes en el sentido que esta creación de riqueza no debe ser lesiva a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública.

Como bien manifiesta Marcial Rubio[81] «...en el mundo contemporáneo las posibilidades de desarrollo de la producción son inmensas gracias a la acumulación de capital existente, al conocimiento tecnológico y al desarrollo de los conceptos de conducción y gerencia empresarial. En este sentido, el esfuerzo que el Estado ponga en regular, conducir y si es preciso planificar la economía, debe estar orientado fundamentalmente a producir más riqueza».

Hacer el estudio exegético del artículo 59 nos plantea los deberes del Estado en materia de economía los que por su importancia reproducimos:

El artículo 59 establece varios deberes para el Estado en materia económica:

- Estimula la creación de riqueza y esto debe ser entendido como uno de los objetivos centrales y como un principio que guía la actuación del Estado en materia económica: no se trata de que el Estado distribuya pobreza como se dijo en frase de franco contenido político hace algunos años, pero que caricaturizaba bien un concepto de Estado puramente asistencialista. En el mundo contemporáneo las posibilidades de desarrollo de la producción son inmensas gracias a la acumulación de capital existente, al conocimiento tecnológico y al desarrollo de los conceptos de conducción y gerencia empresarial. En este sentido, el esfuerzo que el Estado ponga en regular, conducir y si es preciso planificar la economía, debe estar orientado fundamentalmente a producir más riqueza. Desde luego, nada de lo dicho aquí quiere decir que este sea el único objetivo de la política económica del Estado, ni siquiera que sea el que predomine sobre los demás. Ya hemos hablado del necesario equilibrio entre la economía y la seguridad social a propósito de la economía social de mercado, en base a las experiencias alemana y española. Sí queremos decir, en cambio, que la creación de riqueza es uno de los extremos indispensables de ese equilibrio de varias variables.

81 *Ibidem*, p. 226.

- El Estado garantiza la libertad de trabajo que, como ya hemos dicho varias veces, tiene dos dimensiones: la libertad de elegir el trabajo (hasta donde es posible en una sociedad pobre como la peruana), pero también el derecho (y deber) de trabajar según establece el artículo 22 de la Constitución. A su vez, el artículo 58 manda que el Estado actúe principalmente en el área de promoción de empleo, entre otras. Todo esto hace que veamos al Estado comprometido en la provisión de trabajo (en especial el que cree nueva riqueza), bien a través de sus políticas hacia el sector privado o público productivo, bien a través de programas sociales que estimulen el uso de mano de obra en trabajos útiles.

- El Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, sujeta a ciertos límites impuestos por la misma Constitución y que serán desarrollados por la ley. La libertad de empresa, comercio e industria en realidad son varias libertades expresadas bajo la forma de una sola.

La libertad de empresa consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial, dentro de los marcos de la Constitución y la ley. La empresa es una entidad que toma decisiones libremente, sin ofender al Derecho. Es una libertad específica porque la vida empresarial (aún la de la empresa individual) tiene características, requisitos y procedimientos propios que deben ser respetados, sobre todo en lo que se refiere a las relaciones socio-empresa; socios entre sí; empresa con otras empresas. Este es un mundo complejo de relaciones y normas que el abogado inmediatamente reconoce.

La libertad de comercio tiene que ver con la libre circulación de bienes y servicios, incluido el dinero. Es una libertad también específica porque la circulación puede presentar diversos problemas de naturaleza jurídica: ingreso legal o ilegal de mercancías de un país a otro; problemas tributarios provenientes de las transacciones; problemas de propiedad de los bienes que circulan; problemas de registro; responsabilidades por los bienes materia de la transacción; problemas de daños y perjuicios variados provenientes de alteraciones en el debido cumplimiento de las obligaciones de unas partes con otras, etc. Son asuntos específicos vinculados a esta libertad, que requieren un tratamiento jurídico especial y distinto.

La libertad de industria, que es la referida a la producción de bienes. Nuevamente, aquí hay multitud de aspectos jurídicos a revisar, provenientes de la licitud o ilicitud de determinados productos; de las calidades frente al consumidor; de la propiedad industrial en sus diversas facetas, etc. La producción de bienes es libre pero presenta problemas que el Derecho debe tratar de manera sistemática para no perjudicar ni a los individuos ni a la sociedad.

Las libertades de empresa, comercio e industria tienen mucho que ver con la libre iniciativa privada que, como vimos en el comentario al artículo 58, es el género de todas ellas. También tienen que ver con la economía de mercado porque su verdadera realización puede suceder dentro de un mercado que, con los correctivos del caso, funciona en lo esencial con sus propias reglas. De estos parentescos nos habla Ruiz, a propósito del artículo 38 de la Constitución Española:

> «(...) el artículo 38 reúne dos aspectos complementarios de la libertad de empresa: aquel que la reconoce como un ámbito de autonomía del individuo y aquel que se refiere sus aspectos institucionales. A través del primero se confiere a cada ciudadano un "derecho de libertad", dotado de un núcleo "que ni siquiera el legislador puede tocar" (STC 37/1981, del 16 de noviembre) y directamente reclamable mediante acción ante los tribunales (STC 16/1982, del

28 de abril). En la segunda acepción, la libertad de empresa es reconocida en su dimensión institucional, es decir, como el marco objetivo en el que se garantiza el ejercicio autónomo del derecho individual. La extensión del contenido esencial de la libertad de empresa, en su dimensión puramente estructural (la economía de mercado) tiene la función de asegurar la viabilidad y la consolidación del modelo económico».

Y también existe un vínculo innegable entre libertad de empresa y libertad de competencia dentro del mercado porque, como vimos al analizar la libre iniciativa en el artículo anterior, la competencia no es sino el ejercicio de la libre iniciativa de todos (o de todos los que quieren participar) dentro del mercado. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español:

«[...] el Tribunal pone en evidencia el vínculo que existe entre la libre competencia y la libertad de empresa y, de forma muy explícita, señala la plena legitimidad constitucional de las medidas de orden público dirigidas a asegurarla. Esta orientación jurisprudencial dada en la resolución 88/1986, refuerza la idea del valor integrativo atribuible al principio de la competencia respecto del contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, con argumentos que subrayan la importancia que todo ello reviste para un modelo económico de mercado:

"El reconocimiento de la libertad de empresa, y la obligación de proteger su ejercicio por los poderes públicos, según el segundo párrafo del artículo 38, presupone la necesidad de una acción específicamente dirigida a la defensa de dichos objetivos constitucionales. Y una de las posibles decisiones a tomar consiste en evitar cualquier medida que pueda influir o dañar de manera seria, a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como el de la competencia entre empresas. Por lo dicho, la defensa de la libre competencia es tal, es decir una defensa, y no una restricción ni de la libertad de empresa ni de la economía de mercado"»

- Las libertades de empresa, comercio e industria están sujetas a ciertos límites: su ejercicio no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.

La moral puede ser entendida como la que puede apreciarse en el sentimiento promedio de la población para distinguir lo malo de lo bueno, y teniendo en cuenta también los principios asentados del Derecho, particularmente los derechos humanos.

No siempre será fácil distinguir lo moral de lo inmoral. En estos casos la duda deberá favorecer a la libertad. Desde luego, estamos hablando de una duda real y a la que se llega con buena fe.

Las libertades no pueden ir contra la salud de las personas. Hay aspectos que son claramente contrarios a ella como el tráfico de drogas, o el daño al entorno ambiental. Hay otros casos más discutibles, por lo menos en términos sociales, como el uso de tóxicos tolerados: alcohol y tabaco son tal vez los mejores ejemplos. Hay que recordar que, según el artículo 8 de la Constitución, el Estado regula el uso de tóxicos sociales.

La seguridad pública es la garantía de que las personas no sufrirán daños provenientes de su vida cotidiana en la sociedad. Los envenenamientos o intoxicaciones públicos; el peligro físico de ser muerto o herido, etc., son atentados contra la seguridad pública que pueden provenir del ejercicio de estas libertades.

La existencia de limitaciones al ejercicio de estas libertades no es exclusiva del Perú. Existe en todos los países. Fernández Segado señala que el Tribunal sí que ha acotado negativamente la libertad de empresas del artículo 38, al precisar que en este artículo no se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo «el de iniciar y sostener en

libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden» (STC 83/ 1984, de 24 de julio). Este pronunciamiento, es de interés recordarlo, se produjo con ocasión de una cuestión de inconstitucionalidad promovida contra la previsión de la Base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional, de 1944, en cuanto que disponía que «queda regulado y limitado en el territorio nacional el establecimiento de oficinas de farmacia», previsión constitucionalmente legítima según nuestro intérprete supremo de la Constitución.

- Finalmente, el Estado debe brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren desigualdades y, en este sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Como ya hemos visto antes, es tarea del Estado velar que todos tengan las mismas oportunidades en una sociedad de competencia. La primera tarea es brindar una educación de calidad y suficiente para preparar a las personas para el trabajo. Pero además, debe colaborar a la capitalización de las pequeñas empresas, que son entidades económicas de bajo costo de inversión por puesto de trabajo y que, además, permiten canalizar muchos de los esfuerzos y la creatividad de cada persona en el contexto social.

Las oportunidades que brinde el Estado deben consistir en el propulsar a las personas a seguir su iniciativa y no debe ser un mecanismo de redistribución de asistencias que las acostumbre a recibir. Sin embargo, tan importante como la competencia y la iniciativa libre, es también el desarrollo de estas responsabilidades, particularmente en un país del grado de pobreza que tiene el Perú.

Como vemos una de las formas de producir más riqueza es garantizar la libertad de empresa. La libertad de empresa nos da la posibilidad de crear sociedades destinadas a actividades lucrativas, dentro de los márgenes de la constitución. Es la capacidad de organizar fondos patrimoniales en unidades productivas mediante la capacidad empresarial. El eje del desarrollo es el empresario que transformará insumos (capital, mano de obra y gerencia) en bienes y servicios útiles a la sociedad. En nuestra Constitución se respetan y garantizan los derechos del individuo y solo es posible la intervención estatal cuando se salvaguardan los intereses colectivos garantizando el bienestar social.

La libertad de empresa, dice Bernales[82], «consiste en la posibilidad de crear libremente personas jurídicas dedicadas a actividades lucrativas, en las distintas formas que ellas asumen». Esta disposición debe estar regulada, y deben ser excluidas las normas que interfieran con el libre establecimiento y desarrollo de las empresas.

Mario Bauche[83] manifiesta que «la empresa en cuanto constituye una actividad encaminada a la producción de bienes y servicios para el mercado, plantea al ordenamiento jurídico una doble exigencia: esta actividad debe ser ejercida libremente y dentro de una atmósfera de licitud y lealtad».

Y continúa diciendo que «para satisfacer esta doble exigencia es preciso instaurar un doble grupo de normas. El Derecho tiene que garantizar al empresario el libre desarrollo

82 BERNALES BALLESTEROS (1996). *Op. cit.*, p. 307.

83 BAUCHE GARCÍA, Diego Mario. *La Empresa.* México D.F.: Editorial Porrúas S.A., 1983, p. 61.

de su actividad y también tiene que defender la actividad del empresario frente a todos aquellos actos competitivos que ostenten el sello de la ilicitud o deslealtad».

Autores como Arthur Seldon y F.G.[84] abordan el tema de la libre empresa y de los fines de su regulación expresando que «la libre empresa es aquel sistema en que los factores humanos de la producción están sujetos a la apropiación privada y se utilizan para obtener beneficios para sus propietarios, produciendo bienes o servicios que se venden directa o indirectamente a los consumidores; de manera que los dos rasgos distintivos de la libre empresa los componen la propiedad privada de los bienes de producción y el riesgo y las incertidumbres de la producción que soportan los empresarios. Es decir, el sistema está libre de la dirección y detallada regulación gubernamental, pero está sujeto a un marco de leyes sobre la propiedad, los contratos, las ventas, las sociedades, las restricciones al comercio, las patentes, etc., ideado para crear y mantener las instituciones de la propiedad privada, la iniciativa descentralizada, la libertad de mercado, la competencia y la soberanía del consumidor».

Por ello podemos afirmar que el Estado por mandato de la Constitución cuando garantiza la libertad de empresa impide que se obstruya o se limite la libertad económica y por lo tanto tiene que evitar que se produzca cualquier abuso que hagan personas o empresas de su posición dominante en el mercado. Asimismo para salvaguardar este precepto constitucional el Estado deberá evitar que las empresas hagan uso de prácticas restrictivas de la competencia que lleven a limitar, restringir o anular la misma.

Las normas positivas deben respetar y garantizar con mecanismos jurídicos la libre iniciativa de los particulares. Deben promover o al menos no impedir que los individuos tengan la libertad de decidir el tipo de empresa o actividad económica que van a desarrollar.

Como expresa Bernardo Carbajal[85] «las disposiciones legales o actuaciones administrativas del Estado que tiendan a limitar la libertad de empresa, no serán promulgadas ni realizadas para defender de manera exclusiva intereses particulares sino para hacer efectivas las existencias del estado social de derecho».

Como ya lo hemos señalando el estado social de derecho es uno en el cual se respetan y garantizan los derechos del individuo y solo se permite la intervención estatal con el fin de salvaguardar los intereses colectivos.

> «El empresario ya no es considerado como un individuo abstracto y aislado, sino como un miembro de la comunidad cuya actividad empresarial está flanqueada por el concurso de otras personas, como productores en el momento de la producción y como consumidores en el de la comercialización»[86].

La Constitución consagra una libertad empresarial que no es absoluta, sino que tiene varios límites que están consagrados en la misma Constitución como es la búsqueda del bienestar de los consumidores, vigilancia de la libre competencia, el desarrollo del país, etc.

---

84 CARBAJAL SÁNCHEZ, Bernardo Andrés. *Regulación Constitucional de la Libertad de Empresa y de Competencia.* Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. s/f.

85 *Ibidem.*

86 *Ibidem.*

Desde esta nueva concepción, distinta a la concepción individualista y abstracta de la libre competencia, en la cual el individuo no goza de poderes ilimitados, el concepto de libre competencia tiene como presupuesto el cumplimiento de una función social, que como hemos tratado en el capítulo denominado Bien Jurídico Protegido en última instancia a quien se protege es a todos los consumidores. Esta función social actúa como límite de la libertad de empresa y limita la libertad de competencia, siempre en salvaguarda de los intereses legítimos de los consumidores.

Por ello podemos concluir que la libertad de empresa está íntimamente relacionada con la libre iniciativa privada, y esta se manifiesta en la economía de mercado, en un mercado donde funciona la libre competencia. La competencia es el ejercicio de la libre iniciativa de todos nosotros. Por lo tanto, conceptos como libre iniciativa privada, libertad de empresa, libre competencia son conceptos que se dan dentro de un mismo marco teórico íntimamente interrelacionados y uno no puede comprenderse sin la presencia y acción del otro.

Del Pluralismo Económico

Constitución de 1979

ARTÍCULO 112.- El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.

Constitución de 1993

ARTÍCULO 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública recibe el mismo tratamiento legal.

El concepto de pluralismo económico cobró fuerza en el Perú a finales de la década de los sesenta, en el gobierno militar del General Velasco y fue recogida en la Constitución de 1979.

Sin embargo notamos una clara diferencia en los artículos de estas Constituciones. En la Constitución de 1979 siguiendo un modelo en que el Estado participa activamente en la actividad empresarial se permite la creación de empresas públicas que coexistan con otras formas de propiedad. En la Constitución de 1993 se limita drásticamente esta participación del Estado en la actividad económica del país, en el sentido que solo puede intervenir si está autorizado por ley expresa y en el caso de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. El rol del Estado no es el de intervenir directamente en la actividad económica sino de orientarla y velar por el cumplimiento de las reglas de juego impuestas por la misma Constitución.

Lo expresado por Enrique Bernales en este tema clarifica estos distintos roles del Estado cuando dice: «es muy clara la diferencia entre orientación y planificación central e

intervención. La orientación permite canalizar iniciativas hacia sectores prioritarios pero no puede impedir la iniciativa privada en otros no considerados como tales. La planificación central discrimina y señala en cuáles sectores habrá actividad privada y en cuáles no. La intervención directa del Estado supone que él mismo invierte como prioridad sobre otros sectores su capital en ciertas actividades económicas, cuando no se las reserva con exclusividad. El camino elegido por la Constitución es claramente el de su Estado orientador»[87].

En la Constitución de 1993 se ha conservado la expresión de pluralismo económico aunque el concepto se ha restringido completamente.

El concepto de pluralismo económico es la posibilidad que en el mismo sistema económico coexistan diversas formas empresariales y estas formas deben ser reguladas por el Estado.

Ricardo Velásquez Ramírez[88] afirma que el pluralismo económico, implica coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sin privilegio de ninguna, pero existiendo regímenes tributarios y crediticios adecuados a la naturaleza de la empresa.

Compartimos la opinión de Marcial Rubio[89] cuando expresa que «el pluralismo económico consiste en dos cosas que resultan complementarias entre sí:

- De un lado el reconocimiento que pueden existir distintos tipos de empresas, (...).
- De otro lado, el principio que todas ellas recibirán trato equitativo del Estado según su naturaleza y en los más diversos campos: económico, laboral, tributario, administrativo, etc.(...).

El pluralismo económico, en otras palabras, es una forma de los derechos de libertad y de igualdad sin discriminación».

Bajo el gobierno de Alberto Fujimori, se dio inicio a una decidida política de privatización de las empresas públicas, con resultados muy favorables para la economía del país. Es sabido que la presencia de monopolios de empresas del Estado en actividades de producción, comercialización, servicios, en la mayoría de los casos propició una asignación de recursos ineficiente, repercutiendo en los consumidores que obtenían productos o servicios a precios elevados y de baja calidad.

Las normas dictadas en el Perú a partir de 1991, antes que se promulgara la Constitución de 1993, tienden en su orientación al libre mercado. El Poder Ejecutivo dictó un conjunto de normas orientadas a promover la inversión privada y la libre competencia en distintas actividades económicas, creando las condiciones necesarias para la inversión privada, eliminando trabas que entorpecían el desarrollo de las actividades económicas y que restringían la libre iniciativa.

En el marco de cambios previos a la promulgación de la actual Constitución el gobierno dictó el Decreto Legislativo 674 del 27 de Septiembre de 1991 en cuyo artículo 1 se

87 BERNALES BALLESTEROS (1996). *Op. cit.*, p. 305.

88 VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo. *Modernas Tendencias del Derecho en América Latina.* I Convención Latinoamericana de Derecho. Lima: Editorial Griljey, 1997, p. 309.

89 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, p. 234.

dice: «Declárase de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado». Con este dispositivo se inició el proceso de privatización de las Empresas Públicas.

En la revista Perú Económico[90] en un artículo titulado Monopolio en el Perú se dice que, a inicios de 1991, Perú Económico identificó 46 monopolios legales en actividades de comercialización, producción y prestación de servicios. En el mismo artículo se señala que «las reformas estructurales emprendidas por el gobierno actual, especialmente la redefinición del papel del Estado, la liberalización comercial y la apertura financiera, configura un entorno más competitivo para las empresas privadas».

Si bien hemos señalado que con el Decreto Legislativo 674 de 1991 se inició el proceso de privatización modificando relativamente el rol del Estado que hasta ese momento desempeñaba un rol activo en la economía, se necesitó la Constitución de 1993 para precisar el marco teórico general y la dación de las primeras disposiciones tendientes a regular los monopolios y las prácticas restrictivas de la libre competencia promulgándose el Decreto Legislativo 701 (Ley Antimonopolio) donde se eliminó las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Asimismo se crearon una serie de organismos encargados de supervisar sobre la materia como la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia y que después derivó en el Instituto Nacional de Defensa de la Libre Competencia (INDECOPI).

Sobre la Libre Competencia

Constitución de 1979

ARTÍCULO 133.- Esta prohibidos los monopolios, oligopolios,acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes.

ARTÍCULO 134.- La prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresas, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Constitución de 1993

ARTÍCULO 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

---

90 *Perú Económico* Volumen XVIII, No. 3, marzo 1995, p. 3-4.

Los artículos referidos a la libre competencia en la Constitución de 1979 eran dos, uno referido a la formación de monopolios, oligopolios en la actividad comercial y mercantil y el otro referido a los monopolios en la prensa, radio y televisión. En la Constitución de 1993 los dos artículos se han fusionado en uno.

Al respecto Marcial Rubio[91] señala que «ambas Constituciones destierran el monopolio privado. Sin embargo, el Art. 153 de la Constitución de 1979 permitía lo contrario, el monopolio del Estado en la actividad bancaria, financiera y de seguros. También la Constitución de 1979 permitía la reserva de actividades productivas o de servicios para el Estado y para los peruanos. La Constitución de 1993, en cambio prohíbe todo monopolio autorizado por la ley».

El surgimiento del Derecho de la Competencia encuentra su explicación en la imperfección del mercado. En la economía de mercado no todo es perfecto. Entre las fallas más importantes se encuentra la competencia imperfecta. La economía social de mercado es por lo tanto una respuesta a esta imperfección del mercado. Es la necesidad de humanizar el mercado, introduciendo correcciones y límites a la absoluta libertad.

La política de defensa de la competencia debe de estar basada en unos principios básicos de validez universal en materia de competencia, pero ha de tener en cuenta las circunstancias propias de cada país, no pudiendo funcionar en abstracto.

Según Enrique Bernales[92], la competencia permite varias cosas «las principales situaciones que la competencia permite son:

- Que funcione la regla de la eficiencia entre las empresas.
- Que los precios sean determinados por los agentes económicos.
- Que la eficiencia y la calidad determinen los precios más bajos posibles para cada tipo de bien.
- Que la tecnología avance al compás de la eficiencia de cada rama.
- Que los productores y comercializadores encuentren la retribución adecuada a su inversión, así como los trabajadores, supuestamente, el pago más adecuado al trabajo que realizan, y que los consumidores —supuestamente también— encuentren el precio más adecuado para cada bien que requieren».

La competencia es un concepto que excede a la economía. La competencia es un fenómeno jurídico aunque los móviles sean económicos. Libre competencia en sentido jurídico significa igualdad jurídica de los competidores. El principio de libre competencia tiene su instrumento jurídico en el principio de la libertad contractual.

Alfonso Miranda[93] expresa lo siguiente: «Se entiende por libertad de competencia económica, la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a él en contienda con los demás, con el objeto de ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y de formar y mantener una clientela».

---

91 Rubio Correa (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, p. 241.

92 Bernales Ballesteros (1996). *Op. cit.*, p. 312.

93 Miranda Londoño, Alfonso. *Competencia sobre el Régimen General de la Libre Competencia.* s/f b, p. 7.

Los elementos que Marcial Rubio[94] considera como característicos de la libre competencia son los siguientes:

- Es una libertad de la actividad económica.

- Ocurre donde cada uno puede competir en un determinado mercado con otros sujetos económicos para realizar negocios.

- Supone libertad de acción y de decisión de todos los competidores en el proceso de intercambio. Sin embargo, la libertad de un competidor es relativizada por la libertad de los demás.

- Supone dos lados de la misma medalla: Cada uno debe poder acceder a un determinado mercado y el mercado debe estar abierto de modo tal que todos los que pretendan, tengan acceso. De otro lado, cada competidor debe poder decidir libremente sus propias iniciativas dentro del mercado.

El Estado por medio de leyes protege y garantiza las libertades económicas y sobre todo hace una especial referencia al control estatal sobre el abuso de la posición dominante.

Para que se dé la libre competencia la economía de mercado tiene que funcionar efectivamente para lo cual es necesario que el Estado garantice dentro de límites razonables ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada, la libertad de empresa, la iniciativa privada, la libertad de asociación, la libertad de competencia económica. Es así como el Estado tiene el deber de facilitar y vigilar la libre competencia, estableciendo normas, condiciones y procedimientos para que la competencia pueda desarrollarse eficientemente.

El Derecho de la Libre Competencia garantiza por una parte la libertad de los competidores para concurrir al mercado en busca de clientela y de otra proteger a los consumidores a fin que éstos puedan escoger y adquirir los productos que ofrecen los competidores a los mejores precios.

Sin embargo esta libertad de competencia puede verse restringida, disminuida o eliminada por diversas circunstancias como por ejemplo en el caso de un abuso de una posición de dominio, circunstancia que se da cuando existe una negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta de los productos que se ofrecen, o cuando se aplica en las relaciones comerciales condiciones desiguales para prestaciones equivalentes cuando existe subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato principal, o también se produce una disminución o limitación de la competencia cuando se está ante prácticas restrictivas como la fijación concertada de precios entre competidores de forma directa o indirecta o cuando se produce el reparto de las cuotas de producción o cuando se da equivalentes colocando a unos competidores en situación desventajosa, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, la negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, la limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, el establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de

94 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, p.243.

la abstención de prestar ofertas, son casos también de prácticas restrictivas siendo su finalidad la de restringir, impedir o falsear la competencia. La realización de actos de competencia desleal es otra forma de limitar la competencia.

Existen otras formas de limitar la competencia como es el establecimiento de monopolios de derecho y el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial. Estas dos limitaciones o alteraciones de la competencia son legítimas, en cuanto están contempladas por normas de carácter constitucional y legal protegiendo bienes jurídicos pues, en estos casos, el bien o bienes jurídicos protegidos están por encima del bien jurídico del derecho a la libre competencia económica. Sin embargo, las otras formas de limitación como: el abuso de posición de dominio, las prácticas restrictivas de la competencia y la competencia desleal, surgen de tal manera que distorsionan y desequilibran el mercado por lo que el Estado las combate con la finalidad de proteger y garantizar la libertad de competencia.

Más delante se analizará detenidamente el concepto de posición dominante en el mercado y de las prácticas restrictivas, pero en esta parte adelantaremos que la posición dominante no es ilegal, sin embargo si lo es el abuso del poder económico el que puede tornarse y ser objeto de investigación y posterior sanción.

La libre competencia es un derecho de todos. El Estado tiene la obligación de impedir que se obstruya la libertad económica. No prohíbe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino su abuso.

Como dice Alfonso Miranda Londoño «en la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no consideran los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes en si (es más los consideran positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende no es prohibir la constitución de mercados monopólicos ni oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas»[95].

En este punto la Constitución de 1993 ha dado un giro fundamental con respecto a la Constitución de 1979. En la de 1979 se «prohibía el monopolio», en la Constitución actual se «combate toda práctica que la limite (a la competencia) y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas».

No olvidemos que el objetivo del Derecho de la Competencia no es el de proteger a las empresas sino proteger en última instancia a los consumidores a través del desarrollo de un mercado procompetitivo y eficiente, libre de distorsiones.

La competencia permite que los recursos y producción se utilicen de modo idóneo y eficiente. Nuestra Constitución Económica propugna la abolición de toda barrera que impida la libre competencia. La competencia es un instrumento fundamental de nuestra organización que nuestra Constitución protege.

---

95 Miranda Londoño (s/f b). *Op. cit.*, p. 14.

1.2. TEORÍA DE LA CONCURRENCIA EN EL MERCADO

1.2.1. Definición del Contexto Económico del Mercado

Domingo Pigretti nos dice que el mercado es el espacio donde efectivamente compite un producto. La actividad del mercado se desenvuelve, por el régimen de libre concurrencia y competencia en el que los vendedores tratan de imponer su producto, interesando mediante la mejor oferta al comprador y éste puede elegir al vendedor conforme su mejor interés.

La importancia de definir el mercado radica en determinar cual competencia podrá ser afectada por la práctica objeto de investigación. El principio general para definir un mercado específico o relevante es aislar o tomar en cuenta sólo aquellas empresas competidoras que la empresa bajo investigación debe considerar a la hora de fijar el precio de su producto. Esto significa que si bien podemos hablar de un mercado en general es más correcto hablar de mercados, pues no todos competimos con todos todo el tiempo. También es importante tener en cuenta que los competidores de ayer, o los de hoy, no serán los de mañana pues el concepto de mercado es eminentemente dinámico. Esta es una de las formas de describir lo que es el mercado y una aproximación a determinar quién está fuera o dentro del mismo. Sin embargo, la vida de los mercados no es tan cristalina, continúa manifestando Pigretti, como para que se dé en ellos la competencia perfecta. Para ello tendrían que presentarse cinco características, a saber: 1) atomicidad del mercado, 2) homogeneidad del producto, 3) libre entrada en la industria, 4) perfecta transparencia del mercado y 5) movilidad perfecta de los factores de producción de industria. Este ideal de mercado y de libre concurrencia no existe en la realidad del mundo contemporáneo. Es así como, al definir el mercado, debemos observar qué empresas están compitiendo en él. Esta definición es esencial para decidir si una empresa goza de una posición dominante o no.

Como dice W. Conrath:

> «el enfoque de la ley antimonopolio es prevenir esta práctica o el abuso de una posición dominante o la práctica del poder del mercado; es lógico que la definición de mercado debe buscar un mercado en el cual existe la posibilidad de que el poder pueda ser practicado o se abuse de él»[96].

El concepto de poder de mercado se refiere a la habilidad de un vendedor en un mercado determinado para fijar el precio de su producto de manera tal que produzca la mayor ganancia para su empresa.

Un verdadero monopolista mantiene un poder total de mercado. Podemos definir como monopolista a aquella empresa que posee un producto para el cual no existen sustitutos cercanos ni competidores eficaces. En esa situación, el monopolista puede fijar su precio en el nivel que le produzca la mayor ganancia. Sin embargo, la gran mayoría de empresas operan en un ambiente competitivo donde existen sustitutos y competidores. En esta situación, el poder de mercado no es total sino que funciona en diferentes grados, depen-

---

96 CONRATH, Craig W. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una Economía de Transición*. s/f.

diendo de cuán cerca están los sustitutos fabricados por los competidores para el producto de la empresa en el mercado.

Los consumidores que toman la decisión de cambiar su consumo lo hacen considerando el precio del posible sustituto y su calidad relativa. Por lo tanto en la práctica la definición del mercado debe examinar la cercanía de un posible sustituto y su precio. En economía se conoce este concepto como elasticidad cruzada de precios. En la legislación antimonopólica se hace más énfasis al concepto de sustituibilidad que involucra tanto factores racionales como psicológicos. Si bien la elasticidad cruzada depende del precio y la capacidad de ingreso del agente económico, también es relevante tomar en cuenta aspectos sociológicos como el hábito y la resistencia al cambio o la fortaleza de la publicidad creadora de fidelización del consumidor.

Gómez Leyva, confirmando la importancia de la relación entre mercado relevante y bienes sustitutos, afirma que para definir el mercado relevante es necesario considerar la sustituibilidad de la demanda y de la oferta. En este sentido señala que: «el hecho de que la competencia, para definir el mercado relevante, solo puede ser juzgada en relación con los productos que forman parte de ese mercado, para establecer la posición dominante, conduce a que, para llevar a cabo dicha definición, se consideren como factores los de sustituibilidad de la demanda y sustituibilidad de la oferta. Por la primera se determina qué productos son similares en cuanto a la función, atributos y precios, para ser considerados por los consumidores como aptos para reemplazar a otros...». «...Por el contrario, la segunda está referida a si las empresas ofertantes de productos o servicios, que no son sustituibles por los consumidores o usuarios, están en posibilidad de producir los que sí presenten la posibilidad de ser sustituidos por la demanda...»[97].

La determinación de qué competencia es en realidad importante para una empresa nos lleva a definir el mercado. El concepto de producto sustituto es muy importante para la definición de mercado. No olvidemos que el primer elemento de discusión entre los órganos administrativos y judiciales de control y los investigados es si la práctica de abuso o de concertación se produce en un mercado relevante o no.

Se requiere comprobar si las mercaderías o servicios que se analizan compiten o no entre sí, o con otras mercaderías o servicios. Existe un mismo mercado cuando los productos son intercambiables. Como dice José Antonio Gómez Segade «esta intercambiabilidad se produce cuando los consumidores consideran similares los productos o servicios en razón de su precio, propiedades o uso»[98].

Lo expresado por Gómez Leyva[99] sobre el particular aclara la importancia que tiene la competencia para la determinación del mercado relevante. En este sentido considera que «...debe tenerse en cuenta que la determinación del mercado relevante del producto es útil para evaluar si la empresa de que se trate está en situación de prevenir el mantenimiento de la competencia efectiva y para comportarse con independencia de sus competidores, clientes y consumidores. Para ello, por tanto, un examen limitado a las características obje-

97 GÓMEZ LEYVA. *Op. cit.*, p. 153.

98 GÓMEZ SEGADE, José Antonio. *Panorama del derecho de libre competencia en la C.E.E.* s/f, p. 92.

99 GÓMEZ LEYVA. *Op. cit.*, p. 156.

tivas del producto no puede ser suficiente: las condiciones de la competencia y la estructura de la oferta y demanda en el mercado también han de tenerse en consideración».

El mercado puede ser evaluado desde un plano geográfico (ámbito espacial) o desde la sustituibilidad de los productos ofertados. El mercado geográfico toma en cuenta la extensión territorial, la concentración de la población en centros urbanos distantes, el transporte tanto de los productos desde y hacia otras zonas como de los compradores a otros lugares de aprovisionamiento. El mercado geográfico no tiene referencia a los kilómetros involucrados sino a la posibilidad del consumidor de optar por otra alternativa en un área determinada. El ejemplo clásico es el de una zapatería en un extremo de una isla y otra zapatería equivalente en el otro extremo de la misma isla. El negocio ejerce una posición de dominio en esa área de la isla por la dificultad del consumidor de desplazarse hasta el otro extremo para adquirir el producto. El comercio de cemento, por ejemplo, está muy vinculado a la región geográfica, pues su transporte es muy oneroso y por ello deviene en anticompetitivo importarlo o venderlo en zonas alejadas del área de producción.

El mercado de productos requiere considerar dos aspectos: La razonable sustitución del uso y la elasticidad cruzada de la demanda.

Como hemos señalado, cuando nos referimos a la determinación del mercado relevante, deben delimitarse el espacio temporal o el área geográfica en la cual se encuentra el producto. En nuestra legislación, a diferencia de las legislaciones de la mayoría de países, no se menciona el concepto de mercado relevante.

Alfredo Bullard señala que uno de los problemas no resueltos en nuestra legislación en cuanto la definición de posición de dominio es aquello que debe entenderse por mercado relevante. Según este autor el mercado relevante «se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación de mercado y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite»[100]. Es decir que para la determinación del mercado relevante debe limitarse el espacio temporal y el área geográfica en la cual se encuentra el producto.

Coincidimos con Guillermo Cabanellas cuando nos dice que:

> «mercado relevante es el mercado más reducido que sea lo suficientemente amplio para que los productos de áreas adyacentes o de otros productores que actúan en la misma área, no puedan competir con paridad suficiente con aquellos incluidos en el mercado»[101].

Cabanellas explica que:

> «el concepto relevante de mercado presenta una doble dimensión: territorial, relativa al área geográfica comprendida en aquél, y cualitativa, que hace a los bienes y servicios involucrados. Un tercer elemento, que incide sobre los dos precedentes, es el temporal: cuanto mayor sea el período contemplado para evaluar la reacción de la oferta y la demanda frente a la conducta de un productor cuyo mercado relevante se trata de determinar, tanto mayor será la amplitud de tal mercado»[102].

---

100 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *La Legislación Antimonopólica y el Mito del Muro de Berlín.*

101 CABANELLAS (1993). *Op. cit.*, p. 307.

102 *Ibidem.*, p. 307.

Desde el punto de vista geográfico, el mercado relevante es el nacional aunque el impacto del *internet* cuestiona la definición tradicional del mercado relevante y lo redefine como mercado global. En relación con los bienes y servicios involucrados estos deben referirse a un determinado tipo. Christensen, citado por Otamendi[103] define al mercado como «las relaciones económicas que se establecen entre vendedores y compradores, cuyos límites no se confunden con las zonas geográficas ni con las clasificaciones convencionales de productos», añadiendo que «para detectar si una firma o grupo de firmas tienen poder de monopolio en el mercado, debe incluirse a todas aquellas cuya producción tiene un efecto inmediato sobre los precios y la producción de las firmas cuestionadas, considerándose también a las empresas cuyos productos resultan adecuados y disponibles, sustitutivos, unos de otros, para las ventas con relación a un grupo importante de compradores y excluir a las demás firmas, carentes de efectos en la venta de la firma o firmas imputadas».

Con respecto a la definición de mercado geográfico se debe considerar este desde el punto de vista de la demanda, es decir, si los compradores de la producción del demandado muestran una tendencia a incrementar las compras de los proveedores más distantes conforme aumenta el precio del producto demandado.

Sullivan y Harrison[104] en su obra *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, consideran que:

> «si se incrementan las compras de proveedores más distantes éstas deben considerarse como parte del mercado del demandado. Por el lado de la oferta, si los vendedores distantes realizan sus ventas en competencia con el demandado y pueden extender con relativa facilidad sus ventas a estos consumidores, se deberá incluir su capacidad de producción como parte del mercado del demandado».

Ernest Gellhorn y William Kovacic hacen referencia a la obra de Larner y Mechan. Ellos señalan que los economistas han desarrollado 3 técnicas de medición econométrica para medir el poder de mercado de una empresa. 1) Estimar la demanda residual a fin de determinar cuanto puede elevar sus precios una empresa al recortar su producción, luego de tomar en cuenta la respuesta de los compradores y oferta de los competidores. 2) Calcular la elasticidad de la demanda para medir si las firmas competidoras pueden explotar la inhabilidad de los compradores para sustituir los productos que suben de precio y 3) observar el comportamiento de los precios para analizar patrones de conducta en la industria y sugerir un equilibrio en un ambiente competitivo.

El método más usado es el de la aproximación estructural que generalmente involucra contar el número de firmas en un determinado mercado y comparar la participación de mercado de cada una de ellas (a través de la producción o ventas). La participación del mercado se usa como un sustituto de poder de mercado y se infiere que aquella firma que tiene más poder puede llegar a gozar de una posición de dominio. Esta aproximación nos puede llevar a error pues más grande no significa necesariamente mas poderoso.

El concepto de mercado define las fronteras que identifican a grupos de compradores y vendedores. Este requiere delinear fronteras para productos y áreas geográficas. Estas

---

103 OTAMENDI. *Presupuestos Básicos para la Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.* s/f, p. 910.

104 SULLIVAN Y HARRISON. «Understanding Antitrust and its Economic Implications» En: *Antitrust Law and Economics* 97-98.

fronteras son artificiales y resultan en realidad de las decisiones adoptadas en procesos de negociación imperfecta. Así el proceso de inclusión o exclusión en un mercado es imperfecto y base de frecuentes distorsiones.

Debemos tomar en cuenta en toda definición de mercado geográfico la reacción de los proveedores distantes frente al costo del transporte. El costo de transporte protege a los productores locales y les permite mantener una posición dentro de la cual pueden elevar sus precios sin sufrir pérdidas inaceptables en las ventas. Si los costos de transporte no inciden en el precio total del producto, el efecto de protección no es considerable y el poder de mercado que disfruta el demandado es menor.

El mercado desde una perspectiva espacial es el espacio o ámbito geográfico dentro del cual tiene lugar el ciclo de circulación de la riqueza, en forma más o menos autónoma, de un bien o servicio, o de un conjunto determinado de bienes y servicios.

Como hemos podido observar es muy difícil definir los límites del mercado. Las situaciones cambian según 1) las circunstancias de cada mercado o industria en particular, 2) la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, 3) las preferencias de los consumidores, 4) la existencia de productos alternativos, 5) la aparición de nuevos proveedores, etc.

Para la determinación del mercado relevante debe delimitarse el espacio temporal y el área geográfica en el cual se encuentra el producto, María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez[105] manifiestan que, además, es conveniente tomar en cuenta otros elementos como:

A. El nivel del mercado.- Sólo los competidores que operan en el mismo nivel pueden ser considerados como parte del mismo mercado. Eso significa que, por ejemplo, los productores de harina compiten entre ellos, pero se encuentran en un nivel distinto de la cadena productiva que los productores de pan —a los cuales venden su producto— por lo que no compiten con ellos.

B. El volumen del producto junto con el de sus buenos sustitutos.- Un mercado está compuesto por todos aquellos productos que son razonablemente intercambiables, aunque no sean perfectamente sustitutos, en términos de precio, calidad y uso. Los bienes sustitutos son los productos que satisfacen en mayor o menor medida un conjunto específico de necesidades de la demanda.

Ahora bien, determinar qué bienes son buenos sustitutos —como para formar parte de un mismo mercado relevante— y cuáles no lo son, puede resultar un problema. Existen bienes que son perfectamente sustituibles y otros que, si bien pueden sustituirse en alguna medida, no llegan a ser plenamente sustituibles por otro producto.

Así, la harina de pescado es un claro sustituto de la soya. El que el pescado lo sea del pollo es debatible.

C. Los costos de transacción.- Este es otro elemento que resulta determinante en la delimitación de un mercado relevante.

---

[105] QUIROGA, María del Rosario y RODRÍGUEZ, Miguel. *La Concentración de Empresas y la Libre Competencia.* Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1997.

Los costos de transacción son todos aquellos gastos en los que incurre el comprador si es que acude a otras áreas geográficas para adquirir el producto o sus sustitutos. Existen productos o sustitutos teóricamente buenos (de acuerdo a la definición antes esbozada) pero que, debido a la existencia de altos costos de transacción, no pueden competir en el mercado analizado; por ello, no deben ser considerados parte del mercado relevante.

Dentro de los costos de transacción tenemos: los costos de transporte, En muchos casos los bienes importados no pueden ser incluidos dentro del mismo mercado relevante que los bienes nacionales, ya que el costo del transporte eleva a tal punto los precios finales del bien extranjero que no le permite ser competitivo en el mercado nacional; el tiempo, que para algunos productos, como alimentos frescos, es un factor crucial pues la demora en el transporte de los mismos puede ocasionar mermas considerables en el volumen de los productos por el poco tiempo de vida que tienen; derechos legales, tales como aranceles, seguros, certificaciones, derechos especiales y otros; costos de información (hay casos en los que acudir a otros mercados implica un costo de información tan alto que desalienta la búsqueda de un bien sustituto o elimina la posibilidad de acudir a otros mercados); y, finalmente, los riesgos que tienen que asumirse cuando se acude a un mercado con el cual aún no se tiene experiencia.

No esta demás agregar que cuando una fábrica u oficina adquiere un tipo de maquinaria o computadora es difícil cambiar a nuevas marcas por el costo que implica el reentrenamiento del personal, el cambio de los inventarios de repuestos o el cambio de otros insumos.

Este último aspecto —el riesgo— es muy importante en países como el Perú, en los que la inestabilidad política y jurídica pueden generar importantes cambios en las condiciones de negociación. Gabriel Ortiz de Zevallos del Instituto Apoyo[106], sostiene que: «Por efecto de la falta de un Poder Judicial eficiente, la economía peruana se desarrolla en un marco institucional en que no se puede hacer valer plenamente los derechos reconocidos en los contratos entre privados o en el marco legal. Ello implica una situación de riesgo e inestabilidad jurídica(...). El riesgo implícito en los contratos que se origina por esta falla del sistema institucional incrementa los costos de transacción: a mayor riesgo, mayor incremento en dichos costos».

Por ello una vez establecida una relación con determinada empresa de prestigio, aún a costo superior, existe fundado temor de experimentar con nuevos proveedores.

D. Competidores potenciales.- Debe tomarse en cuenta la competencia potencial de empresas que, bajo determinadas circunstancias, podrían entrar al mercado a competir efectivamente. En este caso, se incluirán en el mercado relevante a los fabricantes de otros productos que, en un plazo no muy extenso, podrían ponerse a fabricar el producto en cuestión o buenos sustitutos del mismo.

Este fue el caso de las motos Honda que fabricando motonetas terminaron capturando el segmento de motos de alta cilindrada.

Las directivas de la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos incluyen dentro del mercado relevante a los competidores potenciales si éstos pueden reaccionar en forma

106 INSTITUTO APOYO. *Op. cit.*

inmediata (máximo en el lapso de un año), mientras que la legislación de la Comunidad Europea solo considera los ofertantes corrientes o actuales.

Así, Posner[107] nos dice sobre la competencia potencial lo siguiente:

«La competencia potencial se ha convertido en un concepto importante del derecho antimonopólico, o mejor dicho en dos conceptos: la competencia potencial percibida y la competencia potencial efectiva. El primero de estos conceptos capta mejor la idea de la competencia "potencial". Las empresas que no venden en un mercado pero lo harían si el precio del mercado fuese mayor son competidores potenciales. Las empresas que entrarán al mercado en el futuro aunque el precio no aumente ("competidores potenciales efectivos" en la jerga antimonopólica) se describen más simplemente como competidores futuros.

Sabemos que, entre mayor sea la elasticidad de la demanda que afronta una empresa, menor será su poder de mercado; y sabemos también que si un aumento del precio hace que otras empresas aumenten su producción, es decir, si la elasticidad de la oferta es positiva, la elasticidad de la demanda de la empresa será mayor que en el caso contrario. Esto sugiere, sin embargo, que no se requiere, una doctrina separada de la competencia "potencial". Sólo hay necesidad de definir los mercados con suficiente amplitud para que incluyan a empresas que, aunque no venden ahora en el mercado en cuestión, lo harían si el precio aumentara ligeramente. Supongamos que los alambres de aluminio y de cobre son buenos sustitutos en la producción porque se usan las mismas máquinas para producir ambos, pero malos sustitutos en el consumo. Si el precio del cobre subiera por encima del nivel competitivo, los productores de alambre de aluminio se cambiarían a la producción de alambre de cobre; y su capacidad de cambio se aproxima por su producción actual de alambre de aluminio. Por tanto, la producción del mercado de alambre de aluminio debiera incluirse en el cálculo de la participación de mercado de los participantes en una fusión entre un productor de alambre de cobre y un productor de alambre de aluminio.

Éste es un caso en el que el nuevo participante no necesita construir nuevas instalaciones; ¿qué ocurrirá si tiene que hacerlo? Dado que la construcción de instalaciones productivas lleva tiempo, la amenaza de entrada planteada por tal empresa tenderá a afectar más probablemente a la elasticidad de la demanda de largo plazo que a la de corto plazo, afrontada por las empresas del mercado; y dado que la colusión es en gran medida un fenómeno de corto plazo, es posible que la eliminación de tales amenazas no sea suficientemente importante para ameritar una preocupación antimonopólica, sobre todo porque será difícil calcular las participaciones que tendrán en el mercado las empresas que no tienen todavía una capacidad productiva. En efecto, será muy difícil identificar a las empresas que probablemente construirán capacidad productiva para entrar al mercado si el precio del mercado aumenta por encima del nivel competitivo.

Además, la aplicación de la doctrina de la competencia potencial percibida a los participantes que deben construir instalaciones productivas para entrar al mercado supone que las empresas que se coluden ganan al fijar un precio que disuada la entrada incluso a largo plazo. Esto se llama el precio limitante, y no está claro en modo alguno si alguna vez tendrá sentido económico. Dado que los costos a largo plazo de un nuevo participante tenderán a ser iguales que los costos de las empresas que ya operan en el mercado, el precio limitante implica la fijación de un precio igual o cercano al costo marginal: una política cuestionable desde el punto de vista de la maximización del beneficio, sobre todo porque es probable que la colusión se derrumbe por su propio peso en breve tiempo. La estrategia de maximización del beneficio de las empresas que se coluden tenderá a fijar el precio sobre la base de la elastici-

107 POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho.* s/f, p. 80.

dad (mayor) que la demanda a corto plazo, olvidando así a todos los competidores potenciales que no pueden entrar de inmediato al mercado porque carecen de instalaciones para fabricar el producto en cuestión.

Esto deja todavía la posibilidad de los competidores futuros, cuya entrada podría reducir el precio a largo plazo aunque la percepción de su entrada potencial no tenga ningún impacto a corto plazo. Si es improbable que la colusión persista más allá del corto plazo, ¿para qué preocuparse por la eliminación de un competidor futuro mediante la fusión? ¿Cómo una vacuna contra carteles futuros? Dado que las ganancias competitivas futuras valen menos que las actuales por efecto del descuento hasta el valor presente, ¿cuál es la probabilidad de que superen cualquier ahorro de costos (que se realizaría más pronto) que la fusión permita?».

Varios autores consideran que para una mejor delimitación del mercado relevante es necesario tomar en cuenta la conducta e identidad de los compradores, las estrategias y conductas de los ofertantes, las restricciones normativas y la estacionalidad.

En la Unión Europea el mercado geográfico relevante comprende el área en la cual las firmas están involucradas en la oferta de productos o servicios, donde las condiciones de competencia son homogéneas y pueden distinguirse de las áreas vecinas porque, en particular, las condiciones de competencia son apreciablemente diferentes en esas áreas.

El artículo 86 del Tratado de Roma, que trata el abuso de posición dominante en el mercado establece que este, se aplica sobre un mercado determinado, es decir, sobre un mercado de productos definido y señalado geográficamente. La posición dominante no se puede dar en abstracto sino que se aplica sobre un mercado concreto. Por ello es de vital importancia para determinar si existe o no un abuso de posición dominante el definir el mercado sobre el que se está aplicando este concepto. Almonacid y García Lozada[108] concuerdan en que para determinar si hay posición dominante se debe lograr definir el ámbito material del mercado y una determinación geográfica del mismo.

Determinación material del mercado.- Se debe establecer cuáles son los productos que conforman el mercado. En esta determinación es necesario considerar el caso de los productos sustituibles o la intercambiabilidad entre los productos. Si dos productos son razonablemente intercambiables, es decir, si es probable que el comprador pueda escoger entre dos productos diferentes, tomando como criterio su respectivo precio y calidad, los dos productos probablemente serán considerados como parte del mismo mercado. Por otro lado no se aplica el concepto de sustitución si es improbable que el comprador escoja un producto en vez del otro, no obstante las mayores ventajas de precio y/o términos de calidad.

Como hemos señalado la determinación geográfica del mercado es importante para conocer si existe o no abuso de posición de dominio.

La determinación del mercado en el Derecho Antimonopólico de los Estados Unidos ha recibido una especial importancia porque definiendo el mercado se puede llegar a establecer si se presenta la monopolización, es decir, si esta conducta se configura o no. Este hecho solo se puede precisar determinando el mercado cuyo control se atribuye a una determinada empresa.

---

108 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA. *Op. cit.*, p. 137.

Al respecto Sullivan opina: «Definir el mercado en términos de productos y áreas geográficas equivale a decir que éste existe si en un área determinada los precios fueran sensiblemente altos y/o el volumen apreciable limitado para un producto, provocando que la demanda permanezca constante y no sea posible considerar una oferta proveniente de otras fuentes que ingresen con la rapidez y cantidad suficiente para restablecer el antiguo precio y/o volumen. Si la oferta competitiva ingresa rápidamente de otras áreas geográficas entonces el "mercado definido" no será suficientemente amplio en términos geográficos; si la oferta ingresa rápidamente en forma de mercaderías provenientes de otros productos, que no se habían incluido en el mercado de productos originalmente definido, entonces el mercado no está definido suficientemente amplio en términos de los productos involucrados. Por lo tanto podemos definir el mercado relevante como aquel mercado lo más reducido posible pero lo suficientemente amplio como para que los productos de las áreas adyacentes, o de otros productores que están en la misma área, no puedan competir en iguales condiciones que con aquellos incluidos en el mercado»[109].

En Estados Unidos los tratadistas, al referirse a mercados geográficos, los definen mediante la formulación de una pregunta similar a la definición de mercado de producto. ¿Qué tan lejos irán los clientes para ahorrar un cinco por ciento? Más precisamente ¿A qué fuentes se dirigirían los consumidores si el precio del producto relevante se incrementa en un monto pequeño pero significativo? Si un número sustancial de consumidores compra en un área externa a la considerada entonces el área adicional donde ellos compran debe ser incluida en el mercado geográfico.

La jurisprudencia estadounidense, afirma Cabanellas, «enfrentada con la necesidad de definir el marco en que se configura la monopolización punible bajo la legislación *antitrust*, ha procedido en general a describir un mercado relevante, en términos de producto y territorio, restando por lo común trascendencia al hecho que tales elementos dependen del marco temporal que se adopte, así como que los límites aplicables a las dos dimensiones mencionadas no son absolutas, sino que suponen trazar una frontera relativamente arbitraria entre productos y zonas que incidan en mayor o menor medida sobre el producto cuyo poder de mercado se considera»[110].

Cabanellas también señala que el concepto de mercado, elaborado por el Derecho *Antitrust* estadounidense, debe estudiarse teniendo en cuenta que el mismo se vincula con el poder de las empresas para fijar los precios de sus productos o de excluir a sus competidores, considerado a su vez como definitorio de la monopolización.

El concepto de mercado adquiere así relevancia jurídica ya que está en íntima relación con los conceptos de monopolio, oligopolio, libertad de acceso y de concurrencia.

Si se va a aplicar un concepto de monopolización debe tenerse en cuenta que sólo se puede ser monopolista en un mercado definido con precisión.

Podemos concluir que el mercado es un instrumento conceptual que contribuye estrechamente a la eficiencia. El interés por el mercado está presente en la sociedad pues este debe funcionar de acuerdo a las reglas de la libre competencia. Sin embargo, se debe tener

---

109 Sullivan, Laurence Antony. *Antitrust*. West Publishing Company, 1977, p. 41.

110 Cabanellas (1993). *Op. cit.*, p. 306.

presente que el mercado por sí mismo no equivale a equilibrio, dado que los mercados no son perfectos.

Posner[111] comenta la definición del mercado y los participantes del mismo. Así, nos dice:

> «La sección anterior reveló cuáles son los temas importantes para estimar el poder monopólico o el poder de mercado, como se le llama a veces: la elasticidad de demanda del mercado, la participación en el mercado de la empresa o las empresas que supuestamente tienen poder monopólico, y la elasticidad de la oferta de otras empresas. Esto nos deja la tarea de estimar las elasticidades de la demanda y la oferta del mercado. Se ha avanzado algo en la estimación directa de estas elasticidades[112], pero la mayoría de los juicios antimonopólicos continúan empleando aproximaciones muy gruesas, resumidas en el concepto del mercado de producto y el mercado geográfico. Si un producto no tiene sustitutos cercanos (es decir, nada que le parezca al consumidor que le da los mismos servicios a un precio aproximadamente igual), y los vendedores de otros productos no pueden ajustarse rápidamente para crearlos, supondremos que las elasticidades de la demanda y la oferta del mercado serían bajas. De aquí podemos inferir que cualquier empresa que tenga una porción sustancial de las ventas de este producto tendrá un poder de mercado que no es trivial, a menos que los vendedores del producto idéntico en otras áreas geográficas pudieran entrar al mercado (local, regional o nacional) si el precio subiera allí ligeramente, en cuyo caso el mercado habría sido definido demasiado estrechamente y las elasticidades relevantes se habrán subestimado.
>
> Como es de esperarse, los errores son frecuentes cuando se trata de definir el mercado para propósitos antimonopólicos. Consideremos el caso de la monopolización del celofán, en el que la Suprema Corte sostuvo que el celofán no era un mercado relevante porque había una elevada elasticidad cruzada de la demanda entre el celofán y otros materiales flexibles para los empaques[113]. Como sabemos, un monopolista vende siempre en la región elástica de su curva de demanda. Y una de las razones por las que las curvas de demanda tienen una región elástica es que, entre mayor sea el precio de un producto, más atractivos se vuelven los productos sustitutos para el consumidor. Por lo tanto, no es sorprendente encontrar una significativa elasticidad cruzada de la demanda entre un producto monopolizado y otros productos semejantes a él en precio y producción. Es posible que la elevada elasticidad cruzada de la demanda de celofán haya significado solo que la Du Pont no podría haber aumentado el precio del celofán más aún sin perder gran parte de sus ventas ante los productos sustitutos, y esto iría de acuerdo con el hecho de que el precio existente fuese el precio monopólico. El empleo, por parte de la Corte, de las pruebas de una elevada elasticidad cruzada de la demanda habría tenido más sentido si el caso hubiese involucrado una demanda contra una consolidación de los productores de celofán, donde la controversia habría sido si la consolidación crearía o aumentaría el poder monopólico. Si la elasticidad cruzada de la demanda entre el celofán y los empaques sustitutos era elevada antes de la consolidación, la empresa consolidada habría tenido escaso poder para elevar el precio[114].

---

111 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 82.

112 Véase, por ejemplo, HOUTHAKKER, H. S. y TAYLOR, Lester D. *Consumer Demand in the United States.Analyses and Projections.* 2da. Edición, 1970, pp. 166-167 (cuadro 4.2); ARCHIBALD, Robert y GILLINGHAM, Robert. «A descomposition of the Price and Income Elasticities of the Consumer Demand for Gasoline», 47 *S. Economic Journal 1021* 11981; HANUSHEK, Eric A. y Quigley, John M. «What Is the Price Elasticity of Housing Demand?» 62 Rev. *Econ. & Stat.* 449 (1980).

113 United States vs. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U. S. 377 (1956).

114 No se sigue lo opuesto: si, en nuestro caso hipotético de la fusión de celofán, la elasticidad cruzada de la demanda entre el celofán y otros materiales de empaque es baja, no podríamos concluir que la demanda de

Debido a los altos costos del transporte en relación con el valor de un producto, no todos los fabricantes del producto podrían ser capaces de competir por los mismos clientes; en otras palabras, los mercados podrían ser geográficamente limitados. Los tribunales han tendido a incluir en el mercado a los vendedores que efectivamente venden al mismo grupo de consumidores y a excluir a quienes no lo hacen. Esto es a la vez demasiado y demasiado poco. Si el mercado está monopolizado, el precio monopólico atraerá a vendedores de mercados distantes que no podrían haber cubierto sus costos de transporte y otros costos de venta si se hubiese cobrado el precio competitivo (el problema del celofán). Si el mercado no está monopolizado, podría haber un grupo de vendedores distantes que por el momento no hacen envíos al mercado pero que lo harían si el precio aumentara siquiera ligeramente (es decir, hay buenos sustitutos en la producción). Es posible que los costos de los vendedores externos para vender en este mercado fuesen 2% mayores que los de vendedores internos, debido al gasto del transporte. Esto implicaría que si, a resultas de la monopolización aumentara en 2% el precio del mercado, los vendedores externos empezarían a hacer envíos al mercado y el precio ya no podría aumentar más. Supongamos que los productores del sureste que venden en el noreste incurren en costos extras de transporte iguales a 6% de sus costos totales, pero que sus costos distintos de transporte son 4% menores que los costos de los vendedores del noreste; el poder monopólico potencial de los vendedores del noreste no sería mayor que en nuestro ejemplo anterior.

Si los vendedores distantes hacen algunas ventas locales al precio competitivo, ¿cómo se calculan las participaciones en el mercado? Supongamos que los vendedores locales fabrican y venden 90 de cada 100 adminículos vendidos en Illinois, y una empresa de Indiana vende los otros 10. Sin embargo, la empresa de Indiana vende en otra parte el doble de los adminículos que vende en Illinois; su producción total es entonces 30. Suponiendo que el precio actual del mercado en Illinois es el precio competitivo, ¿cuál es la participación de la empresa de Indiana en el mercado de Illinois: 10% (10/100) o 25% (30/(30+90)) La respuesta es 25%. Dado que la empresa de Indiana ha superado el costo de transporte que afrontaba a causa de su distancia de los consumidores de Illinois, podría desviar el resto de su producción hacia Illinois si el precio aumentara siquiera ligeramente. Debe estar ganando tanto en Illinois como en cualquier otra parte; de otro modo, desviaría sus ventas de Illinois a otra parte ahora mismo. Luego de un aumento del precio en Illinois que no se imitara en otra parte, estaría ganando más dinero en Illinois, de modo que tendría grandes incentivos para desviar sus ventas hacia allí. Esa posibilidad limita el poder monopólico de las empresas de Illinois y se capta incluyendo las ventas totales del vendedor de Indiana (no sólo sus ventas en Illinois) en el mercado de Illinois.

La participación en un mercado correctamente definido sería un indicador del poder monopólico, pero esto no quiere decir mucho. Sabemos, por ejemplo, que, si la elasticidad de demanda del mercado es 2 y la elasticidad de la oferta es 0, una empresa con 50% del mercado afrontaría una elasticidad de demanda de 4, y esto le permitiría cobrar un precio 33% por encima del precio competitivo, lo que es mucho. Si su participación fuese sólo 20%, todavía podría cobrar un precio 11% mayor que el precio competitivo. Sin embargo, dado que una alta elasticidad de la demanda del mercado, o una alta elasticidad de la oferta, podrían reducir grandemente esta cifra, resulta difícil basar alguna conclusión sólo en la participación del mercado, aun si se omite la alta probabilidad de que, si la empresa ha alcanzado un gran tamaño sin recurrir a fusiones recientes, es probablemente más eficiente que sus competido-

celofán es inelástica. El hecho de que un producto no tenga sustitutos cercanos no implica necesariamente que los consumidores estén dispuestos a pagar precios elevados antes que a prescindir de ellos. Sólo se requiere, para asegurar que la demanda de un producto sea elástica, que los consumidores tengan usos alternativos para su dinero, a los que recurrirán en gran número si aumenta el precio relativo del producto.

> res, y sus costos menores podrían superar a los costos sociales resultantes del hecho de que cobre un precio monopólico. En efecto, su precio monopólico podría ser menor de lo que habría sido el precio competitivo».

El proceso de globalización económica en el que se encuentra inmersa la economía internacional requiere de un aumento significativo de la productividad la que solamente puede presentarse si se protege el funcionamiento eficiente de los mercados.

De este modo el mercado adopta una función social: el crecimiento y desarrollo de una sociedad, creando los incentivos necesarios para el progreso de la ciencia y la técnica. La competencia libre incentiva la creatividad, la rebaja de los costos y el aumento constante de la productividad y la calidad. La competencia y la competitividad desplaza a los malos productos y a los malos productores. El mercado se vuelve global y por ello para permanecer en él debemos desarrollar aquellas competencias específicas y aprovechar las ventajas geográficas, culturales o de información que tengamos.

1.2.2. La Naturaleza del Ilícito Concurrencial

La doctrina del ilícito concurrencial se basa en conceptos como la determinación del bien jurídico protegido, la identificación de los criterios de evaluación de la deslealtad y la fijación de los presupuestos de aplicación de la disciplina.

La construcción del ilícito concurrencial no se asienta sobre la «protección individual» que corresponde a la lesión de un derecho subjetivo sino a una «protección institucional» donde la configuración del ilícito concurrencial está inspirada en el abuso del propio derecho a la libre iniciativa económica.

Almonacid Sierra y García Lozada señalan:

> «al evolucionar el derecho de la competencia desleal hacia una concepción en virtud de la cual se protegen todos los intereses que participan en el tráfico mercantil, la doctrina moderna, ya enmarcada dentro del modelo social, ha superado absolutamente la calificación de la deslealtad del acto relacionándolo exclusivamente con la lesión de un derecho subjetivo del empresario o comerciante»[115].

El objeto de protección de la disciplina que regula la competencia desleal es el orden concurrencial. El ilícito concurrencial es lo desleal, lo incorrecto, lo indebido, en la concurrencia al mercado, independientemente de la intencionalidad del sujeto. Las cláusulas generales se basan en criterios que engloban no solo los intereses del empresario sino además los del consumidor y del Estado, es decir, todos los participantes en el tráfico económico, en la concurrencia mercantil.

Como hemos expresado el acto desleal no requiere de la presencia de elementos subjetivos, es decir, no se necesita la mala fe del sujeto que realiza un acto para ser considerado desleal. Es suficiente que exista simplemente una conducta que infrinja normas objetivas de actuación, delimitadas en el ordenamiento legal, para que el acto sea considerado como desleal. Por lo tanto podemos concluir que el ilícito concurrencial se concibe como lesión objetiva de un derecho subjetivo.

---

115 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA. *Op. cit.*, p. 251.

La concurrencia hace referencia a la pluralidad de empresarios oferentes en el mercado de bienes o servicios similares o intercambiables. La concurrencia requiere de libertad de acceso al mercado, libertad de establecimiento, libertad de circulación de bienes, servicios y capitales. Competencia significa, específicamente, por un lado, rivalidad o lucha económica entre empresarios por conseguir, dentro de la misma masa anónima de posibles consumidores, el mayor número de adquirientes o contratantes de sus bienes o servicios, y por otro, significa también agresividad (comercial) frente a los consumidores manifestada en la forma de tratar y contratar del empresario con los consumidores.

Marcial Rubio, citando a Bunte, nos dice con referencia a la libre competencia:

> «La libre competencia, al igual que la libertad de contrato, es sólo una forma concreta del derecho fundamental de libre actividad económica. La competencia es libre donde cualquiera puede competir con otros sujetos económicos para realizar negocios con sus contrapartes dentro de un mercado determinado. El concepto de libre competencia supone la libertad de acción y de decisión de todos los competidores dentro del proceso de cambio, donde la libertad de un competidor es relativizada por la libertad de los propios competidores y compañeros del mercado. La libre competencia asume un significado doble: De un lado cada uno debe tener la posibilidad de acceder a un mercado determinado (oferente o adquirente); el mercado debe ser abierto, en modo tal que cada potencial vendedor o adquirente tenga acceso y pueda incrementarse el número de aquellos que ya operan en el mercado. De otra parte, cada operador debe poder adoptar sus propias iniciativas y actuar libremente en el mercado»[116].

La competencia es limitada por la ley y jurídicamente aceptada. Bunte agrega:

> «La libre competencia es tutelada sólo en el ámbito del ordenamiento jurídico. Una actividad de competencia objeto de prohibiciones legislativas no es libre. La licitud o no del comportamiento debe valorizarse no aisladamente, sino en el contexto de la Constitución y del ordenamiento económico vigente, en particular en conexión con los principios contenidos en la ley contra las limitaciones de la competencia. En tal sentido debe entenderse el principio según el cual la competencia real y consentida es la libre competencia tutelada por la ley contra las limitaciones de ella misma»[117].

Este concepto es complementado por Whish y Sufrin quienes señalan:

> «Competencia significa una lucha o enfrentamiento por la superioridad y, en el mundo comercial significa un esfuerzo por lograr la clientela y la realización de los negocios en el mercado. El tema más importante es el efecto que la competencia puede tener en la actividad económica y, para comprenderlo, uno debe mirar primero hacia la teoría económica. De acuerdo a su versión neoclásica, el bienestar del consumidor es maximizado en condiciones de competencia perfecta. Para estos fines el bienestar del consumidor no expresa un concepto vago o general sino, más bien, cosas muy concretas. Bajo competencia perfecta los recursos económicos son asignados a los bienes y servicios en las dimensiones precisas en que los consumidores los desean (en la medida que dichos deseos son expresados a través del precio que los consumidores pretenden pagar en el mercado). Esto es denominado eficiencia en la asignación de recursos. Además de este efecto, muchos economistas y no economistas piensan que la competencia perfecta permite que los bienes y servicios sean producidos al mínimo costo posible, lo que significa que la sociedad invierte la menor parte

116 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, Tomo 3, p. 242.

117 *Ibidem.*, p. 243.

posible de su riqueza en lo que produce. A esto se denomina eficiencia productiva. El efecto combinado de estas dos eficiencias consiste en maximizar la riqueza total de la sociedad»[118].

Por otro lado Font Galán en su libro *Constitución Económica y Derecho de la Competencia* al comentar la concurrencia señala lo siguiente: «la concurrencia es el sustrato económico-material de la competencia entre empresarios y también el presupuesto fáctico-natural de la competencia entendida como elemento institucional básico y esencial del sistema de economía de mercado. Sin una previa situación de concurrencia no es posible —por lo general, aunque sí excepcionalmente— hablar de competencia entre empresarios, ni tampoco del funcionamiento efectivo del sistema de economía de mercado. En cambio, la competencia es una modalidad de concurrencia en el mercado, esto es, una particular forma de ejercitar las actividades empresariales en situación de concurrencia (competencia entre empresarios); y sustanciada la competencia en una cualidad dinámica del ejercicio de la actividad empresarial, se comprende fácilmente el distinto plano en que se sitúan ambos conceptos»[119].

El tema también ha sido abordado por Rafael Pérez Miranda quien nos dice:

«La acción empresarial de concurrir y competir en el mercado en condiciones libres y leales, cumple una función de sustancial importancia en la teoría liberal en tanto posibilita la auto-planificación de un sistema productivo extremadamente complejo —mano invisible— a través de la determinación equitativa de los precios y de las ganancias, facilitando una asignación justa de ingreso a los factores productivos; y es factor determinante —según Marx— en la tendencia a la igualdad de la tasa de ganancia, que se verifica en el proceso de transformación de los valores en precio y de la plusvalía en ganancia»[120].

El modelo expuesto es el de la competencia perfecta, el que es una aspiración, un ideal, pues implica la asignación de recursos y eficiencia productiva máxima. Es una hipótesis de trabajo.

Citando a Whish y Sufrin podemos decir que:

«Competencia perfecta significa muchas cosas simultáneamente: que en cada mercado particular hay un gran número de compradores y vendedores, todos produciendo cosas idénticas u homogéneas; que los consumidores tienen una información completa sobre las condiciones del mercado; que los recursos pueden fluir libremente de una a otra área de la actividad económica; que no hay "barreras de entrada" al mercado que impidan la aparición de más competencia; que no hay "barreras de salida" que impidan a las firmas que lo desean, salir de la actividad. Por supuesto, una estructura real de mercado que satisfaga todas estas condiciones es inverosímil, si en realidad no imposible: hasta aquí estamos hablando en el plano de la teoría»[121].

En cuanto que la realidad, está presente en un rango de opciones. Así:

«Entre la competencia perfecta y el monopolio, estructuras polares del mercado, existen muchos puntos intermedios. La mayoría de las firmas venderán productos que son ligera-

118 *Ibidem.*, p. 244.

119 FONT GALÁN. *Op. cit.*, p. 28.

120 PÉREZ MIRANDA, Rafael. *Propiedad Industrial y Competencia en México.* México: Editorial Porrúa S.A., 1994, pp. 191-229.

121 RUBIO CORREA (1999). *Op. cit.*, p. 245.

mente diferentes a los de sus rivales o contarán con algún grado de lealtad institucional de sus consumidores, lo que significa que una elevación del precio no necesariamente significará una pérdida masiva de actividad negocial. En tal situación, se dice que existe una "competencia monopólica", concepto que connota dos ideas: por un lado, que un producto goza de cierto poder monopólico en relación con los productos de los otros y, por otro lado, que la lealtad del consumidor a una marca particular no es infinita y que éste se decidirá por la marca de la competencia si los precios crecen demasiado. Además, es preciso considerar que es poco probable que un consumidor tenga una información tan completa del mercado, que esté en condiciones de saber, de inmediato, que hay disponible un precio menor en otro lugar determinado para el producto que él requiere. Y todo ello, sabiendo que la teoría depende de que el consumidor tenga información total a su disposición»[122].

Por ello, existe otro concepto que en inglés es denominado *workable competition* (al que traduciremos como «competencia realista»). Dicen sobre este nuestros autores:

«Algunos economistas han estado dispuestos a recurrir a una teoría más prosaica de la "competencia realista". Reconocen las limitaciones de la teoría de la competencia perfecta pero, no obstante, consideran que es válido buscar el mejor grado de competencia que sea posible lograr. Concebir lo que pueda ser una "competencia realista" ha causado dificultades teóricas pero, sin embargo se confía en que una estructura elaborada en base a ella puede tener efectos benéficos en la conducta y las realizaciones y que, por lo mismo, es válido tratar de lograrla y mantenerla. Las autoridades en materia de competencia, tanto en el Reino Unido como en la Comunidad Económica Europea [sic], han invocado la idea de una competencia realista en varias ocasiones»[123].

Por ello concluye Marcial Rubio[124] «que cuando hablamos de libre competencia estamos tratando de lo siguiente:

- Una situación de libertad en el ejercicio de los negocios, tutelada y limitada por la legislación de manera que, sin afectar la libertad de cada uno, se corrija los defectos de poder excesivo que pueden producirse y cuyo resultado sería el perjuicio para los otros competidores y, a la larga, para el pueblo mismo, es decir, los consumidores.

- La competencia mejora la asignación de recursos y la eficiencia productiva. Desde luego, el marco ideal es el de competencia perfecta pero que es sólo una hipótesis de trabajo. En la vida cotidiana, diversos condicionantes llevan a hablar no de competencia perfecta sino de *workable competition.*

- La competencia mejora el nivel de riqueza en la sociedad al dar bienestar al consumidor y los precios menores posibles».

Ahora bien, el ilícito concurrencial, por tanto, es la perturbación del orden concurrencial que hemos expuesto, ya que el objeto de la protección de la competencia es precisamente dicho orden que permite un mercado regulado y competitivo.

Expresa Aurelio Menéndez que:

«Si estamos en lo cierto al afirmar que el ilícito concurrencial se funda en la perturbación y falseamiento del orden concurrencial, es decir, en la infracción de las reglas objetivas que delimitan ese orden, por fuerza hemos de reconocer que el abuso es de orden institucional, en

122 *Ibidem.*, pp. 245-246.

123 *Ibidem.*, p. 246.

124 *Ibidem.*, p. 246-247.

otros términos, que el ejercicio de un derecho (el derecho de la libre iniciativa económica) no puede lesionar la finalidad de un instituto jurídico (la competencia) en el que funcionalmente se integra»[125].

Esta situación permite distinguir la competencia desleal o competencia abusiva de la competencia ilícita. Sin embargo partiendo de que la competencia ilícita es una infracción de derechos subjetivos se distinguen dos modalidades: Competencia prohibida y Competencia desleal. Ambas competencias son igualmente ilícitas, pero tienen características distintas y su fundamentación es diferente.

1.2.2.1. Competencia Ilícita

Un empresario incurre en dos tipos de competencia ilícita. Cuando la ilicitud de su conducta se debe a una competencia prohibida. Esta se presenta cuando, por ley o por contrato, se prohíbe a todos los sujetos, a varios o a uno solo el ejercicio de determinada actividad económica. En este caso nos encontramos ante sujetos a los que se niega el ejercicio del derecho a competir. Por otro lado también nos hallamos frente a una competencia ilícita en el caso de la competencia desleal, la cual se presenta cuando reconociéndose y permitiéndose el ejercicio del derecho a explotar una determinada actividad económica, concurriendo para ello en el mercado con otros competidores, se prohíbe, sin embargo, que tal competencia se realice infringiendo un mínimo deber de corrección frente a los competidores. Presupone, pues, que se prohíben las formas defectuosas o incorrectas del ejercicio de aquel derecho[126].

Como hemos señalado estamos frente a un ilícito objetivo pues la presencia del elemento subjetivo no es necesaria. Analizar la voluntad del sujeto no es importante en estos casos porque para calificar la deslealtad e ilicitud de una conducta es suficiente que esta atente contra las normas objetivas señaladas y a raíz de ello la conducta es considerada como desleal. Daña a uno de los intereses que concurren en el ejercicio de la concurrencia. El acto desleal es un acto institucional porque atenta contra la institución de la libre competencia, ampliamente protegida por la Constitución de 1993.

La competencia ilícita implica el ejercicio de una actividad concurrencial de la que hay obligación de abstenerse. Dentro de este concepto general de competencia ilícita, cabe distinguir las dos modalidades que hemos señalado: La competencia prohibida y la competencia desleal las que explicaremos con más detalle.

1.2.2.1.1 Competencia Prohibida

En la competencia prohibida, que puede tener su origen en la infracción a una ley o a un contrato, lo ilícito resulta ser el ejercicio mismo de la concurrencia, es decir, que determinado tipo de actividad económica no puede ser desarrollado por algunos sujetos, ya que tienen la obligación de abstenerse. Como señala Baylos Hermenegildo[127] «la competencia prohibida por la ley se caracteriza porque en ella se considera ilícita la propia actividad

---

125 MENÉNDEZ, Aurelio. *La Competencia Desleal.* Madrid: Editorial Civitas S.A. s/f, p. 111.

126 BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil.* Madrid: Ed. Tecnos, s/f.

127 BAYLOS, Hermenegildo. *Tratados de Derecho Industrial.* s/f.

económica que implica competencia, sea cual fuere la modalidad que asume su ejercicio». Baldo Kresalja[128] señala: «Existe tal prohibición, por ejemplo, cuando por ley se crean monopolios estatales, cuando la administración otorga concesiones del más diverso tipo, cuando se imponen determinados requisitos para el ejercicio de la profesión y también en aquellos casos de derechos de la propiedad intelectual e industrial. En sentido opuesto cabe decir que lo que no está prohibido expresamente es competencia lícita y permisible». La obligación de abstención puede tener su origen o en un precepto legal o en un contrato.

Veamos cada uno de estos aspectos:

Tratándose del origen en un precepto legal: En este supuesto se trata de competencia prohibida por la ley. Es el caso de los monopolios estatales de las concesiones otorgadas por la administración con cláusula de exclusividad, de los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial. Por disposición de la ley, en todos estos casos, una determinada actividad de producción o cambio de bienes queda bloqueada a favor de un único titular —el monopolista, el concesionario, el sujeto del derecho exclusivo—, permaneciendo prohibida a todos los demás.

Para que la competencia sea ilícita o contraria a una prohibición legal, debe existir previamente un precepto expreso que establezca dicha prohibición. La competencia es lícita y permisible en todos aquellas actividades no prohibidas expresamente.

Sin embargo la obligación de abstenerse de competir puede tener también su origen en un convenio entre partes. En este supuesto hablamos de competencia prohibida por contrato.

> «En todos estos supuestos de competencia prohibida, tanto si la prohibición deriva de una ley como de un contrato, lo prohibido es el desarrollo de la actividad económica concurrencial, cualesquiera que sean los medios que se utilicen; aunque se realice la competencia con toda pulcritud y corrección»[4].

1.2.2.1.2. Competencia Desleal

Competencia desleal es toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y en general a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas. La dificultad consiste en esbozar una definición detallada que pueda abarcar las modalidades desleales que se dan en la concurrencia al mercado o abarcar todos los actos desleales que se llevan a cabo con las futuras modalidades que puedan emplearse. Nuestro legislador al igual que otros legisladores de otros países utilizan cláusulas generales en las cuales una norma de conceptos amplios permite adaptarse a las distintas situaciones desleales que se presentan en la libre competencia. Es decir que, a través de estas cláusulas, se puede evitar que las normas sobre represión de la competencia desleal queden obsoletas por el surgimiento de nuevas conductas desleales en el mercado.

---

[128] KRESALJA, Baldo. «Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal». En: Derecho PUC 47. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 13-86.

[129] BAYLOS (s/f). *Op. cit.*

Por ello el Decreto Ley 26122 en su artículo 5 dice:

«Decreto Ley 26122, Artículo 5.- Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor».

En todos estos casos, que son enunciativos y en consecuencia no agotan las posibilidades de competencia desleal susceptible de ser sancionada, la autoridad que vigila la competencia dentro del Estado, procederá a hacer las investigaciones del caso e impartir las sanciones a que hubiere lugar.

Toda competencia desleal es ilícita pero no toda competencia ilícita es desleal porque puede darse el caso que estemos frente a una competencia ilícita pero que fue realizada con lealtad, honestidad y corrección sin transgredir las normas de concurrencia al mercado.

Aurelio Menéndez en su libro Competencia Desleal señala que:

«la competencia pura, tal como era entendida por el pensamiento liberal clásico, no es en la práctica más que una competencia imperfecta. La libre competencia está limitada por las propias diferencias de los mecanismos del mercado, la falta de homogeneidad de los bienes o servicios, la presencia de los llamados "poderes económicos" o "de mercado", la intervención del Estado en la actividad económica, y por el mismo ordenamiento jurídico que en aras de otros intereses dignos de tutela, sacrifica parcialmente la pura libertad competitiva»[130].

Es así como el Estado, a través de la ley, protege la competencia considerando que la competencia proporciona beneficios a todos los que participan. Uno de los beneficios de la competencia es proporcionar a los consumidores un adecuado abastecimiento de bienes y servicios y un precio más adecuado y justo que aquel al que se llegaría si no existiera la competencia. La competencia es protegida pues permite oportunidades y beneficios a todos los que deseen ingresar al mercado, si pueden salvar las barreras de ingreso propias de cada industria. Sin embargo, es necesario garantizar que esta lucha por la clientela se realice dentro de márgenes de lealtad, de honestidad, enmarcado en los usos y costumbres comerciales, de modo que las normas de competencia desleal protejan la corrección y honestidad del mercado cuya libertad se ha conseguido. El propio ordenamiento jurídico quiere que esa competencia sea respetada, es decir, que no sea restringida por prácticas restrictivas o abuso de posición dominante en el mercado y que se desenvuelva a través de una conducta correcta.

El Estado a través del derecho antimonopólico, mejor llamado de libre competencia, protege en última instancia al consumidor y a todos los ofertantes que participan en el orden concurrencial para que compitan en un ámbito de libre competencia. Si los que participan en la competencia realizan pactos, restringen o limitan la eficiencia del mercado, están actuando ilegalmente y su conducta es sancionada por la ley. Esta regulación legal se

130 MENÉNDEZ (s/f). *Op. cit.*, p. 77.

basa en la idea que el sistema competitivo de economía de mercado es el más eficiente para la atribución de los recursos económicos. Los empresarios dentro de esta concepción tienen obligación de competir para que el mercado funcione correctamente. No debemos olvidar que lo que se protege no es al empresario o sus empresas sino el funcionamiento competitivo del mercado. El marco legal asegura el funcionamiento eficiente del sistema competitivo dentro de una economía de mercado.

Este punto merece aclaración. En un inicio la legislación se diseñó contra los monopolios y tenía como misión principal proteger a las pequeñas y medianas empresas considerando que el actuar de miles de ellas en una economía de ofertantes atomizados favorecía al consumidor. Con la evolución legislativa y jurisprudencial se reconoció que el mercado global produce procesos de concentración empresarial y un gigantismo empresarial que permite economías de escala adecuada. Actualmente el derecho no se enfrenta a los grandes grupos sino a sus conductas ilegítimas, sin descuidar la estructura del mercado que debe permanecer procompetitiva. En este sistema competitivo de economía de mercado los empresarios no sólo tienen el derecho de competir sino que tienen la obligación de competir. Para lograr este objetivo se esfuerzan en captar clientes, ofreciendo todas las ventajas posibles en sus productos y/o servicios y en este ofrecimiento pueden inducir a los posibles consumidores a error cuando crean confusión, o utilizan el engaño o desvirtúan los precios o la calidad de sus productos. Toda esta situación debe ser evitada. Por lo tanto tenemos que es necesario que el sistema competitivo funcione, obligando a que los empresarios compitan (Derecho de libre competencia) y además que cuando se compita no se utilicen medios incorrectos para atraer a la clientela (Derecho de Competencia Desleal).

Los orígenes de la represión de la competencia desleal se encuentran a partir del inicio de la libertad económica de mercado.

Al competir sin ningún tipo de limitaciones los ofertantes hacen abuso de la libertad de competencia. Los competidores, con el fin de conseguir sus objetivos comienzan a actuar en el mercado según la manera o modo que cada quién entiende como honesta o leal.

> «Sin embargo, en tiempos actuales la legislación económica establece como objetivo básico el mantenimiento de un sistema competitivo de economía de mercado, cuyo criterio fundamental no es ya la mera protección del empresario competidor, sino la protección del funcionamiento competitivo del mercado»[131].

El siglo XIX se caracteriza por la creación de los primeros núcleos empresariales y por el comienzo de la lucha competitiva entre los mismos.

El papel del Estado se limitaba a la represión de cualquier actividad que violara las normas establecidas por los miembros que ejercían las actividades económicas. Como señalan los profesores Almonacid y García Lozada «Se reprimen comportamientos que son objeto de una descripción y tipificación legal, estableciéndose principalmente sanciones penales, pues del mismo modo que se castiga a quien roba cosas ajenas, se castiga a quien usurpa derechos inmateriales que no le corresponden»[132].

---

[131] ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA *Op. cit.*, p. 266.

[132] *Ibidem.*, p. 247.

Es así como el Estado, ante la imposibilidad de obtener resultados positivos por las leyes naturales del mercado, se vio en la necesidad de expedir una serie de reglas para reprimir los abusos en el ejercicio de la libertad de la competencia. Fue necesario además la introducción de una norma regulatoria sobre competencia desleal.

El derecho de la libre competencia debe ser ejercido de acuerdo a las instituciones y sus reglas, teniendo como base la moral, el orden público y el bien común. Si de alguna manera el dolo, el fraude, la deslealtad están presentes, el derecho será ejercido abusivamente, convirtiéndose en fuente de responsabilidad, por lo que la competencia desleal esta sustentada en la teoría del abuso de un derecho.

Font Galán señala que:

> «La categoría del abuso del derecho parece presentarse como la más adecuada para encuadrar dogmáticamente el acto de competencia desleal. No se trata de un abuso individual, fundado en requisitos subjetivos o morales, que sería difícil de explicar si tenemos en cuenta que el objeto de la protección de la disciplina de la competencia desleal es el orden concurrencial. Entendemos que se trata más bien de un abuso institucional»[133].

La definición del ilícito concurrencial requiere necesariamente tipificación de los criterios que servirán para valorar la deslealtad de un determinado comportamiento concurrencial.

Actuar deslealmente en el ámbito económico empresarial es hacerlo de modo contrario a lo que la costumbre social o la moral comercial acostumbra admitir. El juicio condenatorio para la competencia desleal variará según el lugar y el tiempo, se trata de una noción relativa a la época, al país y al estamento social.

Aurelio Menéndez[134] explica que hay dos grandes corrientes de opinión: Una corriente fenomenológica y otra corriente deontológica. «De acuerdo con la primera de estas orientaciones, para efectuar el juicio de deslealtad, las cláusulas generales deben remitir al Juez a datos empíricos objetivamente verificables, a las costumbres del tráfico, a los usos corporativos, a las normas convencionales de los empresarios. Se entiende así que la deslealtad de un determinado comportamiento concurrencial viene motivada por la infracción de lo que en la práctica empresarial ha cuajado como práctica concurrencial regular o normal. En contraste con esta teoría convencional, la corriente deontológica se inclina decididamente hacia una interpretación moral de los patrones de valoración a que se refieren las cláusulas generales». Las consecuencias prácticas de estas teorías son distintas. Las interpretaciones morales tienden a exigir la concurrencia de un elemento subjetivo. Si uno sigue la teoría convencional generalmente configura el ilícito concurrencial de una manera estrictamente objetiva.

Baldo Kresalja, dice que:

> «debe quedar claro, que cuando hablamos de competencia desleal nos estamos refiriendo a un tipo de actividad que persigue la atracción y captación de compradores —la formación, consolidación o incremento de la clientela— utilizando medios tortuosos que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial, según la costumbre y los usos, que

133 FONT GALÁN. Op. cit., pp. 212-214.

134 MENÉNDEZ (s/f). *Op. cit.*, p. 77.

permiten potenciar la empresa propia como debilitar a las rivales, y que es, además, contraria a los principios rectores de la actividad económica, incorporados muchas veces a la Constitución o en leyes reguladoras de dicha actividad»[135].

Para ejemplificar estos actos de competencia desleal basta leer el artículo 7 del Decreto Ley 26122 que textualmente dice:

«Artículo 7.- Son actos desleales los destinados a crear confusión, reproducir, imitar, engañar, inducir a error, denigrar, desacreditar la actividad, productos, prestaciones o establecimientos ajenos, efectuar comparaciones inapropiadas, violar secretos de producción o de comercio, aprovechar indebidamente la reputación ajena y, en general, cualquier acto que por su naturaleza o finalidad pueda considerarse análogo o asimilable a aquellos que enunciativamente se señalan en el presente capítulo».

Si las empresas compiten en el mercado mejorando sus productos en forma permanente, aumentando la calidad y ahorrando costos, reduciendo ineficiencias también persiguen que el consumidor se torne cliente y para ello este debe volver a comprar el bien o servicio. De allí la necesidad de diferenciar el producto al segmentar un mercado, para atenderlo en forma adecuada y desarrollar la lealtad del consumidor. Pues bien la competencia desleal ataca la esencia misma de estos principios al copiar, imitar, plagiar y desarrollar actos destinados en general a crear confusión. Al reproducir, imitar y engañar al consumidor la competencia desleal vulnera así la esencia del marketing y perjudica gravemente a los consumidores.

Manuel Abanto en su obra sobre Derecho de la Libre Competencia[136] señala que «la ley peruana vigente no contiene, acertadamente, ningún precepto definitorio sobre competencia desleal. Lo contrario hubiera sido irrazonable, pues se trata de regular una forma dinámica de ataque contra la competencia; a saber, en cuanto a la exigencia de actuar con transparencia y "lealtad" en determinadas relaciones comerciales».

Creemos que esto no es así y por ello no compartimos la opinión de Abanto. El Decreto Ley N° 26122 «Ley sobre Represión de la Competencia Desleal» en su artículo sexto estipula una definición clara y concreta sobre lo que en nuestro ordenamiento jurídico se considera competencia desleal. Este artículo señala:

«**ARTÍCULO 6**.- Cláusula General. Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de concurrencia que deben regir en las actividades económicas».

Tanto el D.L. N° 26122, Ley sobre la Represión de la Competencia Desleal como el D.L. N° 716 Ley de Protección del Consumidor, han aclarado el ámbito de la aplicación de la ley para la protección de la competencia.

El concepto de competencia desleal también se encuentra claramente definido en el ordenamiento jurídico colombiano (ley 256 de 1996) Esta norma señala que «se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las buenas costumbres mercantiles, al princi-

[135] KRESALJA (1993). *Op. cit.*, pp. 13-86.

[136] ABANTO VASQUEZ. *Op. cit.*, p. 355.

pio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia comercial o industrial o bien cuando este encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o al funcionario concurrencial del mercado»[137].

Podemos señalar que el sistema jurídico peruano trata el tema a través de una lista de carácter enunciativo y no taxativo, por lo que son muchas más las conductas que se pueden considerar como atentatorias de la libre y leal competencia.

El juez debe decidir, de acuerdo a su criterio e interpretación en el contexto legal, qué conductas son consideradas competencia desleal. En Colombia tratándose de competencia desleal el papel fundamental está a cargo del juez.

Sin embargo, el ordenamiento peruano en esta materia es también claro y conciso y el concepto de competencia desleal regulado por un órgano especializado, como el Indecopi, sí se encuentra claramente definido como lo podemos apreciar de la lectura del artículo 7 del Decreto Ley.

La lista de conductas desleales no es taxativa sino que pueden añadirse a ella aquellas conductas o actos que sean análogos o similares a los señalados en este artículo. Sin embargo, es usual que en este sistema de represión de la competencia desleal mediante una ley se incluya una cláusula general prohibitiva y a continuación una enumeración de supuestos concretos de comportamientos sancionables. Claramente podemos deducir que la ventaja inmediata de esta forma de legislar es la de evitar que con el tiempo las normas taxativas queden obsoletas, permitiendo mediante esta fórmula de cláusula general el que se pueda tener en cuenta situaciones que al momento de legislar no se contemplaron o que siendo las prácticas comerciales cambiantes éstos originen conductas desleales nuevas.

Baldo Kresalja[138] sobre el particular expresa que:

> «Uno de los aspectos más significativos al momento de evaluar una cláusula general es conocer cuales son los criterios que han sido seleccionados para determinar la deslealtad de una conducta o de un acto. En el artículo 6° de nuestra ley encontramos 3 criterios, a saber:
>
> a. La buena fe comercial
>
> b. El normal desenvolvimiento de actividades económicas
>
> c. Las normas de corrección que deben regir las mencionadas actividades».

La buena fe es un principio jurídico que «hace referencia a un determinado modo de actuar en las relaciones de mercado, conectándose directamente con la libertad de competencia y el abuso de dicha libertad»[139]. En cuanto al normal desenvolvimiento de actividades económicas y normas de corrección, Kresalja señala que, «hay que relacionarlo recorriendo al concepto de competencia practicable, operativa o efectiva, concebida como aquella en la que el acceso al mercado esta abierto, como aquella en la que las alteraciones de la oferta y la demanda se traducen en los precios, como aquella en que la protección y la venta no se limitan artificialmente, como aquella en que la libertad de elección no se ve obstaculizada, en fin como aquella en que la lucha concurren-

---

137 Colombia Ley 256 de 1996.

138 KRESALJA (1993). *Op. cit.*, pp. 13-86.

139 *Ibidem.*, pp. 13-86.

cial se desarrolla sobre las prestaciones más eficientes, por lo que la expulsión del mercado de algunos empresarios se produzca por la mayor eficiencia de las prestaciones de los competidores, leal y correctamente»[140].

El modelo profesional, como señala Aurelio Menéndez expresa que:

> «la relación de competencia cumple la función de privatizar y corporativizar el derecho de la competencia desleal, así sucede en efecto, porque al aplicarse solamente a los supuestos de deslealtad entre empresarios en situación competitiva, se limita la tutela de los intereses empresariales, renunciando(...) a dar protección directa a los intereses de otras categorías de sujetos participantes en el tráfico; los consumidores y al mismo orden institucional del mercado»[141].

En realidad el bien jurídico que pretende tutelar las normas de la «competencia desleal» es la libre y leal competencia económica en el mercado, regulando esta competencia en una forma amplia que involucra intereses diversos como son los de los competidores, los consumidores y el Estado como guardián del orden económico.

Como dice Jorge Joeckel[142] «la normatividad regulatoria de la competencia desleal protege la transparencia de los medios que se emplean para competir», en cambio el bien jurídico tutelado «busca proteger la libertad de acceso y permanencia en el mercado». «En otras palabras, mientras la represión de las prácticas restrictivas se encarga que exista competencia económica, la competencia desleal persigue que la competencia existente no se vea falseada con el empleo por parte de los participantes en el mercado por procedimientos ilegítimos».

Veamos un caso de aplicación de lo expuesto sobre competencia desleal. El denunciante fue la Compañía Peruana de Gas S.A. (Solgas) y el denunciado Accionistas y Distribuidores de Gas S.A. La Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia, entre otras cosas, «ordenó» el cese inmediato y definitivo del uso de carteles con la denominación SOLGAS y de la comercialización de gas en balones que se encontraban rotulados con los signos distintivos de la empresa denunciante. Asimismo la Comisión de Represión de la Competencia Desleal «ha establecido como precedente que el color puede llegar a convertirse en un medio de identificación cuya notoriedad y reconocimiento dentro de un particular tipo de mercado permite conocer a un producto con una determinada procedencia empresarial, criterio que debe ser entendido como aplicable a casos muy específicos en los que el color puede causar una clara confusión en el consumidor y no a la generalidad de las situaciones, conclusión a la que se puede llegar sólo luego de un análisis riguroso, de manera de no incurrir en contradicciones con los principios que rigen los derechos sobre propiedad intelectual en todas sus manifestaciones»[143].

El caso expuesto refleja la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de confusión y explotación de la reputación ajena, claramente tipificadas en los artículos 8 y 14 del Decreto Ley N° 26122 respectivamente.

---

140 *Ibidem.*, pp. 13-86.

141 MENÉNDEZ (s/f). *Op. cit.*, p. 81.

142 JOECKEL KOVACS (s/f). *Op. cit.*

143 INDECOPI. «Resolución No. 022-96-TRI-SDC/INDECOPI del 7 de agosto de 1996». En: *Jurisprudencia de Defensa de la Competencia (1996).* Lima: INDECOPI, Sello Editorial, 1996, pp.47-53.

ARTICULO 8.- Actos de confusión. Se considera desleal toda conducta destinada a crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno.

El riesgo de confusión a que se vean expuestos los consumidores respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación es suficiente para determinar la deslealtad de una práctica.

ARTICULO 14.- Explotación de la reputación ajena. Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal al empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

La utilización de un color muy semejante al de la denunciante, además del uso de los letreros que son publicitados por la empresa SOLGAS, así como la rotulación de los balones de gas con el nombre ADEGAS en color naranja y del tamaño de letras similares a las utilizadas por la empresa denunciante genera en el mercado confusión en los consumidores. A los consumidores les es muy difícil poder precisar la procedencia del producto provocando este hecho que la empresa que utiliza estos signos publicitarios en un producto parecido a otro, aproveche de la reputación y del éxito comercial ajeno, como es el caso bajo estudio.

Otro caso que nos permite apreciar cómo el Estado analiza y protege el que la competencia no sea falseada con el empleo de procedimientos ilegítimos es el presentado ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal por la firma Brand Central del Perú contra la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A. SAGA, por incurrir en actos de competencia desleal consistentes en el uso de la denominación Brand Central. La resolución de la Sala declaró infundada la denuncia de comisión de los actos de competencia desleal descritos en el artículo 13 del Decreto Ley N° 26122. Referente a los actos de imitación sistemática de las iniciativas empresariales de SAGA[144].

ARTICULO 13.- Actos de imitación. Se considera desleal la imitación sistemática de las presentaciones e iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según las características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquel.

Ante la denuncia presentada por Brand Central del Perú S.A. el 30 de noviembre de 1994, la denunciada el 29 de diciembre del mismo año refutó los cargos formulados manifestando que el uso de la denominación «SAGA Brand Central», cuya traducción al castellano es «centro de marcas» es un nombre genérico, y por tanto, su uso en exclusiva es irreinvindicable.

Paralelamente SAGA solicitó ante la Oficina de Signos Distintivos el registro de la mencionada marca «SAGA Brand Central» pudiendo inscribirla y correspondiéndole el derecho exclusivo sobre dicho término.

144 INDECOPI. «Resolución No. 008-96-TRI-SDC/INDECOPI del 26 de Julio de 1996». En: *Jurisprudencia de Defensa de la Competencia (1996)*. Lima: INDECOPI, Sello Editorial, 1996, pp.21-24.

Así, por Resolución N° 050-95-C.P.C.D de fecha 17 de agosto de 1995 la Comisión declaró «infundada la denuncia formulada y consideró que no existe infracción del artículo 13 del Decreto Ley N° 26122 referente a la imitación sistemática de las prestaciones e iniciativas empresariales de un tercero, cuando esta estrategia tenga por finalidad directa obstaculizar su afirmación en el mercado, ya que en este caso concreto, no se ha acreditado la existencia de una imitación reiterada y metódica de las prestaciones e iniciativas empresariales de la denunciante, ni la finalidad de obstaculizar la afirmación de la misma en el mercado».

Como vemos las normas y resoluciones analizadas garantizan la libre y leal competencia económica por lo cual prohíbe expresamente la realización de actos o conductas de competencia desleal. Son normas que atienden un interés social y colectivo.

Almonacid y García Lozada[145] en su libro *Derecho de la Competencia* «los orígenes de la preocupación por la represión de la competencia desleal se encuentran a partir de la instauración plena del principio de libertad económica. Con anterioridad al establecimiento de este principio carece de sentido hablar de competencia desleal...» «Es con el triunfo de la economía liberal, instaurada por la Revolución Francesa, que se inicia el período en el que a través del libre acceso al mercado y el despliegue de la competitividad en el mismo, ésta se hace cada vez más aguda e incisiva».

El concepto actual de competencia desleal ha sido objeto de una evolución lo que ha motivado tres modelos de regulación diferenciados en sus conceptos básicos.

- **El modelo paleoliberal:** Propio del siglo XIX. No estaba regido por una normativa general, presentándose como una disciplina de naturaleza penal.
- **El modelo profesional:** Se extiende durante los primeros años de este siglo. La normativa tiene un carácter general aspirando a tutelar la posición de la empresa en el mercado. Se aplica solamente a los supuestos de deslealtad entre empresarios en situación competitiva. El modelo se limita la tutela a los intereses empresariales.
- **El modelo social:** Se aplica después de la II Guerra Mundial hasta la actualidad. Deja de ser un derecho para cautelar a la empresa como único bien protegido, extendiendo su dominio a la tutela del interés de los consumidores, además de la empresa.

El Modelo Social de la Competencia Desleal

En el modelo social se va formando una ordenación del fenómeno concurrencial distinto al que servía de fundamento al sistema profesional. El objeto de protección ha cambiado, como también han cambiado los criterios de enjuiciamiento de la deslealtad y la determinación de las prácticas reprimidas.

Aurelio Menéndez en *La Competencia Desleal*[146] explica que «En relación con objeto de la protección se observa el paso de una concepción centrada en la tutela de los intereses individuales de los competidores a una concepción fundada en la protección del orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés

[145] Almonacid Sierra y García Lozada. *Op. cit.*

[146] Menéndez (s/f). *Op. cit.*

colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. En el plano de los criterios de enjuiciamiento se advierte también una notable transformación; la deslealtad deja de ser primariamente entendida como un juicio de incorrección profesional, ensayado en atención a las normas morales o convencionales de la clase empresarial, para convertirse en un juicio de inadecuación a los principios del ordenamiento económico (libre competencia, tutela del consumidor, etc)».

Almonacid Sierra y García Lozada[147] señalan que se pueden destacar 2 posiciones dentro de los planteamientos doctrinales que relacionan el acto desleal con la lesión de un derecho subjetivo, caracterizado éste por ser un derecho de monopolio, que acota a favor de su titular una serie de prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico para su exclusivo provecho:

1ª En la primera, aparecen todas las tendencias que propugnan por individualizar el objeto de tutela de la competencia, refiriéndose a la protección de un derecho de naturaleza patrimonial. Según este planteamiento, la naturaleza jurídica de la represión de los actos de competencia desleal se explicaría bajo la teoría de la responsabilidad extracontractual o por la teoría de la protección de la hacienda (Ripert, Carnelutti), teoría en las cuales el eje común es la indemnización a cargo del competidor infractor, que se origina por el atentado realizado contra un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial de otro competidor.

2ª En la segunda, se engloban los argumentos a favor de que el objeto protegido es el derecho al libre desarrollo de la personalidad del empresario. Según este planteamiento la naturaleza jurídica de la represión de la competencia desleal encontraría su explicación en la teoría de la protección de la personalidad (Kohler), ya que toda actividad económica es de naturaleza personal y la disciplina de la competencia desleal surge precisamente para tutelar la persona del empresario como competidor, pues la competencia desleal encuentra sus fronteras allí donde se vulnera la personalidad del empresario competidor.

La concepción actual del fenómeno de la concurrencia ilícita le atribuye una clara función social al derecho de la competencia. La doctrina en la actualidad supera la calificación de deslealtad del acto con la lesión de un derecho subjetivo individual, para relacionarlo con la lesión a todos los que participan en el ejercicio del derecho de competencia, beneficiando a todo el conglomerado social.

Este cambio del sentido del que se pretende tutelar se ve claramente explicitado con la Resolución 036-96-TRI-SDC[148] expedida por Indecopi en el caso de la Bolsa de Valores de Lima como denunciante y como denunciados los Locales Comerciales en Jirón Carabaya N° 618 Lima. La denuncia presentada por BVL fue «por violación de los artículos 8, 14 y 19 del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la reputación ajena y a la copia o reproducción no autorizada respectivamente».

La BVL afirmaba que en los mencionados locales se comercializaban informalmente, sin su autorización, estados financieros de empresas que cotizaban en Bolsa (aparentemen-

147 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA. *Op. cit.*, p. 246.

148 INDECOPI. *Jurisprudencia de Defensa de la Competencia (1996-1999).* Lima: INDECOPI, Sello Editorial, s/f, p. 105.

te recibidos con los sellos de la BVL) y de los listados de cierre de cotización, alejando así al público accionista que compraba sus publicaciones oficiales[149].

El 30 de noviembre de 1995, la Comisión emitió la Resolución N° 094-95-C.P.C.D en la cual, entre sus considerados, expresó que la BVL de acuerdo a la Ley de Mercados de Valores:

> «Es una asociación civil sin fines de lucro que tiene por finalidad, entre otras, fomentar la transacción de valores y brindar servicios vinculados a la negociación de éstos; siendo que para la consecución de dicha finalidad, es su deber divulgar y mantener a disposición del público la información referida a la marcha económica y a los eventos trascendentes de las empresas emisoras de los valores que en ella se cotizan; y que es así que la BVL publica diferentes boletines diarios, semanales, mensuales y anuales con la referida información. La Comisión señaló también que en virtud del artículo 21 del citado Decreto Legislativo N° 755, dicha información es de libre acceso al público y asiste a toda persona el derecho a solicitar copias simples de ella, por lo cual, la BVL no es una entidad que concurra en el mercado; siendo la finalidad de esta norma reducir al mínimo los costes de transacción originados en el acceso a la información financiera relacionada con las empresas que cotizan sus valores en bolsa, alcanzando así una mayor eficiencia en las negociaciones que se llevan a cabo en ese marco».
>
> «Asimismo, la Comisión consideró que aún admitiendo que tanto la BVL como los locales denunciados podrían estar llevando a cabo una actividad comercial común y así estarían compitiendo en el mercado al ser dos entidades que procuran conseguir, cada una de ellas, el mayor número de contratos con una misma clientela, para considerar la conducta de los mencionados locales como desleal, tendría que existir un perjuicio ilícito, al menos potencial, a un competidor, a los consumidores o al orden público».
>
> «En tal sentido, la Comisión señala que no se causaría ningún perjuicio a algún competidor o al orden público en tanto la información que se comercializa es de libre acceso al público, no asistiendo a nadie el derecho de difundirla de manera exclusiva; y que tampoco se causaría perjuicio a los consumidores pues el ámbito de la protección concurrencial se entiende limitando a la tutela de los consumidores razonables, y éstos, al actuar con diligencia, adoptando precauciones razonables e informándose adecuadamente acerca de los bienes o servicios que se ofrecen en el mercado a efectos de tomar decisiones de consumo, podrían evaluar los eventuales riesgos involucrados en adquirir información financiera en establecimientos como los denunciados y no directamente de la BVL».

En el análisis de las cuestiones de discusión se consideró entre otros aspectos que nada impide a los terceros que puedan acudir y divulgar información que es pública por mandato de la ley. «...La información pública por mandato de la ley lo es no sólo respecto al acceso a la misma, sino a su divulgación(...). En opinión de la Sala, la BVL confunde la obligación legal de divulgar la información relevante con el monopolio de dicha divulgación, monopolio que no le ha sido concedido en ningún momento». «...No hay ninguna apropiación del esfuerzo ajeno. Sólo hay, la simple divulgación de lo que ya es información pública».

Como podemos apreciar existe tutela del consumidor. En este caso específico en función que la información sobre la marcha económica y su divulgación es una información pública y que su mayor difusión contribuye a reducir los costos de transacción en el mer-

[149] *Ibidem.*, p. 103.

cado de valores, garantizando información adecuada para quienes participan en dicho mercado. El Estado al actuar en la forma en la cual lo hizo, tuteló la mayor y mejor información que pueda tener el público consumidor. La resolución comentada refleja a todas luces que el criterio rector que prima en toda decisión de competencia desleal es proteger el interés colectivo de los consumidores.

Finalmente, en la cuestión relativa a las prácticas, reprimidas se advierten asimismo algunos cambios importantes: ciertas actividades con anterioridad consideradas como desleales (sirvan de ejemplo la publicidad comparativa o la invasión de zona de exclusiva), comienzan a permitirse en atención a los efectos beneficiosos que pueden producir desde el punto de vista del interés de los consumidores y del interés público en la conservación de un mercado altamente competitivo; y por el contrario, ciertas prácticas permitidas (como pueden ser la venta bajo el costo, la publicidad engañosa, o las ventas agresivas) se someten a una nueva estimación en respuesta a la primacía de los valores o intereses ahora dominantes.

El Estado es el que asume la política de defensa de la competencia. Se da un ordenamiento represor de las prácticas restrictivas de esa concurrencia. Antes se protegía un valor dentro de la esfera del Derecho privado «proteger la lealtad en sentido estricto de la actividad concurrencial». Actualmente la legislación antimonopólica se convierte en una ley dada por el aparato estatal y sujeta a reglamentación. La legislación de defensa de la libre competencia se encuadra dentro del ámbito del Derecho económico de intervención.

El nuevo «modelo social» de la competencia desleal esta en íntima relación con la naturaleza del ilícito concurrencial.

En la competencia desleal, la actividad de competir es en sí misma lícita y permisible, estando únicamente prohibido ejercerla por determinados medios reprobables los que son analizados por el Estado. De ello se deduce un hecho de singular importancia y es que en la competencia desleal no se sanciona con ilicitud el haber causado a otro un daño concurrencial —pues éste es lícito—. No se entiende de otra manera la competencia pues conquistar mercados, arrebatar clientes y primar sobre otros es parte del modelo sino el haberlo causado indebidamente a través de medios vedados.

Aurelio Méndez[150] expresa: «La doctrina más moderna estima que el derecho de la competencia desleal no persigue la protección de precisiones jurídicas subjetivas, sino que se propone más bien, establecer deberes objetivos de abstención, es decir, hablando con más precisión —reglas objetivas de conducta— cuya infracción desencadena las reacciones de ordenamiento».

La finalidad perseguida en la legislación peruana con respecto a la competencia desleal (Decreto Ley N° 26122I es la de «evitar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas» siendo de aplicación esta ley a todo tipo de personas naturales o jurídicas, incluidas las asociaciones sin fines de lucro, así como los gremios, sin otro requisito que el de realizar actividades económicas en el mercado. Esta ley abarca a todas las personas, no sólo a los empresarios, sino a todos los que participen en el merca-

150 MENÉNDEZ (s/f). *Op. cit.*, p. 107.

do, cautelando por ende a los consumidores, siendo importante destacar que no necesariamente debe existir una relación de competencia para que la ley sea aplicable.

Es necesario poner de manifiesto que la regulación contra la competencia desleal tiene por objeto la protección de intereses diversos, tales como que todos participen en el mercado (empresarios y consumidores) y el proteger el funcionamiento correcto del sistema competitivo evitando que se actúe incorrectamente. Por lo tanto lo que se persigue es evitar las actuaciones incorrectas en el mercado.

En forma precisa Almonacid y García Lozada[151] expresan lo siguiente: «La preocupación de la comunidad internacional por regular y reprimir jurídicamente los comportamientos desleales que restringen, impiden o falsean la libre competencia en los mercados ha sido reforzada también por el deber que tienen los Estados modernos de prevenir o corregir las distorsiones generadas por los indebidos comportamientos empresariales en los mercados locales. Así, en el contexto del tráfico mercantil contemporáneo el fenómeno competitivo se regula desde una doble vertiente.

Por una parte, se protege la libertad de competencia y se estimula a los empresarios para que compitan, prohibiendo aquellas situaciones que puedan implicar una restricción a la competencia. Por otra, se regula la forma y los medios utilizados para competir a través de las normas sobre competencia desleal».

Por lo tanto, para que un acto sea considerado desleal, es necesario que la actuación se haya producido en el mercado, esta actuación sea incorrecta y pueda perjudicar a cualquiera de los participantes en el mercado, consumidores o empresarios, o pueda distorsionar el funcionamiento del propio sistema competitivo.

Como lo hemos señalado para que el sistema competitivo funcione hay que obligar a competir a los empresarios e impedir que al competir utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo en sí.

El concepto de conducta desleal nos remite a condiciones de tiempo, cultura, país y desarrollo económico, pues el concepto desleal tiene que ver con factores políticos, ideológicos y tecnológicos de una sociedad dada. La sanción de los actos desleales en el mercado protegen intereses de los empresarios, consumidores, Estado, por lo que la calificación desleal del acto debe basarse en criterios que consideren todos estos intereses en cuestión.

Finalmente tengamos presente que el acto desleal tiene que ver con un ilícito objetivo. La persona como eje del elemento subjetivo no es necesaria. En la actualidad basta que se transgreda normas objetivas de actuación cuando se ejerza el derecho a competir y el acto será considerado desleal.

---

151 Almonacid Sierra y García Lozada. *Op. cit.*

1.3. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.3.1. El análisis económico del Derecho

El análisis económico del Derecho se presenta como una metodología moderna que ofrece criterios interdisciplinarios para comprender el derecho desde una perspectiva nueva, relacionando estrechamente la ciencia jurídica con fenómenos sociales y económicos, propios de la actividad empresarial de personas naturales y jurídicas.

Podemos afirmar que el análisis económico del Derecho no es un análisis de tipo normativo o exegético, sino más bien un método que analiza aquellas conductas humanas que se encuentran interrelacionadas de algún modo con el derecho. La corriente del pensamiento económico del derecho surgió en los programas de las facultades de derecho americanos en las últimas décadas, pero cabe señalar que como tal no reemplaza los métodos clásicos como el exegético, gramatical, sistemático, *ratio legis*, sino que los complementa al brindar nuevos criterios de racionalidad que son útiles para plantear políticas generales.

José Román Cossio[152] en su libro *Derecho y Análisis Económico* explica que la transformación de las conductas humanas a conductas económicas se presenta porque en un contexto de escasez de recursos el sujeto agente económico actúa buscando maximizar su utilidad, manteniendo estables sus preferencias. Este es el modelo del hombre racional, el hombre económico que ante dos situaciones prefiere aquella que le proporcione mayor utilidad[153]. Como vemos el concepto de maximizar utilidades no implica necesariamente retornos monetarios sino lograr más con menos.

En este sentido Gary Becker al referirse al enfoque económico considera que, además, de presentar muchas variables no económicas para comprender el comportamiento humano, necesitamos también las contribuciones de los sociólogos, psicólogos, sociobiólogos, historiadores, antropólogos, científicos de la política, abogados y otros.

El autor dice:

> «Aunque defiendo que el enfoque económico proporciona un marco adecuado para la comprensión de cualquier tipo de comportamiento humano, no trato en modo alguno de devaluar las contribuciones de otros científicos sociales, ni siquiera trato de sugerir que la contribución del economista sea la más importante. Por ejemplo, las preferencias que se suponen dadas y estables en el enfoque económico, y que determinan las predicciones obtenidas bajo dicho enfoque, son analizadas por el sociólogo, el psicólogo y, probablemente, con mejores resultados, por el sociobiólogo (ver Wilson, 1975). Es obvio que los temas de cómo las preferencias han llegado a ser lo que son, y de su quizá lenta evolución en el tiempo, son relevantes en la predicción y comprensión del comportamiento. El valor de las demás cien-

---

152 COSSÍO DÍAZ, José Román. *Derecho y Análisis Económico.* México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 229.

153 El concepto de maximizar utilidad no implica retornos monetarios sino lograr más con menos. Así, Carlos Boloña en sus *Diez Lecciones de Economía* señala que el magnate de la informática, Bill Gates, desea más retorno por cada dólar invertido, en tanto que, la madre Teresa de Calcuta desea más retorno de sus obras e inversiones de la orden que fundara para realizar más filantropía y ayudar a más necesitados, esto es, ayudar a más gente con menos requerimiento de recursos.

cias sociales no queda en absoluto disminuido ni siquiera por una aceptación completa y entusiasta del enfoque económico»[154].

Y agrega:

«El enfoque económico proporciona un marco valioso y unificado para la comprensión de todo tipo de comportamiento humano, aunque reconozco, por supuesto, que una gran parte de dicho comportamiento no se comprende todavía y que las variables no económicas, así como las técnicas y descubrimientos de otros campos, contribuyen también significativamente a la comprensión del comportamiento humano. Es decir, aunque el enfoque económico proporciona un marco general, otras disciplinas proporcionan muchos de los conceptos y técnicas importantes y seguramente continuarán haciéndolo(...) El comportamiento humano no está compartamentalizado, basándose a veces sobre la maximización y otras veces no, motivado a veces por preferencias estables y otras veces por preferencias volátiles, siendo a veces el resultado de una acumulación óptima de información y no siéndolo otras. Creo más bien que todo el comportamiento humano puede considerarse como realizado por participantes que maximizan su utilidad a partir de un conjunto estable de preferencias y que acumulan una cantidad óptima de información y de otros factores en una variedad de mercados»[155].

Y contribuye:

«Si mi argumentación es correcta, el enfoque económico proporciona ese marco unificado para la comprensión del comportamiento que buscaron sin resultado tanto Bentham, como Comte, Marx y otros».

Habiendo señalado la importancia del enfoque económico como método de interpretación de la conducta humana es pertinente considerar la relación de este enfoque económico con el derecho.

Santos Pastor considera en primer lugar la evolución del análisis jurídico-formal hacia un análisis multidisciplinario. Así nos dice:

«El análisis jurídico-formal

Esencialmente consiste en una labor interpretativa sobre los elementos o sobre el conjunto mismo del sistema jurídico. En el caso más típico, el análisis de la norma la define y fija su alcance y significado con arreglo y tenor literal, espíritu, concordancias, analogías, voluntad del legislador, posición en la estructura y jerarquía de fuentes, relación con los precedentes judiciales o legislativos, encaje en los principios generales del Derecho, contexto social, análisis de la estructura de la propia norma, etc.».

Una parte importante de este tipo de análisis (denominada en expresión anglosajona *doctrinal análisis*, intenta clarificar el sentido de las normas tal como resulta de su aplicación por los órganos judiciales (*legal doctrine*) a través de una cuidadosa lectura y comparación de la propia norma y de las decisiones de los órganos judiciales superiores, identificando ambigüedades, mostrando incongruencias entre decisiones, desarrollando distinciones, reconciliando criterios y ejercitando los conocimientos propios del análisis jurídico (*legal analysis*). Es un conocimiento autónomo que no requiere otro campo de aprendizaje. Los

154 BECKER, Gary. *Enfoque Económico del Comportamiento Humano. Competencia y Mercado.* Lima: Universidad de Lima, p. 9.

155 *Ibidem*, p. 9.

criterios que se tiene en cuenta no son sólo los formales —si las opiniones son claras, bien razonadas, no contradictorias con los precedentes judiciales, las normas de Derecho positivo y la Constitución—, sin que tampoco se tenga en cuenta el encaje de esas interpretaciones en ciertos criterios previos sobre la justicia y sentido de la práctica administrativa. Por lo general, sin embargo, no es más allá de las opiniones que se examinan.

Entre los medios de los cuales se vale el análisis anterior se encuentra el conocimiento adecuado del Derecho positivo, el estudio de casos, la propia experiencia en la aplicación de la justicia que pueda tener el estudioso, el sentido común y el conocimiento de los valores morales y políticos de su sociedad. De esta forma se puede evaluar el sentido práctico y la justicia junto a la claridad y congruencia de las normas existentes o propuestas. Pero para ello no se utilizan los criterios propios de las ciencias sociales o de la filosofía.

Más allá de las distintas posiciones doctrinales sobre el método, yo creo que hay poca duda en que esto forma el contenido fundamental del trabajo de investigación al uso de los juristas. Pues bien, con ser decisiva la importancia de este trabajo, entiendo que es insuficiente para resolver las tareas que plantea la investigación científica y el diseño óptimo del Derecho de una sociedad, las llamadas ciencia y política jurídicas[156].

Contrastando con el análisis jurídico formal, el autor plantea una visión global del análisis económico del Derecho. Así, Santos Pastor nos dice:

> «Suele decirse que la economía es la más desarrollada de las ciencias sociales. Su avance se acelera a partir de la incorporación de las técnicas de análisis empírico y cuantitativo y del aparato formal matemático, aunque el contenido básico de esta perspectiva en cuanto al Derecho no sea otra cosa que la aplicación de teoría y técnicas empleadas en el estudio económico, las corrientes más modernas intentan emancipar el análisis económico del Derecho del análisis del sistema económico, con lo que aquél sería más bien una aplicación de la teoría general de la elección[157].
>
> 1. Elementos básicos.
>
> Hipótesis. Enfoque positivo normativo
>
> Como se ha apuntado al principio, lo esencial del método económico puede resumirse como una combinación de lógica deductiva y empirismo. A partir de unas hipótesis de partida (supuestos o postulados) muy simples y mediante el diseño de modelos, se llega a unas conclusiones que, en lo posible, se contrastan con la realidad para determinar el grado de validez de los supuestos, teorías y demás proposiciones.
>
> Entre los postulados o hipótesis de partida más importantes y frecuentes se encuentran los siguientes:
>
> 1. Los individuos son interesados y tratan de maximizar su bienestar; esto suele ser denominado hipótesis de la maximización de la utilidad y de la racionalidad del comportamiento, significando esta última una simple actitud de consistencia en la elección.
>
> 2. Los valores que los individuos asignan a sus costos y beneficios son estables, no se ven afectados por la política del Estado u otro agente externo; esto es, el gusto de una persona

156 PASTOR, Santos. *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho. Competencia y Mercado.* Lima: Universidad de Lima y Madrid: Departamento de Economía y Hacienda. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, s/f, pp. 31-34.

157 BECKER (1976), MCKENZIE y TULLOCK (1975) y POSNER (1979).

por algo, los ríos limpios y no contaminados, no depende de que se le otorgue un derecho a ello.

3. Son los individuos quienes mejor conocen y determinan el valor que tienen para ellos las cosas; esto es algo así como nuestro "cada uno sabe lo que más le conviene"».

Junto a las hipótesis citadas es muy frecuente también la apelación a otras de menor grado, simplificadoras del análisis, que resultan de la complejidad de los problemas y de la necesidad de abordarlo por partes, o bien porque se trate de analizar efectos y relaciones especiales entre ciertas variables sin las «interferencias» de las restantes —la célebre cláusula *ceteris paribus*— o por una combinación de los anteriores objetivos.

Un ejemplo de este tipo de supuesto es la consideración típica en economía de que es posible redistribuir sin que entrañe costos, o que es posible medir en unidades monetarias todos los costos y beneficios significativos de una situación, o la de que lo único que afecta al daño producido en un accidente es el cuidado de la víctima y causante. Todas estas simplificaciones pueden ser «relajadas» en fases ulteriores y más complejas de análisis

Como en las demás ciencias sociales, existen en economía dos enfoques alternativos: El «normativo» y el «positivo». Aquél pretende señalar cómo deben ser las cosas con arreglo a una serie de principios tomados como dados, mientras que éste trata de explicar por qué las cosas son como son. Aun cuando las diferencias son difíciles de apreciar en ocasiones y la utilidad de los trabajos de un enfoque es evidente para el otro, no cabe duda de que en muchas ocasiones se trata de dos formas de ver las cosas sustancialmente diferentes.

Estas hipótesis nos son de suma utilidad para comprender la lógica que subyace en las resoluciones que resuelven los casos de defensa de la libre competencia (*antitrust*).

Por ello debemos profundizar sobre los conceptos económicos que motivan las conductas de los agentes económicos.

Juan Torres López[158] al referirse a los conceptos económicos básicos del análisis económico del Derecho dice:

> «Las premisas conceptuales de las que se nutre el Análisis Económico del Derecho son aquellas que derivan del modelo neoclásico, y las categorías de análisis utilizadas para la interpretación económica del mundo jurídico son, en esencia, las mismas que la escuela neoclásica vierte sobre la realidad de los hechos económicos para conocer científicamente».

a) La conducta económica racional y el «óptimo paretiano»

El primer gran componente del modelo neoclásico es el «individualismo metodológico»[159]. Si el gran problema al que debe hacer frente la Ciencia Económica es la escasez, éste, como cualquier otro, se analiza exclusivamente en base al comportamiento del individuo. Los grupos o colectivos que forma la dinámica social serán, en todo caso, analizados como resultado del comportamiento de los individuos que los componen.

---

158 TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho. Competencia y Mercado.* Lima: Universidad de Lima, s/f, pp. 51–58.

159 MISHAN (1980), pp. 143-161.

El bienestar social es considerado como el bienestar de cada uno de sus miembros e, incluso, las acciones o decisiones del gobierno o Estado se contemplarán como resultados del comportamiento de los individuos que conforman los diferentes cuerpos burocráticos[160].

De este presupuesto individualista se derivan, por lo demás, dos importantes proposiciones: en primer lugar, que los individuos son capaces de juzgar su propio bienestar y, en segundo lugar, que sus juicios no dependen del bienestar o de la situación de los demás individuos, es decir, que se excluye decididamente el comportamiento altruista como norma general de acción económica.

La primera de ellas puede ser reformada diciendo que el objetivo perseguido por el sujeto económico es la maximización de su propio beneficio o utilidad y que ello se lleva a cabo racionalmente. Racionalidad que no debe interpretarse más que en el sentido que el individuo procede siempre a realizar elecciones consistentes, que elige aquellas alternativas que le resultan mejor entre las que están a su alcance.

No se trata de saber por qué los individuos prefieren una cosa a otra, una situación a otra, sino que se establece que si una alternativa ha sido elegida es porque le reporta una mayor satisfacción, utilidad o beneficio.

Del modelo neoclásico no cabe deducir, por otra parte, que todos los individuos sean racionales o que todos los supuestos de los que parten sus elecciones sean realistas. Solamente que a través del supuesto de racionalidad es posible conocer qué consecuencias consistentes se derivan de un comportamiento predeterminado.

La segunda de las proposiciones puede ser interpretada tanto desde la perspectiva de que al individuo le interesa la consecución de su propio interés, como desde el punto de vista de la negación, como dije, de la posibilidad de la conducta social altruista. En cualquiera de los casos lo determinante es que el individuo se enfrenta a los demás con una determinada función de utilidad y, como dice Rothemberg[161], «la racionalización de la elección humana en función de la maximización de la utilidad, no afirma que los individuos están motivados por el placer o por evitar el dolor. La utilidad puede, incluso, no proporcionar placer o dolor en una situación de elección concreta; unos fines pueden ser más importantes que otros. Más aún, nos afirma que los individuos son egoístas como opuestos a altruistas. El interés de uno hacia los demás es una parte de la función de la utilidad, así como lo es el interés por uno mismo».

Del presupuesto de racionalidad se siguen, a su vez, tres importantes corolarios[162]:

- Todos los bienes son sustituibles, de manera que siempre habrá una combinación de intercambio entre dos bienes que proporcionen idéntica satisfacción, es decir, que, en tal proporción, sean igualmente preferidos.

- El individuo siempre llevará a cabo una conducta maximizadora. Preferirá siempre, como suele decirse, lo más a lo menos y tratará en cualquier situación de maximizar su beneficio o utilidad o minimizar costos. Lo que significa que ante expectativas de cambio en los costos o beneficios de sus acciones actuará de forma predecible.

---

160 VAN DEN DOEL (1979), pp. 6-7; véase un interesante punto de vista alternativo en DOUGLAS (1983).

161 ASIMAKOPOULOS (1983), p. 93.

162 Véase en general HIRSHLEIFER (1984), pp. 7-13.

- No sólo el individuo tratará de que los beneficios superen a los costos de sus acciones sino que actuará de forma predecible.

- No sólo el individuo tratará de que los beneficios superen a los costos sino que para que aquellos resulten adecuados a su conducta maximizadora, su nivel de actividad o el límite hasta donde llevará a cabo sus acciones vendrá determinado por la igualdad entre su beneficio y su costo marginal.

- Básicamente, estos presupuestos conforman el núcleo central del modo neoclásico. Los demás, como dice Blaug[163], consiste en aplicarlos en cada caso concreto.

Sin embargo, es necesario destacar otros dos conceptos idénticamente esenciales para comprender el desarrollo del modelo neoclásico: el supuesto de estabilidad de las preferencias de los individuos y el concepto de costo oportunidad.

El primero de ellos es, en cierto sentido, consecuencia del principio de racionalidad. Si las preferencias cambian, habría de entenderse que las elecciones previamente efectuadas carecen de consistencia, dándose así al traste con dicho requisito de la conducta individual.

Es evidente la debilidad de tal aserto, que precisamente origina lacerantes críticas a la validez del modelo. Quizá la opinión tremendamente sincera de LeRoy Miller[164] aclare suficientemente el papel del supuesto de estabilidad: «De hecho —dice LeRoy—, es posible explicar todo sobre la base de supuestos cambios en los gustos y preferencias. Por lo tanto, si apelamos a los cambios en los gustos para explicar cambios en el comportamiento de los individuos, acabamos por usar simples verdades evidentes o tautologías. Los economistas no tienen una teoría para explicar los cambios en los gustos. Es más, no tenemos una medida de supuestos cambios en los gustos(...). Por esta razón, suponemos que los gustos son constantes y buscamos otras características que puedan afectar el comportamiento del consumidor».

El concepto de costo de oportunidad, que puede definirse como «el valor de un recurso en su mejor uso alternativo»[165], resulta un concepto esencial en cuanto liga el problema de la escasez y la alternativa de la elección y enfatiza que muy generalmente el valor económico de los recursos no es necesariamente igual a su valor o costo financiero.

Sobre la base de todos estos criterios y postulados, el modelo neoclásico establece la posibilidad de que sea alcanzado un máximo de utilidad o bienestar individual. Sin embargo, el verdadero problema económico es cómo trasladar el propio concepto de bienestar individual y sus propios condicionantes a escala social, a nivel de toda la sociedad, porque, como ha dicho Arrow[166], que afirmó la imposibilidad de encontrar una regla que permita definir una función colectiva del bienestar no impuesto. «Si seguimos la tradicional identificación de la racionalidad con alguna forma de maximización(...) entonces el problema de alcanzar un máximo social a partir de los deseos individuales es precisamente el problema que ha sido siempre primordial en el campo de la economía del bienestar».

---

163 BLAUG (1980), p. 301.

164 LEROY MILLER, Roger. *Microeconomía.* Bogotá: McGraw Hill, 1980, p. 112.

165 *Ibidem,* p. 231.

166 ARROW. 1974, p. 55.

El criterio tradicionalmente adoptado en tal sentido es el que se conoce como «criterio de Pareto», que establece que un movimiento de una situación a otra constituye una mejora del bienestar social si no se reduce el bienestar individual y si al menos mejora la situación de un individuo. Criterio que se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen.

Se llega a un «Óptimo de Pareto» cuando el bienestar de un individuo no puede aumentar sin disminuir el bienestar de otros miembros de la sociedad. Y, como ya dije, el modelo neoclásico establece que bajo determinadas circunstancias que conforman un mercado de competencia perfecta se alcanzará dicha situación óptima. Aunque nadie persiga el bien de la comunidad, aunque cada individuo persiga exclusivamente su propio interés, el resultado será el mejor para todos, y los recursos, sin necesidad de ninguna influencia exógena al propio mercado, gravitarán hacia donde su valor económico sea mayor[167].

Si los recursos sociales fueran inicialmente distribuidos de otra forma entre los individuos, la demanda de bienes y servicios podría ser distinta, los precios —que vienen determinados por la oferta y demanda— también variarían y se alcanzaría, por lo tanto, una combinación óptima distinta a la anterior.

Es decir, el modelo neoclásico propugna que dada una distribución inicial de recursos determinada, un mercado de competencia perfecta proporciona un estado de cosas que se define como «Óptimo de Pareto» y que proporciona el mayor grado posible de eficiencia social.

A partir de aquí, sin embargo, comienzan las controversias. Tendremos oportunidad de analizar las críticas al Análisis Económico del Derecho que provienen de la no aceptación en absoluto del modelo neoclásico. Destacaremos ahora solamente que si no se cumplen algunos de los supuestos sobre los que se formula el intercambio, nos encontraremos ante «fallos» o «imperfecciones» del mercado. Si los precios, por ejemplo, no reflejan adecuadamente la escasez, esto es, si no actúan de acuerdo a la regla de igualar el precio al costo marginal, el destino dado a los recursos será equivocado, desde el punto de vista que no será el que garantice su uso más valioso, y por tanto no se alcanzará el nivel máximo de eficacia del sistema.

Veremos a continuación, aunque sea sumariamente, las más importantes causas de imperfecciones del mercado y que obligarán, para recobrar la óptima situación, a adoptar medidas correctoras ya sea dentro o fuera del propio mercado.

La primera de ellas es la existencia de barreras u obstáculos al intercambio o la violación de los derechos relativos al libre uso de los recursos.

En segundo lugar, la existencia de los llamados bienes públicos o colectivos. Dado que el modelo asume necesariamente que todos los recursos deben estar en condiciones de ser apropiados, en el sentido de que el uso de los mismos por los sujetos excluye de su uso a los demás, la existencia de bienes como los públicos o colectivos, en donde no actúa este principio de exclusión, supone una importante imperfección del mercado.

---

[167] MISHAN. *El Óptimo de Pareto y el Derecho.* 1967.

De otra parte, para que el modelo neoclásico tenga virtualidad es necesario que las transacciones se puedan llevar a cabo de forma instantánea y sin costos. Es decir, que los costos transacción deben ser nulos o cuando menos irrelevantes, entendiendo como tales, en palabras de Mishan[168], todo costo en el que se incurra negociando, delimitando, corrigiendo o defendiendo cualquier cambio, particularmente de aquellos que van dirigidos a alcanzar la situación óptima.

Igualmente, es necesario que haya información perfecta en todos los sujetos intervinientes en los intercambios al objeto de evitar al máximo la toma de decisiones con alto grado de incertidumbre y riesgo. La ausencia de esta condición lleva consigo, igualmente, imperfecciones importantes del mercado.

Una quinta causa de fallos del mercado es la existencia de externalidades o efectos externos. Dado que los precios deben reflejar rigurosamente la escasez, deben cubrir los costos de todos los recursos escasos utilizados para producir una mercancía o servicios. En todo caso, si no se tienen en cuenta todos los costos o utilidades que se generan efectivamente —como sucede cuando se dan efectos externos—, se efectuará un consumo de aquéllos que no se corresponden con las condiciones reales de escasez o abundancia del recurso y se estará impidiendo, por lo tanto, que se logre una combinación óptima, un ajuste adecuado entre oferta y demanda y, en suma, que se lleven a cabo transacciones eficientes.

En definitiva, como señala Schultz[169], el problema de los efectos externos se limita a ser una manifestación de la existencia de costos de transacción positivos y de ausencia de libertad de negociación.

Por último, una causa más de inviabilidad del modelo neoclásico tal y como es formulado en su puridad, es la ausencia del supuesto mismo de competencia perfecta, cuando la existencia de monopolios, oligopolios, diferenciación de productos, etc., impide que el comportamiento de los agentes económicos se ajuste a la ya referida regla de igualdad entre el precio y el costo marginal, pudiéndose dar lugar así a la existencia de beneficios o rentas extraordinarias que distorsionan el comportamiento adecuado que lleva al óptimo grado de eficiencia[170].

b) La corrección de las imperfecciones del mercado

La existencia de una o varias de estas circunstancias obliga a adoptar medidas correctoras que devuelvan la perfección al mercado o que coadyuven a recuperar la eficiencia aun desde fuera del mismo.

Así, la existencia de bienes públicos puede dar lugar al establecimiento de impuestos que compensen la exclusión o los costos de transacción positivos deberán ser corregidos por medio de leyes que simulen las condiciones ideales de los mercados.

---

168 MISHAN (1981), p. 403.

169 SCHULTZ (1977), p. 42.

170 Un interesante análisis donde «fallos» de esta naturaleza afectan al uso y al acceso a la justicia, en Pastor (1987).

Obviamente, sobre el reconocimiento de la necesidad de intervenir de cualquier forma para restablecer las condiciones del mercado, la aceptación de medidas políticas superpuestas a la estructura del mismo conlleva una diferente concepción sobre los criterios que pueden garantizar el bienestar colectivo, pues, de hecho, no siempre ha sido aceptado que la intervención sea el corolario automático de la ausencia de alguna de las condiciones que virtualizan el mercado de competencia perfecta.

Lipsey y Lancaster (1957) demostraron que si una compañía se desviaba de algunos de los supuestos necesarios para alcanzar el «Óptimo de Pareto», no es necesariamente positivo —e incluso podría resultar perjudicial— intentar recobrar la condición fallida por medio de la influencia exógena. Proposición que es conocida como el Teorema del *second-best* y que concretamente puede expresarse diciendo que si por alguna razón no se satisfacen algunas de las condiciones, no es deseable intentar que se cumplan las restantes. Es decir, es inútil tratar de alcanzar una segunda mejor situación.

Una conclusión de esta naturaleza pone evidentemente en cuestión la validez y aceptación del propio modelo neoclásico, por cuanto cuestiona toda transparencia como responder frente a las discrepancias en la realidad y los supuestos del propio modelo.

Davis y Whinston (1965 y 1967) propusieron una interpretación del teorema basada en el concepto de *natural units*, que circunscribía el problema de la imperfección del mercado a la determinación de las condiciones en que una política sectorial puede y debe ser utilizada y cuándo no. Asumiéndose que una política era conveniente o aceptable sólo cuando genera efectos insignificantes o nulos sobre las actividades que no constituyen su objetivo, se podría concluir que podría alcanzarse un «Óptimo de Pareto» tanto a través de la simple estructura del mercado como por intermedio de la intervención del gobierno.

En cualquier caso, si la consecución de un «Óptimo de Pareto», dada una distribución inicial de los recursos, es el objetivo de la sociedad y si se desea alcanzar a través de un mercado descentralizado, la cuestión es determinar cómo pueden ser corregidas las imperfecciones que la realidad muestra como existentes, con lo que se altera, asimismo, la inicial consistencia de los presupuestos no intervencionistas, o bien se acepta el teorema del *second-best*, en cuyo caso, implícitamente se acepta la inviabilidad del modelo en multitud de casos.

Frente a una disyuntiva semejante la solución del problema puede plantearse en virtud de la revisión de la naturaleza del propio «Óptimo de Pareto».

Como ha quedado establecido, ésta está en estrechísima relación con el mercado de competencia perfecta y sin embargo, como ha dicho Samuelson[171], «nunca ha estado ausente del cuerpo principal de la literatura económica el sentimiento de que en algún sentido la competencia perfecta representaba una situación óptima» lo que más bien obliga a poner en cuestión su íntimo fundamento, es decir, si verdaderamente lo que conocemos como situación de óptimo paretiano no es más que una visión intuitiva de lo que resulta mejor para la sociedad.

El «Óptimo de Pareto» se refiere exclusivamente al grado máximo de eficiencia que puede ser alcanzado en la sociedad; no es sino la situación en que se consigue, nada más

171 SAMUELSON (1967), p. 203.

aunque también nada menos, que los recursos escasos de que dispone la sociedad sean asignados sin despilfarro, eficientemente, sin que pueda modificarse dicha situación sin empeorarla.

Y el problema se sitúa en relación con ello a dos niveles: en primer lugar, debe demostrarse que en la sociedad y, en particular, en la actividad económica es posible que se produzca con efectividad el juego de compensaciones necesario para que algunos ganen y otros pierdan sin modificarse la situación del conjunto. En segundo lugar, ha de aceptarse que la mera eficiencia sea suficiente como objetivo definidor de las actuaciones económicas, tanto a nivel de la conducta individual como de la eventual intervención gubernamental.

Esta última problemática es particularmente esencial dado que el óptimo se define, en todo caso, ante una distribución inicial dada y quedando fuera de discusión todo lo que haga referencia a una mejora o modificación de la misma. Como dice sarcásticamente Papandreu[172], ante tales supuestos, la distribución es un asunto de políticos y predicadores.

Sin necesidad de alterar rotundamente los presupuestos, Kaldor (1939) y Hicks (1940) propusieron un matizado concepto de eficiencia también referido al alcance de una situación óptima.

Una política sería eficiente, es decir, puede contribuir a lograr el nivel óptimo de eficiencia, si los beneficios de aquellos que ganan con ella compensan efectivamente las pérdidas de los que han sido perjudicados o incluso los mejorados. Simplemente proponen que el análisis de costo-beneficio demuestre que los beneficios logrados superaron a las pérdidas.

Se diferencia, por lo tanto, este criterio del mantenido por Pareto en cuanto que éste último sólo establece el mecanismo de compensación en términos hipotéticos, mientras que con el afianzamiento de los análisis costo-beneficio los postulados de Kaldor-Hicks pueden ser asumidos como criterios viables y virtuales de acción económica.

En todo caso, y pese a que el propio concepto de eficiencia ha requerido ser considerado como un concepto contextual que debe matizar en cada acción económica, tanto su generalización como objetivo superior y la difícil contrastación de algunas de las bases de partida para lograrla han dado lugar a una importante controversia en el Análisis Económico y que lógicamente se extrapola, tal y como veremos, cuando éste es aplicado al Derecho. Porque si el objetivo de eficiencia no es alcanzable siempre y en toda circunstancia, la consecuencia natural es plantearse si es aceptable como objetivo único a alcanzar en todo momento o si no es más consecuente proponerse como tales otros que vayan más allá de la asignación técnicamente eficiente.

c) El concepto amplio de bienestar social

Otra tentativa de superar los problemas que se derivan de lo que algunos consideran inconsistencias básicas del modelo neoclásico consiste en abandonar la idea de que la actividad económica esté necesariamente orientada a objetivos particulares que deban darse por sentados en el terreno de las hipótesis.

---

172 PAPANDREU (1972), p. 19

Decía J. Robinson[173] que «no hay fines económicos» y es en tal sentido que se puede afirmar que cualquier objetivo que satisfaga los deseos o necesidades de los sujetos económicos por medio de la utilización de recursos escasos es ya un objetivo de lo que en términos generales denominamos política económica y se constituye como componente del bienestar social que es perseguido por la acción económica.

De esta forma el concepto de eficiencia se desnuda de su marcado aspecto técnico, de manera que se diría que cualquier acción es ineficiente, no en cuanto que se separe de un conjunto de normas aceptadas sino en tanto que se muestre manifiestamente contraria a la realidad de los hechos económicos y a las leyes que regulan la relación entre los mismos.

Se apreciará que una extensión de este tipo del concepto de bienestar social acerca el desarrollo del modelo neoclásico hacia las concepciones ya comentadas que subyacen en la obra de Becker. En definitiva, se trata de dilucidar si la Ciencia Económica se constituye sobre la base de asegurar la virtualidad de unos comportamientos que se presumen los más adecuados con arreglo al fin supremo de la eficiencia o sobre la base de proporcionar las claves que permitan orientar e influir sobre las conductas de manera que se alcancen, por el camino más expedito en cada momento, los diversos objetivos que a su vez han sido discrecionalmente fijados por los sujetos económicos, aún cuando de su propia consecución no se siga necesariamente el equilibrio del mercado en las condiciones preestablecidas de competencia perfecta.

Se trata de dilucidar si la Ciencia Económica, y por ende sus diversas aplicaciones, como el Análisis Económico del Derecho, deben limitarse a describir la realidad y predecir sobre ella o si, además, deben estar en condiciones de poder modificarla.

Habiendo analizado en detalle los conceptos fundamentales detengámonos en el análisis económico en sí.

Manuel Abanto[174], afirma que el Análisis Económico del Derecho tiene varios principios básicos y señala, entre ellos, los siguientes:

1. El empleo de un análisis de consecuencias. Según esta premisa es posible estimar *ex-ante* (es decir, antes de la introducción de una nueva norma o regla jurídica) las consecuencias de la modificación legal y en función a esta estimación proponer la introducción o no de la nueva regla. Si se puede calcular, bajo un análisis costo-beneficio, si conviene o no dar una norma, no tiene sentido asumir las consecuencias de experimentos sociales.

2. Elaboración de expresiones normativas. Acorde a esta premisa, es posible afirmar científicamente si una «situación objetiva», un estado social, es mejor o peor que un estado inicial contra el cual se le compara. Se trata de una comparación (estática) de por lo menos dos estados con el objeto de verificar las bondades y eficiencia económica de cada uno.

3. Orientación de las reglas jurídicas. En función a la **eficiencia**: Las normas jurídicas, especialmente las normas del Derecho Civil que regulan el intercambio de bienes y servicios, tienen que orientarse en función del objetivo eficiencia. Esto nos obliga a referirnos brevemente a los costos de transacción. Como veremos toda transacción patrimonial tiene

173 ROBINSON, J. cit. MACKAAY, 1982, p. 26.

174 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*

un costo. En algunos casos estos son altos y tornan ineficiente el acto. Así es ineficiente un sistema concursal que tiene altos costos de transacción creados por la falta de transparencia de la situación económica del fallido. Si el insolvente sincera cifras y comparte simultáneamente la información con sus acreedores el costo de transacción para todos y cada uno es menor.

Estrechamente relacionado con estos principios están los conceptos de eficiencia y equidad, Santos Pastor[175] nos dice:

«Eficiencia y equidad

El concepto de eficiencia tiene un significado muy preciso en economía. Una situación es eficiente u óptima cuando no es posible encontrar otra situación en que alguien pueda ver mejorada su posición, sin que para ello al menos otra persona vea empeorada la suya».

Dado lo restrictivo de este concepto de eficiencia, también llamado criterio de eficiencia de Pareto, se ha propuesto un concepto más amplio y flexible que la entiende como toda situación en que lo que puede mejorar alguien es más que lo que han de empeorar otras personas, para ello, o de otra manera, cuando sería posible «comprar» la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores.

El concepto de equidad, también capital y peculiar en economía, hace referencia a la forma en que se distribuyen los bienes entre las personas, entre los distintos factores de producción, áreas geográficas o cualquier otro denominador que se desee.

El término no tiene el mismo significado en economía que en otros saberes y desde luego difiere sustancialmente del habitual en literatura jurídica.

Uno de los debates tradicionales en economía, en la economía neoclásica para ser más preciso, ha consistido precisamente en saber si existe conflicto entre los objetivos de eficiencia y equidad, esto es, si al aumentar la igualdad en la distribución de la renta o de la riqueza, por ejemplo, se acarrea una pérdida de eficiencia. De ser así, puede que en ciertas situaciones la consecución de una mejor distribución entrañe pérdidas de eficiencia.

La hipótesis sostenida habitualmente en economía considera que la redistribución es algo no costoso, que no conlleva empleo de recursos en su realización. En consecuencia, se puede prescindir de los efectos negativos de una medida en materia de distribución y centrarse exclusivamente en sus efectos de eficiencia, porque si aquellos efectos fueran no deseados podrían corregirse luego con medidas de redistribución no costosas.

La formulación de este conflicto o relación de intercambio (*trade-off*) entre eficiencia y equidad ha venido a formular en términos generales, entendiendo que, en general, la redistribución es de más difícil e imprecisa consecución a través de las normas de lo que podría serlo a través de otros medios como, por ejemplo, las transferencias o los subsidios. Gran parte del análisis convencional está montado sobre esa suposición y esto constituye precisamente una de sus más graves limitaciones.

¿Qué sucedería si la redistribución entrañase costos y nos encontrásemos con que eficiencia y equidad son objetivos encontrados?

175 PASTOR (s/f). *Op. cit.*, pp. 34-36.

Pues que entonces puede que sea preferible escoger una situación o medida menos eficiente para poder conseguir un fin distributivo, de equidad, deseado.

La redistribución a través de impuestos/transferencias, vías habituales, entraña problemas, como también los plantean otros tipos de medidas redistribuidoras, como las normas legales. El análisis económico no ha descubierto formas más airosas de salir de este impasse que mediante la recomendación de proceder a un cuidadoso análisis de los costos y beneficios, o mejor, de las ventajas e inconvenientes de cada medida en cada caso.

La literatura económica sobre accidentes ha tratado abundantes supuestos donde se muestra que la redistribución por medio de leyes es también costosa. Uno de éstos es el de fijación de reglas de responsabilidad óptimas en los accidentes de tráfico. (Véase una explicación con detalle de Polinsky, 1983)[176].

Como criterio general de aproximación, las normas legales apenas pueden redistribuir cuando regulan conflictos contractuales, como en los casos de rescisiones de contratos o de responsabilidad por la deficiente calidad de los productos, mientras que sí pueden redistribuir cuando se trata de conflictos entre «extraños», gentes que se desconocían antes del conflicto, como en los casos de accidentes de automóvil, actividades molestas o contaminantes.

Que las normas difícilmente pueden redistribuir cuando las partes se conocen por adelantado es algo visible en casos como el de las relaciones entre el comprador y el vendedor. El intento de redistribuir a favor del comprador mediante el establecimiento legal de un sistema de responsabilidad por incumplimiento del vendedor, que favorezca a aquél, se traducirá en un cambio de los precios a los que las partes estarían dispuestas a convenir. Y algo análogo sucedería si se intentase redistribuir mediante la obligatoriedad de un sistema determinado de responsabilidad en caso de daños ocasionados por la defectuosa calidad de los productos: si las empresas operan en mercados competitivos, los efectos se traducirán en unos precios distintos a largo plazo, no será ese el efecto necesariamente si los mercados no son competitivos, donde la redistribución puede tener lugar sin alteraciones en los precios.

La redistribución a través de normas legales tiene, pues, el inconveniente de que en numerosas ocasiones los efectos distributivos buscados apenas pueden llevarse a cabo, como en el caso de las relaciones contractuales, y en aquellos otros casos en que sí puede tener consecuencias distributivas sustanciales, su efectividad se ve limitada porque es menos precisa y sistemática que otros medios alternativos.

---

176 Que la redistribución vía normas o leyes es también costosa o tiene limitaciones es algo ya tratado por la literatura referente a accidentes de tráfico y reglas de responsabilidad. Así, en el caso de accidentes de automóvil en que las partes tengan aversión al riesgo y el peatón no pueda afectar el resultado, la regla de la responsabilidad absoluta (*strict liability*) es ineficiente porque induce la aparición del problema del descuido (*moral hazard*) mediante la compra por el automovilista de un seguro a todo riesgo, y no observa el cuidado a su alcance. La regla de responsabilidad condicionada (*neglicence*) es eficiente porque induce al conductor a conducir adecuadamente y al peatón a comprar seguro (*first-party insurance policy*) para cubrirse del riesgo. Ahora bien, si los conductores son más ricos que los peatones, puede que la regla de la responsabilidad absoluta sea preferible en aras de la redistribución, aunque sea menos eficiente. Esa pérdida de eficiencia es un costo de esta vía (legal) de redistribución a tener en cuenta en la comparación de ventajas e inconvenientes de cada instrumento.

Esas características hacen que con frecuencia se sostenga que, como norma general, las normas deban fijarse teniendo como Norte criterios de eficiencia y se deje a los otros medios, impuesto/transferencia, la consecución de los «objetivos distributivos deseados».

Analizando el concepto de eficiencia, Michell Polinsky señala lo siguiente:

> «Una cuestión importante es la de si existe un conflicto entre la búsqueda de la eficiencia y la búsqueda de la equidad. Si el pastel puede repartirse del modo que se quiera, no hay, evidentemente, ningún conflicto: si el pastel es más grande, todos podrán obtener un trozo mayor. Sin embargo, si con el fin de conseguir un pastel mayor ha de dividirse éste de un modo absolutamente contrario a la equidad, entonces, según lo que constituya una división equitativa del pastel, puede muy bien plantearse un conflicto entre eficiencia y equidad. Puede resultar preferible aceptar un pastel más pequeño (menos eficiencia) a cambio de una división más justa (mayor equidad)»[177].

Además Polinsky considera necesario mencionar algunas hipótesis habituales del análisis económico del Derecho que se aplican para abordar la eficiencia de las normas jurídicas:

> «En primer término, todos los beneficios y los costos pueden determinarse en función de un denominador común: el dinero. Conviene subrayar que tal hipótesis obedece a razones de simplificación expositiva. No es esencial para el análisis económico y no excluye aspectos que podrían considerarse no económicos; como por ejemplo, la protección de la vida y de la integridad física[178]. Segundo, los propios individuos determinan los valores monetarios que hay que asignar a sus beneficios y sus costos. Se llama a esto la hipótesis de la soberanía del consumidor. Es una hipótesis aceptable si uno cree que los individuos saben, en general, lo que es mejor para ellos. Tercero, los valores que asignan los individuos a sus beneficios y sus costos son "estables" en el sentido de que no les afectan los cambios en la noción de utilidad pública. Por ejemplo la valoración que realiza un individuo de la conveniencia de respirar un aire más puro se considera que no depende de si el sistema jurídico establece o no un derecho a gozar de aire puro. Se denomina a esta hipótesis la de las preferencias exógenas. Por último, los individuos (y, cuando conviene, las empresas) amplían al máximo sus beneficios y reducen costos. Se denomina a esta hipótesis la de la maximización de la utilidad (o, cuando se trata de empresas, maximización del beneficio)»[179].

Y Michell Polinsky agrega conceptos interesantes al comentar las hipótesis de los economistas:

> «Los economistas elaborarán una hipótesis por la razón evidente de que el mundo, enfocado desde un punto de vista económico, es demasiado complejo para que se pueda entender sin una precisa abstracción. Para ver esto claramente en un contexto jurídico, consideremos, por ejemplo, el conocido caso de responsabilidad del fabricante, "Escola v. Coca-Cola Bottling Co"[180], en el que el demandante resultó herido por la explosión de una botella de agua

---

177. POLINSKY, Michell. *Una Introducción al Análisis Económico del Derecho. Competencia y Mercado.* Lima: Universidad de Lima y Madrid: Departamento de Economía y Hacienda. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid, s/f, pp. 16-17.

178 Sin embargo, para incorporar beneficios y costos que no son equivalentes a una ganancia o pérdida de dinero, habría que introducir conceptos económicos que quedan fuera del ámbito de este libro.

179 POLINSKY (s/f). *Op. cit.*, p. 19.

180 Escola v. Coca-Cola Bottling Co., 24 Cal. 2d. 453, 461-462, 150 P. 2d. 416, 440-441 (1944).

de soda. En su voto particular concurrente[181], el juez Traynor, del Tribunal Supremo de California hacia las siguientes consideraciones[182]:

Coincido con resolver estimando la demanda, pero creo que no debería buscarse ya en la negligencia del fabricante el fundamento del derecho del demandante a ser resarcido en casos como el presente. En mi opinión, debería administrarse la responsabilidad sin culpa del fabricante cuando un artículo que él ha puesto en el mercado, sabiendo que va a utilizarse sin una inspección, demuestra tener un defecto que irrogue daños a los seres humanos. Aún cuando no existiera negligencia (...) consideraciones de conveniencia pública exigen que la responsabilidad se impute de tal modo que con ello se contribuya a reducir eficazmente los peligros que para la vida y la salud entrañen los productos defectuosos que lleguen al mercado. Es evidente que el fabricante puede prever ciertos riesgos y prevenir la aparición de otros, cosa que no puede hacer el público. Los que sufren daños por productos defectuosos no están en condiciones de arrastrar sus consecuencias. El costo de un daño o lesión y la pérdida de tiempo o de salud puede ser una desgracia abrumadora para la persona afectada, innecesaria además, pues el riesgo del daño puede cubrirlo el fabricante mediante un seguro y puede distribuirse entre el público como un costo de la actividad mercantil. El interés público exige que se disuada a los fabricantes para que no lancen al mercado productos que tengan defectos que sean una amenaza para el público. Pero si tales productos llegan al mercado, el interés público exige que se asigne la responsabilidad por los daños que puedan causar al fabricante, que, aunque no haya incurrido en negligencia en la fabricación del producto, es responsable de que éste llegue al mercado. Por muy esporádicamente que puedan producirse tales daños y por muy accidentales que puedan ser, el riesgo de que se produzcan es un riesgo constante y general. Contra ese riesgo debería haber una protección general y constante y el fabricante es quien se halla mejor emplazado para aportar dicha protección.

Esta cita del voto del juez Traynor plantea implícitamente varios problemas complejos pero no profundiza demasiado en su solución. ¿Con qué criterio ha de definirse la "conveniencia pública" (*public policy*) o "el interés público"? ¿Habría que tener en cuenta no sólo consideraciones de eficiencia sino también de equidad? ¿Qué efectos producirían las normas de responsabilidad por culpa y de responsabilidad sin culpa u objetiva (*shiz liability*) en las medidas precautorias de los fabricantes en el diseño y la fabricación de sus productos? ¿O en las precauciones de los consumidores en el uso de los productos? ¿O en el precio y el rendimiento de la industria? ¿Dependen las respuestas a tales preguntas de que el consumidor aprecie o no debidamente los riesgos que entraña el producto? ¿O de que la víctima sea un tercero en vez de un consumidor del producto? ¿Debería permitirse al fabricante alegar como defensa la culpa concurrente de la víctima en el uso del producto? ¿Quién se halla en mejores condiciones para asumir los riesgos del producto no eliminados, el fabricante o el consumidor? ¿En qué medida depende la respuesta a esta pregunta de si el fabricante puede autoasegurarse o contratar un seguro de responsabilidad civil? ¿O de si el consumidor puede pagarse un seguro de accidente o si está cubierto por los programas generales del seguro social? Lo más probable es que si no están ustedes familiarizados ya con la literatura económica relacionada con la responsabilidad del fabricante no puedan responder de modo sistemático a varias de estas preguntas.

El economista, para responder a tales cuestiones, aislaría una o dos cada vez, elaborando hipótesis simplificadoras.

---

181 *Concurring opinion* en el original. Se trata de un voto particular mediante el cual, coincidiendo con la resolución del Tribunal, uno de sus miembros diverge de los argumentos utilizados en la ponencia para sustentar el fallo. Si además se disiente del fallo, se denomina *dissenting opinion.*

182 POLINSKY (s/f). *Op. cit.*, pp. 12-14.

Por ejemplo, podríamos empezar por el caso en que la víctima es un consumidor del producto y suponer que tiene la perfecta información sobre los peligros que entraña, que no influye en la probabilidad o magnitud del daño con sus propias acciones y que es "neutral al riesgo". Dentro de este esquema pueden determinarse de una forma relativamente directa los efectos de los sistemas de negligencia y de responsabilidad objetiva en lo relativo a las precauciones tomadas por los fabricantes y en lo que se refiere al precio y a la producción de la industria. Podríamos investigar entonces las consecuencias a las que tendría añadir las complicaciones siguientes a este esquema: errores del consumidor, determinación conjunta por el fabricante y el consumidor de la probabilidad y magnitud del daño, y "aversión al riesgo" del consumidor (y, posiblemente, del fabricante). Esta última consideración (la aversión al riesgo) habría de tenerse en cuenta tanto si se admitiera la posibilidad de disponer del seguro como en caso de no ser así.

Cada uno de los casos especiales que acabamos de enumerar (que corresponden a una categoría concreta de hipótesis) puede analizarse con relativa facilidad si consideramos sólo unos cuantos supuestos cada vez. Aunque cada caso especial sea en sí claramente irreal, su estudio puede conducir a ciertas soluciones significativas a problemas reales de responsabilidad del fabricante. Examinando todos los casos, tendremos una perspectiva amplia y, más importante aún, comprensible del aspecto económico de las normas de responsabilidad del fabricante.

Estas consideraciones sobre el papel de las hipótesis simplificadoras en el análisis económico de las normas de responsabilidad del fabricante son aplicables a cualquier problema que analicen los economistas, incluidos todos los supuestos considerados en este libro. El arte de la economía consiste en elegir hipótesis que simplifiquen un problema lo suficiente como para que puedan entenderse mejor determinadas características del mismo, sin que por ello, inevitablemente, esas características sean características no importantes. Lo que hace que tenga gracia la narración del abrelatas es precisamente que se piensa a menudo que los economistas eliminan los aspectos más importantes de un problema mediante sus hipótesis.

Lo que hemos dicho hasta aquí pretende ser una advertencia, no una justificación. El lector habrá de aceptar (al menos en principio) ciertas hipótesis claramente irreales. Al final del libro espero haber podido convencerlo de que puede ser muy positivo y muy fructífero un análisis económico del Derecho y que puede serlo como consecuencia de la elección inteligente de hipótesis simplificadoras».

Finalmente este autor nos lleva al concepto fundamental de costos de transacción. Él nos dice al hablar sobre la conducta estratégica:

«Conducta estratégica

La hipótesis de costos de transacción cero es evidentemente irreal en varios aspectos. Consideraremos primero la posibilidad de que las partes deseen regatear sobre las cantidades que deben satisfacerse y que para ello se comportan estratégicamente[183]; en otras palabras, para afirmar su reputación de negociadores duros, podrían adoptar tácticas de "firmeza". Si ambas partes mantuviesen posturas obstinadas, podrían no ser capaces de llegar a un acuerdo aún cuando pudieran beneficiarse ambas de él. Esta conducta no es nada insólita, por ejemplo, las partes suelen acudir a los Tribunales, en vez de llegar previamente a un acuerdo con me-

183 Aunque la conducta estratégica no engendra necesariamente costos que salgan del bolsillo ni costos relacionados con la pérdida de tiempo, se tratará como un tipo de costo de transacción. Es como otros costos de transacción en el sentido de que puede impedir a las partes llegar a un acuerdo eficiente.

nor costo[184]. Vamos a considerar ahora las posibles soluciones al problema de los casos de inmisión suponiendo que las partes se comporten estratégicamente.

En el caso de contar con una acción de cesación para la defensa del derecho a gozar de aire puro, vimos que iba en interés de ambas partes el llegar a un acuerdo en el que la fábrica pagase al perjudicado cierta cuantía que oscilase entre los 1,000 y los 10,000 dólares. Sin embargo, debido a la adopción de una conducta estratégica, el perjudicado podría, por ejemplo, obstinarse en exigir 8,000 dólares y la fábrica negarse a pagar más de 5,000. Como consecuencia, el perjudicado podría intentar la acción de cesación y paralizar la fábrica (al menos durante cierto tiempo), una solución ineficiente.

El problema de la conducta estratégica en caso de que la protección se realice mediante acciones de cesación puede superar con una elección adecuada de la titularidad. En vez de una titularidad correspondiente a una producción cero de la fábrica (un derecho absoluto a gozar de aire puro) supongamos que el Tribunal eligiese una titularidad correspondiente a una unidad de producción (un derecho relativo). Con la tutela de la acción de cesación esto significaría que la fábrica podría producir una unidad, pero no más, sin tener que obtener el permiso del perjudicado. Admitiendo una unidad de producción, no sería mutuamente beneficioso ya producir una segunda o una tercera, pues los beneficios de la fábrica serían inferiores a las pérdidas del perjudicado. Del mismo modo, no sería mutuamente beneficioso reducir la producción a cero, dado que el beneficio del perjudicado (en la forma de reducción de daños) sería inferior a las pérdidas de la fábrica (en la forma de disminución de beneficios). Así, atribuyendo un derecho relativo de una unidad, las partes se mantendrán ahí. En suma, la razón de que la conducta estratégica no pueda obstaculizar esta solución es que no puede haber espacio para una negociación que produzca cambios beneficiosos.

Este análisis ilustra un principio general: Con una acción de cesación, para superar la conducta estratégica es preciso elegir una titularidad que corresponda a la solución eficiente. Esto se debe a que, con cualquier otra titularidad, las partes han de llegar a algún tipo de acuerdo para alcanzar la solución eficiente; y la conducta estratégica puede impedir que se llegue a este acuerdo.

Con una acción de resarcimiento de daños para la protección del derecho a gozar de aire puro y una responsabilidad equivalente a los daños reales, vimos que la fábrica se decidiría por la producción eficiente de una unidad. Una conducta estratégica no afecta a este resultado porque las partes carecen de margen para llegar a acuerdos distintos. Además, si es responsable de los daños reales, al perjudicado le es indiferente el nivel de producción de la fábrica.

El que la responsabilidad equivalga a los daños reales es básico para la conclusión del párrafo anterior. Para demostrarlo, supongamos que la responsabilidad de la fábrica asciende a 7,000 dólares por la primera unidad (excediendo sobradamente los daños de 1,000 dólares del perjudicado) y, como antes, igual a los daños del perjudicado en la segunda unidad y en la tercera. Si la fábrica produce una unidad obtendrá unos beneficios de 3,000 dólares (10,000 menos 7,000). El perjudicado ganará también 6,000 dólares, la cuantía en que el pago de la indemnización supera los daños reales (7,000 menos 10,000). Pero la fábrica puede negar este beneficio al perjudicado no produciendo la primera unidad. En consecuencia, si la fábrica cree que puede negociar con mayor eficacia que el perjudicado, puede amenazar con no producir a menos que el perjudicado pague cierta cantidad especificada hasta el tope de su ganancia plena de 6,000 dólares. Sin embargo, si el perjudicado cree que es mejor nego-

[184] Las partes pueden verse inducidas a litigar en vez de llegar a un acuerdo, por razones distintas a la conducta estratégica. Pueden, por ejemplo, discrepar respecto a la posibilidad de ganar que tiene la parte demandante en juicio y, en consecuencia, no apreciar debidamente un acuerdo mutuamente beneficioso.

ciador, puede no ceder a las exigencias de la fábrica. Como consecuencia, la fábrica puede cumplir su amenaza, aunque sea sólo para que se de crédito a posibles amenazas futuras, y atenerse a una producción ineficiente.

El tipo de negociación obstinada o "extorsión" que hemos descrito no puede producirse si la cuantía de la responsabilidad equivale a los daños reales causados. Si no se produce una sobrecompensación al perjudicado, y si, en consecuencia, éste no gana nada con un aumento de la producción de la fábrica, la amenaza de ésta de no atenerse a la primera unidad de producción carece de sentido. Con indemnización plena, al perjudicado le da igual que se produzca la primera unidad y es asimismo indiferente respecto a la unidad segunda y a la tercera. En consecuencia, la fábrica aumentará al máximo sus beneficios después de abonar la indemnización, aumentando la producción hasta el nivel eficiente de una unidad.

Este análisis ilustra otro principio general: Con la acción de resarcimiento de daños, para superar la conducta estratégica es necesario establecer una responsabilidad equivalente a los daños reales. Si la responsabilidad excede a los daños reales, obra sobre la parte responsable un incentivo que puede moverla a amenazar con negar la sobrecompensación a la otra parte eligiendo una producción eficiente[185].

Información imperfecta

El análisis de la conducta estratégica en los supuestos de disponer de acciones de cesación y de acciones de resarcimiento de daños señala otro aspecto en que la hipótesis de los costos de transacción cero es probable que resulte irreal. Ya dijimos que era necesario en ambos casos que el Tribunal tuviese cierta información sobre la inmisión para llegar a una solución eficiente. En el supuesto de la acción de cesación, el Tribunal ha de conocer la solución eficiente para elegir una titularidad que corresponda a ella. Y en el supuesto de la acción de resarcimiento de daño, el Tribunal ha de conocer los daños del perjudicado para establecer una responsabilidad equivalente a los daños reales. Se supuso implícitamente que el Tribunal tenía toda la información necesaria. Vamos a reconsiderar ahora las soluciones en el caso de que esta información sea incompleta. Mantendremos en este análisis la hipótesis de la conducta estratégica.

Supongamos que el Tribunal tiene información limitada del siguiente género: Conoce el inventario de daños del perjudicado pero no conoce el inventario de beneficios de la fábrica. Por ejemplo, el Tribunal podría tener medios de obtener fácilmente información sobre los daños que causa la contaminación a la propiedad del perjudicado, pero no lo que le costaría al causante de la contaminación alterar los métodos de fabricación de modo que esa contaminación no se produjese[186].

En el supuesto de contar con una acción de cesación, una solución eficiente no está ya al alcance del Tribunal. Para llegar a tal solución hay que evitar la conducta estratégica, lo que exige en el supuesto de la acción de cesación que la titularidad coincida con la solución eficiente. Pero, para determinar la solución eficiente, el Tribunal debe saber cuando aumentan al máximo los beneficios de la fábrica descontando la indemnización debida al perjudicado. Si el Tribunal sólo conoce el inventario de daños es evidente que no tiene medios suficientes

185 En términos más generales, la conducta estratégica puede superarse con la acción de resarcimiento de daños si la responsabilidad es menor o igual que los daños reales hasta la solución eficiente y mayor o igual que los daños reales, más allá de la solución eficiente. Queda fuera del ámbito de este capítulo explicar esta proposición más general. Adviértase, sin embargo, que las afirmaciones y ejemplo del texto no se contradicen con ello.

186 El caso alternativo en el que el Tribunal conoce el inventario de beneficios de la empresa, pero no el inventario de daños del perjudicado, no lo analizaremos porque es análogo al presente.

para determinar este nivel de eficiencia máxima. Aunque el Tribunal pudiese conjeturar este nivel de eficiencia, si cometiese un error, como sucederá, en general, la conducta estratégica puede impedir que las partes acuerden la solución eficiente.

La acción de resarcimiento de daños puede llevar a la solución eficiente a pesar de que el Tribunal no esté perfectamente informado. Este resultado sólo puede garantizarse, sin embargo, si el Tribunal asigna al perjudicado un derecho absoluto a gozar de aire puro y fija una responsabilidad equivalente a los daños reales. Cualquier otra titularidad podría llevar a la solución eficiente, pero no necesariamente»[187].

Una de las escuelas del análisis económico del Derecho sostiene que gran parte de las reglas jurídicas reguladoras del intercambio de bienes y servicios esta fácticamente orientada a la finalidad de la eficiencia. Creemos que esta aspiración ignora el hecho que las normas suelen ser el producto final de la lucha de intereses y si bien debe existir una tendencia a la eliminación de reglas ineficientes mediante la jurisprudencia (teoría de la evolución) también es cierto que el derecho, a diferencia de los modelos económicos, está sujeto a fuertes influencias políticas y sociales que lo pueden distorsionar.

Abanto[188] expresa que el análisis económico del Derecho tiene dos posiciones claramente diferenciables: La primera es la normativa, que considera primordialmente el criterio de eficiencia y en virtud de este recomienda la promulgación o derogativa de reglas jurídicas. Su impacto es a futuro. La segunda es la positiva que analiza la eficiencia y estructura de las normas jurídicas actuales cuestionando las condiciones institucionales que permiten o impiden la aparición de normas eficientes. Ejemplo de esta última aproximación son las resoluciones del Indecopi que han derogado normas que fueron calificadas como barreras al ingreso al mercado. La calificación de normas como anticompetitivas y/o antieconómicas tuvieron como sustento el análisis económico del Derecho.

La idea central de la eficiencia se puede resumir en los siguientes términos. Es siempre mejor utilizar menos recursos e incurrir en menores gastos para lograr un producto o servicio. Para lograr este objetivo debemos tener un adecuado manejo de la eficiencia y una correcta asignación de recursos pues el objetivo final es asignar eficientemente los recursos.

La mayoría de los economistas, cuando se refieren a una definición de eficiencia limitan el término a aquellas transacciones puramente voluntarias prescindiendo de todo criterio ético. Una transacción superior, en el sentido de la curva de eficiencia de Pareto, es aquella que mejora la posición de al menos una de las partes, sin empeorar la posición de la otra. Posner[189] afirma que esta concepción de eficiencia es muy limitada pues considera que así como está planteada tiene poca aplicación en el mundo real. Afirma esto porque la mayoría de las transacciones sí tienen efectos sobre terceros. Es así como Posner prefiere utilizar el criterio desarrollado por Kaldor-Hicks el que considera eficiente toda situación en la cual aquellos que obtienen un beneficio deben compensar a aquellos que sufren una pérdida, independientemente que en realidad lo hagan. En este modelo nadie puede beneficiarse si del otro lado alguien no se perjudica.

---

187 POLINSKY (s/f). *Op. cit.*, pp. 123-126.

188 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*

189 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 8.

Este concepto jurídico de eficiencia se presenta en un mercado donde existen competidores viables que operan económicamente de forma independiente por lo cual es importantísimo considerar de cerca la estructura del mercado y la gestión o conducta comercial de las empresas. Estos son dos conceptos a los cuales vamos a referirnos permanentemente: Estructura y conducta pues son claves para entender la lógica de toda la legislación antimonopólica.

Posner[190] considera que la teoría de la eficiencia en el derecho común no implica que toda la doctrina y todas las decisiones de derecho sean eficientes. Esto es poco probable, dada la dificultad, complejidad y variedad de los temas sobre los que se ocupa el derecho y la naturaleza de los incentivos y presiones que sufren los jueces: «La teoría es que el derecho se explica mejor como un sistema ordenado que debe maximizar la riqueza de la sociedad en su conjunto».

Esto nos lleva nuevamente al tema de la eficiencia. Torres López nos señala[191]:

> «Los sujetos tienden a maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad, en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.
>
> La aplicación de tal hipótesis y de los desarrollos que de ella se han hecho en la Ciencia Económica al estudio de problemas jurídicos ha permitido, como ya se ha adelantado, el acercamiento hacia la Economía de problemas que tradicionalmente se hubieran considerado distintos y distantes de ella.
>
> Sucede así con el análisis económico del delito, al considerar la conducta del delincuente como racional en el sentido económico, es decir, la medida en que toma en consideración los beneficios y los costos que su acción le reporta, y que decide llevar a cabo la comisión del delito en función de ellos. Siendo así que el comportamiento del potencial delincuente se corresponde con una elección que debe llevar a cabo de forma que maximice su función de utilidad, pueden predecirse las consecuencias que se derivarán de una modificación de la misma que provenga, por ejemplo, del aumento del "precio" de la acción delictiva o del establecimiento de un "impuesto" (mayor castigo) sobre ella.
>
> Siguiendo los criterios de maximización que ya fueron aplicados al campo de la acción gubernamental, se han puesto de manifiesto y han sido analizados los aspectos económicos que interfieren en la organización del proceso judicial, así como componentes más concretos del mismo, como la asignación de recursos por la fiscalía entre los diferentes casos, las condiciones de eficiencia en relación con el uso de jurados y su reclutamiento o las consecuencias que se derivan de la asignación de recursos realizada en la Administración de Justicia para alcanzar el objetivo de eficacia que persiguen los diversos sistemas de penas establecidas[192].

El mismo autor señala que el nuevo análisis económico del Derecho se produce cuando:

---

190 *Ibidem*, p. 9.

191 ANDERSON (1976), BECKER (1968); BECKER y LANDES (1974); COOK (1977); SJOQUIST (1973), sobre el delito y las penas desde este enfoque; KLEVORICK (1977); LANDES (1971 y 1973); MARTIN (1972); POSNER (1973), TULLOCK (1975); PASTOR (1987), sobre diversos problemas económicos de la Administración de Justicia. Y en general, BALDRY (1974); CULYER (1973); FELDSTEIN e INMAN (1976).

192 TORRES LÓPEZ (s/f). *Op. cit.*, p. 24.

«La Economía se acerca al mundo jurídico en virtud del propio desarrollo interno del paradigma neoclásico como un todo»[193].

«El modelo neoclásico establece que el mayor grado de eficiencia —objetivo máximo que se trata de alcanzar— se conseguirá cuando en un mercado de competencia perfecta —elevado número de compradores y vendedores de forma que ninguno puede influir sobre el precio, homogeneidad del bien que se intercambia, entera libertad de movimientos para todos los agentes— se logra una situación de equilibrio, que se denominaría Óptimo de Pareto, caracterizada porque ningún sujeto podría mejorar su situación sin perjudicar a otro»[194].

«El Derecho debe limitarse exclusivamente a garantizar la seguridad y libertad y no debe, por lo tanto, realizar más función de regulación o intervención. Desde la perspectiva neoclásica, en condiciones de competencia perfecta, alcanzada la eficiencia social mediante la búsqueda individual de la máxima eficacia, el Derecho no es más que una estructura redundante (Polinsky, 1974)»[195].

Y sobre los costos sociales Torres López señala:

«Para que pueda darse el Óptimo de Pareto, un máximo de eficiencia social, es requisito imprescindible que los costos sociales que se derivan de todas y cada una de las actividades que se realizan en el mercado sean iguales a los beneficios sociales. Pigou (1920), sin embargo, demostró que es posible que se de —y de hecho se da— una divergencia entre ambos. Son los casos que denominó "costos o deseconomías externas" y que venían a poner de manifiesto —como otros más que huelga relatar aquí— la inconsistencia del mercado como instrumento exclusivo para alcanzar la eficiencia social. Sería el Estado quien debería intervenir para corregir tales "fallos" del mercado, por medio, precisamente, del mecanismo coercitivo del Derecho.

Y es justamente sobre esta crítica pigouviana sobre la que se asienta el ya citado artículo de Coase y de donde proceden, como dije, los postulados básicos del Nuevo Análisis Económico del Derecho. Coase trató de demostrar que los costos externos pueden ser "internalizados" siempre y cuando se den dos condiciones: Que la asignación inicial de recursos, en cuando a derechos y responsabilidades en el mercado, esté perfectamente delimitada y que los costos de transacción —es decir, los costos que llevan consigo las diferentes operaciones que son necesarias para proceder a los propios intercambios— sean nulos o sin relevancia. Sólo en el caso de que estas dos condiciones no se cumplan, como ya señalé, no se podrá alcanzar la eficiencia en el mercado y deberá ser el Derecho quien establezca las condiciones en que pueda, efectivamente, alcanzarse»[196].

Otro caso sería aquel en el que los costos de transacción positivos pudieran ser reducidos para que al fin se alcance el equilibrio del mercado. Si los costos de transacción no alcanzan un valor prohibitivo, el Derecho juega un papel de gran importancia en orden a su reducción por medio de dos instituciones capitales; los derechos de propiedad y los contratos.

Como dije, para que se cumpliera el postulado de Coase sería necesario, en primer lugar, que la asignación inicial de recursos esté perfectamente delimitada. O, dicho de otra

193 *Ibidem*, p. 25.

194 *Ibidem*, p. 25.

195 Torres López (s/f). *Op. cit.*, p. 26.

196 *Ibidem*, p. 26.

forma que desde el inicio de las transacciones los agentes sepan de forma explícita y segura de qué manera pueden obtener costos y beneficios. Sólo así, efectivamente, los sujetos implicados, por ejemplo, en un caso de efectos externos sabrían a qué atenerse a la hora de involucrarse en una negociación que internalice la externalidad.

Los derechos de propiedad (entendidos como relación entre personas) vienen a constituirse entonces en la garantía de dicho requisito por cuanto especifican, como dice Demsetz[197], «quien deberá pagar a quién para que unas personas cambien su modo de actuar». Desde estos puntos de vista, el Derecho cumple la función de establecer las conductas prohibidas y admitidas, los derechos de propiedad, que hagan factible el equilibrio de mercado.

Una institución, por último, que también se deriva de los precedentes criterios es el derecho de los contratos. Si el contrato tiene la misión de fijar las condiciones en que la transacción se llevará a cabo de forma que se alcance una mutua satisfacción, en él deberán quedar recogidas cuantas contingencias probables pudieran en el futuro afectar a la misma. Junto a ellas, sin embargo, podrían concurrir otras imprevisibles o cuya previsión lleve consigo un costo exorbitante.

Para que las transacciones puedan efectuarse libremente en el mercado será necesario que el derecho de contratos establezca soluciones a las contingencias imprevistas que se correspondan con las condiciones de eficiencia en el mercado so pena de que éstas se encarezcan haciéndose imposible su realización. Es decir, estableciendo una asignación de derechos y responsabilidades adicionales que garantice que la asignación libre y eficiente de recursos que conlleva la transacción objeto del contrato incumplido o sujeto a cualquier otra contingencia no prevista, se virtualice.

Así se confirman los grandes pilares que condicionan la función del Derecho como mecanismo asignador y del Análisis Económico como productor de los criterios necesarios para alcanzar la eficiencia. Así, en suma, se constituye epistemológicamente el Análisis Económico del Derecho.

Por ello es necesario penetrar más profundamente en su propio núcleo científico y destacar sistemáticamente los diferentes puntos de partida, para poder alcanzar una visión totalizadora de sus diferentes ámbitos y de las diversas perspectivas desde donde son analizados.

Pieza fundamental en esta disciplina del análisis económico del Derecho es el Teorema de Coase que en palabras de Santos Pastor explicamos a continuación:

«El teorema de Coase

El extenso (y, de prolijo, farragoso) artículo de Ronald Coase en 1960 pretendía romper con la tradición pigouviana de recabar la intervención del Estado dondequiera que existiese un fenómeno de efectos externos, de contaminación, por ejemplo, ofreciendo como alternativa el viejo principio económico de aplicar el criterio del costo de oportunidad de cada alternativa (intervención/no intervención). El Estado deberá intervenir si los beneficios netos de su actuación son mayores que los de su no intervención. Todo el artículo se construye así con la idea de presentar una conclusión, que los particulares podrían llegar a acordar una solu-

197 DEMSETZ (1980), p. 348.

ción eficiente ante efectos externos mediante la negociación con lo cual la intervención del Estado puede carecer de sentido.

El supuesto crucial de todo su razonamiento es la existencia de costos de transacción. Se entiende por costos de transacción los que origina la identificación, reunión, negociación y el efectivo cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes (*enforcement*).

La tarea de Coase consiste en ver si el resultado de eficiencia puede verse afectado por la asignación de la titularidad de los derechos si no existieran costos de transacción. La respuesta inmediata es que cualquiera que sea la titularidad de los derechos que las leyes establezcan, si no existen costos de transacción y las partes pueden negociar sin costos, el resultado eficiente se obtendrá en cualquier caso. Da igual, así, que se otorgue derecho a la factoría a contaminar libremente o a los vecinos que viven en el contorno a disfrutar de aire limpio. El resultado será el mismo en ambos casos: La factoría contaminará o no dependiendo de cuál sea la solución que haga máximos los beneficios conjuntos de contaminadores y contaminados netos de sus costos también conjuntos.

Aun cuando el resultado sea el mismo (si se contamina, y a qué precio), los efectos distributivos de las normas son evidentes porque determinan quién paga y quién recibe en cada caso: Si el derecho se otorga a la factoría, se producirán unos pagos de los vecinos a ésta para sufrir menos contaminación. Para hacer inocua esta situación, suele apostillarse normalmente la hipótesis de la factibilidad de una redistribución sin costos en el sentido que se desee. Esa redistribución será por importe de la cantidad correspondiente a la solución de menor costo.

Si los costos de transacción son positivos, no todas las normas permiten la consecución del resultado eficiente, sino que sólo algunas lo hacen y la norma preferida será aquella que haga mínimos los costos de transacción. Y ahora, la redistribución, si la hubiere, ya no sería por importe de la cantidad correspondiente a la solución de costo mínimo como antes»[198].

El Teorema de Coase es también explicado por Polansky[199] quien nos dice:

«Una de las ideas básicas del análisis económico del Derecho la desarrolló Ronald Coase en 1960 en un artículo[200]. Esta idea, que se ha denominado luego el Teorema de Coase, se describe más fácilmente mediante un ejemplo. Consideremos que hay una fábrica cuyos humos causan daños a las prendas de ropa que cuelgan para secar en el exterior de sus viviendas cinco habitantes de las proximidades. Si no se introduce ninguna media correctiva, cada uno de estos individuos sufrirá daños por valor de 75 dólares, con un total de 375 dólares. Estos daños causados por el humo podrían eliminarse de dos formas posibles; instalando un filtro depurador en la chimenea de la fábrica, a un costo de 150 dólares, o proporcionando a cada uno de los perjudicados una secadora eléctrica, a un costo de 50 dólares cada una. La solución eficiente es, sin lugar a dudas, instalar el depurador en la chimenea, dado que con ello se eliminan unos daños totales de 375 dólares, con un desembolso de sólo 150, y eso es más barato que comprar cinco secadoras por 250 dólares.

Costos de transacción cero

Lo que Coase planteó fue si se produciría el resultado eficiente en el caso de que se atribuyese a los perjudicados el derecho a aire puro o si se asignase a la fábrica el derecho a conta-

198 PASTOR (s/f). *Op. cit.*, p. 36.

199 POLINSKY (s/f). *Op. cit.*, pp. 60-63.

200 COASE, Ronald H. «The Problem of Social Cost». En: *J. L. & Econ.*, Vol. 3, 1960, pp. 1 y ss., existe traducción al castellano: «El problema del costo social». En: *Hacienda Pública Española*, No. 68, pp. 245-274.

minar. Si hay un derecho a gozar de aire puro, la fábrica tendría tres soluciones: Contaminar y pagar 375 dólares de indemnización, instalar un filtro depurador por 150 dólares, o comprar cinco secadoras a los perjudicados, con un costo total de 250 dólares. No hay duda de que la fábrica instalaría el filtro, la solución eficiente. Si hubiera derecho a contaminar, los perjudicados tendrían tres soluciones: Sufrir esos daños colectivos de 375 dólares, comprar cinco secadoras por 250 dólares o comprar un filtro depurador para la fábrica, por 150 dólares. Los perjudicados también comprarían el depurador. En otras palabras, la solución eficiente se adoptaría independientemente de la asignación de la titularidad del derecho.

En este ejemplo se presuponía implícitamente que los perjudicados podrían reunirse y negociar con la fábrica, sin costos. En la terminología de Coase, se denomina a esto la hipótesis de los costos de transacción cero. En general, los costos de transacción incluyen los costos de identificación de las partes con las que uno ha de tratar, los costos que implica el reunir con dichas partes, los costos del proceso de negociación en sí y los costos de la puesta en práctica de cualquier acuerdo al que se llegue. Teniendo en cuenta esta definición general, podemos exponer ya la versión sencilla del Teorema de Coase; si hubiera unos costos de transacción cero, se produciría el resultado eficiente con independencia de la norma atributiva de derechos elegida.

Adviértase que, aunque la elección de la norma jurídica no afecte al logro de la solución eficiente cuando los costos de transacción son cero, afecta a la distribución de la renta. Si los perjudicados tuviesen derecho a gozar de aire puro, la fábrica pagaría 150 dólares por el filtro depurador, mientras que si la fábrica tuviera derecho a contaminar, los perjudicados pagarían el filtro. Así, la elección de la norma jurídica redistribuye la renta en la cuantía de la solución de menor costo al conflicto. Dado que se asume, de momento, que la renta puede redistribuirse sin costo, ese efecto distributivo no tiene ninguna trascendencia: Si no se desea, puede corregirse fácilmente.

Costos de transacción positivos

La hipótesis de costos de transacción cero es, evidentemente, irreal en muchas situaciones conflictivas. Como mínimo, las partes en litigio normalmente han de dedicar tiempo y/o dinero a reunirse y tratar del asunto. Para ver las consecuencias de los costos de transacción positivos, supongamos, en el caso anterior, que a cada perjudicado le cuesta 60 dólares reunirse con los otros (debido, por ejemplo, a costos de transporte y al valor asignado al tiempo). Si los perjudicados tienen derecho a gozar de aire puro, la fábrica se enfrenta de nuevo a la disyuntiva de pagar la indemnización correspondiente, comprar un filtro depurador de humos para la chimenea o comprar cinco secadoras. La fábrica compraría de nuevo el depurador, la solución eficiente. Si la fábrica tuviera derecho a contaminar, cada uno de los perjudicados habría de decidir entre arrastrar la pérdida de 75 dólares, comprar una secadora, una solución ineficiente. Así, dados los costos de transacción descritos, el derecho a gozar de aire puro es eficiente pero el derecho a contaminar no.

Adviértase que en el ejemplo las respectivas normas jurídicas de preferencia minimizarían los efectos de los costos de transacción en el sentido siguiente. Dado el derecho a gozar de aire puro, la fábrica tendrá que decidir entre pagar una indemnización, instalar una depuradora o comprar cinco secadoras. Dado que la fábrica no necesita reunirse con los perjudicados para decidir qué hacer, no tienen efecto alguno los costos de transacción considerados (los costos para los residentes de reunirse). Dado el derecho a contaminar, los residentes habrá de decidir qué hacer. Dado que los residentes se ven inducidos a elegir una solución ineficiente para evitar el costo de reunirse, los costos de transacción tendrán una incidencia. Así, aunque no se incurriese en realidad en ningún costo de transacción dado el derecho a contaminar, pues los residentes no se reunirían, los efectos de los costos de transacción serían mayores dada esta norma.

Podemos exponer ya la versión más complicada del Teorema de Coase: Si hubiese costos de transacción positivos, la solución eficiente no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida. En estas circunstancias, la norma preferible es aquella que reduce al mínimo los efectos de los costos de transacción. Estos efectos incluyen la producción real de costos de transacción y las elecciones ineficientes provocadas por un deseo de evitar costos de transacción.

Las consecuencias distributivas de las normas jurídicas son algo más complicadas cuando hay costos de transacción. No se cumple ya, como cuando había costos de transacción cero, el que la elección de la norma redistributiva la renta en la cuantía de la solución de menor costo. En el ejemplo, si los perjudicados tienen derecho a gozar de aire puro, la fábrica paga 150 dólares por el filtro depurador, mientras que si la fábrica tuviera derecho a contaminar, los residentes pagarían 250 dólares por cinco secadoras.

Aunque la versión simple del Teorema del Coase formula una hipótesis irreal respecto a los costos de transacción, proporciona un medio práctico de empezar a pensar en problemas jurídicos, porque sugiere los tipos de transacciones que habrían de darse según cada norma jurídica para que esa norma fuese eficiente. Una vez determinadas esas transacciones necesarias, se haría patente que, con hipótesis más realistas sobre los costos de transacción, una norma sería claramente preferible a otra, por razones de eficiencia. La versión más complicada del Teorema del Coase proporciona una vía para elegir normas jurídicas en esta situación. Todos los supuestos investigados en este libro (inmisiones, incumplimientos del contrato, accidentes de automóvil, exigibilidad del Derecho, control de la contaminación y responsabilidad del fabricante) pueden enfocarse de este modo, aunque algunos se ajusten de modo más natural que otros al esquema coasiano».

Y Torres López[201] al referirse al tema nos dice:

«Efectivamente, del Teorema de Coase se desprende que cuando los costos de transacción sean positivos, la solución eficiente ya no podría producirse con independencia de la norma jurídica elegida. Y en tal caso, la norma elegida debe ser aquella que minimice los efectos de los costos de transacción, es decir, tanto la producción real de costos de transacción como las situaciones ineficientes provocadas por el deseo de evitar costos de transacción.

Desde esta perspectiva, queda, pues, claro el sentido económico que desde el punto de vista puramente neoclásico tiene el sistema jurídico y que puede resumirse en dos aspectos: Reducir los costos de transacción que pudieran existir y proceder a una atribución de derechos que lleve consigo elecciones posteriores eficientes.

En relación con la reducción de los costos de transacción, Mishan[202] señala las siguientes fuentes que pueden provocarlos en relación con el problema de la contaminación:

a) Costos asociados con tomar la iniciativa.

b) Costos asociados con la identificación de todas las partes envueltas en la transacción.

c) Costos de ponerse en comunicación con ellos.

d) Costos que puede llevar consigo persuadirlas para realizar ofertas.

e) Costo de alcanzar un acuerdo sobre la suma total ofrecida o que será aceptada.

f) Costos de la negociación misma.

---

201 TORRES LÓPEZ (s/f). *Op. cit.*, pp. 66-68.

202 MISHAN (1976), p. 155.

Los costos b), c), d) y e) varían proporcionalmente al número de sujetos afectados, con su dispersión geográfica y, por tanto, su reducción se verá posibilitada, fundamentalmente, por elementos de tipo técnico. El sistema jurídico, como mucho, podrá contribuir a su reducción estableciendo criterios estándar para la actuación de los perjudicados, facilitando sistemas expeditos de concurso o propiciando las fuentes de información que hagan más asequible la conexión de los dañados y el conocimiento de los mismos.

El costo a) de tomar la iniciativa depende en buena medida de las expectativas que se posean en relación con el final del proceso. La incertidumbre y el riesgo dan lugar a que la valoración de la iniciativa no pueda realizarse en las habituales condiciones de transparencia de los mercados de bienes y servicios. El sistema jurídico, sin embargo, puede proporcionar algún tipo de sistema tendente a hacer posible la solidaridad de riesgos que no penalice la iniciativa inicial haciendo más costoso el proceso de intercambio.

Por fin, el costo de negociación propiamente dicho dependerá tanto de los resultados finales de la transacción como del abanico de posibles acuerdos a que pueden llegar las partes. El Derecho puede contribuir a reducir estos costos proporcionando situaciones estándar que anticipen las contingencias que puedan producirse o incluso eviten la propia negociación.

A pesar de esta posibilidad del sistema jurídico, como reconoce Coase, habrá situaciones en que difícilmente será posible llegar al acuerdo eficiente debido a los altos costos de transacción existentes. Como dice Demsetz[203], en la mayoría de los casos los efectos externos sólo son descubiertos con muy alto costo y eso significa que la inicial asignación de derecho no podrá ser modificada, afectándose así la asignación de recursos.

De ello se deduce que los costos de transacción existentes inducen comportamientos definidos del Derecho bajo el objetivo de eficiencia. Es predecible que el papel del Derecho será tanto más importante cuanto más altos sean los costos de transacción, y que en estos casos el Derecho tendrá una especial importancia de cara a alcanzar la solución óptima.

De ahí, pues, se deduce la conclusión final que preside el Análisis Económico del Derecho realizado desde esta rama mayoritaria del modelo neoclásico y que Calabresi[203] formula con toda nitidez: "La escasa o nula intervención de Estado es generalmente la mejor regla".

Sin embargo, y junto a la de costos de transacción nulos o insignificantes, el Teorema de Coase se asienta implícitamente, como ha puesto de relieve Veljanovski[205], en otra serie importante de supuestos, entre los que destacó la no existencia de efectos sobre la distribución de riqueza pues, como se recordará el nivel óptimo de eficiencia se ve alterado por la redistribución del ingreso que afecta la asignación de recursos.

Es evidente la incidencia que el Derecho tiene sobre la distribución de la renta en el ejemplo anteriormente expuesto. Sin costos de transacción se alcanzaba la solución eficiente —comprar el filtro— independientemente de quién disfrutará del derecho. Sin embargo, si los perjudicados tuviesen derecho a gozar de aire puro sería la fábrica quien lo comprara, y viceversa. Es decir, la elección de la norma jurídica redistribuye la renta en la cuantía de la solución de menor costo. Si se asume que la distribución de la renta se ha efectuado sin costo, el efecto distributivo no tiene mayor trascendencia puesto que puede corregirse; más si existen costos de transacción y los perjudicados tienen derecho a gozar del aire, la fábrica pagará 150 u.m. por el filtro, mientras que si ésta tuviera derecho a contaminar los perjudicados habrían de pagar 250 u.m. por las secadoras.

203 DEMSETZ (1975), p. 187.

204 CALABRESI (1975). p. 201.

205 VELJANOVSKI. 1982, p. 51.

Este efecto distributivo tiene evidentemente una especial significación de cara a los intercambios y difícilmente puede ser marginado. Como señala Mishan[206], la suma máxima que una persona pagará por algo valioso dependerá, o estará limitada, por sus recursos totales, mientras que el mínimo que aceptará por desprenderse de él no. En su virtud, es difícil aceptar que el sólo objetivo de eficiencia sea suficiente para conseguir un óptimo de bienes social y que, por tanto, no se deba recurrir al Derecho para lograr mejores efectos distributivos.

De ahí los intentos de establecer el Análisis Económico del Derecho sobre unas bases más amplias que permitan conducirlo, sin necesidad de renunciar absolutamente al modelo neoclásico, hacia objetivos que combinen la eficiencia y la equidad por intermedio de las capacidades redistributivas del Derecho».

Debido a los **costos de transacción** el objetivo de todo sistema legal debe ser la implementación de normas jurídicas que promuevan la eficiencia como la forma más adecuada de aprovechamiento de los recursos, los que son escasos por definición. Los contratos permiten traspasar contractualmente posiciones jurídicas o derechos de propiedad (*property rights* en el teorema de Coase). Mientras más elevados sean los costos de transacción, más importante será encontrar aquellas regulaciones jurídicas que realicen una «eficiencia alocativa» originaria. En otras palabras, a mayor costo social mayor necesidad de reducir costos. De allí los esfuerzos que efectúan los gobernantes al proceder a la simplificación administrativa, procedimientos rápidos, contratación masiva, contratos por adhesión. Al haberse reducido el mundo a una aldea global el esfuerzo de todos los sistemas legales es facilitar el comercio y reducir los costos de llevar a cabo las transacciones.

Alfredo Bullard[207] nos señala la organización del sistema jurídico a través del Teorema de Coase:

«Si uno comprende correctamente los alcances de los costos de transacción como instrumento que nos ayuda a entender la realidad, puede descubrir su utilidad para explicar por qué el Derecho organiza de una manera o de otra. El Derecho Contractual se aplica a casos en los que, típicamente, los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para permitir a los individuos llegar a la solución más eficiente. Por el contrario la llamada responsabilidad civil extracontractual se refiere, normalmente, a los accidentes, situaciones en las que los costos de transacción, principalmente los costos de información, hacen inviable la solución de mercado. Así no podemos esperar que todos los peatones se pongan de acuerdo con todos los conductores de automóviles sobre cómo se asumirán y cubrirán los daños derivados de un accidente. En tales situaciones el juez es el llamado a "simular" el acuerdo al que hubiesen llegado las partes de haber sido posible la solución contractual. Se puede entender a la culpa como una institución dirigida a la búsqueda de estándares de conducta que buscan reflejar qué comportamiento hubiesen pactado las partes como exigible dentro de un contrato.

Podemos encontrarnos incluso con situaciones mixtas, en las que, existiendo un acuerdo entre las partes, los costos de transacción hayan hecho imposible que determinado aspecto pueda ser resuelto por el contrato, con lo que el juez debe intervenir para llegar a la solución más eficiente. Así, una etiqueta que advierte al consumidor que la explosión de una bebida gaseosa no genera responsabilidad para la empresa que la fabricó puede no haber asignado los recursos de manera adecuada. Los costos de información para el consumidor sobre los

206 MISHAN (1971). p. 19.

207 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Ronald Coase y el Sistema Jurídico a propósito del Premio Nobel de Economía». En: *Apuntes No. 20. Competencia y Mercado* 012, Lima: Universidad de Lima, s/f b, pp. 81-83.

riesgos implícitos en el consumo de una gaseosa pueden ser altos. Se requieren conocimientos técnicos y estadísticos para establecer cuál es el verdadero riesgo asumido, y así poder permitir que el consumidor considere si es razonable consumir la gaseosa. Evidentemente si el consumidor conociera el riesgo con certeza y supiera que deberá asumir él mismo los daños porque la empresa se liberó de responsabilidad al incluir la etiqueta, estaría dispuesto a pagar un precio menor por la gaseosa al que pagaría si la gaseosa fuese completamente segura o si la empresa estuviese dispuesta a asumir todos los costos de cualquier accidente. Pero como transmitir dicha información puede generar costos prohibitivos, es mejor que el juez intervenga para dejar sin efecto una condición general precisamente como consecuencias de los costos de transacción existentes entre el consumidor y la empresa. Esto nos lleva a entender las complejas discusiones en la doctrina jurídica sobre si situaciones como la responsabilidad por productos defectuosos, o la responsabilidad por accidentes de transporte de pasajeros, con casos de responsabilidad contractual o extracontractual. El Teorema de Coase nos enseña que la diferencia radica no en si hay o no contrato, sino en la capacidad que tiene el sistema contractual, dados los costos de transacción existentes, para llegar a una eficiente asignación de recursos. Invito sino al lector con algunos conocimientos de Derecho a examinar los límites que el propio sistema jurídico impone a la autonomía privada como mecanismo de asignación de recursos, y descubrir cómo en la mayoría de los casos están implícitos, de una manera u otra, problemas de costos de transacción».

Para enfrentar este análisis recurriremos a Santos Pastor[208] para formularnos el tipo de preguntas que se plantea el análisis económico del Derecho.

«Las siguientes son las que entiendo más frecuentes e importantes preguntas que se plantea hasta ahora el análisis económico del Derecho en su vertiente normativa[209]:

a) ¿Crean las reglas jurídicas los incentivos adecuados para que los individuos se comporten eficientemente? ¿Induce las normas jurídicas comportamientos eficientes? El concepto de eficiencia implícito aquí es el de Pareto-Hicks & Kaldor, pero en la formulación tan difundida de Coase (1960) de maximización de los beneficios conjuntos de las partes implicadas netos de sus costos (también conjuntos).

La pregunta anterior comprende dos tipos de cuestiones adicionales, una relativa a la decisión sobre el cuidado a observar y otra sobre el nivel de actividad desarrollado sobre la cuantía de actividad. Con ello quedarían formulas éstas como: ¿Están diseñadas las normas de forma que hagan que los individuos extremen el cuidado y diligencia a su alcance sin dar lugar a situaciones de dejación o *moral hazard*? ¿Promueven esas normas que la cantidad de actividad desarrollada —número de viajes en el caso de accidentes de automóvil, cantidad de productos elaborados, en el supuesto de normas sobre calidad de los mismos, infracciones de urbanismo, en el caso de este tipo de regulaciones...— sea la óptima o eficiente?

b) ¿Qué criterios deben inspirar la producción de normas legales, con qué criterio deben evaluarse dichas normas, con los de la eficiencia o los de la equidad? Conectado a lo anterior, ¿deben elaborarse las normas para distribuir o para aumentar la eficiencia?

Como se ha visto al hablar de los conceptos de eficiencia y equidad en economía, la filosofía general predominante es la de que el criterio para evaluar las normas debe ser la eficiencia y no la equidad, que aquéllas deben perseguir el aumento de eficiencia y que los deseos de redistribución deben llevarse a cabo por medio de los instrumentos convencionales, impues-

208 PASTOR (s/f). *Op. cit.*, pp. 38-49.

209 Para más detalles, ver POLINSKY (1983): Resumen y conclusiones.

to/transferencias, porque son más eficaces en ello. Ello en modo alguno quiere decir que se desconozca que las normas tienen por lo general efectos distributivos.

c) ¿Qué efectos de eficiencia, distribución o de otro tipo producen las normas legales?

Esto no es más que una ampliación de lo que subyace en las preguntas anteriores.

d) ¿Asignan las reglas jurídicas el riesgo de una manera eficiente? La actitud de las personas hacia el riesgo, según sean neutrales, tengan aversión o preferencia hacia él, altera sustancialmente las conclusiones obtenidas. El riesgo es una cosa más a considerar a la hora de evaluar pros y contras de las distintas opciones y constituye uno de los temas de investigación que atraen más atención en la literatura sobre economía y análisis del derecho. El seguro, como medida para enfrentar situaciones de riesgo, es estudiada junto a los problemas asociados a él, pérdida de incentivos para observar el cuidado posible, *moral hazard*, efectos de las imperfecciones en el mercado de seguros, etc.

En todo caso, lo que está detrás de todo el análisis del derecho, como característico que es del análisis económico, es que hay contradicciones, conflictos, *trade-offs* entre los objetivos buscados, así como entre los distintos resultados de las normas y que, en consecuencia, hay que elegir entre ellos.

El análisis o enfoque positivo se plantea, sin embargo, preguntas más relacionadas con la explicación de las instituciones jurídicas y de todo el sistema jurídico en su conjunto, como se encarga de recordarnos Posner 1979.

1. Limitaciones de este enfoque. El problema de la valoración

La idea general que se profesa entre los partidarios de la extensión del análisis económico a otros ámbitos es que si aquel análisis se ha mostrado muy útil para resolver problemas de política pública en los campos tradicionales, no existen razones para que no lo sea en el caso de políticas en estas nuevas áreas, incluyendo el campo jurídico. Análogamente sucede entre los partidarios de enfoques más "positivos" respecto a la explicación y análisis de los efectos de las cosas (normas, decisiones políticas, decisiones de supervivencia de las especies, etc.).

Pero esos mismos partidarios de la "ampliación" y, desde luego, los críticos, encuentran que hay serios obstáculos a la extensión, entre los que suele citarse como más importante el de asignar valores (monetarios normalmente) a los costos y beneficios relevantes.

La determinación del valor de un bien no es grave problema si el bien no es único y está estandarizado y si existe un mercado para él, puesto que su valor podría venir determinado por su precio en el mercado.

Preguntar a los interesados, que son quienes en principio tienen un mejor conocimiento del valor que para ellos está en juego por el precio de la transacción incitaría subestimaciones o sobreestimaciones, según el caso, de aquellos valores.

La pregunta "¿cuánto estaría usted dispuesto a pagar para que su vecino deje de molestarle?" puede no acarrear el mismo resultado que el "¿por cuánto permitiría usted que su vecino siguiera incordiándole?" A menudo la primera cantidad será inferior a la segunda, mostrando la existencia de los llamados "efectos riqueza". En la primera pregunta el interrogado presupone que, de no pagar, sufrirá el daño, mientras que en la segunda sucede al revés, supone que si no está de acuerdo no será molestado. El sujeto que podría verse molesto en el primer supuesto es más pobre que en el segundo. Sólo si las dos cantidades son iguales será nulo el "efecto riqueza".

La existencia de problemas como los anteriores da lugar a que la asignación de valores a algunos de los costos y beneficios tenga siempre algo de arbitrario. Pero ello no equivale a decir que tal asignación sea inviable en todos los casos o en la mayoría de ellos.

En ocasiones se cree que el hecho de que los bienes en juego sean tan peculiares y altos como la vida o la integridad física impide una asignación de valor a esos elementos. Sin embargo, se olvida que la pregunta relevante no es en cuánto valora uno un miembro o la vida misma, sino otras como cuánto estaría dispuesto a pagar por reducir la probabilidad de que se produzca un suceso que puede consistir en la pérdida de los bienes citados, o por cuánto estaría dispuesto a aceptar un aumento en la probabilidad de que se produzca un hecho indeseado.

Tales decisiones son tomadas constantemente por las personas; uno decide viajar en tren por ser más rápido y seguro, muchos trabajadores —los picadores en la minería, por ejemplo— prefieren trabajar en ocasiones en puestos más arriesgados para conseguir mayores ingresos, etc.

Tampoco merece buena acogida la crítica sobre la frecuencia con que los investigadores proyectan sus propias estimaciones subjetivas y subestiman los valores de aquellas partidas o elementos de "difícil" valoración. Aún cuando tales fenómenos se dan con relativa frecuencia y deba tomarse buena nota de su presencia, ello no implica que el análisis sea inadecuado; son, se dice, problemas de los analistas y no del análisis.

Con todo, las "contestaciones" anteriores a algunas de las críticas formuladas no debe, ocultar que, efectivamente, existen problemas de asignación de valores a los costos y beneficios en juego. Estos son problemas o limitaciones típicos del análisis económico y se manifiestan como más problemáticos en algunas de sus "extensiones" a otros campos como el jurídico, aunque sólo sea por la frecuencia con que se plantea.

Como uno de esos casos o áreas problemáticas puede citarse la dificultad de establecer valores que reflejen apreciaciones subjetivas. La casa donde uno habita suele tener un valor distinto al que le otorgarían otras personas. La valoración de los daños causados por la contaminación en una zona de viviendas puede establecerse fijando estadísticamente la demanda de casas en entornos limpios manteniendo las demás cosas constantes mediante procedimientos estadísticos, pero, aún así, las personas que valoren sus casas en más o menos que la media no verán reflejada su valoración en esas apreciaciones.

2. "Viejo" y "nuevo" análisis del derecho

El llamado "viejo análisis económico del Derecho" consiste en la aplicación de los principios de aquél al derecho, que podemos llamar económico, esto es, al derecho regulador de relaciones con un contenido económico explícito. Este derecho, legislación o regulación económica está formado por las reglas reguladoras del mercado, de las prácticas restrictivas de la competencia, del monopolio natural, de los mercados de factores de producción y de dinero, limitaciones de entrada, fijación de precios o calidades, empresa pública, regulación "social" (salud, condiciones de trabajo, defensa del consumidor...), patentes, propiedad intelectual, etc.

La intervención (y la regulación como forma concreta de ella) del Estado en la economía y en la sociedad es un fenómeno tan antiguo como el poder mismo. Llamarlo "viejo" no conlleva ningún demérito, pues, sino que refiere que se trata de algo ya conocido tiempo. Esas regulaciones están en el centro de atención de economistas como Smith (Leyes de navega-

ción), Ricardo (sobre leyes de granos) o Marx (jornada de trabajo) y constituyen todavía la más importante parcela de atención de los economistas[210].

Aunque su carácter de regulación económica es incuestionable, no ha merecido atención similar por parte de los economistas el estudio de las normas reguladoras del derecho de contratos, de los derechos de apropiación o de lo que hoy se está llamando regulación social (contaminación, seguridad, calidad de productos, etc.).

¿En qué consiste ese análisis de la regulación económica, de lo que a veces se llama derecho económico?: En analizar los efectos que resultan de ellas, intentar explicar por qué se producen y recomendar las que parecen ser mejores regulaciones. A pesar de su veteranía, todavía hay un importante foco de polémica en torno a estas regulaciones y a la forma de abordar su análisis[211].

La aplicación del análisis económico al estudio de aquellas relaciones que no poseen un contenido económico explícito o regulaciones no económicas es el llamado "nuevo análisis". Sus antecedentes son bien remotos, Beccaria 1764 y sobre todo Bentham 1789; pero la discontinuidad es enorme, puesto que no se recupera como tal enfoque hasta los últimos cincuenta y primeros sesenta de este siglo, de la mano de Calabresi 1970, Becker 1968, Landes 1971 y Demsetz 1967, entre otros. El salto a un tratamiento más global y sistemático puede situarse en los setenta, a partir de la obra de Posner, 1973 y 1977, y las citadas antes. Los nuevos derroteros buscan un modelo explicativo de la estructura del sistema jurídico (en la línea de la hipótesis de eficiencia de Posner) y del comportamiento regulado (en el enfoque de Landes), ofrecer un marco teórico sobre el que fundamentar reformas jurídicas (versión Calabresi), desarrollar el análisis del impacto de las normas y predecir en torno a ellas (Ehrlich 1972, 1975, 1979: Cap. 1).

Así, el nuevo análisis económico del Derecho amplía el objeto de análisis a todo el sistema jurídico y utiliza en ellos todos su aparato, no sólo el teórico, sino también el cuantitativo de la teoría y cálculo económicos, elevando mucho, a la par, la complejidad respecto a lo habitual en al análisis del derecho.

Esta utilización del análisis económico supone para algunos una nueva versión que poco o nada tiene que ver con el análisis del sistema económico, constituyendo más bien aplicaciones de teoría de la elección o teoría de sistemas. Esto es algo sobre lo que todavía poco puede decirse con solidez, pero que resulta apreciable y conflictivo.

Reseña de algunas contribuciones específicas

Las áreas del análisis del derecho pueden clasificarse en los siguientes grupos:

a) Legislación sobre el sistema económico: Comprende el contenido de los que hemos llamada "viejo análisis".

b) Legislación "no económica": Teoría general del derecho (hipótesis de eficiencia), análisis de sistemas de responsabilidad e indemnización óptimos, diseño de medios óptimos de

---

210 En el código de Hamurabi hay, por ejemplo, importantes regulaciones económicas. En general, en *Economic Council of Canada* (1979) y REAMS (1981), se hallan buenas panorámicas del tema. Desde otra perspectiva, JOSKOW y NOLL (1982). Entiendo aquí por regulación pública toda actuación de un órgano investido de poder que modifica comportamientos privados; normal, aunque no únicamente, esta intervención se realiza mediante normas jurídicas. La aceptación es, como en STIGLER (1982), más amplia de lo ordinario en la literatura económica.

211 Me refiero a esto con más extensión en Pastor 1984. La expresión «Derecho económico» me parece sugerente e integradora. Incluye el derecho penal económico, administrativo económico, civil económico y otros que, de tan «económicos» no precisan el adjetivo, como el laboral, mercantil, fiscal, etc.

hacer cumplir las leyes (penales particularmente), procedimiento en general (administrativo, civil y criminal), derecho de familia, contratos, accidentes, sobre actividades molestas, libertad de expresión y derecho marítimo, entre otros.

c) Teoría de la decisión de los órganos jurisdiccionales y, en general, teoría del conflicto jurídico (muy afectada por toda la literatura de teoría de juegos).

Derecho de contratos. Rescisiones contractuales

A pesar de que el modelo básico de contratos parece haber sido fruto de la ideología liberal clásica (*Laissez faire*) y de la fuerza del principio de libertad de contratación, el análisis de los contratos es bastante inusual en la teoría económica dominante o neoclásica, quizá por la forma misma en que esta corriente se enfrenta a lo institucional (como algo exógeno).

El marco del teorema de Coase es útil en el Derecho de contratos, especialmente en aquellos (la mayoría) en cuya participación está envuelto un pequeño número de personas. A diferencia de los conflictos derivados de la realización de actividades molestas por otro sujeto, el *nuisance law*, aquí las partes pueden negociar por anticipado sobre la forma de resolver sus potenciales disputas futuras. ¿Para qué entonces reglas sobre conflictos contractuales, para qué en particular normas sobre rescisión de contratos? La razón es bien simple, negociar e incorporar en un proyecto de contrato todas y cada una de las posibles eventualidades es, de ser posible, costoso de forma que no merece la pena especificar en el contrato aquellas contingencias que sean improbables o de escasa entidad a juicio de las partes.

El Derecho contractual puede ser visto así como un medio que trata de reproducir lo que las partes habrían acordado de haber previsto el evento sin costo alguno. Es bien sabido que aquéllas habrían tratado de hacer máximos los beneficios conjuntos (netos de sus costos). Por tanto, el criterio de eficiencia es decisivo para el Derecho de contratos.

Dos son los tipos de contratos que considera la literatura:

a) El modelo de mercado (*market based*) entiendo que el objetivo de la legislación sobre contratos no es otro que promover la eficiencia en la asignación de recursos y que, en consecuencia, hay que disuadir rescisiones ineficientes, reducir incertidumbre y costos de transacción y regular los abusos que puedan producirse en el proceso de contratación.

b) El modelo de costos de transacción está más centrado en el estudio de los contratos de larga duración y centra su crítica en la temporalidad del modelo anterior. Su complejidad es impresionante y todavía se encuentra en la fase de conceptualización y fundamentación.

Las aplicaciones más frecuentes se dan en el campo de las rescisiones de contratos, la fijación de la pertinente indemnización en esos supuestos y en el estudio de las formas estandarizadas de contratación. Los trabajos empíricos son todavía escasos.

Entre las materias que han sido objeto de atención por el análisis económico del Derecho de contratos destacan las rescisiones de contratos y los sistemas de indemnización por resoluciones de los mismos. Se piensa que la falta de completa información y la existencia de incertidumbre pueden inducir decisiones no eficientes. Es supuesto, claro, que con frecuencia existen rescisiones eficientes que deben ser encajadas y estimuladas por el sistema jurídico.

Más concretamente, tres son los tipos de problemas de este género que vamos a referir aquí:

1) ¿Cuál de los sistemas indemnizadores es eficiente, esto es, induce rescisiones eficientes y, por tanto, pueden considerarse como alternativa a un contrato plenamente especificado?

2) ¿Cuál hace óptimo el gasto previo a la entrega de la cosa objeto del contrato en caso de que proceda aquél? En otras palabras, ¿cuál de los sistemas indemnizatorios induce niveles óptimos de desembolso previo?

3) ¿Cuál es el más (menos) costoso de implementar en atención a la información que requiere?

Cuatro son los tipos de reglas de compensación (remedies) que pueden arbitrarse en supuestos de resoluciones de contratos:

a) Aquél por el que la parte no causante de la rescisión recibe a cambio una cantidad de dinero equivalente a llevarle a la situación en que se habría encontrado de haberse completado (perfeccionado, llevado a cabo o a buen fin) el contrato (*expectation damages*).

b) Aquél por el que la parte no causante recibe una cantidad de dinero equivalente a devolverla al estado (económico) en que se encontraría si el contrato no se hubiese celebrado nunca, si no se hubiese entrado a negociar siquiera (*realiance damages*).

c) Aquél por el que se otorga una indemnización a la parte no causante equivalente a llevar al que rescindió al estado anterior a la celebración del contrato, lo que equivale a otorgar al primero los beneficios que pudieran haberse producido como consecuencia del contrato (cualquiera que sea la fase incompleta de éste a que se ha llegado) (*restitution damages*).

d) El denominado "cantidad pactada" (*liquidated remedy*), consistente en hacer que quien provoca la rescisión pague a la otra parte una cantidad previamente pactada por tal concepto recisorio.

Pues bien, éste es el tipo de proposiciones a que llega el análisis: Si los sujetos son neutrales hacia el riesgo:

1. El sistema de indemnización resolutoria eficiente es el primero (*expectation*).

2. El que optimiza los gastos o inversiones previas estimulando que el comprador que los conozca tenga en cuenta la probabilidad de que se produzca la rescisión, es el tercero (*restitution*).

3. El que requiere disponer de menos información es el tercero, el que requiere más el primero.

No hay, pues, un único sistema eficiente. Depende qué sea más importante, si optimizar rescisiones eficientes, gastos o inversiones previas o requerir menos información para su implementación.

¿Qué pasa si las personas tienen aversión al riesgo en lugar de ser neutrales? Al introducir los riesgos, las conclusiones anteriores se ven alteradas de forma que sólo el cuarto de los sistemas de indemnización lleva a rescisiones eficientes. Ese nuevo sistema, denominado "cantidad pactada" (*liquidated remedy*) hace que quien provoca la rescisión pague a la otra parte una cantidad previamente pactada en concepto de indemnización.

En resumen, una vez tomado en consideración el riesgo se ve más agudizada todavía la conclusión obtenida antes, de que no existe un único sistema de responsabilidad y consiguiente indemnización eficiente en todos los supuestos de resolución de contratos. Si antes el sistema a) era óptimo en cuanto a la decision de rescindir y el sistema c) lo era en cuanto al gasto previo a realizar por el comprador, ahora hay que añadir que el sistema d) lo es en cuanto al riesgo, de forma que habrá que analizar qué aspecto es el más importante a considerar en cada caso para decidir cuál de ellos es "preferible".

De la regulación económica a la teoría del Derecho

La regulación jurídica de los procesos económicos, ya se dijo al principio, constituye el objeto del "viejo análisis económico del Derecho". Como me he ocupado de esto en otro lugar (Pastor, 1984), me limitaré aquí a destacar un par de aspectos.

El esfuerzo de un grupo de investigadores, tratando de ofrecer una teoría "positiva" de la regulación, una teoría que explique por que la regulación económica tiene la forma concreta que tiene, plantea la interrogante de por qué se intenta limitar esa explicación a la regulación económica en lugar de hacer extensiva, en lo posible, a toda forma de regulación.

¿Qué razones hay para que la explicación de las normas jurídico-económicas no pueda ser generalizada a todo tipo de regulación jurídica? La idea ha sido planteada también recientemente por Stigler, 1982, pero el intento de generalización es todavía pregunta. En verdad, esta generalización es un reto difícil de acometer desde la teoría de los grupos de interés, de la teoría marxista o de la teoría de la elección pública en muchos casos: ¿Qué intereses son los hegemónicos y determinan una regulación específica de los contratos civiles o mercantiles, del establecimiento de una u otra regla de responsabilidad o de cualquier otra norma general análoga? Mas si la dificultad es evidente, no menos evidente es que si se encontrara una hipótesis plausible explicativa de una norma o institución, tal hipótesis sería generalizable a otras instituciones en lo que tengan de común. En otras palabras, si siguiendo a la teoría de los grupos de intereses, la explicación de la regulación económica consiste en que hay unos grupos que capturan los beneficios de tal regulación (generalmente los regulados), no se ve por qué no ha de ser tal la justificación también de la regulación sanitaria, del tráfico jurídico-mercantil o la de los derechos básicos del ciudadano.

El otro aspecto se refiere a consignar que existe toda una corriente de pensadores que ofrecen una explicación global del Derecho —especialmente el Derecho común (*common law*). Para este grupo la norma eficiente es la que prevalece en el tiempo. Esta hipótesis de eficiencia es duramente contestada entre los investigadores, sin embargo».

Como vemos no se trata de legislar para unos o para otros. De ser justos o injustos sino de ser eficientes y considerar al todo más que a la parte. En el sistema capitalista en general y en el campo de la circulación o tráfico de bienes y servicios (así como en el ejercicio de toda actividad económica organizada) en particular, la competencia tiene una importancia singular, ya que es la base del sistema económico de mercado. La competencia es un fenómeno natural y cultural. La constante selección de mejores competidores trasciende el campo económico. La escasez de bienes y servicios determina que la gente compita para poder obtener dichos bienes y con ello dar satisfacción a sus necesidades. Como expresa Font Galán[212] «competencia significa, rivalidad, lucha, agresividad, competición entre dos personas con necesidades o deseos similares que quieren o aspiran satisfacer con bienes o recursos análogos limitados».

Ascurelli señala que la parte integrante y esencial de la competencia es la de manifestarse como una lucha o pugna entre varios. Esta lucha puede darse entre ofertantes o vendedores y también entre compradores o adquirientes de bienes y servicios.

La competencia económica adquiere relevancia jurídica en el plano conflictual, en cuanto concurra una cierta proximidad entre los deseos de los consumidores y los bienes o recursos aptos para su satisfacción ofrecidos en el mercado por una pluralidad de empresarios independientes entre sí.

212 FONT GALÁN (1987). *Op. cit.*, p. 27.

La competencia es objeto de estudio de varias disciplinas, entre ellas, la economía, el derecho y las ciencias políticas. Además, es un concepto pluridimensional. Existe una dimensión estructural o concurrencial de la competencia, según la cual ésta se concibe como una pluralidad de sujetos económicos que actúan en el marco de un determinado mercado. En esta dimensión interesa el comportamiento de los individuos en el mercado, los factores como la comodidad del emplazamiento, las diferencias de las calidades percibidas por los clientes. Existe otra dimensión dinámica, a la que llamaremos dimensión dinámica o competitiva, conforme a la cual la competencia se concibe como un proceso de actuaciones a través del cual aquella pluralidad de personas luchan entre si, por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio; el hecho que existan pocas empresas en un mercado puede implicar que el ingreso a éste es demasiado costoso para que otras empresas puedan fabricar dicho producto, o podría darse el caso que se requiera una especialización determinada que hace difícil el ingreso de otros competidores y finalmente, como lo señala Font Galán, «existe también una dimensión ideológica llamada también político-social que tiende a ejercer una evidente función de política del Derecho, inspiradora en un sistema social de economía de mercado, para el cual la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los sujetos económicos»[213].

Manuel Abanto, al hacer referencia al Análisis Económico del Derecho y su relación con el *Antitrust*, nos dice: «Representa un análisis económico del bienestar y una pauta para la solución de problemas del Derecho *antitrust*, sin considerar la teoría de la competencia...». «Todo el modelo del análisis económico del Derecho parte que el derecho (*Antitrust* o de Libre Competencia) solamente debe intervenir allí donde puede evitar costos de transacción (costos de un proceso de intercambio en el mercado) y con ello malas asignaciones de los recursos (ineficiencias)...». «Al Derecho le corresponde la tarea de compensar las distorsiones dentro de los procesos de intercambio entre los actores en el mercado, a fin de garantizar un comportamiento decisorio de los sujetos económicos que sea racional para el mercado»[214].

Abanto continúa, citando a OTT/Schäfer, que mediante la coordinación de derechos de acción, el Derecho evitaría riesgos y costos de tal manera que se alcanza el estado social deseado de la eficiencia que sobrevendría gracias al mercado, bajo las condiciones de competencia completa y de ausencia de costos de transacción, pero que, a menudo, sólo se podría realizar a través de normas jurídicas, bajo las condiciones de la real economía de mercado.

Debemos recalcar que en todo ordenamiento jurídico, la competencia concurrencial debe desarrollarse dentro del sistema económico que dicho ordenamiento legal regula. Así, podemos señalar que existe íntima y estrecha relación entre el sistema económico y el ordenamiento jurídico que lo regula.

En otras palabras el Derecho de la competencia requiere tomar en cuenta las características socioeconómicas del sistema en el cual actúa y esto se ve reflejado en primer lugar en la Constitución del país, luego en la ley que se deriva de la constitución, pues la primera tutela los principios económicos y de competencia de la sociedad y del individuo.

---

213 Font Galán (1987). *Op. cit.*, p. 33.

214 Abanto Vásquez (1997). *Op. cit.*

No debemos olvidar que la teoría de la competencia se fundamenta en un ordenamiento legal y económico donde las fuerzas del mercado actúan libremente. Es por ello que la libertad de competencia es considerada como un bien jurídicamente protegido. Para que se presente la libertad de competencia es fundamental prestar atención a la estructura donde se desarrolla el mercado. Todo el sistema competitivo debe garantizar precios libres, libertad del consumidor y participación plena en el mercado, etc. Esta visión estructural no es uniforme. Cada industria tiene sus propias características y amerita un análisis independiente. Profundizaremos sobre las estructuras no competitivas más adelante.

La libre competencia es una libertad compleja que surge fundamentalmente de la interrelación de dos tipos de libertades: Libertades económicas (libertad del ejercicio de la actividad económica, libertad de concurrencia al mercado, libertad de elección...) y libertades jurídicas (libertad de asociación, libertad de contratación...). La integración de ambas libertades, económicas y jurídicas, crea los componentes de la libre competencia, protegida por nuestro ordenamiento jurídico.

La competencia económica, como motor de la economía de mercado, requiere de ciertos requisitos básicos para su implementación los que enumeramos a continuación: la tutela o protección de la libertad de ejercicio de la actividad económica, la tutela de la libre competencia para concurrir al mercado y ofrecer bienes y servicios, la libertad de los consumidores para obtener los mejores productos y bienes en las mejores condiciones posibles, es decir, la libertad de elección por parte de todos los usuarios, que comprende la no discriminación y el goce de información leal y veraz.

Además de los principios básicos mencionados, esenciales en todo presupuesto económico y que se hallan regulados por la Constitución que señala los lineamientos del sistema económico, existen una serie de normas legales que integran y conforman el Derecho de la Libre Competencia (*Antitrust* Law y Derecho de la Competencia Desleal) normas en las cuales se señalan los presupuestos técnicos y económicos con claras implicaciones jurídicas.

Con respecto a este tema, Font Galán señala: «Uno de estos presupuestos técnicos de implicación de la competencia consiste en el ofrecimiento al mercado (por parte de esa pluralidad de empresarios) de bienes o servicios análogos susceptibles de satisfacer de modo alternativo, dada su intercambiabilidad, las mismas o similares necesidades o deseos. Otro de estos presupuestos típicos controla la efectiva finalidad objetiva perseguida por el acto o actividad de competencia consistente en el aumento del volumen de la contratación del empresario en cuestión y el margen de sus ganancias a costa de los demás competidores»[215].

Podemos concluir, citando a Garrigués, que la competencia es un fenómeno jurídico, aunque sus móviles sean económicos.

La competencia es propia de todos los mercados libres en el sistema capitalista. Además de ser un sistema que persigue la reducción de los costos de transacción también demanda un control dual sin el cual el sistema se distorsiona y se torna ineficiente. El

215 FONT GALÁN (1987). *Op. cit.*, p. 54.

primero es el esfuerzo constante por desarrollar estructuras de mercado eficientes y pro-competitivas y el segundo es el control de las conductas de los agentes económicos.

1.3.2. El modelo de la Competencia Perfecta

1.3.2.1. Sus principales características

Podemos adelantar una definición simple de competencia perfecta: Es aquella en la cual la sociedad obtiene la mejor asignación posible de los recursos para la economía en su conjunto. Es una situación en la cual la producción del bien es la máxima posible y el precio de venta el más bajo posible.

La competencia perfecta es un modelo económico ideal y se presenta cuando todos los bienes son producidos por los fabricantes más eficientes, todos los consumidores son tan adinerados como pueden ser, no existen monopolios y no hay utilidades excesivas porque los precios están fijados al costo marginal de producción.

El *Glosario de Economía Industrial y de Derecho de la Competencia* señala «el cumplimiento de cuatro condiciones para la existencia de competencia perfecta:

a) Existe un número suficientemente importante de compradores y de vendedores, aunque ninguno de ellos pueda ejercer una influencia sensible sobre el precio de mercado. Esto significa que la curva de demanda de cada empresa es perfectamente elástica;

b) A largo plazo, debe haber movilidad perfecta de los recursos, es decir, que no deben existir allí barreras de entrada ni de salida del mercado;

c) Todos los participantes en el mercado (vendedores y compradores) deben tener acceso a todas las informaciones necesarias para tomar sus decisiones de producción y de consumo;

d) El producto debe ser homogéneo.

Si se cumplen estas condiciones en un determinado mercado, éste resulta perfectamente competitivo. Si se cumplen en todos los mercados de una determinada economía, esta economía es perfectamente competitiva.

Teniendo en cuenta esta definición, una economía perfectamente competitiva es eficiente en el sentido de Pareto. En estas condiciones, los bienes se producen de manera que el precio sea igual al costo marginal y que todos los bienes se produzcan al menor costo.

Resulta evidente que un tal concepto de la competencia restringe ampliamente el campo de acción de la política destinada a ponerla en práctica. Algunos economistas asignan pues como objetivo a la competencia, no el que sea perfecta, sino de manera más realista el que sea practicable.

Fijarse como objetivo la competencia perfecta presentaría otro inconveniente: no es cierto que la competencia perfecta sea deseable si no puede instaurarse en todos los mercados»[216].

Alfred Douglas y Stonier Hague en su *Manual de Teoría Económica* señalan que las características de este mercado son las siguientes:

---

216 ORGANIZACIÓN DE COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*. Madrid: Editorial Mundi-Prensa, 1995, pp. 24-25.

Industria Competitiva

La competencia pura se presenta cuando la demanda para el producto de la empresa individual es infinitamente elástica de forma que la empresa podría vender todo lo que quisiera a los precios de mercado existentes pero no podría alterar el precio.

Tres son los pre-requisitos fundamentales que exige la competencia pura entre los productores.

a. Gran número: La primera condición es la existencia de un gran número de empresas en dicha industria. Sólo cuando hay muchas empresas en una industria cada una de ellas puede estar segura de que cualquier acción que tome no producirá efectos notables en el precio y en la producción de la totalidad de la industria.

Cualquiera de las empresas puede aumentar o disminuir su propia producción en cantidad apreciable sin temor a que se derive de ello un cambio en el precio del producto en la industria.

El peso de cada empresa es muy pequeño y por ello la empresa industrial tiene que considerar el precio del producto como dado e inalterable.

b. Productos homogéneos: En una industria puramente competitiva, cada una de las empresas tiene que fabricar un producto que sea aceptado por los compradores como idéntico u homogéneo al que fabrican los demás.

Si los bienes son homogéneos, se entenderá que en todo el mercado existe un precio uniforme.

Es importante darse cuenta que es el consumidor quien decide si los dos productos son homogéneos. Solamente si los compradores están de acuerdo en que dos productores fabrican exactamente el mismo bien serán iguales los precios. Si por ejemplo dos productos iguales se venden unos en el mercado y otros en la cadena de autoservicios estos dos productos serán percibidos como diferentes y por ello ya no serán homogéneos.

No olvidemos que el hecho que existan muchos productores impide a la empresa individual ejercer cualquier influencia sobre el precio. En cuanto los compradores, el modelo asume un gran número de ellos y que cada uno compre una porción tan pequeña que no puede alterar el precio.

c. Libre entrada: La tercera condición fundamental que tiene que cumplirse para que exista competencia pura en una industria es que a cualquiera que desee entrar se le debe permitir hacerlo.

Las tres condiciones definidas son propias de la industria de competencia perfecta o pura. Pero para que exista competencia perfecta debemos agregar premisas tales como que compradores y vendedores tengan perfecto conocimiento de todas las condiciones del mercado y que gocen de la completa movilidad de los factores de producción en la industria. Finalmente los competidores se ubican tan próximos que el costo de transporte es irrelevante.

Como podemos observar en un mercado de competencia perfecta, ninguna empresa tienen el poder individualmente como para afectar los precios. Como dice Alex Hunter[217]:

> «Los consumidores y los productores pueden maximizar sus beneficios elevando individualmente su consumo o producción al punto en que el precio equivale a la tasa marginal de sustitución o transformación de los correspondientes bienes. Sin embargo en la realidad el monopolio, el oligopolio, las diferencias en los productos contribuye a romper el principio de igualdad "en las correspondientes tasas de sustitución y transformación de bienes y de factores, porque alteran la uniformidad de los precios dentro de cada mercado"».

Hemos podido observar que cumplir con todos los requerimientos de este modelo no solo es difícil sino imposible. No es posible hacerlo por diversas razones. La primera es la asimetría en la información, la segunda el distinto grado de poder de negociación, producto de fortalezas tecnológicas o financieras, pero sobre todo por el esfuerzo de las empresas en segmentar y diferenciar sus productos.

El modelo de competencia perfecta no existe en ninguna realidad. Es un modelo ideal de mercado que sirve de patrón de comparación para medir las desviaciones con respecto a este. Conforme se aleja uno de este modelo de competencia perfecta se va generando una disminución de la eficacia económica. No olvidemos, sin embargo, que este concepto no es aceptado por renombrados economistas como J.A. Schumpeter[218].

Todo producto que surge de métodos o procedimientos nuevos tiene que competir con otros productos existentes en el mercado los que ocupan un espacio originado por métodos antiguos de producción y cuando la mercancía nueva tiene que ser introducida desplazará a la existente. Esto involucra una dinámica permanente en el mercado y un cuestionamiento a la homogenización de los productos.

En competencia perfecta, es difícil concebir la introducción de nuevos métodos de producción o de nuevas mercancías. Si existe desde un principio una competencia perfecta el progreso económico resulta incompatible y se desaprovecharían oportunidades económicas. Schumpeter considera que «lo que estamos obligados a aceptar es que la gran empresa se ha convertido en el motor más poderoso de este progreso y especialmente responsable de la expansión a largo plazo de la producción total. Ello a pesar de esta estrategia de control que previene en gran medida el desarrollo al ser tan restrictiva, cuando se la considera en un caso específico y en un momento dado. Desde este punto de vista la competencia perfecta no sólo es imposible, sino de naturaleza inferior, y no puede de modo alguno ser ilustrativa del modelo ideal de eficiencia»[219].

Para Mochón la competencia perfecta es una representación idealizada de los mercados de bienes y de servicios en la que la interacción recíproca de la oferta y la demanda determina el precio[220].

En este sentido considera, además, que para que este proceso opere correctamente, se requiere que se cumplan las siguientes condiciones:

---

217 HUNTER (1969). *Op. cit.*, p. 30.

218 HUNTER, Alex. *Textos Escogidos. La Dinámica de la Competencia y el Monopolio de J.A. Schumpeter.* s/f, p. 39.

219 *Ibidem*, p. 61.

220 MOCHÓN, Francisco. *Principios de Economía.* McGraw Hill, 1997, p. 117.

1. **Existencia de un elevado número de compradores y vendedores en el mercado:** Esto significa que la cantidad que cada uno de ellos demanda u ofrece resulta tan pequeña respecto a la demanda y oferta del mercado que su comportamiento individual no puede tener efectos perceptibles sobre los precios de las mercancías. En consecuencia, los productores y compradores aceptarán los precios del mercado como datos. Entonces la competencia entre los compradores conducirá a que no se pueda comprar a un precio inferior al cual compra el resto. Asimismo, la competencia entre vendedores ocasionará que ninguno de ellos pueda vender a un precio más alto del que lo hacen los demás, ya que al intentarlo los demás productores lo expulsarían del mercado. La competencia perfecta se presenta cuando la empresa se encuentra en condiciones de alterar su volumen de producción y ventas sin que esto tenga efectos significativos sobre el precio del producto que vende y acepta el precio del mercado como un dato al cual se le denomina precio aceptante.

2. **Que los bienes sean homogéneos:** Cada unidad de un determinado bien deberá ser idéntica a cualquier otra para evitar que el productor de algún bien o servicio ejerza cualquier tipo de control sobre el mercado o sobre el precio del producto.

3. **Que exista información plena:** Todos los compradores y vendedores deben tener un conocimiento pleno de las condiciones generales del mercado. Los vendedores conocen lo que los compradores están dispuestos a pagar por sus productos, mientras que los demandantes saben a qué precios los oferentes desean vender. Así se podrá predecir el precio que equilibrará el mercado.

4. **Libertad de entrada y salida:** Debe existir libre movilidad de los recursos productivos de forma que las empresas tengan libertad de entrada y salida al mercado. Esto implica la libre entrada y salida de empresas en una industria como respuesta a incentivos pecuniarios.

No existe ningún control externo que influya sobre el funcionamiento del mercado ni que cree condiciones artificiales de este.

Por otro lado Samuelson y Nordhaus proponen tres condiciones para que se cumpla una competencia competitiva: En primer lugar, los mercados han de ser perfectamente competitivos; deben descartarse los monopolios y los oligopolios. En segundo lugar, deben excluirse los casos en los que las curvas de demanda de los individuos se desvían de la verdadera utilidad. En tercer lugar, deben excluirse las externalidades, la competencia perfecta no se comporta eficientemente cuando se producen efectos de difusión no corregidos[221].

La competencia perfecta es un modelo de mercado de mucha importancia ya que a partir de éste se pueden analizar los problemas más complejos que se presentan en la realidad. Existen una serie de supuestos simplificados sobre los que se basa el modelo de la competencia perfecta. En este sentido, Folke Kafka describe seis supuestos de este tipo de mercados:

---

221 SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William D. *Economía.* 13ra. Edición. Madrid: McGraw Hill, 1990, p. 639.

1. Existe un alto número de empresas que hacen posible que ninguna de ellas pueda alterar individualmente el precio, el cual está fijado por el mercado en su conjunto.

2. El producto es homogéneo; es decir, el producto de una empresa es idéntico al que producen las demás.

3. Hay libertad de entrada y salida de empresas al mercado, no existen barreras para la entrada.

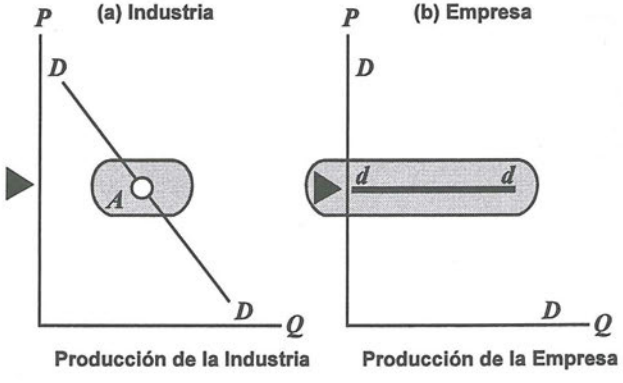
4. Existe una movilidad perfecta de los factores de la producción.

5. La información es completa tanto para los consumidores como para los productores.

6. Los consumidores no tienen el poder de influir sobre el precio[222].

Aparentemente el modelo de competencia perfecta que describe Kafka carece de realismo, pero como bien lo establece dicho autor «éste no pretende ser real sino meramente una abstracción para llegar a ciertas predicciones, *ceteris paribus*, y, desde el punto de vista normativo, demostrar cómo se puede llegar a una situación social óptima de asignación de recursos. Es en extremo difícil que el modelo competitivo perfecto se dé en la realidad, por lo que sólo se logrará una aproximación a él. Ello no debilita la posición de aquellos que ven en el modelo de la competencia perfecta el estado ideal de las cosas hacia el que ha de tenderse. Esto implica que en cualquier experiencia real, la crítica de un ordenamiento económico ha de presentar también una alternativa que supere sus defectos en el campo práctico»[223].

Samuelson y Nordhaus consideran que la competencia perfecta existe cuando «ningún productor puede influir en el precio de mercado(...). En esas condiciones, cada productor se enfrenta a una curva de demanda, *dd* totalmente horizontal que se representa de la siguiente manera»[224]:



Por otro lado Nicholson considera que «un mercado perfectamente competitivo está en equilibrio cuando ninguna de sus empresas tiene incentivos para modificar su conducta.

---

222 KAFKA, Folke. *Teoría Económica*. 2da. Edición. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico y Ed. Gráficos de la Universidad del Pacífico, 1984, p. 309.

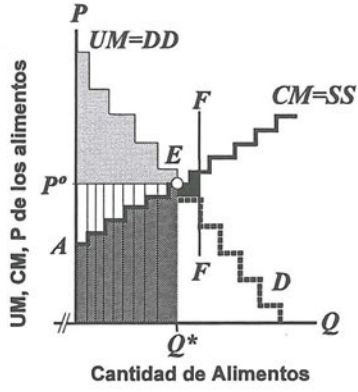
223 *Ibidem*, p. 310.

224 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, p. 628.

Este equilibrio está integrado por dos componentes: las empresas deben contentarse con sus opciones de producción, o sea maximizar sus utilidades, y con permanecer en la industria o fuera de ella»[225].

Se supone que las empresas competitivas maximizan sus beneficios o minimizan sus pérdidas y eligen el nivel de producción en el cual el precio es igual al costo marginal de producción, es decir, P=CM. En términos gráficos, el equilibrio de la empresa competitiva se encuentra en el punto en el que la curva CM ascendente corta su curva de demanda horizontal.

En el siguiente cuadro podemos señalar la eficiencia del equilibrio competitivo:



En lo referente a la entrada y salida de empresas en un mercado de competencia perfecta se asume que no existen costos especiales de ingreso o de salida de una industria.

Leroy Miller considera que en una industria perfectamente competitiva una empresa no tiene influencia sobre el precio del bien vendido y debe tomar el precio como dado. En este orden de ideas, la empresa forma una parte tan pequeña del mercado que llega a ser insignificante[226].

Otros autores comparan el concepto de la empresa perfectamente competitiva con el de la industria competitiva pues una industria perfectamente competitiva está compuesta únicamente por empresas competitivas. En este sentido lo que está dado para la empresa individual, dentro de una industria competitiva, debe ser necesariamente variable para toda la industria, ya que la industria es el mercado mismo, o por lo menos la oferta del mercado.

La característica fundamental de una empresa competitiva es la libertad de cualquier empresa para entrar a una industria o salir de ella.

Esto supone que en el momento en que las empresas de una industria estén obteniendo ganancias económicas, las empresas pertenecientes a otras industrias, con técnicas de producción similares, deben estar experimentando pérdidas económicas. Esto equivale a

---

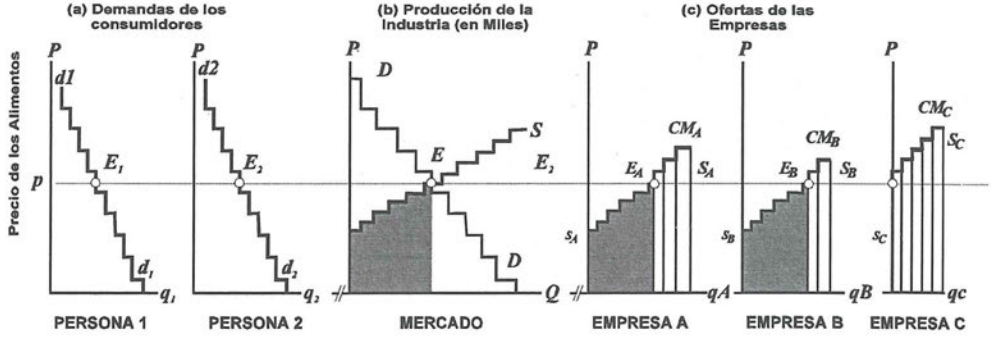
225 NICHOLSON, Walter. *Microeconomía intermedia y su aplicación.* 2da. Edición. México: Ed. Interamericana, 1983, p. 297.

226 LEROY MILLER (1980). *Op. cit.*, p. 295.

decir que las empresas en las industrias menos rentables tienen otras alternativas que les brindan mayor ganancia[227].

Samuelson y Nordhaus consideran que «el mercado perfectamente competitivo es un mecanismo que sintetiza la disposición de la gente que posee votos monetarios a pagar los bienes representados por la demanda y los costos marginales de esos bienes representados por la oferta. En condiciones ideales, el resultado garantiza la eficiencia en la asignación, en la cual no es posible elevar la utilidad de ningún consumidor sin reducir la de algún otro»[228].

En la siguiente figura se demuestra cómo alcanza un sistema competitivo el equilibrio entre la utilidad y el costo en una situación en la cual las empresas y los consumidores no son idénticos:



a) A izquierda se presentan las demandas individuales. Para obtener la curva DD de demanda del mercado situada en el centro se suman horizontalmente las curvas dd de los consumidores.

b) El mercado agrupa todas las demandas de los consumidores y las ofertas de las empresas en el equilibrio del mercado situado en E. La línea horizontal correspondiente al precio de los alimentos muestra dónde alcanza el equilibrio cada consumidor de la izquierda y cada productor de la derecha. En P*, vemos que la UM de cada consumidor es igual al CM de cada empresa, lo que conduce a la eficiencia en la asignación.

c) Los beneficios de cada empresa competitiva se maximizan cuando la curva de oferta viene dada por la parte ascendente de la CM. El área de color gris representa el costo de producción de la empresa en E. Cuando los precios son iguales al costo marginal, la industria produce con el costo total mínimo.

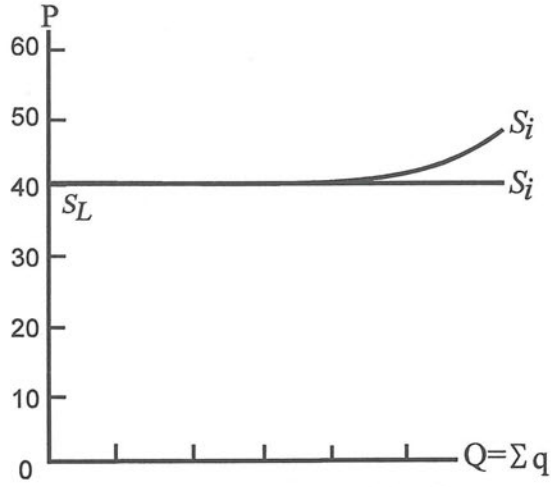
Una empresa en una industria perfectamente competitiva no tiene influencia sobre el precio del bien vendido y debe tomar el precio como dado, ya que ésta forma una parte pequeña del mercado que se podría considerar insignificante. El precio en este caso será determinado por medio de la interacción de la demanda con la oferta en el mercado.

---

227 LEROY MILLER, Roger y MEINERS, Roger E. *Economía Micro y Macro.* Tomo II. Bogotá: McGraw Hill, 1994, p. 364.

228 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, p. 641.

«Cuando una industria está formada por empresas competitivas que tienen curvas de costo idénticas y cuando éstas pueden entrar en ella y abandonarla libremente, la condición de equilibrio a largo plazo es la siguiente: el precio es igual al costo marginal, que es igual al punto de costo medio mínimo de cada una de las empresas idénticas. Así pues: P=CM=Cme mínimo = Precio de nivelación»[229].



Cantidad producida por la Industria

Como dice Craig W. Conrath[230] «...este estado de "equilibrio" no existe en el mundo real. Más bien el mundo real está trabajando de manera constante hacia esas soluciones en varios mercados, pero el objetivo esta cambiando permanentemente, justo como las variables...». «La competencia es un proceso dinámico».

Para Samuelson la mayor parte de las situaciones del mercado están en realidad en algún punto que une dos extremos: El de Competencia perfecta y el del monopolio absoluto. Este autor complementa a su apreciación al distinguir la competencia imperfecta.

Si el monopolio o el oligopolio y las técnicas conexas de control desarrolladas por algunos ofertantes en el mercado impiden la competencia perfecta será el Estado el organismo encargado de distribuir y controlar de la mejor manera los recursos.

Según los autores Cooter y Ulen[231] son cuatro las condiciones necesarias que distinguen a los mercados de competencia pura de otras estructuras de mercado, a saber:

- Homogeneidad del producto.- Para que exista la competencia pura en un mercado todos los vendedores del producto que se están intercambiando deben vender unidades homogéneas del mismo. A los consumidores les da lo mismo obtener sus productos de un fabricante o productor que de otro.

---

229 *Ibidem*, p. 634.

230 CONRATH (s/f). *Op. cit.*

231 COOTER, Robert y ULEN Thomas. *Derecho y Economía.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 20.

- Volumen de compra o de venta pequeño en relación con el mercado.- Cada comprador y cada vendedor del producto de que se trata es pequeño en relación con la totalidad del mercado del producto. Este relativo volumen no permite que se influya en grado importante en su precio. Por el lado de la venta, el vendedor individual suministra una producción tan pequeña de la oferta total, que si el vendedor se retira del mercado no disminuye la oferta total del mercado lo suficiente para ocasionar el alza del precio. Del lado de la compra, cualquier comprador individual toma una proporción tan pequeña del total colocado en el mercado que no está en posibilidad de influir en su precio.

- Ausencia de limitaciones artificiales.- Para que exista competencia pura no debe existir limitaciones artificiales a la demanda, la oferta o los precios de cualquier cosa que se intercambie. Por una parte no existe fijación de precios por parte del gobierno ni fijación institucional o control de precios por las asociaciones de productores, sindicatos, etc. Por otra parte tampoco existe restricción sobre la oferta, fijada por el gobierno o por grupos organizados de productores.

- Movilidad.- Otro requisito para que se dé competencia pura es que exista la movilidad de los bienes y servicios y de los recursos en la economía.

Como hemos señalado anteriormente en realidad no existe un mercado donde se presente la competencia perfecta que es más un modelo ideal pero su comprensión sirve de marco para comparar y evaluar el desempeño real de la economía. Es un punto de partida para comprender los principios de la competencia imperfecta y sus aplicaciones.

1.3.3. La Competencia Imperfecta

Mochón considera que «una industria es de competencia imperfecta cuando las empresas oferentes influyen individualmente en el precio del producto de la industria»[232].

Así, mientras en la competencia perfecta las empresas son precio-aceptantes, en los mercados en donde la competencia es imperfecta las empresa actúan como precio-ofertantes.

Samuelson y Nordhaus consideran que «existe competencia imperfecta en una industria si todos los vendedores pueden controlar en alguna medida el precio del bien de esa industria»[233].

Mochón[234], considera que existen características básicas de la competencia imperfecta como son:

1) Las variables de ajuste pueden ser los precios o las cantidades;

2) Hay limitaciones a la entrada de nuevas empresas;

3) No existe movilidad plena de los factores.

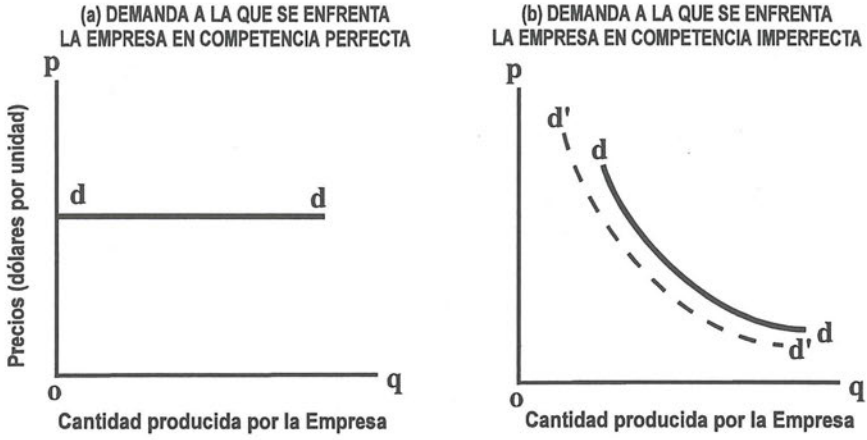
---

232 MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 134.

233 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, p. 659.

234 MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 135.

La diferencia entre competencia perfecta e imperfecta puede graficarse de la siguiente manera.



Mochón[235] señala que existen causas que generan la imperfección de los mercados. Las principales son dos:

1) Los costos de producción.- Que se presentan cuando en una industria se presentan economías de escala en la producción y a raíz de ello costos decrecientes que generan tales niveles de costo que las empresas pequeñas no pueden equiparar.

2) Barreras a la entrada.- Estas barreras aparecen cuando encontramos determinadas restricciones legales o por la diferenciación del producto. Las barreras reducen el número de competidores que pueden entrar en una industria por debajo del número que existiría atendiendo a razones de costo o eficiencia.

Dentro de las restricciones encontramos a las patentes, restricciones legales o administrativas normalmente ligadas a la provisión de servicios públicos así como las tarifas y cuotas al comercio internacional.

Además de estas restricciones hallamos también barreras económicas como producto de la diferenciación en los productos. Estas barreras dificultan la competencia. Esta diferenciación puede presentarse por publicidad y creación de marcas o también por la localización de planta.

Esto origina que la demanda de cada uno de los productos sea relativamente pequeña y que no pueda soportarse un número elevado de empresas que operen en el mercado de forma eficiente.

Nicholson[236] señala, concordando con Mochón, como causas de la competencia imperfecta las siguientes:

---

235 *Ibidem*, p. 137.

236 NICHOLSON (1983). *Op. cit.*, pp. 321-322.

1. Obstáculos técnicos para la entrada.- Que surgen cuando la tecnología de la producción es tal que pocas empresas de gran escala son eficientes. Esto puede presentarse por un conocimiento especial de una técnica productiva de bajo costo.

2. Barreras legales de entrada.- Nicholson considera que los monopolios se establecen más por ley que por las condiciones económicas, nombrando entre estas a las barreras creadas por las patentes y por la concesión de franquicia exclusivas.

La estructura del mercado de una industria indica sus características organizativas. Las más importantes son: el número y dimensiones de los vendedores, el grado de concentración y de colusión entre las empresas y el grado de homogeneidad o heterogeneidad de sus diferentes productos.

1.3.3.1. El Monopolio

La competencia tiene extremos. En uno de los extremos que hallamos en la competencia perfecta y en el otro extremo se encuentra el monopolio. Así como la competencia perfecta es un modelo teórico y que en la práctica casi nunca ha existido, en el caso del monopolio puro sucede lo mismo.

El caso extremo de un mercado imperfectamente competitivo es el monopolio ya que solo hay un único oferente en la industria. Así, se dice que una empresa tiene el monopolio de un bien o servicio cuando posee la capacidad de modificar el precio de venta de dicho bien o servicio. Bajo las condiciones de un monopolio existe un vendedor de un bien para el que no hay sustitutos aceptables.

El Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia define al monopolio de la siguiente manera:

> «Situación de un mercado en el que sólo hay un único vendedor. En el análisis económico tradicional, el concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta. Por definición, la curva de demanda del monopolizador es la del conjunto del sector y resulta decreciente. Por consiguiente, el monopolizador domina muy ampliamente el precio que aplica, es decir, que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo.
>
> Si se compara el monopolio con una situación de competencia perfecta, se comprobará que el monopolizador fija un precio más elevado, produce menos y obtiene un beneficio superior a lo normal (a veces calificado como "renta de monopolio"). Al tener que pagar más caro los consumidores por la adquisición de los bienes o servicios, hay pérdida neta de bienestar. Se produce, además, una transferencia de la renta de los consumidores en beneficio de la empresa en situación de monopolio.
>
> Tales son los efectos negativos que se pueden atribuir al monopolio en el marco de un análisis puramente estático. Pero el monopolio amenaza con tener otras incidencias negativas. Se desarrolla a veces el siguiente argumento: El monopolizador, al escapar con gran ventaja a las presiones de la competencia, no se ve apenas incitado a reducir sus costos o a modificar su tecnología. Además, la búsqueda de una situación de monopolio constituye a veces fuente de derroche. El argumento contrario consiste en que un cierto poder de monopolio es necesario para que la empresa, gracias a un aumento de beneficios, se vea estimulada a innovar.
>
> Es preciso distinguir el monopolio del poder sobre el mercado. Hay situación de poder sobre el mercado cada vez que la empresa tenga una curva de demanda decreciente y pueda

sacar partido de ello para elevar sus precios por encima del nivel de competencia. Podemos encontrarnos en presencia de una situación de poder sobre el mercado no sólo en caso de monopolio, sino también en caso de oligopolio, de competencia de monopolio o de situación dominante.

El monopolio sólo puede subsistir si existen barreras de entrada. Las barreras que permiten al monopolio perdurar resultan a menudo de una protección reglamentaria otorgada en virtud de patentes o de concesiones. Ciertos monopolios aparecen y permanecen sin embargo con motivo de su comportamiento estratégico o de las economías de escala que realizan. En este último caso, se trata de monopolios naturales, que se caracterizan a menudo por una curva rápidamente decreciente de los costos medios a largo plazo y de los costos marginales y por un mercado de un tamaño tal que una sola empresa está en condiciones de sacar partido de economías de escala.

El derecho y la política de la competencia califican a veces de monopolios a situaciones en las cuales una empresa posee una cuota de mercado inferior al 100 por ciento. El trámite es diferente en cada país, según los criterios que se mantengan en materia de cuota de mercado»[237].

Los monopolios exclusivos son raros en la actualidad. A este tipo de monopolios Kafka[238] los llama Monopolio Perfecto. Para que exista debe cumplir con los siguientes supuestos:

a) Existencia de un solo productor;

b) Existencia de barreras en la entrada al mercado; y

c) Existencia de muchos demandantes no organizados.

Según Mochón[239] las causas que explican la aparición del monopolio son:

1. El control de un factor productivo de forma exclusiva por una empresa o la capacidad exclusiva de acceder a las fuentes más importantes de las materias primas que son indispensables para la producción de un determinado bien.

2. La explotación con carácter de exclusividad de ciertas técnicas que previamente han sido patentadas; es de señalar que esto provee al monopolista el uso exclusivo de una invención concreta, pero no impide que los competidores produzcan sustitutos de ella.

3. Los monopolios legales que pueden ser estatales o regulados. Dentro de los estatales tenemos: el servicio de correos y telégrafos, los ferrocarriles y la venta de gasolina y carburantes; y dentro de los regulados tenemos: el servicio telefónico, abastecimiento de agua y gas, la recolección de basura y transporte urbano. Asimismo el abastecimiento de electricidad generalmente es un monopolio concedido por el Estado a empresas privadas para áreas geográficas concretas. Los transportes terrestres, aéreos y marítimos de pasajeros suelen ser monopolios estatales o contratados públicamente. También es frecuente que la venta de tabaco se realice en régimen de monopolio contratado públicamente.

4. Cuando surge como consecuencia de características técnicas de algunas industrias que determina que no deba entrar más de una empresa en ellas. El monopolio natural es aque-

---

237 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 61-62.

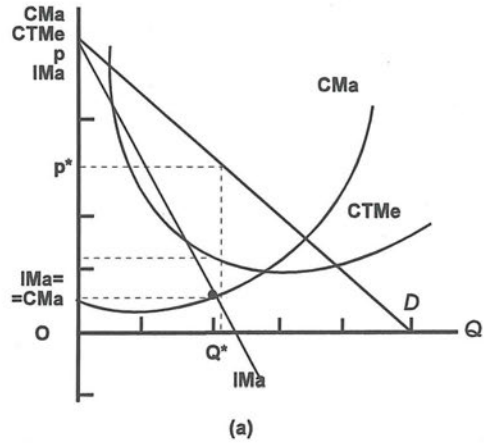
238 KAFKA (1984), *Op. cit.*, p. 341.

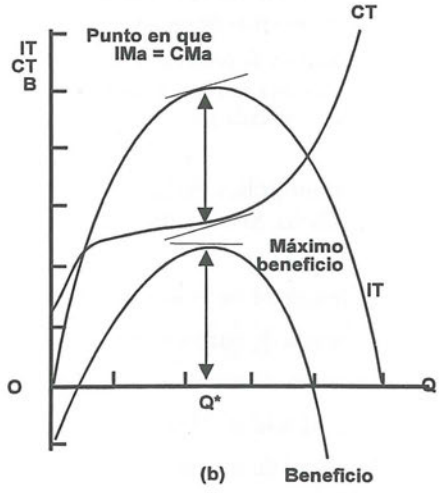
239 MOCHON (1997). *Op. cit.*, pp. 138-139.

lla industria en la que el nivel de producción óptimo, cualquiera que sea éste, puede alcanzarse de una forma más barata por una empresa que por dos o más.

El monopolio «es la única empresa en la industria; Por lo tanto, la curva de demanda a la cual se enfrenta es la curva de demanda de la industria o de mercado. Por su parte, el mercado entero solamente le compra a un único vendedor»[240].

La empresa monopolista estará en equilibrio cuando al incrementar la producción en una unidad, la variación de los ingresos y los costos sea igual. En este sentido el equilibrio del monopolista se alcanza donde el ingreso marginal es igual al costo marginal.





El ingreso marginal se define como el cambio del ingreso total debido a un cambio unitario del volumen vendido. El ingreso marginal se encuentra relacionado con el precio y con la elasticidad precio de la demanda. La relación matemática que se presenta es la siguiente:

$$IM = P\,(1 + 1/n)$$

«El monopolio tiene la capacidad de elevar la curva de la demanda de su producto, lo que conduce a un exceso de producción antes que a una deficiencia, para engañar sobre el precio o la calidad de su producto o lograr que el gobierno reduzca la oferta de los productos sustitutos o incremente la demanda de productos complementarios»[241].

Posner[242] considera los siguientes factores negativos como propios del monopolio:

1. El monopolista tiene menos qué ganar de la innovación ya que se ha apropiado del excedente del consumidor disponible;

2. El monopolista tiene menos qué perder que una empresa competitiva por la ausencia de innovación;

---

240 LEROY MILLER y MEINERS (1994). *Op. cit.*, p. 382.

241 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 267.

242 *Ibidem*, pp. 267-268.

3. Las empresas difieren en cuanto su capacidad de innovación, haciendo más probable que el mercado contenga por lo menos un innovador por encima del promedio, quien incrementará la tasa de innovación.

Posner, al comentar sobre el impacto del monopolio sobre el mercado, nos dice[243]:

EL PRECIO Y LA PRODUCCION DEL MONOPOLISTA

Un vendedor no vendería a un precio menor que su costo de oportunidad, porque ello significaría sacrificar un precio mayor por otro menor. ¿Qué determina el límite superior de su precio? Suponiendo que su meta es la maximización de los beneficios (la diferencia entre los ingresos totales y los costos totales), su elección del precio se ve limitada por la demanda de su producto y por el costo de producción.

Para relacionar el precio con el ingreso y por ende con el beneficio necesitamos el concepto de ingreso marginal: la contribución al ingreso total de la venta de una unidad adicional. Mientras que el ingreso marginal sea positivo, el ingreso total estará creciendo. Cuando el ingreso marginal baja a cero (o menos), ello significa que una venta adicional no aumentará (o disminuirá) el ingreso total.

Si se conoce la curva de demanda, la curva del ingreso marginal podrá derivarse matemáticamente de ella; esto se ha hecho en la gráfica 1[244]. El punto en el que la curva del ingreso marginal intersecta al eje horizontal marca el nivel de la producción (q en la gráfica 1) que maximiza el ingreso total. El precio correspondiente a ese nivel de producción es p. Si el vendedor vendiera una cantidad menor, se encontraría a la izquierda de esa intersección y la producción adicional aumentaría sus ingresos totales. Si vendiera una cantidad mayor, su ingreso se encontraría en la región negativa de la curva del ingreso marginal, lo que significa que una reducción de la producción aumentaría su ingreso total.

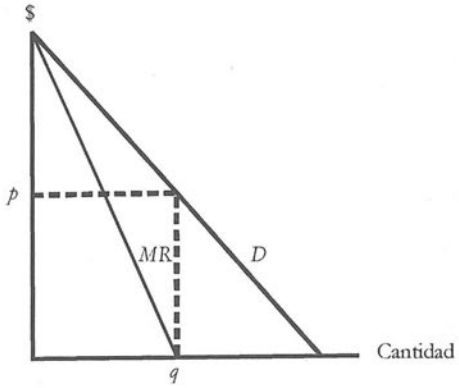
El efecto del precio sobre la cantidad y por ende sobre el ingreso (precio por cantidad) se resume en el concepto extremadamente útil de *elasticidad*. El cambio proporcional de una variable causado por un cambio proporcional en otra. Aquí nos interesa la elasticidad de la demanda respecto al precio, es decir, el efecto proporcional de un cambio proporcional (muy pequeño) en el precio sobre la cantidad demandada. Por ejemplo, si un aumento de 1% en el precio hace que la cantidad demandada disminuya en 2%, la elasticidad de la demanda respecto al precio (o para abreviar, simplemente la elasticidad de la demanda) es -2 (¿por qué menos?). Si la elasticidad de la demanda fuese -1 ello significaría que un aumento de 1% en el precio causaría una reducción de 1% en la cantidad demandada, de modo que el ingreso total permanecería constante. Este, el punto de elasticidad unitaria, es el punto de la curva de demanda en el que la curva del ingreso marginal intersecta al eje horizontal. En to-

243 POSNER (s/f). *Op. cit.*, pp. 259-298.

244 El ingreso marginal es simplemente la tasa de cambio o, en términos matemáticos, la primera derivada del ingreso total. La demanda es simplemente la curva del ingreso medio (ingreso total dividido por la cantidad), o precio, a diversos niveles de producción. En el caso especial en que la curva de demanda por un producto puede aproximarse por una línea recta, como en la gráfica 1, la curva del ingreso marginal puede ubicarse muy fácilmente trazando una línea recta a partir de la intersección de la curva de demanda con el eje vertical hasta un punto del eje horizontal situado a medio camino entre el origen y la intersección de la curva de demanda con el eje horizontal. Véase un tratamiento matemático simple en POSNER, Richard A. *Antitrust Law. An Economic Perspective* 237-244 (1976). Lo que es importante entender es el hecho de que el ingreso marginal baja más de prisa que el precio. La razón es que siempre que el vendedor baja su precio, lo baja para toda su producción (a menos que practique la discriminación de precios que se describe más adelante); por lo tanto, el precio que obtiene por la última unidad vendida agrega a sus ingresos totales una suma menor que la de ese precio.

dos los puntos de la curva de demanda a la izquierda de esta intersección, decimos que la demanda es elástica porque en esa región un aumento del precio provocará una reducción proporcionalmente mayor de la cantidad demandada y por ende una reducción del ingreso total. A la derecha, decimos que la demanda es inelástica porque en esta región un aumento del precio provocará una reducción proporcionalmente menor de la cantidad demandada y por ende un aumento del ingreso total.

Gráfica 1

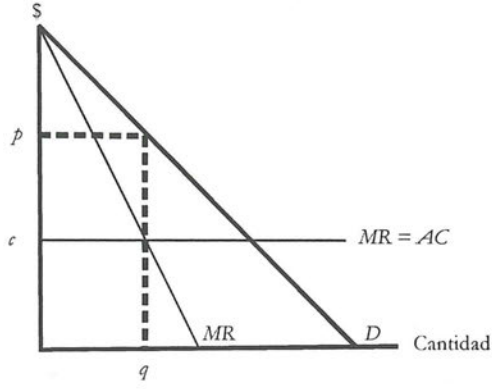


Dado que al vendedor le interesa su ingreso neto, o beneficio, más que su ingreso bruto, necesita considerar el efecto de su elección de precio sobre su costo total y sobre su ingreso total. El precio afecta a ese total pues determina el número de unidades que se producirán y también, si el costo marginal varía con el nivel de la producción, el costo por unidad producida. Recordemos que el costo marginal es el cambio en los costos totales cuando se produce una unidad equivalentemente; es la adición a los costos totales de la última unidad producida. También hay costos fijos (el gasto de la obtención de una patente sería buen ejemplo), costos que no se ven afectados por la producción, pero son irrelevantes para la determinación del precio y el nivel de producción, porque por definición no suben ni bajan si el monopolista cobra un precio muy elevado y produce poco o un precio muy bajo y produce mucho.

Dado que el vendedor que trata de maximizar su beneficio expandirá la producción mientras que una unidad adicional vendida agregue más a su total que a su costo total, y se detendrá cuando la venta de una unidad adicional aumente su costo total en mayor medida que su ingreso total, la producción que maximiza el beneficio es la cantidad donde se igualan el ingreso marginal y el costo marginal, q en la gráfica 2. En este nivel de producción, el ingreso total es pq y el costo total (costo medio por cantidad) es cq[245]. Adviértase que si la producción fuese menor, el beneficio sería menor también, porque el vendedor estaría a la izquierda de la intersección, donde la producción adicional agregaría más al ingreso total que al costo total. Con una cantidad mayor, el beneficio sería también menor. El vendedor se encontraría a la derecha de la intersección, en la región donde cada unidad vendida agrega más al costo total que al ingreso total (es decir, donde el costo marginal supera al ingreso marginal).

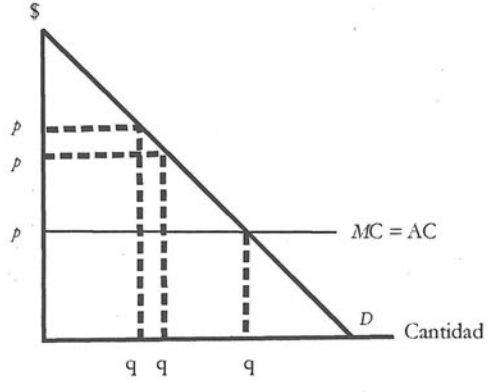
245 Para simplificar las cosas, supondremos que los costos marginales son constantes y que la empresa no tiene costos fijos, es decir, sólo tiene costos variables. Bajo estos supuestos, el costo marginal es igual al costo medio.

Gráfica 2



Otro nombre de *p* en la gráfica 2 es el precio monopólico, porque es el precio que cobraría una empresa que no tenga competencia ni tema tenerla. La competencia haría insostenible ese precio. Supongamos que A, inicialmente el único vendedor del producto (adminículos, por supuesto), cuyas curvas de costo y de demanda se indican en las gráficas 1 y 2, establece un precio de *p* y vende *q* adminículos, y que otros vendedores pueden producir y vender adminículos al mismo costo que A. Uno de ellos, B, atraído por los grandes beneficios de A *(pq - cq)*, decide fabricar y vender adminículos, también al precio *p*. La gráfica 3 muestra el resultado. Si B vende la cuarta parte de los adminículos de A (la producción de B es *q'- q*), la cantidad total de adminículos en el mercado *(q')* será un cuarto mayor que antes. Los consumidores no pagarán *p* por la cantidad mayor de adminículos, sino sólo *p*. Es posible que A y B reduzcan ahora sus producciones, pero C, D, E y otros están esperando para entrar al mercado a fin de capturar una porción de los beneficios que atrajeron a B. La entrada continuará hasta que el precio baje a *p"*, donde es exactamente igual al costo de oportunidad de la producción de adminículos adicionales. La entrada resulta atractiva hasta que se llegue a ese punto, porque los recursos destinados a la fabricación de adminículos ganan más que su costo de oportunidad y, por lo tanto, más de lo que podrían ganar en mercados competitivos. No obstante, la producción de adminículos no se expandirá más allá de *q"* (correspondiente a *p"*) porque entonces tales recursos estarían ganando menos que su costo de oportunidad.

Gráfica 3



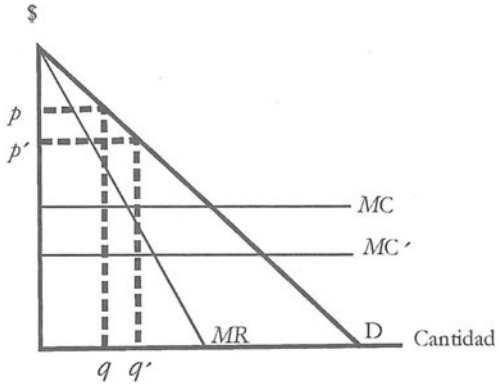
La posibilidad de la entrada parece convertir al monopolio en un concepto puramente académico. Sin embargo, la entrada requiere a veces largo tiempo, o está prohibida, o el nuevo competidor no puede producir a un costo tan bajo como el de la empresa existente. Un ejemplo importante del impedimento a la entrada es el monopolio de protección gubernamental, como en el caso de las patentes.

El monopolio no es una condición suficiente para la existencia de precios monopólicos y tampoco es una condición necesaria. Imaginemos un mercado de 100 vendedores, cada uno de los cuales produce 1000 unidades, y que es imposible la expansión de la producción por las empresas existentes o por la entrada de empresas nuevas. Cada uno de los vendedores tendrá un poder monopólico: el poder de aumentar el precio del mercado por encima del nivel competitivo. Por ejemplo. si uno de los 100 vendedores redujera su producción de 1000 a 900 unidades, la producción total del mercado bajaría de 100000 a 99900 unidades y el precio del mercado aumentaría, como si un monopolista del producto hubiese decidido reducir su producción en la misma cantidad.

EFECTO DE LOS CAMBIOS EN EL COSTO O LA DEMANDA SOBRE EL PRECIO MONOPÓLICO

Veamos lo que ocurre con el precio y la producción óptimos del monopolio si aumentan o disminuyen sus costos o si cambia la demanda. Si los costos bajan (a menos que se trate de los costos fijos), el precio óptimo del monopolio bajará y su producción aumentará. Recuérdese que el monopolista deja de expandir su producción en el punto donde se intersectan su curva de ingreso marginal y su curva de costo marginal. Si la curva del costo marginal baja, la curva del ingreso marginal se encontrará ahora por encima de ella, y el monopolista aumentará su producción hasta que esa curva se intersecte de nuevo con la curva del costo marginal. Esto se muestra en la gráfica 4.

Gráfica 4

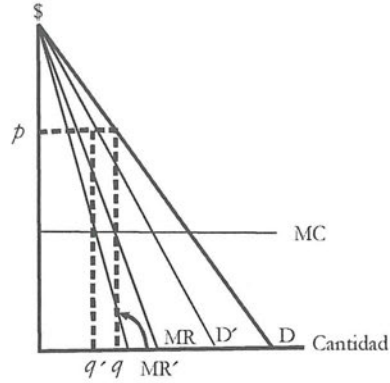


Supongamos que baja la demanda. Es decir, a cualquier precio dado, los consumidores comprarán menos del bien en un porcentaje igual (en la gráfica 5, cerca de 25% menos). Si los costos marginales son constantes, como en la gráfica 5, el monopolista no cambiará su precio. El costo marginal permanece constante. Lo mismo ocurre con la respuesta (elasticidad) de la cantidad demandada ante un cambio del precio: aunque los consumidores comprarán menos a cualquier precio, no se modificará el cambio proporcional de la cantidad demandada provocado por un cambio de precio. Por lo tanto, el monopolista cobrará el mismo precio que antes pero venderá menos porque la demanda es menor. Esto ilustra un

punto importante, el precio monopólico depende sólo de la elasticidad de la demanda y de los costos marginales.

Si la demanda baja y los costos marginales del monopolista no son constantes, cambiará el precio monopólico óptimo. Una curva de costo marginal que no es horizontal implica que el costo marginal es diferente a niveles diferentes de la cantidad producida. Dado que un cambio de la demanda modificará la producción óptima del monopolista, cambiará su costo marginal y por lo tanto también su precio.

Gráfica 5



CONSECUENCIAS DEL MONOPOLIO PARA LA EFICIENCIA

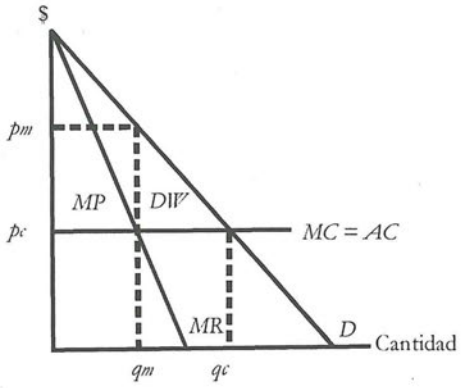
Vemos en la gráfica 3 que la producción es menor bajo el monopolio que bajo la competencia: q en lugar de q'' Esto es así porque el precio del monopolio hace que algunos consumidores cambien a otros productos, que se vuelven más atractivos por el aumento del precio monopólico. La sustitución involucra una pérdida de valor. Esto puede verse más fácilmente si suponemos que para cada uso del producto monopolizado hay un producto sustituto idéntico de precio menor. El monopolio hace entonces que algunos consumidores satisfagan sus demandas con otros bienes cuya producción es más cara que la del bien monopolizado. El costo adicional es un desperdicio para la sociedad.

Este costo es aproximadamente igual al triángulo marcado *DW* (el peso muerto) en la gráfica 6. Imaginemos que el precio aumenta gradualmente de Pc. a Pm. con cada aumento, los consumidores se cambian a sustitutos más costosos, de modo que el último consumidor compra un producto cuya producción cuesta infinitamente menos que el precio monopólico[246].

---

246 Sin embargo, adviértase que este análisis depende del supuesto de que el sustituto se vende a precio competitivo. En caso contrario, el monopolio podría prevenir, en lugar de fomentar, que haya un peso muerto. Por ejemplo, supongamos que los botones de cuero están monopolizados y se venden a un precio de 10, aunque su costo de producción es de sólo 6. Los botones de plástico, el sustituto más próximo de los botones de cuero se venden a 8 cada uno. A resultas de la monopolización de los botones de cuero, algunas personas compran en su lugar botones de plástico, y si el precio de un botón de plástico es igual a su costo, esta sustitución será ineficiente. Un producto cuya producción cuesta 8 se está comprando en lugar de otro cuya producción cuesta 6.
Supongamos en cambio que los botones de plástico no se están vendiendo a un precio igual a su costo. Su precio de 8 es un precio monopólico; su producción cuesta sólo 2, es decir, menos que la de botones de cuero. Cuando los botones de cuero se están vendiendo al precio monopólico de 10, el consumidor comprará más botones de plástico a pesar de su precio monopólico, y esto es eficiente porque la producción de

Gráfica 6



El concepto de peso muerto ilustra muy bien la distinción entre la concepción económica y la concepción utilitaria del bienestar. La conclusión de que *DW*, en la gráfica 6, es un costo social neto se basa en el supuesto de que un peso vale lo mismo para los consumidores y los productores, de modo que los factores distributivos se omitirán en la evaluación de los costos sociales. Para *MP*, la transferencia de riqueza de los consumidores a los productores, que se genera al aumentar el precio del nivel competitivo al nivel monopólico, se trata como algo irrelevante; la pérdida de los consumidores se iguala a la ganancia de los productores. El costo social del monopolio sería mayor que *DW* si se pensara que una pérdida de $1 para los consumidores genera menos valor que un peso de beneficio para los productores, y sería menor que *DW* si se supusiera lo contrario.

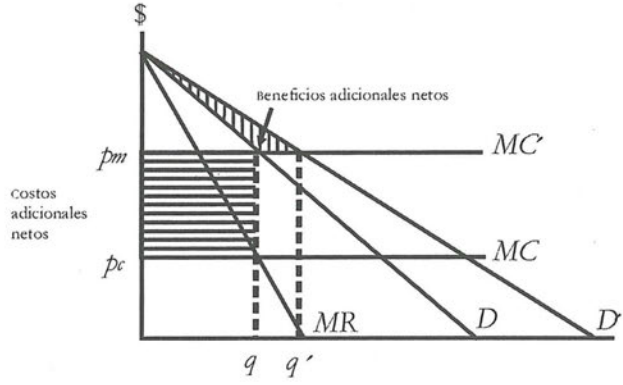
La transferencia de riqueza de los consumidores a los productores, generada por el precio monopólico, es una conversión del excedente del consumidor al excedente del productor. El excedente del consumidor es el área bajo la curva de demanda por encima del precio competitivo; en la gráfica 6 es el triángulo cuya base es la línea designada *MC = AC*. *MP* es la parte del triángulo que se transforma en excedente del productor. *DW* es la parte que se pierde. El área restante sigue siendo el excedente del consumidor. El excedente del consumidor es una medida del valor agregado que los consumidores asignan a un producto por encima del precio que pagan por él. A medida que aumenta el precio, los consumidores que no valúan grandemente el producto se pasan a productos sustitutos, mientras que quienes se mantienen fieles al producto obtienen un valor neto menor por sus compras, porque están pagando un precio mayor.

Aunque *MP*, la parte del excedente del consumidor que se convierte en excedente del productor, parece un pago de transferencia pura, puede ser una fuente de costos sociales, aunque no se ponderen los efectos distributivos de las transferencias de consumidores a productores. Supongamos, en la gráfica 7, que el mercado contiene muchas empresas pero el gobierno fija el precio en Pm y prohíbe nuevas entradas al mercado. Dado que cada venta adicional que pueda hacer un vendedor le producirá un rendimiento monopólico de Pm – Pc, cada vendedor tendrá un incentivo para incrementar su parte en el mercado. No lo puede

botones de plástico cuesta menos. Si termina el monopolio de los botones de cuero, el precio bajará hasta el nivel competitivo de 6, y los consumidores empezarán a sustituir los botones de plástico por los botones de cuero, Ésta es una sustitución ineficiente, suponiendo que los botones de cuero no valen 4 (6 - 2) más que los botones de plástico. Sin embargo, es dudosa la importancia empírica de este tipo de problema (el problema del óptimo condicionado o *«second best»)*. SCHMALENSEE, Richard. *The Control of Natural Monopolies* 30-31 (1979).

hacer bajando el precio, porque eso está prohibido, de modo que tratará de volver su producto más atractivo que el de sus competidores en otras formas: mejorando su calidad, proveyendo mejor servicio, etc. El proceso de competencia con variables distintas del precio continuará, en ausencia de algún acuerdo para limitarlo. hasta que los costos marginales de los vendedores aumenten al nivel del precio fijado, en cuyo punto los gastos adicionales en el mejoramiento del producto, generarían una pérdida. Este proceso competitivo aumenta el valor del producto para el consumidor (es decir, aumenta la demanda), pero es posible que los costos superen a los beneficios del consumidor, generando una pérdida social neta como en la gráfica 7.

Gráfica 7



Hasta antes de la desregulación de la industria aeronáutica a principio de los años ochenta, la Junta de Aeronáutica Civil Norteamericana impedía la competencia de precios entre las aerolíneas que regulaba y la creación de nuevas aerolíneas troncales. En consecuencia, los precios cobrados por las aerolíneas excedían los niveles competitivos. Sin embargo, la industria no tenía beneficios monopólicos y, es más, se encontraba periódicamente al borde de la quiebra. Los beneficios monopólicos potenciales se habían transformado en costos por una vigorosa competencia en variables distintas del precio, en particular la programación de vuelos excesivamente frecuentes, lo que generó una baja utilización de la capacidad y por ende elevados costos por pasajero transportado[247].

Cuando el gobierno no trata de impedir la competencia de precios y las nuevas entradas, el problema de la competencia dispendiosa en el servicio es menos agudo. Sin embargo, si un monopolio o cartel tienen algunos beneficios monopólicos esperados, esa expectativa inducirá a las empresas a gastar recursos en la formación y el mantenimiento de monopolios y carteles y, una vez formados (en el caso cartel), en el aseguramiento de la mayor porción posible de las ventas del mercado mediante la competencia en variables distintas del precio. Estos recursos se desperdiciarán (en gran medida) desde un punto de vista social.

Adviértase el estrecho paralelo con el análisis de los costos de las transferencias puramente coercitivas, como el robo. El robo es también "sólo" un pago de transferencia; la pérdida de la víctima es la ganancia del ladrón. La objeción económica contra el robo no involucra la transferencia como tal sino el efecto de la oportunidad de obtener tales transferencias al in-

247 Véanse, por ejemplo, DOUGLAS, George W. y MILLER, James C. III, «The CAB's Domestic Passenger Fara Investigation», 5 *Bell H. Econ. & Mgmt. Sci.* 205 (1974); *Airline Deregulation: The Early Experience* (John R. Meyer y Clinton V. Oster Jr., comps. 1981); MOORE, Thomas Gale. «US Airline Deregulation: Its Effects on Passengers, Capital, and Labor», 29 J. Law & *Econ.* 1 (1986).

ducir el gasto de recursos en el robo y en la prevención del robo. Hay una objeción económica idéntica contra el monopolio que es diferente del efecto de producción del precio monopólico: un efecto que no tiene contraparte en el robo.

Entre otras objeciones económicas posibles contra el monopolio, el monopolista tiene capacidad para elevar la curva de demanda de su producto (lo que conducirá a un exceso de producción antes que a una deficiencia) para engañar sobre el precio o la calidad de su producto o lograr que el gobierno reduzca la oferta de productos sustitutos o incremente la demanda de productos complementarios[248]. Algunos economistas creen también que el monopolio reduce el incentivo de una empresa para innovar y para emplear sus insumos con eficiencia. La base teórica de esta opinión es oscura, las pruebas son poco concluyentes[249]. Contra el monopolio puede argüirse:

1) El monopolista tiene menos qué ganar de la innovación. Ya se ha apropiado de gran parte del excedente del consumidor disponible; la empresa competitiva que podría convertirse en un monopolista mediante la innovación no lo ha hecho (¿Se aplica este argumento a la innovación de productos o sólo a la innovación de procesos?).

2) El monopolista tiene menos qué perder que la empresa competitiva por la ausencia de innovación. La empresa competitiva podría quebrar, y la quiebra es más costosa que la mera ausencia de grandes beneficios, porque la quiebra tiene costos de peso muerto. Si se deja de lado este punto, puede demostrarse que el castigo por no maximizar los beneficios, mediante la innovación o de algún otro modo, es el mismo para el monopolista que para la empresa competitiva, siempre que las acciones comunes del monopolista se negocien en público.

3) Las empresas difieren por lo que toca a su capacidad de innovación. Por tanto, si hay más de una empresa en el mercado, es más probable que el mercado contenga por lo menos un innovador por encima del promedio, quien incrementará la tasa de la innovación.

El principal argumento en favor del monopolio como un instrumento que alienta la innovación es que la recompensa de la innovación y la minimización del costo es a menudo mayor para el monopolista, porque el éxito del vendedor competitivo será pronto imitado por sus rivales. Es la preocupación por la pronta imitación lo que ha conducido al otorgamiento de la protección de patentes; pero las patentes, como sabemos, son limitadas en el tiempo y el alcance. Dicho de otro modo, el monopolista es más capaz que la empresa competitiva para interiorizar las externalidades, incluidas las externalidades de la información, que es lo que son los inventos.

EL PODER MONOPÓLICO

Hasta ahora hemos tratado el poder monopólico como si no creara problemas. Si hay una empresa en el mercado, tendrá poder monopólico; si las empresas del mercado actúan como una sola a través de la colusión, en conjunto tendrán poder monopólico. No obstante, a menudo no está claro si una empresa (o un grupo de empresas que podría estar fijando el precio como una sola empresa) tiene poder monopólico, y es importante para la ley antimonopólica que se pueda determinar si tiene o no ese poder. Supongamos que se fusionan dos

248 Dos productos son complementarios cuando un aumento de la demanda de uno de ellos provocará un aumento de la demanda de otro. Una industria competitiva que actúa a través de una asociación comercial podría obtener la misma clase de protección gubernamental que un monopolista. Este es un ejemplo de la proposición más general de que las empresas independientes pueden lograr a menudo los mismos resultados que el monopolio mediante la coordinación.

249 Véanse NORDHAUS, William D. *Invention, Growth, and Welfare: A Theoretical Treatment of Technological Change, parte* 1, 1969; KAMIEN, Morton I. y SCHWARTZ, Nancy L. *Market Structure and Innovation* (1982); SCHERER, F. M. *Industrial Market Structure and Economic Performance.* 3ra. Edición, 1990, capítulos 15-16.

empresas rivales. La fusión probablemente será ilegal si la empresa resultante tiene poder monopólico, o incluso si un grupo de empresas líderes, que incluye a la empresa resultante, adquiere en conjunto poder monopólico (oligopólico), pero quizá sólo en esos casos. ¿Cómo podremos saber si tendrá poder monopólico? ¿Tiene sentido hablar de grados del poder monopólico?

Recuérdese que el monopolista vende en la intersección (el punto de igualdad) del ingreso marginal y el costo marginal. Supongamos que el costo marginal es constante en el intervalo relevante de la producción y denotémoslo por *MC*. Ahora debemos encontrar *MR*. Sabemos que está relacionado con el precio *(P)* pero que es menor que el precio si el vendedor afronta una curva de demanda de pendiente negativa. Si el vendedor es una empresa competitiva, que puede vender todo lo que produce al precio del mercado sin afectar ese precio, entonces $P = MR$; toda unidad adicional vendida incrementa los ingresos de la empresa por el precio de la unidad. Pero si la curva de demanda tiene pendiente negativa, la venta de una unidad adicional aumentará el ingreso total en menos que *P*, porque la venta, al aumentar la producción, hará bajar *P*. ¿Hasta dónde? Esto depende de la elasticidad-precio de la demanda. Supongamos que la elasticidad es 3 (en realidad -3, pero podemos olvidarnos del signo negativo). Esto implica que un aumento de 1% en la producción generará 1/3 de 1% de disminución en el precio, lo que implica un aumento neto de los ingresos totales de 2/3 de 1%. Generalizando a partir de este ejemplo, podemos calcular el ingreso marginal de acuerdo con esta fórmula: $MR = P(1 - 1/e)$, donde *e* es la elasticidad-precio de la demanda[250]. Dado que $MR = MC$, y puesto que el precio competitivo sería igual a *MC*, podemos escribir (con un poco de reordenamiento) la razón entre el precio monopólico y el precio competitivo, *P/MC*, como $e(e - 1)$[251]. Así que, entre mayor sea la elasticidad de la demanda, menor será la razón entre el precio monopólico y el precio competitivo, y menor será el poder monopólico de la empresa. (¿Por qué *e* debe ser mayor que 1?) Si *e* fuese infinita, lo que significaría que la empresa afronta una curva de demanda perfectamente horizontal (¿por qué haría esto infinita a *e*?), *P* sería igual a *MC* y la empresa no tendría poder monopólico. Si, como en nuestro ejemplo, *e* es 3, el precio monopólico será 50% mayor que el precio competitivo; si es 2, el precio monopólico será el doble del precio competitivo.

Esta fórmula es útil para demostrar que el poder monopólico: 1) es variable y no constante, y 2) depende por entero de la elasticidad de la demanda que afronte la empresa en su precio maximizador del beneficio. Otra fórmula nos permite derivar esa elasticidad (llamémosla *edf)* a partir de la elasticidad de la demanda afrontada por el mercado del que la empresa forma parte *(edm)*, la elasticidad de la oferta de las otras empresas en el mercado *(es)* y la participación de la empresa en el mercado *(S)*. Esta fórmula es $edf = edm / S + es (1 - S)/S$. Si una empresa tiene 100% del mercado, la elasticidad de la demanda afrontada por la empresa es, por supuesto, la misma elasticidad de la demanda afrontada por el mercado. Entre menor sea la participación de la empresa en el mercado, mayor será la elasticidad de la demanda que afronta en relación con la elasticidad de la demanda afrontada por el mercado.

Este es un resultado enteramente intuitivo. Es posible que no haya buenos sustitutos para los adminículos, en cuyo caso su precio podría tener que aumentar mucho antes de que surja una sustitución sustancial de otros productos; *edm* podría ser entonces sólo 2, de modo que si todos los productores de adminículos redujeran su producción en 2%, el precio aumentaría sólo 1%. Un productor que vende sólo 10% de los adminículos producidos por el mercado no puede generar un aumento de 1% en el precio reduciendo su propia producción en

250 Por lo que toca a la derivación de las fórmulas de esta sección, véase LANDES, William M. y POSNER, Richard A. «Market Power in Antitrust Cases», *94 Harv. L. Rev.* 937, 983-986 (1981).

251 Esto supone que MC es constante (una línea horizontal). Véase *ibidem*, p. 941, por lo que toca a la importancia del supuesto, adoptado aquí para simplificar la exposición.

2%; deberá reducir la producción de todo el mercado en 2%, lo que significa que deberá reducir su propia producción (que es sólo la décima parte de la producción del mercado, en 20%. Por tanto, *edf* sería 20 aunque los competidores de las empresas no respondieran a su reducción de la producción aumentando la propia. Por supuesto que lo harían, dependiendo de la elasticidad de la oferta (la respuesta de la cantidad ofrecida ante un pequeño incremento del precio).

Supongamos que la elasticidad de la oferta de los competidores es 1, lo que significa que un aumento de 1% en el precio los haría incrementar su producción en 1%. Entre mayor sea su participación relativa en el mercado ([1 – S /S), mayor será la reducción que su producción adicional causa en el precio del mercado, cuando una sola empresa reduce su propia producción en un esfuerzo por elevar el precio. Con el supuesto de que *es = 1* y que el monopolista putativo tiene sólo 10% del mercado, se demuestra sin dificultad que, luego de tomar en cuenta la respuesta de la oferta, *edf* no es 20 sino 29. Por supuesto, esto supone que las empresas rivales son 'tomadoras de precios'; es decir, que cuando el precio aumenta, esas empresas expanden automáticamente su producción hasta que su costo marginal sea igual a ese precio. Si limitan su producción a fin de elevar el precio del mercado, volveremos a las indeterminaciones de la teoría del oligopolio.

OTROS IMPEDIMENTOS PARA EL MONOPOLIO: COMPETENCIA POR EL MERCADO, DURABILIDAD, NUEVO INGRESO

Si un comprador acepta comprar a un vendedor único todo lo que necesite de un bien particular, el vendedor adquirirá así un monopolio —de cierta clase— sobre esta oferta. El comprador no pagará más que el precio competitivo si se satisfacen tres condiciones: que haya varios vendedores en posición de abastecerlo, que estos vendedores no se coludan, y que no sea prohibitivo el costo de la elaboración de un contrato eficaz para el periodo del monopolio. Porque entonces los vendedores lucharán entre sí para ofrecer un contrato atractivo y el precio del contrato será el precio competitivo[252]. Supongamos que, una vez que el vendedor que ha obtenido el contrato empieza a cumplirlo, deberá pasar largo tiempo antes de que nadie más pueda sustituirlo como proveedor del comprador. En tal situación, el comprador necesitará un contrato de largo plazo que lo proteja contra el precio monopólico, y los contratos a largo plazo pueden involucrar costosas inflexibilidades.

Hay una dificultad especial en la monopolización de bienes durables[253] ilustrada muy dramáticamente por el caso de la tierra. Si una persona fuese propietaria de toda la tierra de los Estados Unidos y quisiera venderla a un precio que maximizara sus beneficios, como cualquier otro monopolista fijaría un precio al que sólo se compraría una parte de la tierra. Una vez que la venta se hubiese consumado, el vendedor tendría un incentivo para empezar a vender las porciones restantes de la tierra a un precio menor, hasta que finalmente se vendiera toda la tierra. Sabiendo esto, la gente no pagaría su precio inicial y el intento de monopolización fracasaría.

Los diamantes son también un bien durable, pero la producción de diamantes ha estado controlada desde hace largo tiempo por un cartel internacional que limita la producción y cobra precios monopólicos[254]. Al revés de lo que ocurre con la tierra, sin embargo, los diamantes se producen en forma continua. Si un año el cartel elevara su producción de di-

252 DEMSETZ, Harold. «Why Regulate Utilities?», 11. En: J. *Law & Econ. 55* (1968); compárese con United States vs. El Paso Natural Gas Co., 376 U. S. 651 (1964). ¿Advierte que éste es sólo un caso especial del teorema de Coase? ¿Por qué no es aplicable el teorema a *todos los casos* de monopolización?

253 COASE, Ronald H. «Durability and Monopoly», 15 *J. Law & Econ.* 143, 1972.

254 LENZEN, Godehard. *The History of Diamond Production and the Diamond Trade.* pp. 183-196. F. Bradley (Trad.), 1970.

amantes y redujera los precios a fin de llegar a un segmento de la comunidad que de ordinario no pudiera comprar diamantes, bajaría el valor de cada uno de los diamantes existentes. Habiendo demostrado así su falta de confiabilidad, el cartel no podría volver a cobrar un precio tan elevado como antes de su gran campaña.

Incluso el monopolista de la tierra podría limitar creíblemente su producción si la rentara en lugar de venderla. Si después de haber rentado una parte de su tierra empezara a vender o rentar parcelas adicionales a precios menores, no podría cobrar un precio monopólico tan elevado cuando debiera renovarse el arrendamiento. Sabiendo que el monopolista tenía un incentivo para apegarse a su limitación inicial de la producción, los compradores tendrían menos temor de pagar el precio monopólico completo[255].

La teoría del monopolio no explica cómo mantiene un monopolista un precio monopólico, dada la atracción de tal precio para los vendedores de otros mercados, quienes son participantes potenciales de este mercado. Dado que el rendimiento monopólico es mayor que el rendimiento competitivo, los vendedores de los mercados competitivos gravitarán hacia un mercado donde se esté cobrando un precio monopólico. A fin de obtener algunos de los beneficios monopólicos de ese mercado, el nuevo participante deberá vender, y sus ventas aumentarán la producción del mercado, haciendo bajar el precio. La mayoría de los monopolios contienen así las semillas de su propia destrucción. Sin embargo, la tasa a la que ingresan nuevas empresas a un mercado donde se está cobrando un precio monopólico es una consideración decisiva. Si el monopolista tiene una patente u otro monopolio legal, esa tasa podría ser cero y el precio monopólico persistiría hasta la terminación del monopolio legal.

El monopolio persistirá a veces sin que haya barreras legales que impidan la entrada. Es posible que los costos del monopolista sean mucho menores que los de cualquier participante nuevo, de modo que el precio monopólico sea menor, que el precio que tendría que cobrar cualquier participante nuevo para cubrir sus costos. O quizá el precio monopólico, mayor de lo que serían los costos del que ingresa, no resulta atractivo porque el participante potencial sabe que, si entra al mercado, el monopolista podrá cobrar fácilmente un precio remunerador por debajo de los costos del nuevo participante, pues el monopolista es el productor más eficiente. El monopolio puede ser también una condición permanente del mercado porque sólo hay lugar para un vendedor. Incluso si los costos del nuevo participante son iguales que los del monopolista, no se sigue de aquí que la amenaza de la entrada disuadirá siempre el cobro de un precio monopólico. Dado que el costo se relaciona negativamente con el tiempo (costaría más la producción de una planta siderúrgica en tres meses que en tres años), a menudo será imposible la entrada *inmediata* a un mercado monopolizado a comparables a los del monopolista. Por tanto, habrá un intervalo en el que podrán obtenerse beneficios monopólicos, aunque no existan barreras que impidan la entrada en la forma de una desventaja de costos para un nuevo ingresante.

Fernández Baca[256] al tratar el tema del monopolio y sus efectos nos dice lo siguiente:

Definición de monopolio

Decimos que una empresa (o grupo de empresas) tiene el monopolio de un bien o servicio, cuando posee la capacidad de modificar el precio de venta de dicho bien o servicio en

255 La seguridad sería mayor si se fijara el ingreso que el monopolista obtiene de los arrendamientos con un porcentaje de los ingresos de los arrendatarios. Entonces toda acción del monopolista que redujera los ingresos del arrendatario reduciría sus propios ingresos directamente.

256 FERNÁNDEZ BACA (s/f). *Op. cit.*, pp. 83-100.

el mercado mediante un cambio en la cantidad que pone a la venta. Esta capacidad se explica por las siguientes razones:

I. La empresa es la única que abastece el mercado, o abastece una parte significativa de éste.

II. El bien que produce o comercializa no cuenta con sustitutos perfectos, por lo que la empresa monopólica puede obtener ganancias extraordinarias fijando un margen de sobreprecio relativamente alto, antes de que el consumidor se desplace hacia un bien sustituto.

III. Existen barreras sustanciales a la entrada de competidores potenciales, por lo que pese a que se están obteniendo ganancias extraordinarias en dicho mercado, no ingresan nuevos productores.

IV. Existe conocimiento imperfecto del mercado, de tal manera que no todos los consumidores ni los productores, reales o potenciales —en el mercado monopólico o en otros mercados—, tienen información completa acerca de los precios en el mercado y la naturaleza de los bienes vendidos.

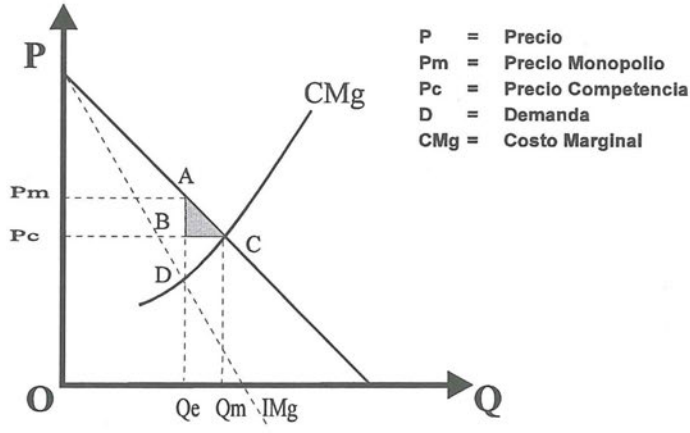
La esencia del problema del monopolio no reside, sin embargo, en el «poder de fijación sobre el precio» que tiene la empresa monopólica. Si hay libre ingreso al mercado, las ganancias extraordinarias del monopolista atraerán a otras empresas y el mercado será más competitivo. Mucho más importante es, por lo tanto, la presencia de barreras a la entrada, que prolongan la situación del monopolio, inhibiendo el ingreso de nuevos productores.

Efectos del monopolio sobre el bienestar

Los efectos principales de un monopolio son una producción restringida y un sobreprecio, que sólo pueden ser cuantificados adecuadamente si es que se toma como referencia una situación ideal. Esta situación ideal es el mercado de competencia perfecta, en el cual se obtiene la mejor asignación posible de los recursos en la economía, por lo que la producción obtenida del bien en cuestión sería la mayor posible y el precio de venta el más bajo posible.

Para no complicar demasiado el análisis, mostraremos los efectos del «monopolio puro», o sea el caso en que hay un solo productor que controla el mercado. Dejamos de lado los casos de oligopolio, por cuanto sus efectos son similares y su tratamiento es bastante más complejo.

En comparación con lo que sería un comportamiento competitivo, la empresa monopólica produce menos, cobrando un precio que no sólo es superior al costo marginal, sino también al costo marginal, sino también al costo medio, obteniendo así ganancias extraordinarias. Como se aprecia en el siguiente gráfico, si la empresa tuviera un comportamiento competitivo produciría Qc y lo vendería al precio Pc, que es igual al costo marginal de producción. Pero al tener una posición monopólica produce Qm á Qc y lo vende al precio Pm > Pc.



El hecho de pagar un precio Pm en lugar de Pc significa para los consumidores una pérdida de bienestar que, medida en términos de la reducción de: Excedente del consumidor, es igual al área del trapecio PcPmAC. De esta área total, sólo la parte correspondiente al triángulo ABC constituye un claro costo social neto, puesto que el rectángulo PcPmAB es una transferencia de los consumidores al monopolio, vía el sobreprecio que este último puede cobrar. Puede apreciarse, por lo tanto, que los consumidores pierden más de lo que gana el monopolio. ¿Por qué los consumidores no se ponen entonces de acuerdo para llegar a un trato con el monopolio? En la mayor parte de los casos esto no ocurre así por los altos costos de transacción que ello implica.

El área del triángulo ABC representa para los consumidores el costo de recurrir a bienes sustitutos que, pese a tener un menor valor, les significan un mayor precio. La sociedad tiene que gastar entonces recursos adicionales en producir bienes sustitutos más caros; y este gasto no se realizaría si el mercado del bien en cuestión fuese competitivo.

La menor producción respecto a la situación competitiva, significa una liberación de recursos (trabajo, capital, tierra), que quedan disponibles para ser empleados en otros mercados. El valor de estos recursos liberados, que es igual al área del trapecio QmDCQc es, sin embargo, inferior al valor para la sociedad de la producción adicional que generarían estos recursos si el mercado del bien en cuestión fuese competitivo (área del rectángulo QmBCQc). La pérdida neta para la sociedad de esta menor producción es por lo tanto el área del triángulo BCD.

En síntesis, el costo social total del monopolio es la suma de los triángulos ABC y BCD, que es igual al triángulo ADC.

En cuanto al área del rectángulo PcPmAB, que es la ganancia extraordinaria del monopolista, dijimos que en principio no constituye un costo social, puesto que se trata de una transferencia de los consumidores al monopolista. Sin embargo, hay que tomar en consideración que una parte o la totalidad de estas ganancias, la gasta el monopolista en medios para establecer barreras a la entrada, que muchas veces suponen sobornos al Estado para mantener licencias u otros obstáculos al ingreso de nuevas empresas. También puede ocurrir que los consumidores tengan que gastar recursos para evitar que les cobren precios monopólicos (vía procesos judiciales, por ejemplo). Estas razones nos inducen a pensar

que los costos sociales totales originados por la existencia de un monopolio, podrían exceder largamente el área del triángulo ADC. Parte del rectángulo PCPmAB es, por tanto, un costo social.

También hay que tomar en cuenta que una posición monopólica da lugar frecuentemente a una baja en la calidad del producto, o a peores servicios.

Finalmente, debe remarcarse que los efectos nocivos de un monopolio se dan, sea ésta una empresa privada o del Estado, porque la ausencia de competidores y la existencia de barreras a la entrada dan lugar a los mismos costos sociales.

Robert Cooter y Thomas Ulan al tratar sobre el equilibrio general y economía del bienestar nos dicen[257]:

> «La parte de la teoría microeconómica llamada *economía del bienestar* explora la forma en que interactúan las decisiones de muchos individuos para afectar el bienestar de un individuo. La economía del bienestar es mucho más filosófica que otros temas de la teoría microeconómica. Aquí se plantean las grandes cuestiones de la política económica. Por ejemplo, ¿existe un conflicto inherente entre la eficiencia y la justicia? ¿Hasta qué punto los mercados no regulados pueden maximizar el bienestar individual? ¿Cuándo y cómo debería intervenir el gobierno en el mercado? ¿Puede la ciencia económica identificar una distribución justa de los bienes y servicios? En esta breve introducción sólo podremos sugerir la forma como la teoría microeconómica ataca estas cuestiones. Sin embargo, este material es fundamental para el análisis económico de las reglas legales.
>
> *A. Equilibrio general y teoremas de la eficiencia*
>
> Uno de los grandes logros de la microeconomía moderna es especificar las condiciones bajo las cuales las decisiones independientes de los consumidores maximizadores de su utilidad y las empresas maximizadoras de sus beneficios conducirán al establecimiento inevitable y espontáneo del equilibrio en todos los mercados simultáneamente. Tal condición se conoce como el *equilibrio general.* Éste sólo se alcanzará cuando las fuerzas competitivas hayan conducido a la igualdad del beneficio marginal y el costo marginal en el mercado para todos los bienes y servicios. Como cabe imaginarse, es poco probable que esta condición se alcance en el mundo real. Sin embargo, hay dos razones prácticas para saber qué condiciones son necesarias para obtener el equilibrio general. Primero, aunque quizá no todos los mercados del mundo real obedecerán tales condiciones, muchos de ellos sí lo harán. Segundo, especificar las condiciones que conducen al equilibrio general brinda un punto de referencia para evaluar diversos mercados y formular recomendaciones para las políticas públicas.
>
> La microeconomía moderna ha demostrado que el equilibrio general tiene características que los economistas describen como socialmente óptimas; es decir, el equilibrio general es eficiente desde el punto de vista de la producción y de la asignación.
>
> B. Falla del mercado
>
> El equilibrio general es un resultado tan deseable que sería útil conocer las condiciones bajo las cuales se alcanzaría. Fuera de los detalles, la condición esencial es que todos los mercados sean perfectamente competitivos. Podemos caracterizar las cosas que pueden salir mal y que impidan la realización de esta condición esencial en un mercado. En esta sección describiremos las cuatro fuentes de *fallas del mercado,* como se les llama, así como las políticas públicas que en teoría pueden corregirlas.

257 COOTER y ULAN (1998). *Op. cit.*, pp. 60-65.

1. Monopolio y poder de mercado

La primera fuente de la falla del mercado es el monopolio en sus diversas formas: monopolio en el mercado de productos, colusión entre empresas o proveedores de insumos que por lo demás son competitivos, y monopsonio (un solo comprador) en el mercado de insumos. Si la industria fuese competitiva, el beneficio marginal y el costo marginal serían iguales. Pero como se ilustró en la gráfica 20, la combinación de precio y cantidad maximizadora del beneficio del monopolista ocurre en un punto en el que el precio supera al costo marginal de la producción. El precio es demasiado elevado y la cantidad ofrecida es demasiado baja desde el punto de vista de la eficiencia.

Las políticas públicas para corregir las deficiencias del monopolio consisten en sustituir el monopolio por la competencia dondequiera que ello sea posible, o en regular el precio que cobra el monopolista. La primera política consiste en justificar las leyes antimonopólicas; pero a veces no es posible, o siquiera deseable, sustituir el monopolio. Los —monopolios naturales, tales como los servicios públicos, constituyen un ejemplo, se permite que esos monopolios existan, pero en estos casos el gobierno regula sus precios. Otro ejemplo de monopolio alentado pero regulado es el sistema de patentes: a los inventores se le otorga un monopolio durante 17 años como incentivo para que inviertan en el proceso de la invención. (En el capítulo V investigaremos la eficiencia del sistema de patentes).

2. Externalidades

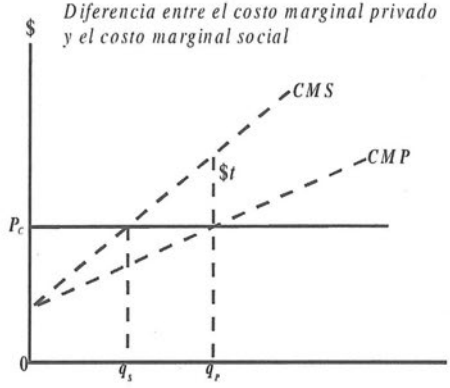
La segunda fuente de la falla del mercado es la presencia de lo que los economistas llaman *externalidades.* El intercambio dentro de un mercado es voluntario y mutuamente benéfico. Por lo general, las partes que intercambian captan todos los beneficios y asumen todos los costos. Pero a veces los beneficios de un intercambio pueden afectar a individuos distintos de quienes participaron explícitamente en él. Además, los costos del intercambio también pueden afectar a otras partes. El primer caso es un ejemplo de *beneficio externo;* el segundo, de *costo externo.* Un ejemplo de beneficio externo es la polinización que un apicultor provee a su vecino que tiene un huerto de manzanos. Un ejemplo de costo externo es la contaminación del aire o el agua.

Exploremos la idea de costo externo (con frecuencia llamado simplemente *externalidad)* para ver cómo puede generar una falla del mercado y cuáles políticas públicas pueden corregir esta falla. Supongamos que una fábrica ubicada río arriba de una populosa ciudad arroja materiales tóxicos al río como un subproducto de su proceso de producción. Esta acción de la fábrica impone a los habitantes que viven río abajo un costo que ellos no han generado: tales habitantes deben incurrir en algunos costos adicionales para limpiar el agua o traer agua limpia de otra parte. ¿De qué manera ha fallado el mercado en este ejemplo? El mercado falla en presencia de los costos externos porque el generador de la externalidad no tiene que pagar por dañar a otros, de modo que se autocontrola en una medida insuficiente. Tal generador actúa como si el costo de eliminar los derechos fuese nulo, cuando de hecho hay algunos costos reales, como lo pueden atestiguar quienes viven río abajo. En un sentido técnico, el generador de la externalidad produce en demasía, y así crea el daño asociado, porque hay una diferencia entre el costo marginal *privado* y el costo marginal social.

En nuestro ejemplo, el costo marginal privado es el costo marginal de la producción para la fábrica. El costo marginal social es la suma del costo marginal privado y los costos marginales adicionales que se imponen involuntariamente a terceros, por cada unidad de la producción. La diferencia se indica en la gráfica 24, donde se representa la curva del costo marginal privado y la del costo marginal social. En virtud de que la primera curva se encuentra por debajo de la segunda, el costo marginal social es mayor que el costo marginal privado a cada nivel de producción. La diferencia vertical entre las dos curvas es igual al monto del costo

marginal externo a cualquier nivel de producción. Adviértase que, si la producción es cero, no hay ninguna externalidad; pero a medida que la producción aumenta, aumenta también el monto del costo externo por unidad de producción.

Gráfica 24



La empresa maximizadora de su beneficio opera a lo largo de su curva de costo marginal privado y maximiza sus beneficios escogiendo el nivel de producción donde *Pc=CMP,* es decir, en *qp* y Pero este nivel de producción es demasiado grande desde el punto de vista de la sociedad. Así pues, los recursos de la sociedad se usarán con la máxima eficiencia si la empresa escoge su nivel de producción igualando *pc y CMS* en *qs,* A ese nivel, la empresa ha tomado en cuenta no sólo sus propios costos de producción, sino también cualesquiera costos que imponga a otros involuntariamente.

¿Cuáles políticas públicas inducirán al generador de externalidades a tomar en cuenta los costos externos? Ésta es una de las preguntas centrales que este libro tratará de contestar. La clave para alcanzar el óptimo social cuando hay externalidades consiste en inducir a los maximizadores del beneficio privado a restringir su producción al nivel que sea óptimo desde el punto de vista social, no desde el punto de vista privado. Esto se logra mediante políticas públicas que obliguen a la empresa a operar a lo largo de la curva de costo marginal social y no a lo largo de la curva de costo marginal privado. Cuando se logra esto, decimos que la externalidad ha sido *interiorizada* en el sentido de que la empresa privada la toma ahora en consideración.

3. Bienes públicos

La tercera fuente de la falla del mercado es la presencia de un bien llamado *bien público,* el cual tiene dos características muy estrechamente relacionadas:

1. El consumo no rival: el consumo de un bien público por parte de una persona no deja menos para cualquier otro consumidor, y

2. La imposibilidad de exclusión: los costos de la exclusión de los beneficiarios que consuman el bien sin pagar son tan elevados que ninguna empresa privada maximizadora de su beneficio está dispuesta a proveer el bien.

Pensemos en la defensa nacional. Supongamos, por ejemplo, que la defensa nacional fuese proveída por compañías privadas rivales. Por una cuota anual, una compañía vendería a sus clientes protección contra las pérdidas derivadas de una invasión extranjera por aire, mar o tierra. Sólo los clientes que adquirieran los servicios de alguna compañía estarían protegidos contra la invasión extranjera. Quizá estos clientes podrían identificarse por ropas especiales, y su propiedad podría marcarse con una gran X blanca pintada en el techo de sus casas.

¿Quién compraría los servicios de estas compañías privadas de la defensa nacional? Algunos lo harían, pero muchos no. Muchos de quienes no compraran razonarían que si su vecino compra una póliza de protección a una compañía privada de la defensa nacional, también ellos estarán protegidos: sería virtualmente imposible que la compañía privada protejiera la propiedad y la persona del vecino sin proveer también seguridad al vecino que no la compra. Por lo tanto, el consumo de la defensa nacional es no rentable: el consumo de una persona no deja menos para ningún otro consumidor. Por esa razón, hay un fuerte incentivo para que los consumidores del bien público de provisión privada traten de ser *gorrones:* esperan beneficiarse del pago de otros, sin ningún costo para ellos.

El problema relacionado para el proveedor privado de un bien público es la dificultad de excluir a los beneficiarios que no paguen. Es casi seguro que fracasaría el intento de distinguir entre quienes se suscriban a compañías de defensa privada y quienes no lo hagan: por ejemplo, las ropas de identificación y las marcas de la propiedad podrían falsificarse sin dificultad.

Debido a la presencia de los gorrones y al alto costo de distinguir entre los beneficiarios que paguen de los que no paguen, no es probable que la compañía privada pueda inducir a muchas personas a que compren servicios de defensa. Si las empresas privadas maximizadoras de sus beneficios son los únicos proveedores de la defensa nacional, se proveerá demasiado poco de ese bien.

¿Cómo puede la política pública corregir la falla del mercado en la provisión de bienes públicos? Hay dos correctivos generales. Primero, el gobierno puede *subsidiar* la provisión privada del bien público, en forma directa o indirecta, mediante el sistema tributario. Un ejemplo sería la investigación en el campo de la ciencia básica. Segundo, el gobierno podría proveer por sí mismo el bien público y pagar los costos de la provisión del servicio con las recaudaciones obtenidas mediante la tributación obligatoria. De hecho, así es como se provee la defensa nacional.

4. *Asimetrías severas de la información*

La cuarta fuente de la falla del mercado es un desbalance de la información entre las partes de un intercambio, tan severo que se impide el intercambio.

Por ejemplo, ocurre a menudo que los vendedores saben más que los compradores acerca de la calidad de los bienes. Una persona que vende su automóvil sabe mucho más respecto a los defectos del coche que un comprador potencial. De igual modo, cuando un banco presenta un contrato de depósito para que lo firme una persona que abre una cuenta de cheques, el banco sabe mucho más que el cliente por lo que toca a las consecuencias legales del contrato.

Cuando los vendedores saben más que los compradores acerca de un producto, o viceversa, decimos que la información se distribuye asimétricamente en el mercado. Bajo ciertas circunstancias, estas asimetrías pueden corregirse por el mecanismo del intercambio voluntario; por ejemplo, por la disposición del vendedor a otorgar una fianza para garantizar la calidad de un producto.

Pero las asimetrías severas pueden perturbar los mercados de tal modo que no se pueda alcanzar un óptimo social mediante el intercambio voluntario. Cuando ello ocurre, la intervención gubernamental en el mercado puede corregir idealmente las asimetrías de la información e inducir un intercambio más cercano al óptimo. Por ejemplo, los compradores de una casa se encuentran a menudo en desventaja frente a los propietarios actuales respecto al conocimiento de los defectos latentes, como podría ser la presencia de termitas o de cimientos débiles en la casa. En consecuencia, es posible que el mercado de la venta de casas no funcione eficientemente; es posible que los compradores estén pagando demasiado por

las casas, o que reduzcan ineficientemente sus compras por temor a los defectos latentes. Muchos estados han respondido exigiendo a los vendedores que revelen su conocimiento de cualesquiera defectos latentes a los compradores de casas. Si los vendedores no hacen esta revelación, podrán ser responsables de corregir tales defectos.

C. Mejoras potenciales en términos de Pareto o la eficiencia de Kaldor-Hicks

Insatisfechos con el criterio de Pareto, los economistas desarrollaron la noción de una mejora potencial en términos de Pareto (Llamada a veces eficiencia de Kaldor-Hicks). Se trata aquí de un intento por superar la restricción del criterio de Pareto en el sentido de que sólo se recomiendan los cambios que mejoren por lo menos la situación de una persona sin empeorar la situación de nadie. Ese criterio requiere que los ganadores compensen explícitamente a los perdedores en cualquier cambio. Si no hay ningún pago explícito, los perdedores podrán vetar cualquier cambio. Esto tiene claras desventajas como una guía para las políticas públicas.

En cambio, una mejora potencial en términos de Pareto permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores. Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora potencial en términos de Pareto, no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ella debe ser posible en principio. En esencia, ésta es la técnica del análisis de costo-beneficio. En el análisis de costo-beneficio, se emprende un proyecto cuando sus beneficios superan a sus costos, lo que implica que los ganadores podrían compensar a los perdedores. Este criterio tiene algunos problemas teóricos y empíricos, pero es indispensable para aplicar la economía del bienestar.

Consideremos cómo nos ayudarían estos dos criterios —el criterio de Pareto y el criterio de Kaldor-Hicks— a analizar la eficiencia y la justicia distributiva de la decisión de una planta manufacturera de buscar una nueva ubicación. Supongamos que la planta anuncia que se trasladará del pueblo A al pueblo *B*. Habrá algunos ganadores: los habitantes del pueblo *B* que obtendrán empleo en la planta nueva, los comerciantes minoristas y los constructores de casas de B, los accionistas de la corporación, etc. Pero también habrá perdedores: los habitantes del pueblo A que ahora quedarán desempleados, los comerciantes minoristas de A, los clientes de la planta que ahora quedarán más alejados de ella, etc. Si aplicáramos a esta decisión el criterio de Pareto, los ganadores tendrían que pagar a los perdedores lo que se requiera para que éstos se sientan indiferentes entre la permanencia de la planta en A y su traslado a B. Si aplicáramos a esta decisión el criterio potencial de Pareto, los ganadores tendrían que ganar más que lo que pierdan los perdedores».

Cómo se forma un monopolio

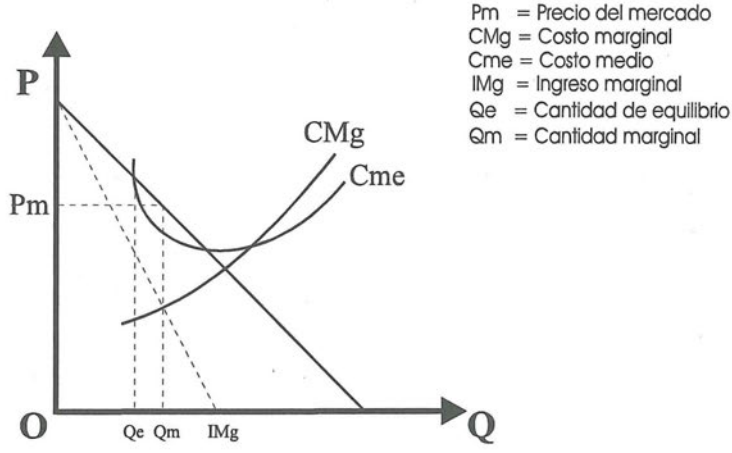
Existen tres tipos de razones que explican la existencia de un monopolio:

1. El monopolio natural (caso de fuertes economías de escala o de indivisibilidades)

Dado un tipo de producto, una tecnología disponible y un tamaño específico del mercado, puede darse el caso que un monopolio produzca en condiciones más eficientes que si hubiesen varias empresas competidoras repartiéndose el mercado.

Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de una industria que requiera de una inversión inicial muy elevada, por lo que la única manera de obtener costos unitarios de fabricación razonablemente bajos (o sea, de reducir el costo fijo medio) es realizando un volumen de producción por planta tan alto que sólo se puede lograr cuando una sola empresa abastece

el mercado. En cambio, si el mismo mercado fuese abastecido por varias empresas pequeñas, cada una tendría costos medios de fabricación más elevados (ver cuadro).



En muchos casos, si hubiera una empresa competidora de menor tamaño que quisiera entrar al mercado ésta tendría que afrontar posiblemente un costo medio de producción más elevado que el precio monopolístico vigente. Sin embargo, siempre es deseable que quede abierta la posibilidad de que ingresen nuevos productores con la finalidad de que dos o más empresas compitan para determinar cuál es la que va a permanecer como monopolio natural, o al menos para que la presencia de competidores, inhiba a la empresa más grande de fijar precios monopólicos. El único caso donde se explica la presencia de una sola empresa es cuando existe un recurso natural único (por ejemplo: Una mina, un bosque o una laguna). Sin embargo, la teoría económica propone que en estos casos el Estado regule el precio de venta, fijándolo al nivel en que este precio se iguala al costo marginal.

Por su parte, el *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*, define el monopolio natural de la siguiente manera:

> «Hay monopolio natural cuando las condiciones existentes en un mercado son tales que una sola empresa puede explotar mejor este mercado de lo que harían dos o más empresas. El monopolio natural se debe a las características de la tecnología de producción, a las que se añaden a menudo las de la demanda, y no a la acción de los poderes públicos o de las empresas competidoras. El monopolio natural se distingue esencialmente por una curva fuertemente decreciente de los costos medios a largo plazo y de los costos marginales, de manera que una sola empresa se encuentra en situación de sacar plenamente partido de las economías de escala y de abastecer el mercado.
>
> El monopolio natural se explica fundamentalmente por economías de escala y economías de gama importantes respecto a la demanda en el mercado. Se considera que hay monopolio natural en ciertos segmentos de sectores tales como la electricidad, las redes ferroviarias, el gas natural y las telecomunicaciones. Al exigir la eficiencia de la producción la presencia de

una sola empresa, el monopolio natural es regulado a menudo por los poderes públicos, en particular en lo referente a los precios, la calidad y/o el acceso al mercado»[258].

2. Intervención del Estado.- El Estado puede crear barreras a la competencia que explican la existencia de un monopolio, recurriendo a alguna de las siguientes prácticas:

a) Otorgamiento de concesiones.- La empresa para operar en el mercado debe disponer de permiso o licencia, muchas veces difícil de conseguir. Esta obtención significa un costo muy alto o una multiplicidad de trámites burocráticos.

b) Imposición de aranceles, cuotas o prohibiciones a las importaciones.- Son trabas que limitan el ingreso de productos provenientes de otros países, otorgando mayor grado monopólico a las industrias protegidas.

c) Persecución de las empresas informales.- Medida muy utilizada para proteger a las empresas formales que producen con precios de venta más elevados.

d) Establecimiento de las empresas estatales.- Creación de empresas públicas que asuman posición monopólica de los bienes que produzcan.

e) Racionamiento de recursos escasos.- El Estado determina quiénes van a ser beneficiados por divisas, fondos prestables e insumos básicos, controlando dichas divisas disponibles, créditos de fomento y la disponibilidad de insumos básicos, de tal manera que el resto de las empresas queden marginadas.

f) Otra forma de barrera es la concesión de patentes, pero considerando que si bien limita la competencia en un primer momento, a largo plazo tiene efectos favorables sobre el bienestar social.

3. Acción de las empresas.- Las empresas mediante prácticas privadas, se pueden constituir en monopolios, buscando ser más eficientes que los competidores o mediante prácticas premeditadas para eliminar a la competencia.

En Estados Unidos, como en otras naciones industrializadas, la legislación antimonopólica ha jugado un rol preponderante como instrumento para equilibrar el comportamiento de maximización de la función de utilidad de las empresas en función del bienestar social.

Desde 1890 la Sección 2 de la Ley Sherman prohíbe la monopolización, el intento de monopolización y la conspiración para monopolizar.

Es obvio que la política antimonopolio surgió contra el monopolio y esta política es asimismo pro-competitiva. Como hemos dicho las leyes antimonopolio han existido por más de un siglo como el principal garante de la competencia efectiva en los mercados libres. Estas leyes antimonopolio son más efectivas que la revisión o participación del gobierno, pues actúan vía regulación y vigilancia de algunas instituciones especializadas.

Como dice Alfredo Bullard[259] «Históricamente las regulaciones antimonopólicas han sido una suerte de pariente cercano del intervencionismo estatal...». «Por ello muchas

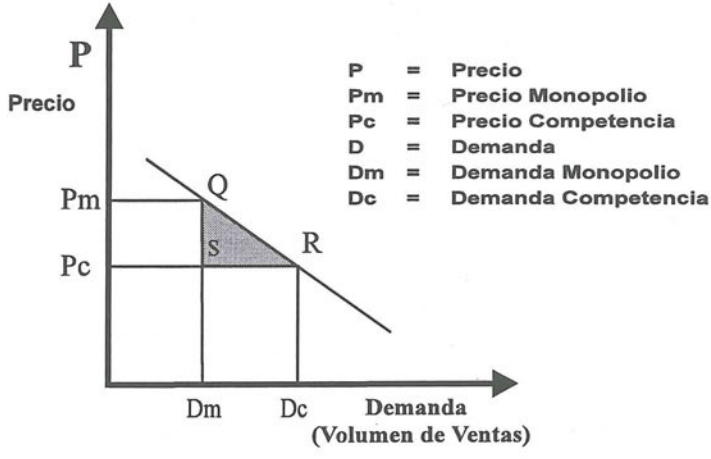
[258] OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 63.

[259] BULLARD GONZÁLEZ (1996). *Op. cit.*, p. 285.

legislaciones y la jurisprudencia de diversos países han considerado que las regulaciones antimonopólicas son un mecanismo para destruir a las empresas demasiado grandes». Sin embargo se sabe que las empresas crecen cuando tienen todos los mecanismos para hacerlo, es decir, se tornan cada vez más rentables, aumentan su productividad y esto les permite expandirse. Cuando una empresa no puede ser competitiva frente a otros competidores dejará de crecer. El tamaño de la empresa esta en relación directa con el nivel de eficiencia.

Decimos que una empresa posee el monopolio de un bien o servicio, cuando posee la capacidad de modificar el precio de venta de dicho bien o servicio en el mercado. Si bien el poder de fijar el precio del producto es un indicio de la presencia de un monopolio, no es el único factor ya que la presencia de barreras a la entrada de un producto inhibe la presencia de nuevos productos generándose una situación monopolística.

Como se aprecia en el gráfico siguiente. Si la empresa se comportara en un ambiente competitivo produciría una cantidad reflejada en el eje horizontal como Dc la cual vendería al precio Pc, que es igual al costo marginal de la producción, pero al presentarse una situación monopólica produce sólo cantidad Dm que es menor a Dc y la vende al precio Pm que es mayor a P.



Como vemos en este gráfico la producción es menor bajo el monopolio que bajo una situación de competencia.

El hecho de tener que pagar un precio mayor significa para los consumidores una pérdida de ingresos que se traduce en una pérdida de bienestar social. La situación que el monopolio genera es la de un costo social que se visualiza en el triángulo formado por QRS. Este triángulo QRS refleja el costo social adicional que el consumidor se haya obligado a pagar por encontrase la empresa en situación de monopolio.

El aspecto más importante del cambio de una situación de competencia a una de monopolio es el impacto que sobre el excedente realice en el consumidor. El derecho *antitrust* protege la eficiencia del mercado y por ello evita ganancias injustificadas a costa de los consumidores. En sentido contrario, cuando nos encontramos en una situación de compe-

tencia los productores son cada vez más eficientes y trasladan esos beneficios a los consumidores.

En una situación de monopolio la ganancia para los consumidores no existe. La pérdida del «peso muerto» que se puede comprobar en el triángulo QRS, cantidad que está en disputa, se mantiene, como el verdadero costo social del monopolio.

En una situación de monopolio si los costos bajan, el precio óptimo del monopolio bajará y la producción aumentará discrecionalmente buscando no elevarla de tal modo que sobrepase lo óptimo. En otras palabras el mejor precio para un monopolista no lo obliga a fabricar al máximo de sus potencialidades.

Posner[260] explica que el monopolista deja de expandir su producción en el punto donde se intersecta la curva de ingreso marginal y la curva de costo marginal. Si la curva del costo marginal baja, la curva del ingreso marginal se encontrará ahora por encima de ella, y el monopolista aumentará su producción hasta que esa curva se intersecte de nuevo con la curva de costo marginal.

Al comentar el equilibrio en el mercado monopolístico Francisco Mochón[261] nos dice que: «la empresa monopolista estará en equilibrio cuando al incrementar la producción en una unidad, la variación de los ingresos y los costos sea igual. Piénsese en el caso de una compañía que abastece de electricidad en régimen de monopolio a una aldea. Resulta que si la producción de un kilovatio más de electricidad aumenta más el ingreso que el costo, la empresa eléctrica debe incrementar su producción. Por el contrario, si cuando se reduce la producción, disminuyen los costos más que los ingresos, a la empresa le convendrá reducir la producción. En otras palabras, como toda empresa, para determinar su equilibrio la compañía de electricidad compara el costo marginal y el ingreso marginal».

En conclusión, el equilibrio del monopolista se alcanza cuando el ingreso marginal es igual al costo marginal *(Ima = Cma).*

Una situación de monopolio dependiendo de la elasticidad del precio del producto hace que algunos consumidores cambien a otros productos los que se vuelven más atractivos. Este costo social al cual nos hemos referido líneas arriba hace que algunos consumidores satisfagan sus demandas con otros bienes cuya producción es más cara que la del bien monopolizado.

Como bien dice Posner[262] «La sustitución involucra una pérdida de valor...». «El costo adicional es un desperdicio para la sociedad». «El excedente del consumidor es una medida del valor agregado que los consumidores asignan a un producto por encima del precio que pagan por él. A medida que aumenta el precio, los consumidores que no valúan sobremanera el producto se pasan a productos sustitutos, mientras quienes se mantienen fieles al producto obtienen un valor neto menor por sus compras, porque están pagando un precio mayor».

Parte de las ganancias obtenidas del monopolio es gastado por el monopolista en crear barreras de entrada logrando con ello obstaculizar el ingreso de otras empresas al mercado.

---

260 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 263.

261 MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 264.

262 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 264.

También puede ocurrir que los consumidores realicen gestiones individuales o grupales para conseguir la anulación de la situación monopólica. Ambas conductas generan costos sociales que no se presentan en una situación de libre competencia.

El monopolio, además de encarecer el producto determina que muchas veces el producto sea ofertado con una calidad que no se presentaría en una situación competitiva. El monopolio hace que el monopolista no se sienta presionado por mejorar la calidad de un producto y si se trata de prestaciones de servicios éstos no son los idóneos para los usuarios.

La rivalidad económica en los mercados origina precios más bajos, mayor innovación, obliga a superar la calidad de los productos y todo esto deriva en un mayor bienestar para el consumidor en particular y para la sociedad en general.

La competencia incentiva la producción de la cantidad más grande de productos posible y motiva a las empresas a brindar a sus clientes la mejor calidad y variedad de bienes y ello redunda en un mayor bienestar para los consumidores.

Como hemos señalado el monopolio reduce el incentivo de una empresa para innovar y para emplear sus insumos con eficiencia.

Existe un argumento a favor del monopolio y es que en un monopolio la empresa está más protegida con respecto a las innovaciones. En un mercado competitivo tan pronto una empresa invierte en la innovación de un producto tiene la preocupación de la pronta imitación por los demás fabricantes del producto. Como dice Posner[263] «el monopolista es más capaz que la empresa competitiva para interiorizar las externalidades, incluidas las externalidades de la información, que es lo que son los inventos».

Sin embargo, lo que se penaliza no es el monopolio en sí mismo sino las prácticas monopólicas.

Las principales causas de la presencia de un monopolio son: En primer lugar veamos el caso de una industria donde se requiere una elevada tecnología y una inversión muy alta para su implementación y mantenimiento, originándose con ello un monopolio natural. Estas condiciones tecnológicas de la producción son conocidas como economía de escala. Cuando existe tal situación, una empresa puede producir cualquier nivel de producción a un costo menor que el de varias empresas. El monopolio natural es eficiente, y se produce como consecuencia de la propia competencia ya que la empresa puede minimizar sus costos logrando bajar sus precios. Esta posibilidad la hace más competitiva y el proceso por sí solo eliminará a otros productores que no pueden ofertar sus productos al mismo precio y calidad. La propia competencia irá eliminando a las empresas cuyas dimensiones y escala de producción resultan ineficientes en un mercado determinado. La competencia se torna así en el principal recurso con que cuenta el mercado para eliminar los monopolios dañinos o ineficientes y mantener los monopolios eficientes. Cooter y Ulen[264] señalan que «las economías de escala son una condición de la producción donde, entre mayor sea el nivel de la producción, menor será el costo promedio de producción. Cuando existen tales condiciones, una empresa puede producir cualquier nivel de producción a un costo menor que el

263 *Ibidem*, p. 268.

264 COOTER y ULAN (1998). *Op. cit.*, p. 50.

de varias empresas». En este caso queda siempre abierta la posibilidad que ingresen nuevos productos.

Cuando se trata de un recurso natural único el Estado puede regular el precio de venta, fijándolo en el nivel en que el precio es igual al costo marginal del producto. El costo marginal del monopolista, al igual que el de una empresa competitiva, es el costo de producción de una unidad más.

Las empresas de servicios públicos, tales como las de agua, las telecomunicaciones, la televisión por cable, la energía eléctrica constituyen por lo general monopolios naturales.

Al respecto señala Cooter y Ulen[265] que «las ventajas tecnológicas de un monopolio natural se perderían parcialmente si se permite que una única empresa restrinja su producción y cobre un precio monopólico. Por esta razón, los monopolios naturales casi siempre están regulados por el gobierno».

Bullard considera que otra razón por la cual dentro de un mercado se produce un monopolio es cuando no existe el número suficiente de ofertantes o demandantes en el mercado como para impedir que alguno pueda influir de manera determinante en el proceso de formación de precios. Bullard explica que «en un mercado donde sólo hay un fabricante de determinado bien y dicho bien no tiene sustitutos, el productor puede disminuir su producción provocando una falsa escasez del producto con la consiguiente elevación del precio del producto...». «...ello tiende a elevar el precio a un nivel en que el monopolista maximiza su utilidad y que se encuentra por encima del precio de equilibrio en un mercado competitivo».

Otras veces se produce el monopolio cuando el Estado, a través de ciertas conductas, propicia la creación de monopolios, es decir, cuando otorga concesiones a determinadas empresas, la imposición de aranceles, prohibición de ciertas importaciones, creación de empresas estatales, concesión de patentes, todas estas medidas son formas de las que se vale el Estado para favorecer a determinada empresa volviéndola monopólica.

Como vemos el Estado puede crear barreras de entrada permitiendo las prácticas monopólicas.

El monopolio persistirá a veces sin que haya barreras legales que impidan la entrada, según Posner[266], es posible que los costos del monopolista sean mucho menores que los de cualquier participante nuevo, de modo que el precio monopólico sea menor que el precio que tendría que cobrar cualquier participante nuevo para cubrir sus costos. Quizás el precio monopólico, mayor de lo que serían los costos del que ingresa, no resulta atractivo porque el participante potencial sabe que si entra al mercado, el monopolista podrá cobrar fácilmente un precio remunerado por debajo de los costos del nuevo participante, pues el monopolista es el productor más eficiente.

Es decir, la eficiencia de un productor puede ser la mayor barrera de acceso a un mercado, pues ella hace difícil que los consumidores prefieran otros productos, los consumidores siempre buscarán el producto que mantiene sus costos bajos y es de calidad

265 *Ibidem*, p. 50.

266 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 270.

produciendo esta situación un monopolio natural que no debe ser combatido pues este monopolio es beneficioso para el consumidor lo que nos permite subrayar que la presencia del monopolio no debe ser atacada en sí como un mal sino las prácticas monopólisticas.

Otra posibilidad por la cual se puede generar un monopolio es que los bienes producidos no tengan sustitutos adecuados. Este caso se presenta si el productor, por su eficacia, fabrica un bien único por su tecnología y calidad, logrando que los posibles competidores sean desplazados por no encontrar demanda de sus productos. Es así que el monopolio se da por decisión de los propios consumidores al aceptar como único bien aceptable el de un productor. Como dice Bullard «toda la legislación dirigida a combatir el monopolio debe orientarse desde el lado de los beneficios que el consumidor pierde al ver restringida su libertad de elección»[267].

Por eso, con mucho acierto, la nueva Constitución Peruana de 1993 al considerar las ventajas del monopolio en algunos casos no prohíbe la existencia de los monopolios. Como dice Alfredo Bullard[268]. «El monopolio no sólo no está prohibido, sino que mientras la posición de dominio en el mercado sea adquirida por la vía de una legal y legítima competencia, está tutelada por el Estado. Lo que se prohíbe son dos situaciones, el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia».

El legislador peruano prohibió los monopolios en la Constitución de 1979 sin comprender el hecho que por lo pequeño de nuestro mercado los monopolios tienen que existir siempre, aunque la ley los prohíba. Por ello la prohibición fue suprimida en la Constitución de 1993 que en una forma más técnica prohíbe el abuso de las prácticas monopólicas y los monopolios legales, pues estos monopolios son generalmente ineficientes. Cuando el Estado concede un monopolio a alguien, los mecanismos del mercado no pueden actuar provocando que esta empresa al actuar sola en un mercado protegido de otros competidores, ponga en peligro la eficiencia. La eficiencia de una empresa esta en relación directa con la presencia de otros competidores en su mercado. Como vemos la competencia se torna así en sinónimo de eficiencia. Sin embargo, un monopolio puede surgir y mantenerse en el mercado cuando existan barreras que no permitan la aparición de empresas competidoras.

Los monopolios naturales son aquellos monopolios que surgen naturalmente como producto de la eficiencia de alguna empresa. Esta situación se presenta justamente por el proceso de libre competencia el que permite desplazar a otras empresas que no son tan competitivas o no son lo suficientemente eficientes para mantenerse en el mercado. Lo que nuestra legislación, como la mayoría de las legislaciones del mundo, comprendieron es que no se puede prohibir el monopolio como tal ya que el mismo proceso de libre competencia puede determinar en algunos casos un monopolio donde el que se beneficia es el consumidor ya que la empresa que desplaza a otros competidores lo hace por presentar al consumidor un mejor precio del producto. La observación nos permite comprender el porqué en un proceso fuertemente competitivo se presenta, con frecuencia, el que una empresa conquista grandes porciones de mercado y con ello un poder monopolista. El ganador del juego competitivo a veces resulta creador de un monopolio en lo que antes

267 BULLARD GONZÁLEZ (1996). *Op. cit.*, p. 276.

268 *Ibidem*, p. 277.

resultaba una contradicción cuando el monopolio estaba prohibido. Bajo las normas derogadas el que ganaba la competencia caía en una condenación. Ahora se acepta y se permite la existencia del poder económico concentrado. Es más, podemos señalar que por efectos de la globalización a nivel mundial se experimenta un creciente proceso de concentración el que determina un número cada vez menor de jugadores. Así pues, el Estado no penaliza la concentración de poder de mercado de una empresa, lo que sí penaliza es el abuso que una empresa pueda hacer utilizando su posición de dominio.

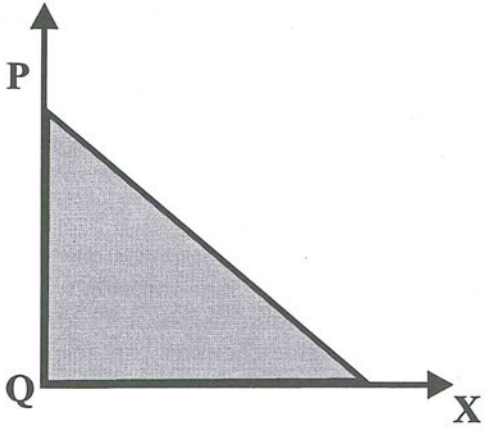
Posner nos dice que «La economía es la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas»[269].

La teoría general del economista sobre la forma en que los individuos hacen elecciones se denomina «teoría de elección racional».

Se supone que los consumidores saben cuales cosas les gustan y cuales les disgustan y pueden ordenar las diversas combinaciones de bienes y servicios disponibles de acuerdo con su capacidad para satisfacer sus preferencias. Estas preferencias del consumidor son subjetivas.

Robert Cooter y Tomas Ulen[270] nos dicen que «el problema de la elección del consumidor deriva que sus preferencias choquen con obstáculos que impidan su satisfacción», por lo que el consumidor deberá escoger entre alternativas. Gráficamente es así:

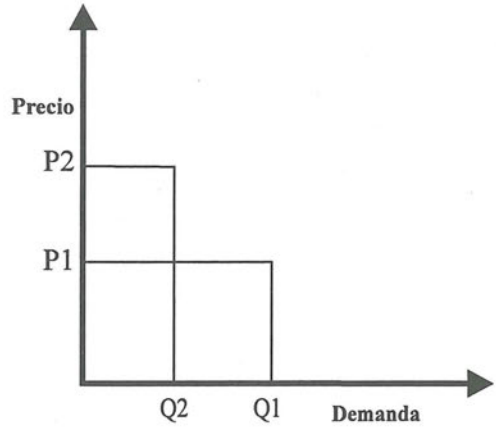
La parte sombreada representa la restricción del ingreso del consumidor o su línea de presupuesto



Dado el ingreso del consumidor éste podrá optar por todas las combinaciones posibles dentro del área de presupuesto. El concepto del hombre como un maximizador racional de su interés propio, según Richard Posner, conlleva que las personas respondan a ciertos incentivos. Así, si cambian las circunstancias de un individuo éste puede cambiar su comportamiento.

269 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 271.

270 COOTER y ULAN (1998). *Op. cit.*, p. 34.



A mayor aumento de Precio (De P1 a P2) ocurrirá una disminución de la cantidad del producto, es decir de la demanda del mismo (De Q1 a Q2).

El consumidor óptimo se ubica en el punto donde el costo marginal se iguala al beneficio marginal. El costo marginal es el cambio generado en los costos totales por el cambio de una unidad en la producción, es el costo que se evitará produciendo una unidad menos. Mientras que el ingreso marginal sea positivo, el ingreso total estará creciendo. Cuando el ingreso marginal baja a cero, ello significa que una venta adicional no aumentará (o disminuirá) el ingreso total. El beneficio es la diferencia existente entre el ingreso total y los costos totales de la producción.

La empresa maximizadora del beneficio produce la cantidad que genera la mayor diferencia positiva entre el ingreso de la empresa y sus costos. Es decir que la empresa maximizará sus beneficios si produce la cantidad de producción cuyo costo marginal sea igual a su ingreso marginal.

Es así como los autores Cooter y Ulen[271] dicen «para maximizar los beneficios, la empresa no deberá preocuparse por su costo total o sus ingresos totales, por el contrario, simplemente podrá experimentar unidad por unidad de producción con el fin de descubrir el nivel de producción que maximice sus beneficios».

La elasticidad de la demanda mide la respuesta de la cantidad de un bien ante los cambios de su precio. Se calcula la elasticidad como el cambio porcentual de la cantidad demandada dividido por el cambio porcentual del precio.

Es así como para un bien de demanda inelástica, el cambio porcentual del precio supera al cambio porcentual de la cantidad demandada. Para un bien de demanda elástica, el cambio porcentual del precio es menor que el cambio porcentual de la cantidad demandada.

La elasticidad de la demanda está en relación directa con la cantidad de sustitutos que tiene un bien. Cuando más sustitutos haya de un bien mayor será la elasticidad de la demanda.

---

271 *Ibidem*, p. 35.

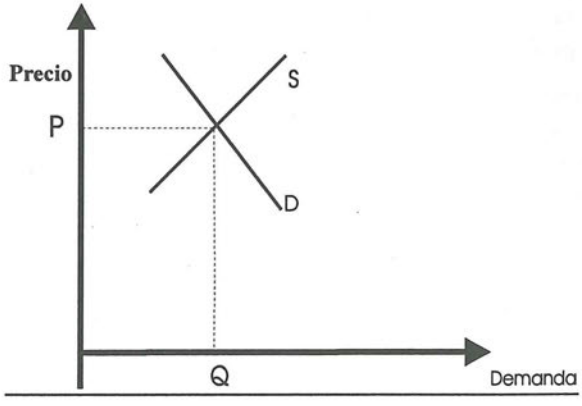
Cuando el comportamiento de los productores no puede influir en el precio de un bien y el comportamiento de ningún consumidor puede afectar el precio del mercado decimos que el sector opera de una manera perfectamente competitiva.

Robert Cooter y Thomas Ulen llaman «perfectamente competitiva a una industria donde hay tantas empresas que las decisiones individuales de cualquiera de ellas no puede influir sobre el precio del mercado y donde hay tantos consumidores que las decisiones individuales de maximización de la utilidad de cualquier consumidor tampoco puede afectar el precio del mercado»[272].

Las fuerzas de la competencia tienden a hacer que el costo de oportunidad sea el precio máximo, así como el precio mínimo. Como dice Posner[273] «un precio mayor que el costo de oportunidad es un imán que atrae recursos hacia la producción del bien hasta que el aumento de la producción hace bajar el precio hasta el nivel del costo, por efecto de la ley de la demanda».

D.- Representa la curva de demanda del bien
S.- El costo de oportunidad de proveer una unidad del producto a diversos niveles de producción. Es también el costo marginal.

Intersección D y S.- Representa el precio y la producción de equilibrio bajo competencia.



Robert Cooter y Thomas Ulen[274] nos dicen que «el monopolista como la empresa competitiva, maximiza su beneficio produciendo al nivel en que el costo marginal se iguala al ingreso marginal. El costo marginal del monopolista, como en el caso de la empresa competitiva es el costo de producción de una unidad más.

Pero el ingreso marginal del monopolista es diferente del de la empresa competitiva. Para la empresa competitiva, el ingreso marginal es igual al precio del producto, pero para

272 *Ibidem*, p. 36.

273 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 16.

274 COOTER y ULAN (1998). *Op. cit.*, p. 50

el monopolista el ingreso marginal disminuye a medida que aumenta el número de las unidades vendidas(...). Esto indica que el ingreso marginal de cualquier unidad vendida por un monopolista es siempre menor que el precio».

El monopolista cuando vende una unidad de producto adicional, debe reducir el precio de todas las unidades vendidas y no sólo el de la unidad última o marginal.

El proceso básico de determinación de precios y producción en condiciones monopolísticas es el mismo de la competencia perfecta. Sin embargo el resultado es significativamente diferente a diferencia de la empresa en competencia perfecta el monopolista enfrenta una curva de demanda descendente. Debido a esto la curva de ingresos marginales también es descendente.

Por ejemplo, el monopolista vende 30 unidades a S/.5 Si deseara vender una unidad más tendría que reducir el precio a S/.4.90. antes tenía un ingreso total de 150 (30 x 5 = S/.150) después de cambiar el precio y vender 31 unidades de 151.90 (31 x 4.90 = S/.151.90). El incremento en el ingreso total proveniente de la venta de una unidad adicional (ingreso marginal) es de S/.1.90. El ingreso marginal es menor que el precio que se cobró por la unidad adicional porque con el fin de aumentar las ventas a 31 unidades, el monopolista tuvo que reducir el precio de todas las unidades vendidas de S/.5.00 a S/.4.90. Esto da como resultado que la curva de ingreso marginal del monopolista se encuentre por debajo de la curva de demanda.

La competencia perfecta, como lo expresamos anteriormente, es un extremo del nivel de competencia y en el otro extremo se sitúa el monopolio. Ambos conceptos en forma pura sólo se presentan en un marco teórico.

Uno de los grandes logros de la microeconomía, dice Cooter y Ulen[275], es especificar las condiciones bajo las cuales las decisiones independientes de los consumidores maximizadores de su utilidad y las empresas maximizadoras de sus beneficios conducirán al establecimiento inevitable y espontáneo del equilibrio en todos los mercados simultáneamente. Tal condición se conoce como equilibrio general. Este equilibrio general es deseable pero no puede darse en la práctica. Es un resultado deseable, pero resulta improbable que todos los mercados sean perfectamente competitivos.

Fernández Baca[276] describe seis alternativas a seguir para combatir el monopolio:

«El primer paso consiste en verificar si realmente hay un problema de monopolización, lo que supone determinar la participación de las principales empresas en el mercado y ver si están obstruyendo o inhibiendo el ingreso de los competidores potenciales. Una vez hecho esto existen seis alternativas:

1. Controlar el precio monopólico.
2. Desintegrar la empresa monopólica.
3. Propugnar la libre entrada al mercado.
4. Organizar a los grupos afectados (consumidores), para contrarrestar el poder del monopolio.

275 *Ibidem*, p. 60.

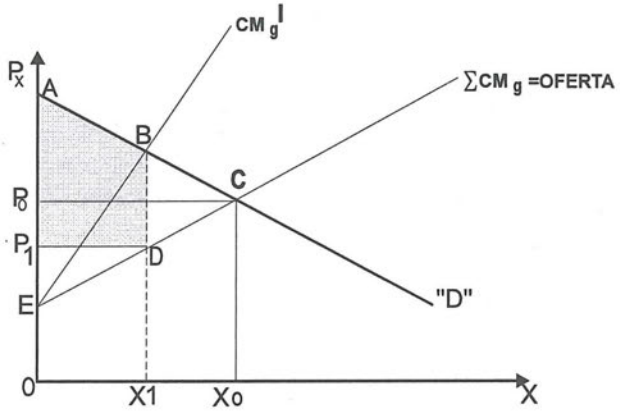
276 FERNÁNDEZ BACA. *El Problema de los Monopolios en la Teoría Económica*. s/f, p. 103.

5. Informar al público dónde puede adquirirse el bien a menor precio.
6. Sancionar la realización de las prácticas monopólicas, por la vía judicial.

El Monopsonio

Kafka[277] considera que el modelo del monopsonio en el mercado de bienes supone la existencia de un solo consumidor que se enfrenta a un considerable número de productores, de tal manera que éstos últimos no ejercen influencia sobre el precio. A diferencia del monopolio y del cartel monopolístico, es el comprador quien impone el precio con el objetivo de maximizar su beneficio.

Esta sustitución puede observarse gráficamente:



Caso del Monopsonio simple

El único comprador puede hacer uso de la discriminación de precios con el fin de incrementar sus beneficios, es decir, compra a precios distintos de acuerdo con la diferencia entre las elasticidades de oferta de cada mercado en el que compra. También puede discriminar en forma perfecta con el fin de extraer toda la renta de los productores.

Este monopsonio es definido por el *Glosario de Economía Industrial y de Derecho de la Competencia* como aquella:

> «(...) situación en la que el mercado sólo incluye un único comprador. En presencia de un número muy limitado de compradores, se habla de oligopsonio. Se dice generalmente que un comprador tiene un poder de monopsonio cuando ejerce un cierto control sobre el precio de sus factores de producción.
>
> El monopsonio (o el oligopsonio) no plantea en sí un problema en sí en política de la competencia, aunque implique una falta de competencia. No ocurre lo mismo en caso de presencia simultánea de un monopolio o de un oligopolio, es decir un poder de monopolio.
>
> Se recurre a menudo a la noción de poder de monopsonio en el marco de la definición de la estructura del mercado. Cuando se quiere, por ejemplo, determinar la existencia de un poder

277 KAFKA (1984), *Op. cit.*, p. 397.

de monopolio, puede ser útil examinar en qué medida este poder no está contrapesado por el que ejercen los compradores. Se habla entonces a menudo de poder compensador. La existencia de compradores en situación de monopsonio o de oligopsonio puede impedir que una empresa aumente sus precios o estorbarle de forma considerable, incluso si ésta se encuentra en situación de monopolio. Los consumidores sacarán provecho de esta forma de control de precios de los factores de producción.

La noción de poder de monopsonio es asimismo muy utilizada en casos de integración o de fusión verticales. Se admite generalmente que el poder de monopsonio favorece la integración vertical. Además, se puede demostrar que la integración vertical, incluso entre un monopolizador y un monopsonizador (monopolio bilateral), puede aumentar la eficiencia económica si se cumplen ciertas condiciones»[278].

El Cartel Monopsonístico

En este cartel existe un gran número de consumidores que deciden unirse y acuerdan pagar sólo un determinado precio por el producto en cuestión.

Pocas veces se hace referencia al cartel monopsonístico en problemas reales. Usualmente al hablar de cartel se alude al cartel de productores. Esto se debe a que los carteles de productores son más frecuentes que los carteles de consumidores por lo que se evita su análisis. Asimismo, las implicancias del análisis son similares y las mismas conclusiones son válidas para ambos tipos de carteles en su generalidad, ya que la inestabilidad es la característica más saltante de ambos y puede ser mayor si los distintos consumidores no son idénticos sino que tienen demandas diferentes.

«En el caso de Eastern States, un grupo de distribuidores de madera aceptó no comprar madera a ningún mayorista que entrara al negocio de menudeo en competencia con un miembro del grupo de detallistas[280]. El acuerdo podía disuadir a los mayoristas de entrar al negocio de menudeo sólo si los detallistas tenían un poder monopsónico frente a los mayoristas, un término importante que explicaremos con el auxilio de la gráfica 11. Se representa allí la demanda derivada de cierto insumo por parte de una empresa (es decir, derivada de la demanda del producto final de la empresa). Se supone que el precio de oferta se relaciona positivamente con la cantidad comprada del insumo, lo que implica que la producción del insumo involucra el uso de recursos escasos especializados para esa producción. El costo marginal del insumo, para la empresa que lo compra, aumenta más de prisa que el precio de oferta, es decir, cada incremento del precio eleva el costo total del insumo para la empresa en una suma mayor, porque el aumento del precio no se aplica sólo a la compra incremental sino (suponiendo que no hay discriminación de precios) a todas las compras anteriores del insumo. Así pues, el costo marginal es al precio de oferta como el ingreso marginal al precio de venta. Los beneficios del comprador son máximos cuando sus compras del insumo se limitan al nivel *qm* en la gráfica 11, donde el costo marginal se iguala al valor marginal. (¿Puede ver por qué la curva de demanda derivada es una curva de valor marginal?) A este nivel, el precio es menor de lo que sería si la competencia entre los compradores los llevara a eliminar los beneficios monopsónicos generados como *qm* reduciendo el precio a *pc*.

278 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 64-65.

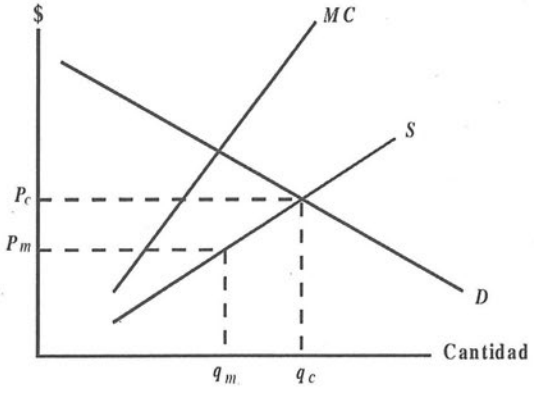
279 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 164.

280 Eastern States Retail Lumber Dealer's Assn. Vs. United States, 234 U.S. 600 (1914).

El atractivo del monopsonio depende de la pendiente positiva de la curva de oferta. Si la curva fuese horizontal, la limitación de la cantidad del insumo comprado no generaría beneficios monopsónicos. Por tanto, el monopsonio es un problema sólo cuando un insumo consume recursos que serían menos valiosos en otros usos. Normalmente, esta condición se satisface sólo a corto plazo. Una vez que se ha construido una vía ferroviaria, su valor para usos alternativos se ve severamente limitado, de modo que un monopsonista de servicios ferroviarios podría ser capaz de limitar el precio que paga por tales servicios a un nivel en el que el ferrocarril no pudiera recuperar su inversión en las vías[281]. No obstante, las vías no serían remplazadas: el acero, la mano de obra y otros insumos de su producción no se desplazarían a mercados donde sus costos pudieran recuperarse más plenamente. Una mina de carbón es otro buen ejemplo de un recurso que no puede reubicarse sin una pérdida de valor enorme.

Si los distribuidores de madera al menudeo del caso Eastern States tenían un poder monopsónico, ¿por qué no lo ejercieron directamente reduciendo por debajo de los niveles competitivos la cantidad de madera que compraban a los mayoristas? Es posible que a los detallistas les resultara más fácil ponerse de acuerdo sobre la eliminación de los mayoristas rivales que sobre el precio monopsónico óptimo de la madera. Otra posibilidad es que los mayoristas fuesen menos eficientes que los detallistas al nivel de menudeo y que se vieran atraídos al mercado de menudeo sólo porque los detallistas estaban cobrando un precio de cartel. Entonces el boicoteo aumentaría la eficiencia del cartel, lo que no haría el precio monopsónico. Y el precio monopsónico tendría sólo una eficacia a corto plazo».

Gráfica 11



1.3.3.2. El Oligopolio

Mochón[282] entiende el monopolio como una estructura de mercado, en la que participan pocos productores, tanto si producen un bien homogéneo como diferenciado mediante marcas. El caso extremo del oligopolio es aquel en el que existen dos productores y se denomina *duopolio*. Una de las características de este tipo de mercado es la capacidad que el empresario tiene de influir sobre las decisiones de sus competidores con sus propias acciones y de ser influenciado por las decisiones de sus rivales. El ejemplo clásico de ésta posibilidad son las guerras de precios, en las que la decisión de un empresario de rebajar el

281 Esa inversión se aproxima en la gráfica 11 (suponiendo que el ferrocarril no emplea otros recursos especializados) por el área triangular limitada por el eje vertical, *pc* y la curva de oferta.

282 MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 145.

precio con el objeto de absorber una mayor parte del mercado se ve neutralizada por la respuesta de sus competidores de rebajar a su vez sus precios.

Además considera que el problema específico del oligopolio se deriva de las «falsas» luchas de precios. En ocasiones se sostienen los precios temporalmente bajos para expulsar de la industria a empresas rivales, lo que suele implicar elevados costos sociales derivados de las quiebras de las empresas.

Por su parte, el *Glosario de Economía Industrial y de Derecho de la Competencia* define al oligopolio como aquella:

> «Situación del mercado que se caracteriza por la existencia de un número muy limitado de vendedores que son conscientes de su interdependencia para sus decisiones de precios y de producción. Las empresas son lo suficientemente poco numerosas como para que cada una pueda ejercer un cierto poder sobre el mercado.
>
> El oligopolio se distingue de la competencia perfecta en que las empresas deben tener en cuenta su interdependencia, de la competencia de monopolio en que las empresas ejercen un cierto control sobre los precios y del monopolio en que el monopolizador carece de competidor. El análisis en términos de oligopolio tiene esencialmente por objeto determinar los efectos de interdependencia de las empresas sobre sus decisiones de precios y de producción.
>
> Existen varios tipos del oligopolio. Cuando todas las empresas tienen aproximadamente el mismo tamaño, el oligopolio se llama simétrico. Si no, es asimétrico. Una industria de oligopolio puede producir bienes homogéneos no diferenciados o bienes heterogéneos diferenciados.
>
> El análisis del comportamiento del oligopolio se lleva a cabo normalmente en el contexto de un oligopolio simétrico y a menudo en el de un duopolio. Ya sea el oligopolio diferenciado o no diferenciado, la cuestión esencial consiste en establecer cómo las empresas tienen en cuenta su interdependencia en cuanto a su comportamiento.
>
> Para realizar este análisis, se puede proceder de dos maneras. El primer procedimiento consiste en suponer que las empresas cooperan, es decir, que se ponen de acuerdo para maximizar sus beneficios conjuntos de monopolio. En el segundo, se parte por el contrario de la idea de que las empresas actúan de manera independiente, es decir, no cooperativa. El análisis de los comportamientos del oligopolio fundado sobre la hipótesis no cooperativa constituye la base de la teoría del oligopolio.
>
> Dentro del marco de la teoría del oligopolio no cooperativo, es preciso distinguir los modelos en los que las empresas escogen las cantidades a producir y aquellos en los que escogen los precios. En general, los modelos fundados en la fijación de las cantidades se llaman modelos Cournot y los modelos de fijación de precios modelos de Bertrand»[283].

De cara al bienestar, y desde una perspectiva estática, el oligopolio no logra una situación óptima, ya que el equilibrio no se alcanza en el mínimo de los costes medios a largo plazo, por lo que el precio de venta será superior al costo medio y al costo marginal.

Desde una perspectiva dinámica, debe señalarse que la investigación y las innovaciones suelen ser considerables en las industrias oligopolísticas. La investigación industrial y la

283 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 66-67.

experimentación son esenciales para el desarrollo de las sociedades modernas y se dan con especial intensidad en los mercados oligopolísticos.

El oligopolio tiene carácter colusivo cuando todos los rivales, de forma explícita o tácita, establecen acuerdos que les permitan tener información sobre el comportamiento o reacción de los demás ante una decisión que se tome en el mercado.

Mochón[284] puntualiza que un oligopolio es aquel mercado en el que la mayor parte de las ventas las realizan unas pocas empresas, cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con sus propias actividades.

Por otro lado Samuelson y Nordhaus[285] clasifican al oligopolio en dos tipos:

En primer lugar, el oligopolista puede ser uno de los pocos vendedores que producen un producto idéntico o casi idéntico.

Este primer tipo de oligopolio se considera corriente en algunas industrias básicas de Estados Unidos, en las que el producto es bastante homogéneo y el tamaño de las empresas grande.

El segundo tipo de oligopolio es el caso de la industria en la que hay pocos vendedores que venden productos diferenciados. Se dice que los bienes están diferenciados cuando varían sus características o calidades valoradas.

Así como en el monopolio, un oligopolista puede utilizar como variable estratégica la cantidad del producto o servicio que desea vender. En el primer caso, condiciona el precio que se puede obtener y, en el segundo, la cantidad que el mercado puede absorber.

Las soluciones desarrolladas para el oligopolio toman normalmente como modelo el caso extremo del duopolio, aunque en su inmensa mayoría son generalizables para los demás mercados oligopolísticos. También se analiza el oligopolio colusivo o el cartel, y se formulan unos comentarios genéricos sobre las soluciones no colusivas.

Mochón señala que el comportamiento de las empresas de un oligopolio puede analizarse suponiendo que, ante las dificultades que se derivan de la interdependencia estratégica entre ellas, optan por llegar a un acuerdo con objeto de actuar conjuntamente como un monopolio frente a la demanda del mercado, y constituir un cartel.

1.3.3.3. Los Cárteles

La mayor amenaza para la libre competencia proviene de acuerdos entre competidores. Si las firmas que debieran estar compitiendo unas contra otras acuerdan en cambio no competir, tendrán la capacidad de elevar los precios a costa de los consumidores, reducir el monto de producción y ganar utilidades emulando al monopolio.

Podemos definir un cártel como un grupo de competidores los cuales llegan a un acuerdo para limitar la competencia entre ellos mismos, con el fin de actuar como si fue-

284 MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 145.

285 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, p. 661.

ran un monopolio. Con estos acuerdos se está afectando directamente el bien jurídicamente protegido que es la libertad de competencia.

Los cárteles existen porque los competidores que pueden limitar la competencia formando un cártel pueden obtener utilidades de monopolio para ellos. Así los integrantes del cártel pueden producir menos y vender a precios más altos y al mismo tiempo pueden preocuparse menos que si perdieran ventas que beneficiaran a la competencia.

En términos de Economía y Competencia, el cártel es un «acuerdo formal entre empresas que actúan en un mercado de oligopolio. Dicho acuerdo puede referirse a los precios, la producción total del sector de actividad, las cuotas de mercado, el reparto de la clientela, la distribución geográfica del mercado, las ofertas, establecimiento de agencias de ventas, distribución de beneficios o una combinación de éstas prácticas. En esta acepción amplia, el cártel o los comportamientos constitutivos de un cártel tiene por objeto crear condiciones de monopolio al limitar la producción de la industria, subiendo los precios o imponiéndolos, de manera que aumenten los beneficios»[286].

La característica esencial de un acuerdo de cártel es el propósito de restringir uno de los principales aspectos de la competencia: precio o producción. Los cárteles pueden no tener la capacidad de eliminar todos los aspectos de la competencia. Por ejemplo, si los competidores tienen un acuerdo en precio, aun pueden competir en servicio, en ciertos «extras» o en calidad. Es decir, estos acuerdos, no necesariamente conducen a una elevación de precios o a una restricción en la producción y por ende en un perjuicio directo a los consumidores. Los acuerdos de cárteles producen diferentes consecuencias por lo que se hace necesario distinguir entre los acuerdos perjudiciales de los beneficiosos.

Es necesario distinguir los cárteles declarados de los ocultos. «En caso del cártel declarado, las autoridades competentes podrán establecer y aplicar reglamentaciones referentes en particular a los precios y a la producción. Los cárteles para la exportación y las conferencias marítimas entran en la categoría de cárteles declarados. Numerosos países han autorizado cárteles de recesión en los sectores en los que la estabilidad de los precios y de la producción se consideraba necesaria y/o a efectos de racionalización de la estructura industrial y de reabsorción de excesos de capacidad(...). Los cárteles ocultos son, por el contrario, acuerdos en los que las partes obtienen mutuamente ventaja, pero que se disimulan frente a terceros. En la mayor parte de países. Los cárteles ocultos son ilícitos y contrarios a la reglamentación de la competencia(...). Para alcanzar sus objetivos, los cárteles declarados u ocultos, suponen un acuerdo, una coordinación y el respeto a las obligaciones contraídas. Es preciso, pues, que las partes puedan ser capaces de detectar y de sancionar las violaciones del acuerdo. Al ser estas condiciones de difícil cumplimiento, los cárteles son frágiles y resisten mal el paso del tiempo»[287].

La mayoría de las leyes antimonopolio son muy estrictas con los acuerdos de cárteles. Para la legislación protectora de la libre competencia estos acuerdos de cárteles son claramente perjudiciales pues generan dos consecuencias:

- Menos bienes producidos

[286] OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 45.

[287] *Ibidem*, p. 46.

- Los precios son más altos

Así, Posner nos dice[288]:

«LAS LEYES ANTIMONOPÓLICAS[289]
LOS CÁRTELES Y LA LEY SHERMAN

Un contrato celebrado entre competidores para fijar el precio del producto que venden (o lo que es lo mismo, para limitar su producción) se parece a cualquier otro contrato en que las partes no lo firmarían si no esperaran mejorar su posición. No obstante, lesiona a otros, los consumidores, quienes no son parte del contrato; y como vimos en el capítulo anterior, cuando se consideran los efectos de sustitución y la tendencia de los beneficios monopólicos a transformarse en costos, los costos de los consumidores superan a las *ganancias* de los cartelistas. Es cierto que todo consumidor se encuentra en una relación contractual directa o indirecta con uno o más vendedores del cártel, de modo que parecería que opera el teorema de Coase y que los consumidores pagarían a los vendedores para que aumenten su producción hasta el nivel competitivo. Sin embargo, esto implicaría que el estado final del mercado sería el de la discriminación de precios perfecta; y aun si pudiera impedirse el arbitraje, serían prohibitivos los costos de negociar por separado con cada consumidor por cada unidad de la producción. Éste es un ejemplo de cómo los costos de transacción pueden ser muy elevados incluso para las partes de una relación contractual. Por tanto, no es sorprendente que, al llegar a la última parte del siglo XIX, los tribunales se estuvieran negando a hacer cumplir los acuerdos de cárteles, alegando que se oponían a la política pública.

Podría pensarse que esa negativa era un remedio patentemente inadecuado, porque incluso sin sanciones legales por incumplimiento de contrato los individuos se guiarían de ordinario por consideraciones de ventaja recíproca para adherirse a sus contratos. Sin embargo, un acuerdo para la fijación de precios es menos estable que la mayoría de los contratos. Una parte de tal acuerdo "compra" la aceptación de las otras para no vender por debajo de cierto precio, y el "producto" (la abstención de la competencia de precios) resulta difícil de inspeccionar. Si una de las partes del acuerdo pierde ventas, esto puede deberse a muchas razones. Una de ellas es que un competidor lo haya traicionado. ¿Cómo saberlo? Podría preguntar a los compradores que ha perdido, pero no podría confiar en sus respuestas. Los compradores podrían decirle que su competidor estaba cobrando un precio más bajo aunque no fuese cierto, a fin de inducirlo a rebajar su precio. Además, el competidor podría haberse adherido al precio del cártel, pero mejorando su producto, lo que es un método de engaño particularmente sutil[290].

El engaño implica necesariamente la venta a un precio menor (ajustado por calidad), pero puede ser rentable: si la expansión de la producción total del mercado generada por el engaño es pequeña, la disminución de los beneficios del engañador que resulta de la declinación del precio del mercado podría ser menor que el aumento de sus beneficios derivado de la venta de unidades adicionales. Supongamos que la producción del mercado, antes del engaño, es de 100 unidades, la cuota de cada vendedor es 10, el precio es $2 y el costo de producción es $1. Cada vendedor tiene así beneficios monopólicos de $10. Un vendedor decide engañar y aumenta su producción a 15 unidades. Dado que la producción del mercado ha aumentado a 105, el precio bajará, digamos a $1.80. Vendiendo 15 unidades a $1.80, el en-

288 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 167.

289 POSNER, Richard A. y EASTERBROOK, Frank H. *Antitrust: Cases, Economic Notes, and Other Materials.* 1981.

290 Por lo que toca a los problemas de operación de los cárteles, véase STIGIER, George J. «A Theory of Oligopoly». En: *The Organization of Industry* 39 (1968); MCGEE, John S. «Ocean Freight Rate Conferences and the American Merchant Marine», *27 U. Chi. K.* Rev. 191 (1960).

gañador obtiene un beneficio de 800 por unidad. Su beneficio total asciende así a $12, que es 20% mayor que antes, cuando se estaba adhiriendo al cártel. Adviértase que el truco funciona porque la producción del engañador es pequeña en relación con el mercado; puede aumentar su propia producción sustancialmente sin aumentar en forma sustancial la del mercado y provocar así una gran baja en el precio del mercado y en las ventas de sus competidores. Sin embargo, si otras empresas pequeñas siguen al engañador, el impacto acumulativo sobre el precio del mercado y las ventas de los rivales, y por ende sobre los beneficios de las empresas grandes, lo obligarán a reducir sus propios precios defensivamente, de modo que el precio del mercado tendrá que bajar finalmente al nivel competitivo.

A pesar de la inestabilidad de los cárteles, es improbable que la ausencia de una ejecución forzosa de los acuerdos de cárteles constituya un remedio adecuado. Reduciendo la eficacia de la fijación del precio por contrato, se crea un incentivo para que los miembros del cártel se consoliden en una sola empresa. El precio monopólico podrá aplicarse entonces sin necesidad de recurrir a los contratos.

La Ley Sherman (1890) trataba de resolver el problema monopólico estableciendo sanciones penales y civiles para los contratos y otras combinaciones que pretendían restringir el comercio, para la monopolización, y para las conspiraciones y los intentos de monopolizar. Las primeras decisiones interpretaron la ley como una prohibición de los cárteles. Las sanciones originalmente eran muy débiles, pero la ley fue razonablemente eficaz para impedir que los cartelistas emplearan ciertos instrumentos muy efectivos, pero también muy visibles, para eliminar los engaños de los miembros de cárteles. Tenemos un ejemplo en la agencia de ventas común, donde todas las ventas del producto del cártel se canalizan a través de la agencia, que establece un precio uniforme.

No obstante, la Ley Sherman tenía otro efecto que era ineficiente. La producción de un mercado monopolizado es menor que la de un mercado competitivo. Por tanto, luego de la formación de un cártel, gran parte de la capacidad productiva del mercado se vuelve excedente y debiera ser desmantelada para economizar recursos. Si los miembros temen que el cártel sea efímero, se mostrarán renuentes a desmantelar su capacidad porque temen que no podrían expandir su producción cuando el cártel se derrumbe y el precio baje. La agencia de ventas en común y otros métodos "eficientes" de la cartelización suprimidos por la Ley Sherman facilitan el desmantelamiento de la capacidad excedente al aumentar la estabilidad y la longevidad del cártel que los emplea, y en este sentido podrían ser (¿por qué "podrían"?) menos dispendiosos que el cártel oculto, o la conspiración para la fijación de precios que lo sustituyó.

En la aplicación de la Ley Sherman contra los cárteles y las conspiraciones se ha dado especial importancia a la prueba de la existencia de un acuerdo para fijar los precios (una cuestión legal), antes que a la prueba de los efectos de la conducta de los vendedores sobre el precio y la producción, la cuestión económica. Una consecuencia imprevista de esta importancia es que los cárteles que tienen mayores probabilidades de ser descubiertos y perseguidos son aquellos donde los efectos de precio y producción son pequeños. Tales son los cárteles que tienen muchos miembros, de modo que es mayor la probabilidad de que uno de ellos se disguste e informe sobre los demás; los que dependen de la negociación y el acuerdo explícito y reiterado, lo que provee la prueba esencial de la violación; y los que tienden a llenarse de engaños y se derrumban pronto en medio de recriminaciones mutuas: circunstancias que crean oportunidades para obtener testigos muy dispuestos a ofrecer pruebas de la existencia del acuerdo. Es menos probable que el cártel de funcionamiento regular genere pruebas del acuerdo efectivo. Lo que la ley castiga es sobre todo el intento de fijar precios. La conspiración completa escapa a menudo a la atención.

Podemos emplear el análisis económico para identificar las características que indican una predisposición del mercado hacia la fijación efectiva del precio:

1) El número de vendedores (principales) es uno. Entre menor sea el número, menores serán los costos de coordinar sus actividades. Recuérdese que el engaño dentro de un cártel es más atractivo para una empresa pequeña que para una grande (pequeña o grande en relación con el mercado).

2) Otra característica favorable es la homogeneidad del producto. Entre más homogéneo sea el producto, más difícil será el engaño mediante la alteración de la calidad del producto; el cambio resaltará.

3) Otra característica (especialmente difícil de medir) es la elasticidad de la demanda respecto del precio. En igualdad de circunstancias, entre menos elástica sea la demanda serán mayores los beneficios que generará un precio monopólico, y por ende será mayor el incentivo para la monopolización (intuitivamente, entre menor sea la disminución de la cantidad demandada en respuesta a los incrementos de precios, mayor será el margen de acción del monopolista para aumentar su precio).

4) Otra característica (y no muy distinta) que predispone a la cartelización, pero que también es difícil de medir, es la condición de la entrada. Si la entrada puede efectuarse rápidamente y los que ingresan no tienen costos a largo plazo mayores que los de los miembros del cártel, los beneficios de la cartelización serán pequeños y, por tanto, también será pequeño incentivo para la cartelización.

5) La importancia relativa de la competencia en el precio, por oposición competencia en otras variables, es también importante; la fijación del precio podría conducir simplemente al empleo de la competencia en variables distintas del precio, que eliminaría los beneficios potenciales de la cartelización.

6) ¿Está el mercado creciendo, declinando o se mantiene constante a través del tiempo? Si la demanda está creciendo, la cartelización será difícil de vigilar, porque un vendedor que pierda participación en el mercado tendrá dificultad para determinar si simplemente no le está yendo tan bien como a sus competidores, en lo tocante a la atracción de nuevos compradores al mercado, o si sus competidores están vendiendo a un precio menor (por otra parte, los cartelistas, en lugar de ponerse de acuerdo sobre el precio, podrían convenir en el ritmo de la construcción de plantas nuevas y esto debiera ser fácil de vigilar). Si la demanda se mantiene constante o declina, es más probable que una pérdida de participación en el mercado se deba (y se atribuya) al engaño sobre el precio del cártel. Un mercado que declina es especialmente favorable para la cartelización. El riesgo de la quiebra será mayor porque los costos fijos no pueden reducirse bajando la producción; por tanto, la competencia de precios parecerá peculiarmente destructiva porque una pérdida en dinero que conduce a la quiebra es más costosa que la misma pérdida que deja a la empresa con algunas utilidades. Además, la entrada no es una amenaza seria en un mercado declinante.

7) Por último, es importante la estructura de los compradores en el mercado. Si hay muchos compradores de igual tamaño, el engaño dentro del cartel requerirá muchas transacciones y será muy probable que lo detecten otros miembros del cartel. En cambio, si hay pocos compradores (grandes), un miembro del cartel podrá engañar simplemente atrayendo a uno o dos clientes de otro miembro. Se requerirán pocas transacciones, lo que reducirá la probabilidad de la detección. De igual modo, la víctima del engaño puede tener dificultades para aclarar si perdió clientes porque alguien bajó sus precios o por factores aleatorios.

El análisis económico puede indicar también el tipo de prueba que demuestra que un mercado efectivamente está siendo cartelizado, no sólo que haya probabilidades de una cartelización.

1) Un ejemplo es la discriminación de precios que abarque a todo el mercado, un método empleado para la explotación del poder monopólico.

2) Un ejemplo bien ilustrado por el cártel de la OPEP[291] es una declinación a través del tiempo de la participación en el mercado de las empresas más grandes, lo que podría indicar que han venido cobrando un precio monopólico que ha atraído a nuevas empresas, quienes les han quitado clientes cobrando precios más bajos.

3) Otro tipo de prueba es la que se refiere a la estabilidad del precio de reventa en toda la industria, la cual pudo haberse adoptado para impedir el engaño bajo la forma de ventas a los distribuidores con un margen de ganancia menor[292].

4) Otra clase de prueba es que las participaciones en el mercado sean demasiado estables para ser un resultado plausible de la actividad competitiva normal entre los vendedores.

5) Tenemos también las variaciones regionales de los precios que no se pueden explicar por diferencias regionales del costo o de la demanda.

6) Un aumento del precio, aunado a una reducción de la producción, que no se puede explicar por una hipótesis diferente de la cartelización sería otra prueba.

7) Una alta elasticidad de la demanda con respecto al precio corriente del mercado, aunada a una ausencia de buenos sustitutos para el producto (es decir, comparables en costo y valor), lo que sugiere que la gran elasticidad es el resultado del precio monopólico. Éste es un buen ejemplo de la diferencia existente entre las condiciones económicas que *facilitan* la cartelización y las condiciones económicas que la *prueban.* Si la demanda es inelástica al precio competitivo, esto vuelve atractiva la cartelización porque un aumento del precio no provocará una disminución proporcional de la cantidad demandada. Si se forma, en consecuencia, un cártel que trata de maximizar sus beneficios, este cártel continuará elevando el precio hasta ubicarlo en la región elástica de la curva de demanda del mercado, quizá muy adentro de esa región. Un monopolista cuyos costos marginales son nulos venderá en el punto de elasticidad unitaria de la curva de demanda, mientras que un monopolista con costos marginales positivos venderá a la izquierda de ese punto, es decir, en la región elástica de la curva.

8) Otra prueba es un aumento repentino e inexplicado del nivel de beneficios de un mercado, seguido de una declinación gradual. La inferencia de monopolización se reforzaría si el alza inicial del beneficio fuese mayor para las empresas pequeñas que para las grandes, porque presumiblemente sólo las empresas grandes se unen al cártel.

9) Por último, el precio del cártel puede inferirse a veces de la existencia de una correlación negativa entre el número de empresas en el mercado y el nivel de precios del mercado. La teoría de la competencia implica que el precio se determina sólo por el costo; el número de empresas debiera ser irrelevante. Si, por el contrario, el precio es una función negativa del número de empresas, elevándose a medida que baja ese número y bajando a medida que aumenta el número, esto implica la existencia de una colusión, porque la colusión es más eficaz (y por ende conduce a precios mayores) entre menor sea el número de empresas en el mercado.

---

291 HIRSHLEIFER, Jack. *Price Theory and Applications.* 3ra. Edición, 1984, pp. 264-265; PINDYCK, Robert S. «Gains to Producers From the Cartelization of Exhaustible Resources», 60. En: *Rev. Econ. & Stat.* 238, 1978; GATELY, Dermot. «A Ten-Year Retrospective: OPEC and the World Oil Market», 22. En: J *Econ. Lit. 1100,* 1984.

292 Si un distribuidor baja su precio, los competidores del proveedor de este distribuidor podrían no saber si la baja del precio refleja un cambio en los costos de operación del detallista o una reducción del precio cobrado por el proveedor; la conservación del precio de reventa elimina esta incertidumbre.

Los tribunales no tienen siempre un entendimiento claro del objetivo económico de la política de competencia; su visión es menos confiable que en los campos del derecho común. A veces piensan que competencia significa rivalidad, mientras que para un economista, la competencia significa la asignación de recursos generada cuando los precios no están distorsionados por el monopolio. A veces parecen creer que la competencia de precios es más importante que la competencia en otras variables. A veces parecen creer que toda interferencia con el establecimiento de precios es algo malo, lo que confunde los niveles de precios con la dispersión de los precios. Supongamos que, en un mercado donde hay muchos vendedores, muchos compradores y un producto homogéneo, el producto se vende a precios diferentes el mismo día porque quienes participan en el mercado no conocen todo el conjunto de ofertas de compra y venta. Si los costos de información pudieran reducirse por un acuerdo entre los vendedores para combinar sus ofertas (lo que hacen los sistemas de intercambio formales: bolsas de valores y de productos), generando así un precio de mercado más uniforme, se promovería la eficiencia. Disminuiría la dispersión de los precios, pero el precio medio no aumentaría. Sin embargo, a veces se ha condenado esta clase de acuerdo por consideraciones antimonopólicas.

Los tribunales con frecuencia han evaluado incorrectamente las pruebas económicas en los juicios contra monopolios. Por ejemplo, en el caso del monopolio de la U.S. Steel[293] la Suprema Corte, al fallar en favor de la parte demandada se dejó impresionar por el hecho de que la participación de la U.S. Steel en el mercado hubiese declinado continuamente después de incorporar empresas siderúrgicas rivales para formar la corporación (y por el hecho de que sus competidores no se hubiesen quejado de sus tácticas competitivas). La Corte no advirtió el comportamiento monopólico. La creación de un precio monopólico genera un incentivo para que nuevos vendedores entren al mercado. El monopolista tiene tres opciones. Puede dejar de cobrar un precio monopólico a fin de desalentar la entrada; puede no hacer nada; o puede reducir su producción en un esfuerzo por contrarrestar los efectos de la producción de los nuevos participantes sobre el precio. El primer curso de acción frustra por completo el propósito del monopolio. Bajo la segunda o la tercera opciones, el monopolista obtiene algunos beneficios monopólicos, por lo menos temporalmente, de modo que sería de esperar que siguiera cualquiera de estos dos caminos. Ambos conducen a una disminución de su participación en el mercado[294].

En el segundo caso, el de la American Tobacco,[295] la Suprema Corte, al sostener que los principales fabricantes de cigarrillos habían conspirado para eliminar la competencia, consideró ominoso el hecho de que los fabricantes hubiesen elevado sus precios durante la depresión de los años treinta, a pesar de que ése fue un periodo de costos y demanda declinantes. Un monopolista (o un cártel) que trata de maximizar sus beneficios reducirá el precio cuando declinan sus costos ya que una disminución de la demanda lo llevará a reducir el precio (si el costo marginal aumenta con la producción) o a dejarlo constante (si el costo marginal es constante). Elevará el precio sólo si el costo marginal declina con la producción en la región relevante, lo que en el caso del tabaco habría implicado que la industria cigarrera era un monopolio natural; esto es muy poco plausible. Otra posibilidad es que un cártel cigarrero se haya formado desde la depresión, pero no hay prueba de esto. Otra es que la demanda, además de bajar, se estuviese volviendo menos elástica. Esto alentaría al monopolista a elevar el precio, y este efecto podría dominar su incentivo para reducir el precio porque la demanda estaba bajando. No obstante, es probable que las demandas se vuel-

293 United States vs. United States Steel Corp., 251 U.S. 417 (1920).

294 STIGLER , George J. «The Dominant Firm and the Inverted Umbrella». En: The Organization of Industry 108, n. 2.

295 American Tobacco Co. vs. United States, 328 U.S. 781 (1946).

van más elásticas, no menos, durante las depresiones, porque la gente compra con más cuidado entonces. Esta posibilidad se ve corroborada por las incursiones competitivas hechas por las marcas de tabaco menores cuando las grandes compañías tabacaleras elevaron su precio.

Desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, señala Abanto Vásquez[296] «la relación individual aparece clara en aquellos acuerdos que prescinden de la competencia para fijar arbitrariamente precios (fijación de precios) o para influir en los precios de manera inmediata (cárteles de cuotas, descuentos, condiciones, cárteles de comunicación de precios). El mecanismo del precio es aquí puesto en grave peligro de manera tal que el individuo no puede disfrutar más la libertad de escoger entre las distintas ofertas la que más le convenga y se ve obligado a soportar precios fijados arbitrariamente, los que además son ineficientes a nivel macroeconómico».

En la mayoría de las legislaciones de América del Sur los cárteles de precios son sancionados penalmente. Así tenemos que en el Perú el Artículo 3, complementado con el Artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, concordado con el Artículo 232 del Código Penal prohíbe y sanciona los actos y conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia. Asimismo, siguiendo esta misma tendencia, encontramos el Artículo 41 concordado con el Artículo 1 de la ley argentina 22,262; el artículo 411 de la ley brasileña 8.137 del año 90, el artículo primero y segundo del Título I del Decreto Ley 211 del 22 de diciembre de 1973, modificado parcialmente por el Decreto Ley 2760 del 5 de julio de 1979 de la legislación chilena que prohíbe y sanciona los actos y conductas que restrinjan la competencia.

En el Mercosur encontramos el «Proyecto de Decisión del Consejo del Mercado Común sobre Defensa de la Competencia». En su Artículo 8 considera nulos «los acuerdos que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia celebrados entre empresas de dos o más países miembros que impliquen prácticas anticompetitivas...». «Con independencia de las sanciones, indemnizaciones y penalidades de tipo físico o pecuniario que pudieran corresponder según las distintas legislaciones nacionales».

Tanto en Latinoamérica, como en América del Norte y en Europa se observa la tendencia a desarrollar, junto a las legislaciones nacionales sistemas supranacionales de protección de la competencia. Para que estas leyes supranacionales puedan aplicarse con toda efectividad se debe igualar las legislaciones nacionales de los países miembros, objetivo que se está logrando con las disposiciones que en la última década se han promulgado.

Craig W. Conrath[297] señala que «un cártel debe solucionar varios problemas si quiere ser exitoso. Para tener éxito, debe subir los precios por encima del nivel de competencia y mantenerlos lo suficientemente altos para obtener utilidades de monopolio. Para hacer esto, las firmas deben conseguir que todas o la mayoría de las compañías relevantes participen. Deben estar de acuerdo en qué precio cobrar. A menudo ellas asignan a cada una, una participación del mercado. Deben asegurarse que ninguna de ellas intenta engañar al cártel cortando un poco sus precios y, por lo tanto, hacer ventas adicionales».

---

[296] ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 119.

[297] CONRATH (s/f). *Op. cit.*

Un cártel no puede funcionar exitosamente si existe un gran número de competidores que no son miembros del cártel ya que los que están fuera podrían vender sus productos a un precio más bajo que los miembros del cártel. Estas firmas que están fuera pueden ejercer presión de tal forma que los miembros del cártel tengan que reducir sus precios. Esto significa que muchas veces encontramos firmas que no están incluidas en el cártel pero no ejercen la necesaria influencia y el cártel puede funcionar sin incluirlas.

Los cárteles son por naturaleza inestables. Generalmente, cada miembro está en la capacidad de producir o vender por encima del monto que el acuerdo de cártel permite. Esto se debe a que el cártel opera incrementando el precio. Una vez que se incrementa el precio, una cantidad menor del producto será vendida. Cualquiera de los miembros del cártel podría incrementar significativamente sus utilidades fabricando más del producto y vendiéndolo a un precio más bajo que el acordado. Pero si todos ellos hacen esto, el cártel se desintegrará.

Mochón[298] considera que el equilibrio de un cártel se logra cuando el nivel de producción de cada empresa es tal que, considerado aisladamente, muestra una situación en la que el ingreso marginal es mayor que el costo marginal. Este hecho es el que explica que individualmente las empresas de un cártel tengan incentivos para romper los acuerdos que sirvieron para su constitución. Si cualquiera de las empresas decide elevar su nivel de producción, adueñándose de parte de la cuota de mercado de la otra empresa, sus beneficios aumentarán, ya que cada unidad adicional incrementa el ingreso total en mayor medida que el costo total.

De esta manera cada miembro del cártel tiene incentivos para bajar los precios y tratar de vender más de la proporción que le ha sido asignada. El conflicto entre el interés colectivo del cártel y el interés individual de cada uno de los vendedores que lo forman frecuentemente genera guerras de precios para tratar de incrementar la participación en el mercado.

En consecuencia, para que un cártel sea viable es necesario que se arbitre algún mecanismo que sirva para detectar y castigar las violaciones de los acuerdos, ya que de lo contrario las empresas se verán motivadas en algún momento a romper unilateralmente dichos acuerdos.

Existe dificultad en analizar los cárteles cuando estos involucran acuerdos de alta tecnología o patentes cruzadas. Así, Posner nos dice[299]:

> «LOS ACUERDOS HORIZONTALES DE FRONTERA. LOS ACUERDOS DE PATENTES Y LAS LICENCIAS LIBRES DE BMI-ASCAP
>
> Los acuerdos de patentes entre empresas rivales plantean interrogantes difíciles. Tales acuerdos no pueden condenarse ni aprobarse a primera vista. Empecemos por el primer punto. Si dos empresas tienen patentes "bloqueadas", lo que significa que ninguna de las dos patentes puede emplearse para crear un producto o un proceso comercialmente valioso sin infringir a la otra, deberá permitirse que las empresas combinen las patentes o que una la ceda a la otra. Si una empresa desarrolla una patente cuyo uso eficiente requiere que la conceda, difícilmente podrá prohibirse a la empresa en cuestión que la conceda. En principio, la

298 MOCHON (1997). *Op. cit.*, pp. 147-148.

299 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 169.

empresa puede fijar una tasa de regalía que la proteja de la competencia de sus licenciatarios (si es también un productor del producto patentado y no sólo el poseedor de la patente), pero en la práctica puede resultar necesaria la fijación de un precio mínimo para el producto patentado también esto debiera permitirse.

Supongamos que el costo marginal para A, el dueño de la patente, por producir un adminículo patentado es constante en $1 en una corrida de 100000 adminículos. A cree que B podría producir otros 10000 adminículos a un costo constante de 950, que los costos de B serían muy elevados para cualquier cantidad mayor que produzca, y que con una producción de 110000 adminículos habría en el mercado un precio de $1.10. Por tanto, A cobra a B una regalía de 150 por adminículo, de modo que B perderá dinero si cobra menos de $1.10 por cada adminículo que fabrique. Supongamos que B puede producir otros 10000 adminículos (para un total de 20000) a un costo de sólo 75c por adminículo, Si produce 20000, la producción total de adminículos (suponiendo que A produce 100000 como lo tenía planeado) será 120000, de modo que el precio del mercado bajará, digamos que a $1.01. Sin embargo, B tendrá un incentivo para producir la cantidad mayor, porque después de pagar la regalía convenida ganará $1200 en lugar de $1000 con la producción menor. Pero A, en lugar de ganar $11500 (10c en cada uno de los 100000 adminículos que produce, y 15c. en los 10000 adminículos que esperaba que produjera B), sólo ganará $4000 (1c en cada uno de los 100000 adminículos que produce, y 15c en cada uno de los 20000 adminículos de B). Es cierto que si A redujera su producción a 90 000 adminículos para mantener el precio de mercado en $1.10, su ingreso total de la patente, $12 000, sería mayor aún de lo que esperaba cuando otorgó la licencia a B, lo que demuestra que siempre es más rentable otorgar una licencia para la producción a un productor más eficiente que producir uno mismo, También es posible que A no advirtiera que B estaba produciendo más que el número esperado de adminículos antes de que el precio empezara a bajar. Además, A podría haber incurrido en costos basados en una producción esperada para él de 100000 adminículos, que no se pudieran evitar por completo cuando la producción cayera inesperadamente. Frente a tales incertidumbres, sí se prohíbe que A fije un precio mínimo (digamos $1.10) para B, A podría optar por no otorgar la patente y producir él todos los adminículos, aunque sea más eficiente que se permita a B producir algunos de ellos.

Aunque algunas patentes no podrían haberse desarrollado sin la cooperación entre competidores, cuando una patente es "tenue" (lo que significa que podría ser declarada inválida si fuese cuestionada en un tribunal), su otorgamiento provee una oportunidad de oro para que las empresas se coludan bajo el disfraz de una licencia de patente legal. En cierta ocasión, la General Electric otorgó a la Westinghouse una licencia para la producción de focos bajo la patente de la GE, a un precio mínimo establecido en el acuerdo de licencia. La patente de la GE podía haber sido inválida. La General Electric cobró a Westinghouse una tasa de regalía muy baja de 2%, la cual, sin embargo, aumentaría a 15% si la participación de la Westinghouse en el mercado de los focos llegara a más de 15%. Estas condiciones quitaban a Westinghouse el incentivo para expandirse en competencia con la General Electric, pero si se conformaba con una pequeña participación en el mercado tendría que pagar sólo una regalía pequeña y compartiría los beneficios monopólicos creados por una estructura de precios no competitiva[300].

Otro famoso caso de patentes que puede haber engañado a la Suprema Corte es el caso del "resquebrajado", también ganado por la parte demandada[301]. Varios fabricantes de gasolina

300 Sin embargo, la Suprema Corte aprobó el arreglo. United States vs. General Electric Co., 272 U. S. 476 1926.

301 Standard Oil Co. (Indiana) vs. United States, 283 U. S. 163 (1931).

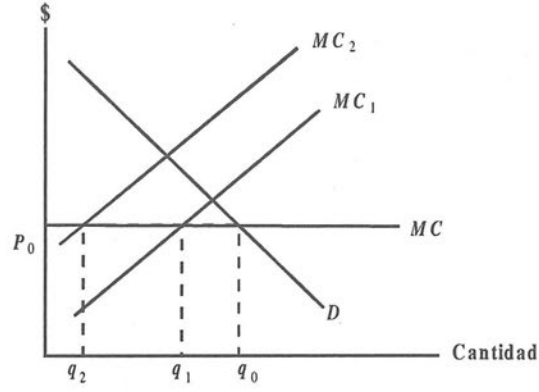
habían patentado procesos para producir gasolina con el método barato de resquebrajado. Combinaron sus patentes (que aparentemente no eran patentes bloqueadas), eliminando la competencia entre ellos. La Suprema Corte opinó que aquí no había ningún problema porque sólo 26% de la gasolina vendida se producía por el método del resquebrajado, mientras que la gasolina producida por otros métodos es físicamente indistinguible: un sustituto perfecto. La gráfica 8 muestra que este análisis es incompleto. MC es el costo marginal de la producción de gasolina por el método antiguo (parcialmente) desplazado por el resquebrajado, y MC, es el costo marginal para las refinerías si los poseedores de las patentes de resquebrajado compiten entre sí para permitir su empleo a las refinerías. Bajo la competencia, el resquebrajado es el método más barato hasta la cantidad *q1*; más allá de esa cantidad se empleará el método convencional para satisfacer el resto de la demanda del mercado (es decir, *q0 - q1).* Los poseedores de patentes en colusión cobrarán un precio mayor por el empleo del método de resquebrajado, lo que elevará los costos marginales de las refinerías, por el empleo del método, por encima de *MC1 y por* debajo de *MC2* en la gráfica 8. En consecuencia, se producirá menos gasolina por el método de resquebrajado. El precio de la gasolina no cambia porque se dispone del método convencional para producir gasolina adicional a un costo constante y por ende a un precio constante. Sin embargo, los costos totales de la producción de gasolina son mayores, por una cantidad que da la diferencia existente entre las áreas debajo de MC y MC, entre *q2 y q1*. Esa diferencia es el costo social de la colusión entre los poseedores de la patente.

Los acuerdos cooperativos entre competidores involucran a menudo una disyuntiva entre el monopolio y la eficiencia. Considérese el método por el que las organizaciones de derechos de ejecutantes en el campo de la música, ASCAP y BMI, venden los derechos de ejecución de composiciones musicales con copyright. Los compositores (u otros poseedores del copyright) dan licencia a la organización para que venda en el mercado sus canciones. La organización otorga a su vez una licencia libre a las estaciones de radio y otras entidades ejecutantes. La licencia permite a la estación el empleo de cualquier canción del repertorio de la organización (cada organización tiene miles de canciones) sin pago extra. El único pago es el de la licencia misma, un porcentaje especificado de los ingresos del licenciatario que no guarda ninguna relación con lo mucho o poco que emplee los derechos que le da la licencia. La organización distribuye luego sus ganancias entre los compositores, aproximadamente en proporción a la frecuencia con la que se toque cada canción.

Cada una de las organizaciones de derechos de ejecutantes es en efecto una agencia de ventas exclusiva para los compositores de su "establo", y elimina la competencia de precios entre ellos, justo como lo hace la agencia de ventas exclusiva de un cartel convencional. Por tanto, es posible que los compositores obtengan ingresos mayores que si compitieran entre sí. Por otra parte, sería prohibitivo para las estaciones de radio y otros compradores (intermediarios) de la música con copyright el costo de negociar individualmente con los compositores, de modo que el cobro de la licencia libre del "cártel" es probablemente mucho menor de lo que sería en un mercado puramente, "competitivo". (Esta es una buena ilustración de la falacia que se comete cuando se equipara la competencia, en el sentido de una asignación eficiente de los recursos, con la rivalidad). Además, la licencia libre es un instrumento ingenio, para minimizar los efectos del monopolio sobre la producción. Dado que permite que cada licenciatario toque tanta música como quiera sin pagar nada adicional, los licenciatarios no tienen ningún incentivo para restringir su empleo por debajo del nivel competitivo, como lo tendrían los clientes de un monopolista ordinario. Sin embargo, el instrumento no es perfecto. El cobro por la licencia libre podría disuadir a algunas estaciones de radio de emplear la música; incluso podría disminuir el número de estaciones de radio. Por tanto, si el cobro contiene una renta monopólica para los compositores, podría producir la misma de efectos de sustitución que un precio monopólico convencional.

¿Hasta dónde debiera impulsarse la idea de un cártel eficiente? Supongamos que empresas rivales forman una agencia de ventas exclusiva, arguyendo que esto: 1) reducirá los costos de búsqueda del comprador; 2) aumentará el incentivo para la innovación, y 3) reducirá los costos de peso muerto esperados por la quiebra. ¿Son estos argumentos ridículos? Si no lo son, ¿cómo debieran ponderarse contra los costos sociales de la cartelización?

Gráfica 8



1.3.4. Definición del Mercado Relevante

1.3.4.1. El Concepto del Mercado Relevante

El Mercado relevante es un concepto fundamental en la legislación reguladora de la libre competencia pues es a partir de este concepto que se analiza la estructura de los mercados y se determina cuántas empresas tienen poder sustancial dentro de un mercado específico o mantienen una posición dominante en el mismo.

El mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busca evaluar las condiciones de la competencia.

Como bien señala Gonzalo Ruiz[302], existen aspectos relevantes en torno a las metodologías empleadas para la definición del mercado relevante. Estos son:

1.3.4.2. La delimitación del producto

La economista Joan Robinson planteó una solución al problema de la delimitación del mercado desde la perspectiva del producto. Partiendo de un producto se busca sus sustitutos cercanos y se repite el ejercicio hasta una brecha en la cadena de sustitutos. Este criterio ha sido adoptado por el Horizontal Merger Guidelines (HMG) del Departamento de Justicia Americana promulgado en 1992 el cual define el mercado relevante como «un producto o conjunto de productos producidos o vendidos, tal que una empresa hipotética, que es la única establecida en dicha área, que produce o vende dichos productos, está en capacidad de imponer un incremento pequeño pero significativo y

302 RUIZ, Gonzalo. «Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia». En: En: *Themis*. Revista de Derecho No. 41, Lima, 2000, pp. 299-303.

no transitorio de sus precios»[303] siempre y cuando las condiciones de equilibrio permanezcan constantes en el resto de mercados.

Gonzalo Ruiz propone el siguiente ejemplo para evaluar las condiciones de competencia en el mercado: «imaginemos el consumo de cerveza de marca X. Si la reacción de los consumidores ante incrementos en el precio de dicha cerveza es desplazar su consumo al de la cerveza marca Y, ampliamos nuestro conjunto de productos bajo evaluación incluyendo dicha marca. Si ante un aumento en el precio de las cervezas X e Y, los consumidores prefieren mayoritariamente consumir otra bebida alcohólica, por ejemplo el pisco, nuestro nuevo conjunto de productos incluirá también el pisco. La cadena de sustitutos se romperá en el caso en que, ante el aumento de precios, muy pocos consumidores estén dispuestos a reemplazar el consumo de cerveza por el de pisco»[304].

Por otro lado, la Comisión de la Comunidad Europea define Mercado Relevante como: «El mercado relevante comprende la totalidad de productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos»[305].

En el Perú no existe un documento o dispositivo legal alguno en la cual se establezcan lineamientos para la determinación del mercado relevante, pero sí existen Resoluciones de la Comisión de Libre Competencia que definen lo que se entiende por mercado relevante. Por ejemplo, el Informe Técnico 012-97-CLC, en la denuncia de IEQSA contra Centromín, por abuso de posición de dominio, considera que: «...la definición de mercado relevante del producto se basa principalmente en el análisis del lado de la demanda del bien, mientras que el análisis del lado de la oferta se utiliza, más bien, para establecer si una empresa tiene o no posición de dominio en el mercado definido. Así, en primer lugar, debemos precisar si es que los productos son sustituibles o intercambiables para el consumidor, ante un ligero incremento en el precio del bien o servicio que se está estudiando. Además se debe tomar en cuenta los costos en los que podría incurrir el consumidor si es que sustituye un bien por otro»[306].

1.3.4.3. La configuración geográfica del mercado

Un atributo de suma importancia en cuanto el grado de sustituibilidad de la demanda de un producto es el área geográfica donde éste se ubica.

El *Horizontal Merger Guidelines del Department of Justice* de los Estados Unidos establece que «la delimitación del mercado geográfico está constituido por aquella área en la que un monopolista hipotético esté en capacidad de imponer un aumento no transitorio del 5% del precio de un producto o grupo de productos»[307].

Por su parte la Comisión de la Comunidad Europea define el mercado geográfico como aquel que «comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de

303 Department of Justice y Federal Trade Commission (1992). p. 4.

304 RUIZ (2000). *Op. cit.*, p. 300.

305 CCE (1997). p. C372/6.

306 INDECOPI (1997). p. 3.

307 Department of Justice y Federal Trade Commission (1992).

suministro de productos y de prestación de servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que pueden distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a los de aquéllas»[308].

A nivel internacional se han intentado realizar algunas mediciones como el test Helzynga-Hogarty el cual está basado en estadísticas de los flujos de comercio entre regiones geográficas. Si una proporción importante del total consumido en la región proviene de empresas ubicadas en la misma región y, a su vez, una proporción importante de la producción total de las empresas que están ubicadas dentro de la localidad es consumido internamente la delimitación geográfica del mercado estará constituida por esa región. Esta fórmula señala lo siguiente[309]:

$$LIFO = \frac{\sum_{i=1}^{I}\sum_{j=1}^{I} Q_{ij}}{\sum_{i=1}^{I} Q_i} > 0.9 : LOFI = \frac{\sum_{i=1}^{I}\sum_{j=1}^{I} Q_{ij}}{\sum_{j=1}^{I} Q_j} > 0.9$$

Sin embargo, dicho test no nos puede explicar con certeza cuál va a ser la respuesta de los consumidores frente a aumentos pequeños y sostenidos en el precio. Un ejemplo de las limitaciones de dicho test lo podemos ver en el informe Técnico de la Secretaría de la Comisión de Libre Competencia (CLC), sobre la denuncia contra la empresa Minera del Centro S.A. —Centromín Perú— por presunto abuso de posición de dominio en el mercado de plomo refinado «en base a que esta última adquiría el 100% del plomo que se consumía en el mercado nacional. Centromín (la empresa productora de plomo refinado denunciada), destinaba una parte pequeña de su producción al mercado doméstico y el resto al exterior. En este sentido, no se cumplía con uno de los criterios mencionados en el test. Sin embargo se encontró que la existencia de barreras a la entrada natural al mercado doméstico y ciertas barreras legales, durante el periodo de investigación, impedían a los consumidores domésticos sustituir el plomo refinado producido por Centromín por plomo refinado importado. Como resultado de este hecho se determinó que la configuración geográfica del mercado era nacional»[310].

Para delimitar geográficamente un mercado es importante obtener la información sobre los flujos de comercio, las correlaciones entre las series de precios entre regiones, así como aquella información que podrían proporcionar las partes involucradas en la investigación. Además se debe analizar las barreras legales tales como los aranceles, medidas para-arancelarias, cuotas de importación o actividades otorgadas en concesión exclusiva a empresas privadas o públicas que evitan la entrada a un mercado geográfico de determinado período.

---

308 CCE (1997). p. C372/6.

309 Donde i: 1, N es el número de consumidores en la región y j: 1, M es el número de proveedores en la región. LIFO, en inglés significa *Little Inside from Outside*, mientras LOFI, *Little Outside from Inside*.

310 RUIZ (2000). *Op. cit.*, pp. 301-302.

En este sentido, como bien señala Ruiz «al igual que en el caso de la delimitación del producto, para reducir el grado de subjetividad de la autoridad en la determinación del mercado geográfico, es necesaria la elaboración de guías y cuestionarios generales destinados a los agentes participantes en el mercado. El análisis de dicha información puede ser complementada por estimaciones econométricas de elasticidades en los casos en que exista información estadística suficiente. Todo ello debe apuntar a limitar el grado de discresionalidad de la entidad investigadora en la determinación del área geográfica en la que se considera existen condiciones razonables de competencia»[311].

Críticas al test del 5%.- El test del 5% constituye el margen usual de incremento en los precios que permite un nivel de sustitución razonable entre los productos que forman parte de un mismo mercado. Este porcentaje es el adoptado por las normas americanas para delimitar los mercados.

Sin embargo un primer problema que tenemos con este criterio cuando se presentan altos niveles de inflación. Si la inflación es significativa los consumidores no siempre sustituirán el consumo de ciertos productos ante cambios pequeños en los precios relativos.

Otro problema surge cuando se consideran productos que en realidad nunca serían sustituibles pues una empresa no consideraría la posibilidad de incrementar sus precios en la magnitud del 5%, aún cuando éste sea sostenible por un lapso razonable. También es posible que existan dos productos cuyo aumento de precio del 5% sea sostenible por un plazo pero en realidad la decisión óptima consista en aumentar en porcentajes diferentes una y otra.

1.3.4.4. El Rol del Estado en la determinación del mercado relevante

El *Horizontal Merger Guidelines* considera la definición de mercado relevante sólo en términos de la demanda. Sin embargo, otros autores señalan que cuando tratamos empresas con posibilidad de ejercer un dominio en el mercado no se aplican los factores de la demanda y se contemplan criterios alternativos como la «sustituibilidad de oferta». Esta sustituibilidad es definida por Scherer del siguiente modo: «...incluir como sustitutos respecto a la producción solamente a la capacidad existente que pueda ser reorientada en el corto plazo, es decir, sin una significativa inversión en planta, equipo y entrenamiento de mano de obra»[312].

Conrath agrega que «La definición de mercado relevante puede ser difícil en el contexto del análisis del poder de mercado ejercido sobre los ofertantes; es decir, el monopsonio. Los principios claves a recordar son que las víctimas del monopsonio son los vendedores; el daño potencial está reflejado en precios menores que los competitivos. Así, el foco de análisis son las alternativas de los ofertantes»[313].

Veamos un ejemplo planteado por Gonzalo Ruiz[314]:

---

311 *Ibidem*, p. 302.

312 SCHERER, F.M. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. 1980.

313 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, pp. 4-27.

314 RUIZ (2000). *Op. cit.*, p. 304.

«Un agricultor posee un terreno en el que siembra papas. En el mercado de papas el único demandante es la empresa "A" la que haciendo uso de su posición dominante, ofrece pagar precios inferiores a los de competencia. En este caso es difícil delinear el mercado del producto y se tendrá que evaluar las posibilidades de sustitución del agricultor frente a cambios en los precios relativos. Así, si frente a cambios sostenidos en el precio relativo del choclo frente al de la papa, el agricultor pudiera sustituir un cultivo por otro, el mercado de productos estaría compuesto por choclos y papas.

Otro ejemplo, elaborado por Indecopi, nos permite apreciar la aplicación del criterio de sustituibilidad de la oferta. Si existiera en un mercado determinado un solo comprador de cuadernos y varias empresas los fabrican, sería equivocado considerar como mercado relevante sólo a los cuadernos. Si las empresas pudieran variar su producción a otros productos impresos (libretas, blocks, afiches, etc.) sin incurrir en costos significativos, entonces la única empresa compradora de cuadernos carecería de posición de dominio que le permitiera actuar con prescindencia de sus competidores.

La elasticidad del precio frente a la demanda sirve para analizar el mercado relevante. Se estima que este criterio también es la base para la determinación de la posición de dominio de una empresa. Para determinar la magnitud de la elasticidad de la demanda se debe tener en cuenta que una mayor existencia y disponibilidad de sustitutos implica una mayor elasticidad de la demanda y que la elasticidad depende de la participación del bien en el gasto del consumidor».

La fórmula de la elasticidad-precio de la demanda ilustra el cambio relativo en la cantidad de la demanda dividido por el cambio relativo en el precio.

Entonces podemos decir que la elasticidad de la demanda que enfrenta una empresa está en función de la sustitución de demanda y oferta así como de su participación de mercado, de tal forma que a una mayor elasticidad de demanda (E), una mayor elasticidad de oferta (n) en el mercado y una menor participación del mercado (S), la demanda residual que enfrenta una agente económico competidor (Er) es menor. En fórmula:

$$\epsilon = \frac{\epsilon}{S_i} - \frac{1-S_i}{S_i}\eta$$

Como vemos la demanda residual es igual a la elasticidad de la demanda (E), entre la participación de mercado menos 1 – la participación de mercado entre la participación de mercado multiplicado por la elasticidad de la oferta.

En la medida que el segundo término de la fórmula sea mayor, la demanda residual de la empresa bajo estudio será menor.

Un ejemplo podría ser el siguiente: Donde para el producto A la elasticidad de la oferta N es igual a 0.7 y de la demanda es 0.9. la empresa XX tiene 20% de participación de mercado. El cálculo de la demanda residual reemplazado en fórmula es:

$$Er = \frac{0.9}{0.2} - \frac{1-0.2}{0.2}(0.7)$$

$$Er = 4.5 - 2.8$$

$$Er = +1.7$$

La demanda residual es 1.7.

En este sentido, el índice Lerner (IL) mide el poder de mercado de las empresas, indicando en cuanto se aleja el precio del monopolista (P) del precio de competencia perfecta o costo marginal (CMg).

$$IL = \frac{P\text{-}CMg}{P} \frac{1}{\eta}$$

Esta fórmula nos dice que el precio del monopolista menos el precio de competencia perfecta entre el precio del monopolista es igual a la inversa de la elasticidad de la oferta.

El uso de la elasticidad de la demanda para el cálculo del índice Lerner sólo es aplicable en aquella situación en la cual existe un solo productor en el mercado. En aquellos casos en los cuales exista más de una empresa participante en el mercado éste debe calcularse a partir de la elasticidad de la demanda residual. La demanda residual es el resultado de restar horizontalmente de la curva de demanda que enfrenta la empresa la oferta del resto de empresas que participan en el mercado. La elasticidad de la demanda residual mide el grado de sustitución del producto elaborado por la empresa en cuestión; Entonces si llamamos la participación de la empresa *i* en el mercado relevante, *hr* a la elasticidad de la demanda residual y *eo* a la elasticidad de la oferta, tenemos:

$$\eta = \eta\left(\frac{1}{S_i}\right) + \varepsilon_o \frac{(1\text{-}S)}{S_i}$$

Esta fórmula nos dice que la elasticidad de la oferta es igual a la elasticidad de la oferta residual del mercado más la elasticidad de la oferta multiplicado por 1 menos la participación del mercado dividido entre la participación del mercado.

Por lo antes expuesto podemos deducir que cuanto menos alternativas tenga el consumidor para adquirir bienes en el mercado, es decir, que su elasticidad precio sea menor, mayor será el poder de mercado de las empresas. Esto sólo es aplicable en el caso de existir una única empresa en el mercado. Como hemos señalado si existen otras empresas la elasticidad que deberá utilizarse para medir el poder de mercado es la elasticidad precio de la demanda residual.

La participación de los competidores en el mercado relevante son influidos por dos factores:

- Que los competidores restantes incrementen su participación en el mercado modificando su desempeño y/o productividad en determinado plazo.

- Cuando el nuevo agente genere eficiencias que le permitan incrementar su participación y disminuir la de sus competidores.

Fernández Novoa[315], considera que el empleo del análisis estructural para determinar el mercado relevante tiene sus orígenes en la jurisprudencia norteamericana del *Antitrust.*

Como señala Sullivan[316], el análisis estructural del mercado ha sido frecuentemente empleado por las cortes norteamericanas en casos de monopolio. Aunque la definición del mercado continúa desempeñando un papel predominante en los casos de monopolios contempladas en la sección 2 del *Sherman Act*, lo cierto es que el análisis del mercado relevante se extiende también a casos concernientes a la aplicación de la *section* 1 del *Sherman Act* y constituye de este modo uno de los puntos cruciales del Derecho Norteamericano considerado en su conjunto.

Los estudiosos[317] del derecho Europeo han subrayado el importante papel que asume la figura del mercado relevante en el contexto general del Derecho Comunitario de la Libre Competencia. El significado trascendental del mercado relevante se destaca, ante todo, en la delimitación de la hipótesis contemplada por el artículo 86 del Tratado de Roma: la explotación abusiva de una posición dominante por parte de una o varias empresas.

La doctrina señala a este respecto que una posición dominante no puede existir *in vacuo*. Una empresa sólo puede ser dominada en un mercado, por lo cual al determinar la existencia de una posición dominante juega un papel esencial el fijar el mercado relevante[318].

En este sentido, al resolver el importante caso Europemballage Corporation y Continental Can Company, Inc. la Comisión, a través de su tribunal de Justicia declaró expresamente que para determinar la posición de dominio de Schmalbach-Lubeca-Werke, era de crucial importancia la delimitación del mercado afectado.

La doctrina europea ha puntualizado que la figura del mercado relevante es también una pieza básica de la compleja hipótesis contemplada en el artículo 85 del Tratado de Roma: prohibición de las medidas (acuerdos, decisiones y prácticas concertadas) limitativas de la libre competencia y excepciones de tal prohibición. Se dice a este propósito, que la competencia no puede ser limitada en un plano abstracto sino solamente en un mercado concreto: cual es el mercado relevante[319]. Por otra parte se puntualiza que la delimitación del mercado relevante es importante con respecto a dos cuestiones: la aplicación de la regla del *mínimus* o regla de *minimis*; y comprobar si se cumplen los supuestos del artículo 85 (3) (b) del Tratado de Roma.

---

315 FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. «Significado y Delimitación del Mercado Relevante». En: *Actas de Derecho Industrial* No. 6. Universidad de Santiago de Compostela, 1979-80. *Análisis Económico del Derecho.* Tomo II, Lima: Universidad de Lima, p. 152.

316 SULLIVAN, Laurence. *Handbook of the Law of Antitrust.* Minnesotta: West, 1977, p. 40.

317 Versión castellana del art. 86 del Tratado de Roma reproducida por C.U.N.E.F. *La integración de España en la Comunidad Económica Europea en materia de Propiedad Industrial (su problemática).* Madrid: Montecorvo, 1979, pp. 138-139.

318 BELLAMY y CHILD. *Common Market Law of Competition.* 2da. Edición, Londres: Sweet & Maxwell, 1978, SS7-06, p. 60.

319 BAROUNOS, HALL y JAMES. *EEC Antitrust Law.* Londres: Butterworths, 1975. p. 43. Véase también GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit.*, p. 67 y ss., pp. 91-92.

No existe acuerdo en la doctrina norteamericana respecto de si la definición del mercado relevante es una tarea jurídica o económica. Por un lado Handler[320] sostiene que la delimitación del mercado es un tema económico que debe concordarse con la realidad del mundo empresarial, por otro lado, Areeda y Turner[321] afirman que no es posible definir adecuadamente el mercado sin referirse al contexto jurídico en el que el problema se plantea: Los límites del mercado reflejan, en última instancia, una conclusión jurídica y no un hecho económico.

Fernández-Novoa considera que la delimitación del mercado es un tema esencialmente jurídico. No cabe desconocer que la delimitación del mercado relevante, depende, en buena medida, de los hechos que concurran en cada caso. En este sentido Fernández Novoa concuerda con Handler cuando dice que no existe una vía a priori para definir el mercado pues una definición estricta puede ser apropiada en un caso e inadecuada en otro.

Por el hecho que son muy distintas las consecuencias económicas y jurídicas que se derivan de una definición estricta del mercado relevante o de una definición amplia del mismo, existe el peligro de que se manipule la delimitación del mercado relevante a fin de lograr objetivos que no siempre están justificados.

La doctrina europea acoge, con bastantes reservas, el criterio jurisprudencial de la intercambiabilidad razonable de los productos. Algunos autores se limitan a señalar que la delimitación del mercado de productos, mediante la referencia a la intercambiabilidad de los mismos, representa tan sólo una primera aproximación al mercado relevante de productos. Bellamy y Child[322] reconocen, por una parte, que la intercambiabilidad de los productos y un alto grado de elasticidad cruzada de la demanda pueden ser convincentes indicadores que los correspondientes grupos de productos forman parte de un mismo mercado. Pero al mismo tiempo subrayan que, lejos de proporcionar una respuesta definitiva, estos indicadores proporcionan sólo una vaga guía para definir el mercado relevante.

Fernández Novoa[323] considera que el criterio de intercambiabiliad razonable de los productos constituye una primera guía para iniciar la compleja tarea de delimitar el mercado relevante de productos, pero esta guía es relativamente insegura y debe ser completada y apuntalada con el criterio de intercambiabilidad de las unidades de producción.

1.3.5. Poder de Mercado y Posición de Dominio

En la conducta de los competidores en el mercado se presentan dos fenómenos:

a) Los productores domésticos y los del exterior pueden explotar y agotar sus economías de escala en el límite, al ampliarse la dimensión del mercado.

b) En el supuesto que los mercados internacionales sean competitivos, el precio internacional puede servir de base para estimar el nivel de precios de la competencia en una economía pequeña y abierta.

---

320 HANDLER. *Twenty-Five Years of Antitrust.* Volumen 1, Nueva York: Mathew Bender, 1973, p. 692.

321 AREEDA y TURNER. SS 518, p. 348, n. 3.

322 BELLAMY y CHILD (1978). *Op. cit.*, SS7-08 y 7-09, pp. 161-163.

323 FERNÁNDEZ NOVOA (1979-80). *Op. cit.*, p. 163.

Un nivel relativamente bajo en las importaciones no significa que exista escaso comercio de los bienes involucrados, sólo que el nivel de precios relativo no es incentivo suficiente a la respuesta de competidores potenciales del exterior y a los que deban considerarse dentro del mismo mercado relevante[324].

Dos son los instrumentos de política comercial que tienen impacto en la competencia:

- Los aranceles o tarifas; y
- Las cuotas al volumen de importación.

Las medidas antes señaladas generan márgenes entre el precio nacional e internacional.

Las tarifas son equivalentes a un subsidio a la producción nacional pues transfieren recursos en forma implícita. Las tarifas constituyen una protección que permite a los competidores ejercer cierto poder en el mercado; Las tarifas son el impuesto que grava al consumidor, dada la existencia de un margen al menos equivalente a la brecha existente entre el precio y su referencia internacional[325]. Una tarifa protege de igual manera a una industria, guardando los precios nacionales una relación proporcional y directa con el movimiento de los precios internacionales.

Por otro lado el efecto de las cuotas de importación es importante pues permite ejercer poder en el mercado nacional. A diferencia de las tarifas o aranceles, las cuotas ofrecen protección en diferentes niveles; Este nivel de protección puede verse alterado por cambios en la demanda y en la oferta nacional cuando la cuota se mantiene constante. Por esa razón nunca se espera una correlación con los precios internacionales.

Un concepto básico en todo análisis de poder de mercado es la elasticidad de la demanda. La elasticidad de la demanda «mide el grado en que la cantidad demandada responde a las variaciones del precio de mercado»[326].

Podemos representar el coeficiente de elasticidad con las letras *Ep*, y calcular el coeficiente de elasticidad / precio de la demanda.

$$Ep = \frac{\text{Variación porcentual de la cantidad demandada}}{\text{Variación porcentual del precio}}$$

Lo importante del concepto es que una elasticidad alta indica un elevado grado de respuesta de la cantidad demanda a la variación del precio, en tanto que una elasticidad baja indica una baja sensibilidad de la cantidad demandada frente a variaciones del precio.

La elasticidad de la demanda permite establecer tres categorías fundamentales y dos casos extremos:

a) La demanda será elástica cuando una reducción porcentual del precio genere un aumento porcentual de la cantidad mayor: (Ep = 2).

b) Será unitaria cuando sean iguales la reducción porcentual del precio y el aumento porcentual de la cantidad: (Ep = 1).

---

[324] TOVAR LANDA, Ramiro. *Op. cit.* p. 16.

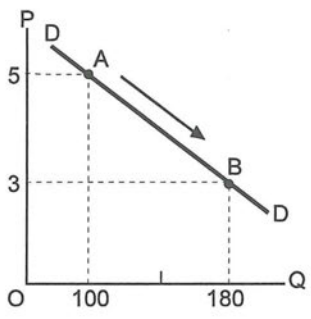
[325] *Ibidem*, p. 17.

[326] MOCHÓN (1997). *Op. cit.*, p. 63.

c) Será inelástica cuando una reducción porcentual del precio suponga un aumento porcentual menor de la cantidad: (Ep = 0,5).

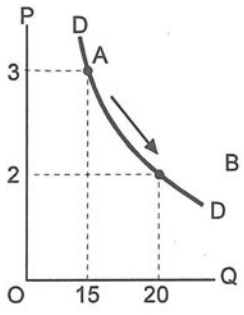
d) La curva de demanda será perfectamente inelástica o rígida cuando una reducción porcentual del precio no suponga ninguna variación en la cantidad: (Ep = 0).

e) Será perfectamente elástica cuando la pendiente de la curva sea infinita (Ep=$^{\infty}$). Gráficamente:



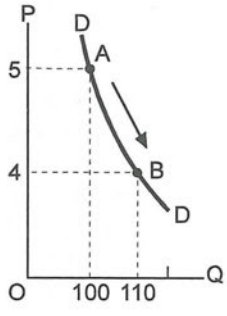
(a) Demanda elástica (*)

$$Ep=\frac{80/100}{2/5}=2$$



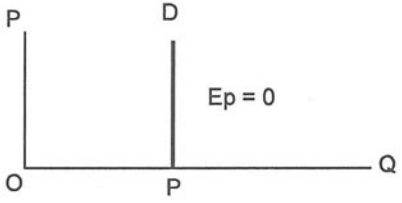
(b) Demanda elasticidad unitaria (*)

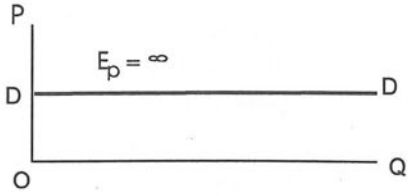
$$Ep=\frac{5/15}{1/3}=1$$



(a) Demanda inelástica (*)

$$Ep=\frac{10/100}{1/5}=0,5$$





Desde un punto de vista analítico la elasticidad de la demanda es igual a la pendiente de la función en un punto y esto se puede expresar en la siguiente fórmula:

Donde la elasticidad de la demanda es igual a la variación de la cantidad entre la variación del precio multiplicado por el precio entre la cantidad.

Mochón considera que existen factores condicionantes de la elasticidad precio de la demanda. Estas son:

- Naturaleza de las necesidades que satisface el bien.- Los valores de la elasticidad varían de acuerdo a si los bienes son de primera necesidad (valores reducidos) o no (en caso de bienes de lujo la demanda es bastante elástica).

- Disponibilidad de bienes que pueden sustituir al bien en cuestión.- Así los bienes que son fácilmente sustituibles tienen una demanda más elástica que los que no lo son.

- Proporción de renta gastada en el bien.- Los bienes que tienen una importancia considerable en el presupuesto de gastos tienden a tener una demanda más elástica que los bienes que cuentan con una reducida participación.

- Período de tiempo considerado.- En términos generales cuanto mayor el tiempo mayor será la elasticidad de la demanda para la mayoría de bienes.

Existen otros tipos de elasticidades, entre las cuales tenemos:

a) Elasticidad cruzada de la demanda.- Esta permite clasificar los bienes en sustitutivos y complementarios

$$\text{Elasticidad cruzada del bien } i \text{ con respecto al bien } j = \frac{\text{Variación porcentual de la cantidad demandada del bien i}}{\text{Variación porcentual del precio del bien j}} = \frac{\frac{\Delta Qi}{Qi}}{\frac{\Delta Pj}{Pj}}$$

b) Elasticidad renta de la demanda.- Es aquella que mide la sensibilidad de la demanda ante los cambios en la renta. La podemos definir de la siguiente manera:

$$\text{Elasticidad renta de la demanda} = \frac{\text{Variación porcentual de la cantidad demandada}}{\text{Variación porcentual de la renta}}$$

Mochón señala que «Un bien normal es aquel cuya elasticidad renta de la demanda es positiva. Un bien inferior es aquel cuya elasticidad renta de la demanda es negativa»[327]. En otras palabras a mayor renta menos consumo del mismo.

Por otro lado la elasticidad de la oferta. Es la variación porcentual experimentada por la cantidad ofrecida de un bien cuando varía su precio en 1 por 100, manteniéndose constantes los demás factores que afectan la cantidad ofrecida. Dado que la curva de la oferta tiene pendiente positiva la elasticidad de la oferta siempre es positiva, a diferencia de la elasticidad de la demanda que es negativa. La elasticidad de la oferta se calcula de la siguiente manera:

$$\text{Elasticidad de la oferta} = \frac{\text{Variación porcentual de la cantidad ofrecida}}{\text{Variación porcentual del precio}}$$

1.3.5.1. Metodología para la Medición de la Concentración en el Mercado. Índices de Medición

La economía industrial propone toda una serie de índices de concentración. «Se recurre a estos índices para describir la estructura del mercado y/o dar un orden de ideas sobre el

327 *Ibidem*, p. 71.

poder sobre el mercado o sobre la competencia existente entre las empresas. El objetivo esencial de los índices de concentración consiste en medir el número y la distribución estadística de los tamaños de las empresas»[328].

Para estos efectos existen determinados índices de concentración los cuales pasaremos a describir:

1. Índice Herfidahl – Hirschman (HH).- Este índice tiene como característica su disminución conforme se incrementa el número de competidores y se incrementa cuanto más aumenta la desigualdad entre ellos.

$$H=\sum_{i=1}^{n} S_i^2$$

El índice HH mide el grado de concentración en un mercado y es resultado de sumar las participaciones de mercado de los compradores elevado al cuadrado.

Un ejemplo de aplicación es el que presenta Alfredo Bullard[329] quien nos dice que este índice se calcula sumando los porcentajes de participación de todas las empresas en un mercado luego de elevarlos al cuadrado. Por ejemplo, si en el mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30%, 30%, 20% y 20%, existe un HHI de 2600[330]. El HHI puede ir desde 10,000 (en el caso del monopolio puro, es decir, una empresa con el 100% del mercado) hasta un número cercano a 0 (en el caso de un mercado muy atomizado, donde ningún proveedor supera el 0,1% de participación). Si bien puede ser deseable tener información sobre todas las empresas involucradas, la falta de información sobre pequeñas empresas no es indispensable, pues no afecta el HHI de manera significativa.

El conjunto de competidores pueden presentarse de la diferente manera:

a) Aquellos cuyos costos pueden ser diferentes pero de naturaleza constante.

b) Aquellos que toman sus decisiones de producción en forma independiente.

c) Aquellos que toman en cuenta las decisiones de los demás.

En estos casos la relación adopta la siguiente fórmula:

$$\frac{P\text{-}MC}{P}=\frac{H}{\epsilon}$$

Lo cual demuestra la relación directa entre el margen precio costo, considerando el costo marginal como un nivel esperado de competencia, que puede de igual forma ser el precio internacional para economías pequeñas y abiertas.

---

328 OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 56.

329 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «La legislación Antimonopólica y el Mito del Muro de Berlín». En: *Análisis Económico del Derecho.* Tomo II, Lima: Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, s/f c, pp. 145-146.

330 $(30)^2 + (30)^2 + (20)^2 + (20)^2 = 900 + 900 + 400 + 400 = 2600$.

Los *Merger Guidelines* del *Department of Justice* y las normas de la *Federal Trade Commision* consideran ciertos criterios con respecto al índice HH. Estas son:

- Aquellas concentraciones que deriven de un valor menor a 0.1 (1000 puntos) y aquellas que se ubiquen el índice entre 0.1 y 0.18 (concentración moderada) con un incremento menor que 0.01 (100) no requieren de análisis toda vez que no generan riesgo.

- Aquellas concentraciones que indiquen valores mayores a 0.18 sí requieren de análisis adicional ya que representan un mercado concentrado a menos que el incremento sea menor a 0.005 puntos del índice.

2. El índice de dominación (P).- Pascual García Alba Iduñate define este índice de Dominación como aquel que considera el tamaño relativo de los agentes económicos a concentrarse respecto a los competidores dominantes en el mercado. En vez del índice HHI que siempre aumenta frente a cualquier concentración el índice de Dominación reconoce que el nuevo competidor, que surge como resultado de una concentración, puede fortalecer su posición relativa respecto al resto de competidores en su desempeño en el mercado, es decir, puede incrementar o disminuir la presión competitiva en el mercado[331]. Este índice se representa de la siguiente manera:

$$P=\sum_{i=1}^{n}(S_i^2/H)^2$$

El índice de dominación incrementará cuando la concentración esté dada entre competidores grandes respecto de sus oponentes; Esto disminuye el bienestar si no hay eficiencias; El índice disminuirá cuando la concentración esté dada entre competidores pequeños y se fortalezca la presión competitiva frente a los dominantes.

El índice de dominio es la suma del cuadrado de la participación de mercado dividido entre el grado de concentración del sector elevado al cuadrado. A menor concentración del sector, menos dominio de cualquier competidor independiente.

3. La falacia del Celofán.- Turner y Hovenkamp sostienen que la falacia del celofán surge del hecho que en mercados altamente concentrados, o en los que existen empresas que ostentan cierto poder de mercado, es común que exista un alto grado de sustitución en la demanda de productos[332]. Ello ocurre en función a que una empresa con posición de dominio, en general, opera necesariamente en el tramo elástico de la curva de la demanda.

Esto puede describirse de la siguiente manera:

$$pM\left(1\frac{1}{\eta}\right)=CMg$$

331 GARCÍA ALBA I, Pascual. «Un índice de Dominación para el Análisis de la Estructura de los Mercados». En: *El Trimestre Económico*. Julio-Septiembre 1994.

332 Véase: TURNER (1956). HOVENKAMP (1994). SECCIÓN 3.4b.

La fórmula nos expresa que el costo marginal mide el grado de sustitución en la demanda de los productos.

Ruiz considera que determinar el mercado relevante a partir de una elasticidad calculada desde la situación previa a la fusión, puede subestimar el espacio de productos relevantes[333].

1.3.6. Barreras de Entrada

1.3.6.1. El concepto de Barreras de Entrada y Salida al mercado. Conductas que distorsionan la competencia

Pedro Escobar[334] nos dice «Las barreras a la entrada se pueden considerar como aquellos factores que impiden o dificultan la entrada de nuevas empresas a competir en un sector, proporcionando ventajas competitivas a las empresas ya instaladas en él. De esta forma, se convierten en una característica importante de la estructura de mercado de cualquier industria.

Cuando no hay barreras significativas a la entrada y a la salida en un mercado, la competencia potencial que se generaría, ocasiona una presión sobre la oferta, generando una caída de los precios. En la medida en que se establezcan barreras a la entrada que no sean propias del mercado, se afecta su configuración por cuanto se restringe la entrada de participantes, que de otra forma incursionarían en ese mercado».

Al hablar de las barreras de entrada nos referimos a «dos obstáculos que impiden o desalientan la entrada de nuevas empresas en un sector de actividad, incluso cuando las empresas instaladas obtienen beneficios excesivos. Estas barreras son estructurales (no deliberadas), o estratégicas. Se les califica a menudo como barreras económicas en el primer caso y barreras de comportamiento en el segundo»[335].

El objetivo fundamental de la política de libre competencia es el mantenimiento del proceso competitivo en sí a través de la eliminación o prevención de todo tipo de restricciones. Esto permite asegurar la libertad de elegir y brinda la posibilidad a cada nueva empresa de poder introducirse en un mercado en el que no ha operado anteriormente, sin que tal acceso se vea obstaculizado por barreras de entrada artificiales, compitiendo en igualdad de condiciones con las empresas ya instaladas.

Escobar Ramírez clasifica las Barreras de Entrada en dos grupos: las naturales y las estratégicas. Las barreras naturales se originan en las características básicas de la industria, como la tecnología, los costos y la demanda, variables que no son controladas por las firmas líderes en un mercado y que, por consiguiente, no pueden ser alteradas, dado que corresponden a la misma estructura del mercado y que limitan o impiden la libre movilidad. Dentro de este tipo de barreras se encuentran la velocidad de entrada, desventaja absoluta en costos, exposición financiera y costos hundidos.

---

333 RUIZ (2000). *Op. cit.*, p. 308.

334 ESCOBAR RAMÍREZ, Pedro Luis. «Exposición». Cartagena de Indias: Seminario Internacional, 24 al 25 de Marzo 1998, p. 317.

335 OCDE (1995). *Op. cit.*, p.16.

Las barreras estratégicas son aquellas creadas por el propio comportamiento de las empresas para evitar que entre un competidor. A continuación analizaremos con más detalle cada una de estas:

Barreras Naturales o Estructurales

Las barreras estructurales de entrada «proceden de las características fundamentales del sector de que se trate, tales como la tecnología, los costos y la demanda. Existen ciertas controversias sobre la cuestión de conocer cuáles son los factores que constituyen barreras estructurales efectivas. En la definición más amplia, la de Joe Bain, las barreras de entrada son el resultado de la diferenciación de los productos, de las ventajas absolutas de costo de las empresas instaladas y de las economías de escala.

La diferenciación de los productos juega en favor de las empresas que ya están en el mercado, pues los nuevos entrantes deben superar la desventaja que representa la fidelidad de los consumidores a ciertas marcas. Las ventajas absolutas en términos de costos significan que el nuevo entrante en el mercado sólo podrá producir a costos unitarios superiores, cualquiera que sea el nivel de producción, a veces porque utiliza una tecnología de menores resultados. Por último, las economías de escala limitan el número de firmas que puedan producir con el mínimo costo en un mercado de un determinado tamaño»[336].

George Stigler da una definición más estricta de las barreras estructurales. «En su opinión, sólo hay barrera de entrada cuando un nuevo entrante debe soportar costos que las firmas instaladas no soportan. Esta definición excluye a las economías de escala como barrera»[337].

- **Velocidad de entrada**

Salop[338], ha considerado teóricamente que la entrada de un nuevo competidor, para una industria típica, es fácil cuando ocurre en menos de dos años. Entre menor sea el tiempo que se tome un nuevo entrante en introducirse al mercado y comenzar a competir efectivamente, menores serán las barreras a la entrada en ese mercado. Cuando la entrada toma un largo tiempo, porque los nuevos productos o servicios son incapaces de comenzar a venderse rápidamente después de la entrada inicial al mercado, las firmas establecidas pueden sostener altos precios hasta que ocurran entradas, lesionando a los consumidores mientras ocurre el ingreso. La competencia se ve favorecida con el libre acceso de fuentes alternativas de oferta de productos y/o servicios, porque ayudan a mantener bajos los precios, favoreciendo al consumidor.

- **Intensidad de investigación y desarrollo**

Hace referencia a los requerimientos de capital (inversión en capital fijo y humano) necesarios para el inicio y sostenimiento de una actividad. En países de gran avance tecnológico este requerimiento no constituye una barrera a la entrada porque la difusión del conocimiento tecnológico es muy grande. Sin embargo, en nuestras economías en vías de

---

336 *Ibidem*, p.16.

337 *Ibidem*, p.16.

338 SALOP, Steven C. *The Antitrust Bulletin*, Summer. 1986, p. 557.

desarrollo es una de las principales barreras, especialmente para penetrar mercados externos.

- **Diferenciación de productos**

Es una barrera por sí misma[339] Al existir un gran número de productos sustitutos o intercambiables, la entrada será más difícil ya que la demanda potencial al nuevo producto será menor, pues la proliferación de marcas reduce la cuota de mercado de cada marca individual. Si la diferenciación está reforzada con gastos de publicidad (existe identidad de marca o preferencia del consumidor por un producto en especial), esto crea una desventaja competitiva en el potencial entrante al dar a conocer su producto, incurriendo en un costo que no tienen las firmas establecidas. Si la diferenciación constituye una barrera diferente a las ventajas de costos es sobre todo por sus efectos sobre la demanda residual esperada por la empresa que está ponderando entrar en un mercado.

- **Economías de escala**

Se presenta cuando la entrada a un mercado requiere intensificar la producción y vender un gran número de unidades para obtener una posición en el mercado. Las economías de escala requieren intensificar los factores de producción para minimizar los costos y maximizar las ganancias, lo cual puede ser limitativo para empresas que intentan entrar y no pueden asumir estos altos costos, que de por si son elevados en la etapa de lanzamiento de un producto.

- **Ventajas absolutas en costos (Desventajas en costos y en la demanda para el entrante potencial)**

Cuando la entrada representa para el potencial competidor asumir grandes costos y las expectativas de ventas o de posicionamiento en dicho mercado no son muy altas, no existirá un gran incentivo a la entrada, dado que las utilidades esperadas no compensarían los costos que tendrían que ser asumidos. Ante los nuevos intentos de entrada, las empresas ya instaladas sólo tendrán que bajar el precio hasta hacerlo igual o inferior a los costos medios para disuadir a los futuros competidores, quienes tendrían que efectuar grandes descuentos por largos períodos para penetrar con las ventas de los nuevos servicios, incrementando sus costos. Cuando el producto del entrante no tiene una marca reconocida, el potencial competidor tendría que incurrir en costos adicionales para promocionar sus productos y mantener un precio bajo con el fin de atraer clientes, situación que no podría sostenerse por mucho tiempo[340].

- **Costos de Transporte y Distribución**

Si estos costos son suficientemente altos para que el bien o servicio pueda ser brindado por un potencial competidor en igualdad de condiciones, se constituyen en una barrera a la entrada que limita el acceso al mercado geográfico definido en un mercado particular, eliminando las fuentes alternativas de oferta.

---

339 FERNÁNDEZ DE CASTRO, Juan y TUGORES QUES, Juan. A. «...». 2da Edición, Madrid: McGraw Hill, 1992, p. 548.

340 COMPETITION LAW IN CANADA. *Mergers and Notifiable Transactions under the Competition Act.* p. 10.

Barreras Estratégicas

Las barreras a la entrada de tipo estratégico son aquellas voluntarias e intencionalmente exigidas por el propio comportamiento de las empresas para reducir o impedir que se produzca la entrada de un competidor. Un ejemplo de barrera estratégica es la limitación de las fuentes de materias primas para evitar el acceso de los competidores, a través de posibles alianzas estratégicas realizadas por las empresas posicionadas en el mercado, con los proveedores.

Las barreras estratégicas de entrada «se derivan del comportamiento de las firmas instaladas. Estas pueden, en particular, actuar para elevar barreras estructurales o amenazar con represalias a las firmas aspirantes que se atrevieran a penetrar efectivamente en el mercado. No obstante, estas amenazas deben ser creíbles y por consiguiente, las empresas ya implantadas deben tener interés en ponerlas en ejecución en caso de entrada efectiva.... Las estrategias de disuasión a las que las empresas instaladas pueden recurrir, hacen que aparezcan a menudo ciertos procedimientos de acaparamiento»[341].

1.3.6.2. El Abuso de la Posición de Dominio

La ley que elimina las prácticas monopólicas no sanciona una posición dominante, sino el abuso de dicha situación. La legislación nacional no establece porcentajes de participación en el mercado, ni ningún otro criterio objetivo para determinar la existencia de una posición de dominio. Se limita a señalar que una o varias empresas gozan de tal posición cuando pueden actuar independientemente de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Esta capacidad de actuar de manera independiente, se deriva de factores que permiten que las empresas no estén sujetas a competencia real y efectiva. Estos factores pueden ser: la participación de la empresa en el mercado, el nivel de concentración en el mismo, la tendencia del mercado a generar monopolios naturales, el acceso de la empresa a información o procedimientos tecnológicos de titularidad exclusiva, limitaciones legales de acceso al mercado, la existencia de pactos exclusivos de distribución, de financiamiento, de suministro, materias primas, insumos y cualquier otro elemento necesario para la producción del bien o prestación del servicio, etc.

Los principales casos de abuso de posición de dominio contemplados en la ley que elimina las prácticas monopólicas son los siguientes:

a) La negativa injustificada de satisfacer requerimientos de compra o venta de productos o prestación de servicios en el mercado local.- Una empresa con posición de dominio no puede negarse a cubrir órdenes de compra de sus productos o servicios, salvo que tenga una causa justificada. Como justificación, resultan aceptables la limitación real de su aparato productivo, la existencia de una desproporción evidente entre la demanda y la oferta, la escasez de insumos o materias primas requeridas para producir el bien, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquiriente, etc.

b) Discriminación de precios.- Esta práctica consiste en la aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos

[341] OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 17.

competidores en situación desventajosa frente a otros. Este caso puede referirse a dos supuestos distintos. El primero se produce cuando la discriminación perjudique a los competidores en un mercado dado, subvencionando el precio de venta con las ganancias monopólicas que obtiene en el mercado en que goza de la posición de dominio. Se trataría de una suerte de *dumping* interno. El segundo caso se verifica si la discriminación perjudica a los clientes y proveedores de la empresa que la lleva a cabo, favoreciendo a uno o algunos para desplazar del mercado a los otros, permitiendo a los clientes o proveedores privilegiados competir en distintas condiciones sin justificación alguna. Por ejemplo el caso de un fabricante que vende a un distribuidor, a un precio superior a aquel en que vende a sus demás distribuidores, a fin de impedirle competir y por dicha vía eliminarlo del mercado.

c) Cláusulas de atadura.- Supone la subordinación de la celebración de determinado contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tal contrato. Es el caso de una empresa con posición de dominio que obliga a quien desea comprarle un producto a adquirir otro distinto sin que exista una relación entre ambos que justifique la atadura. Las cláusulas de atadura también son admitidas en casos como la venta de prestaciones suplementarias que sean necesarias para una explotación técnica adecuada del objeto principal del contrato (en caso de repuestos de un bien determinado), prestaciones suplementarias necesarias para preservar el secreto y confidencialidad de conocimientos técnicos (como servicios de reparación de maquinarias que contienen secretos industriales) o prestaciones suplementarias dirigidas a facilitar la identificación del producto con una marca determinada, nombre comercial o calidad (como sucede comúnmente en contratos de *franchising*)[342].

Por otro lado, Bullard[343] también considera que uno de los problemas no resueltos en nuestras regulaciones para la definición de posición de dominio es qué debe entenderse por mercado relevante. Esto se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite. Las empresas van a tratar de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y considerar que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar. Ello porque una conducta prohibida para una empresa en esta situación es perfectamente permitida para todas las demás. Así les conviene definir su participación dentro del mercado nacional antes que dentro de un mercado local. De la misma manera, tratarán de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin de sostener la existencia de una competencia que les impida aumentar unilateralmente el precio.

1.3.6.3. Las Prácticas Restrictivas de la Competencia

Bullard[344] considera que cualquier forma de colusión entre proveedores, productores o prestadores de un servicio, con la finalidad de limitar de alguna manera la competencia

---

342 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Legislación Antimonopolios. Invirtiendo en el Perú». En: *Guía Legal de Negocios*. Beatriz Boza (Ed.), Lima: Apoyo, 1993, pp. 135-138.

343 BULLARD GONZÁLES (s/f a). *Op. cit.*, p. 144.

344 *Ibidem*, pp. 138-139.

entre ellos, está prohibida. Básicamente, se reconoce como práctica restrictiva a toda forma de cártel de productores o proveedores de un determinado bien o servicio. La simple existencia de un grupo de empresas o de una organización gremial no implica la existencia de prácticas restrictivas o concertadas. Al igual como sucede en el caso del abuso de posición de dominio en el mercado, la norma contiene una lista de infracciones expresas, dejando abierta la posibilidad de sancionar otros casos de efectos equivalentes.

La norma prohíbe:

1. La concertación de precios, que son condiciones de producción, oferta, demanda o comercialización de empresas que son competidoras actuales o potenciales entre sí. En el caso de la concertación de precios de esta práctica se considera *per se* ilegal y por tanto no admite justificación alguna. Sin embargo el simple paralelismo en el comportamiento de precios no constituye prueba suficiente de concertación, siendo necesario contar con otros elementos de prueba adicionales (principio establecido en la acción de oficio seguida contra diversas empresas por concertación del precio de la harina de trigo en 1995);

2. Los acuerdos que busquen la distribución de mercados, reparto de cuotas de producción, la discriminación concertada de precios o condiciones, los acuerdos entre competidores dirigidos a limitar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o tecnológico y las inversiones;

3. La concertación de la calidad de los productos, cuando no correspondan a normas técnicas nacionales o internacionales y afecten negativamente al consumidor;

4. La utilización de cláusulas de atadura concertadas;

5. Los boicots, es decir la negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición u ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;

6. La concertación en la presentación de ofertas o en la abstención de presentarlas en licitaciones, concursos, remates y subastas públicas; y

7. Otras de efecto equivalente.

1.3.6.3.1. Prácticas Horizontales

Los acuerdos horizontales son acuerdos entre competidores que no perjudican la competencia, más aún muchos de ellos pueden resultar benéficos. Estos acuerdos por lo general son necesarios desde un punto de vista económico y no conllevan a una significativa restricción a la competencia. Solamente pueden o son prohibidas si restringen la competencia. Cabanellas[345] señala que las restricciones horizontales son aquellas «que tienen lugar entre empresas que operan en igual nivel de producción y en el mismo mercado».

La mayoría de los sistemas de leyes antimonopolio tienen una política liberal hacia los acuerdos horizontales diferentes a los cárteles. Es decir, dichos acuerdos son permitidos, excepto que haya una buena razón para prohibirlos.

Por lo tanto podemos decir que muchos de tales acuerdos son valiosos, sus resultados benéficos y que dan lugar a resultados económicos favorables.

---

[345] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 271.

Con respecto a la legislación norteamericana, la regulación de las restricciones se encuentra en la sección 1 de la *Sherman Act* que señala:

> «Todo contrato, combinación en forma de *trust* o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley».

Es decir, los acuerdos son sancionados penalmente cuando tengan por finalidad restringir la competencia. Los acuerdos o convenios que limiten o restrinjan la libre competencia son consideradas practicas colusorias.

La *Clayton Act* se limita a completar lo estipulado en la sección 1 de la *Sherman Act*, prohibiendo determinados tipos de actuaciones como discriminaciones y contratos ligados, etc.

A pesar que la norma legal utiliza conceptos como «contrato», «combinación», «conspiración» lo que hay que destacar es que se encuentra prohibida la existencia de un acuerdo entre dos o más personas o empresas siempre y cuando estos convenios tengan por finalidad limitar la competencia. No se prohíben los acuerdos por sí mismos, se prohíben las concertaciones entre dos o más personas o empresas que limiten la libre competencia.

Sin embargo, la aplicación de la prohibición de la *Sherman Act* se aplica dentro de la denominada *per se condemnation theory*. Esto quiere decir que constatado que un acuerdo ha limitado la competencia, se aplica la sanción legal sin analizar si el acuerdo se ha aplicado en circunstancias justificables o razonables. En las prácticas colusorias tratándose fundamentalmente de acuerdos de fijación de precios, reparto de mercado, limitación de producción, limitación de ventas se aplica la regla *per se condemnation theory* antes que la regla de la razón.

La jurisprudencia norteamericana es muy severa con respecto a las restricciones que tienen relación en la influencia sobre los precios.

Craig W Conrath[346] señala que «En Estados Unidos actualmente, tales acuerdos son juzgados bajo la regla de la razón. Esto significa que solamente las restricciones "irracionales explícitas o desnudas" en cuanto la libre competencia están prohibidas. En cada caso, el propósito y efecto del acuerdo son evaluados y el acuerdo es prohibido sólo si este es, en definitiva, peligroso para la competencia».

En la Comunidad Europea el artículo 85 (1) del Tratado prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pueden afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común. La consecuencia de esta prohibición es la nulidad de pleno derecho de dicho acuerdo, decisión o práctica concertada. Si la Comisión estima que un acuerdo, decisión o práctica concertada infringe el artículo 85 (1) del Tratado CE, esta puede ordenar la cesación de dicha restricción con arreglo al artículo 3 del Reglamento 172. Además, la Comisión está facultada por los artículos 15 y 16 del citado Reglamento a imponer multas a las empresas infractoras.

346 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 62.

Se prohíbe ampliamente todo tipo de acuerdo o prácticas concertadas entre empresas. La Comisión ha señalado «es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra». El acuerdo puede ser verbal o por escrito. Los acuerdos informales pero que restringen la competencia pueden dar lugar a una práctica concertada y por lo tanto son prohibidos.

Es importante señalar que tanto los acuerdos horizontales, como los acuerdos verticales se encuentran comprendidos dentro del ámbito del Artículo 85.1 del Tratado de Roma. Los acuerdos no necesariamente tienen que ser voluntarios entre las partes, pueden tratarse también de acuerdos impuestos por un proveedor a sus comerciantes (acuerdo vertical); este tipo de acuerdo impuesto caería dentro del ámbito de prohibición del artículo comentado. Asimismo estamos dentro de la prohibición del artículo 85.1 cuando una situación se da por un entendimiento expreso o tácito de una de las partes de la cadena productiva provocando una restricción de libre competencia.

Podemos resumir en los siguientes términos: Cuando existen acuerdos entre competidores que puedan ser benéficos, éstos deben ser analizados por su calidad de pro competitivos o no. No así los acuerdos horizontales que crean cárteles que son *per se* condenables. Los demás acuerdos horizontales son permitidos en la mayoría de circunstancias ya que muchos de estos son valiosos, permitiendo beneficios económicos a la economía en su conjunto, al aumentar su eficiencia. En Estados Unidos, como lo hemos expresado, la mayoría de los acuerdos son juzgados bajo la regla de la razón y éstos sólo serán prohibidos en caso que se consideren peligrosos para la competencia. Lo mismo ocurre en la Comunidad Europea donde se prohíben los acuerdos cuando restrinjan o distorsionen la competencia.

Conrath[347] afirma que son varias las motivaciones para que existan acuerdos horizontales, entre ellas:

1. Propósitos puramente anticompetitivos; su meta es hacer más fácil para los competidores comportarse como un monopolista. Esto puede ser cierto inclusive si los competidores no tienen ningún acuerdo de cártel explícito. Tales acuerdos son denominados «acuerdos facilitadores» porque facilitan los cárteles.

2. Algunos acuerdos restringen de alguna forma la competencia, inclusive sin crear un cártel, pues brinda a los participantes una «vida tranquila».

3. Algunos acuerdos excluyen o perjudican a otros competidores.

4. Otros acuerdos hacen que los mercados funcionen mejor, estableciendo reglas y procedimientos, reduciendo costos de transacción o clarificando las alternativas para los consumidores.

5. Algunos acuerdos permiten a los miembros de un sector unirse en asociaciones de industria para comunicarse con el gobierno.

6. Algunos acuerdos permiten a las firmas tomar acciones no con un significado económico para un productor, sino por tener sentido económico para toda la industria.

---

[347] *Ibidem*, p. 63.

7. Otros acuerdos permiten a las firmas sacar ventaja de las fortalezas de otros y, por lo tanto, fortalecer la competencia en el mercado. A menudo, estos se refieren a los acuerdos de participación conjunta, pero pueden utilizarse otros términos.

8. Otros acuerdos establecen nuevos productos que no existirían sin la cooperación entre los competidores actuales.

Los acuerdos de cooperación no restringen la competencia. Son permitidos y contribuyen a mejorar la producción o distribución de bienes o a promocionar el progreso tecnológico o económico, al mismo tiempo que permiten a los consumidores una participación justa del beneficio resultante, siempre que no impongan restricciones innecesarias a las firmas involucradas o permitan eliminar la competencia con respecto a una parte sustancial de los productos afectados.

Jaime Folguera[348], en la conferencia titulada *La Evolución del Tratamiento de las Restricciones Horizontales y Verticales en Derecho Comunitario: La Nueva Aproximación de la Comisión Europea* presenta una lista que no pretende ser exhaustiva señalando acuerdos horizontales que restringen la competencia y por lo tanto son contrarios al artículo 85 del Tratado C.E.

Sin embargo, a diferencia de la legislación americana, la prohibición en el Tratado de Roma no tiene un carácter absoluto, ya que el párrafo 3 de esta norma establece la posibilidad de exceptuar determinados acuerdos y decisiones, bien individualmente, bien en bloque en base a que estos acuerdos pueden ser beneficiosos.

Estas excepciones deben ser hechas a priori, es decir, con la autorización previa de la Comisión que es el órgano competente.

Acuerdos o Prácticas concertadas de fijación de precio

La fijación de precios por restricción horizontal se refiere a acuerdos colusivos (cárteles) o imposición entre diferentes empresas dentro de un mismo mercado, esto es, en la misma etapa dentro de la cadena de producción y distribución. Montenegro García[349] en «Precios Sugeridos Enfoque Económico» dice «La fijación horizontal de precios se considera indeseable *per se* por su evidente daño a terceros, en especial al consumidor y por su ineficiente asignación de recursos en la economía».

La independencia entre las partes que concurren al mercado es esencial para que se dé la libre competencia, bien jurídico protegido por todo el sistema que conforma la libre competencia. Cuando esta independencia no puede manifestarse abiertamente porque existe un acuerdo entre dos o más partes que limitan esta independencia, estamos ante una restricción inaceptable e ilegal.

Las conductas propias de acuerdos restrictivos que afectan la libre formación de los precios es uno de los objetivos de mayor importancia en la legislación antimonopólica. Guillermo Cabanellas[350] nos dice que el funcionamiento adecuado del sistema de precios

---

348 FOLGUERA CRESPO, Jaime. «La Evolución del Tratamiento de las Restricciones Horizontales y Verticales en Derecho Comunitario: La Nueva aproximación de la Comisión Europea». Cartagena de Indias: Seminario Internacional, 24 al 25 de marzo 1998.

349 MONTENEGRO GARCÍA. Ponencia: «Precios Sugeridos: Enfoque Económico».

350 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 323.

es uno de los fines fundamentales «...incidiendo sobre la asignación de los recursos productivos de la comunidad y sobre la distribución del ingreso nacional. Dado que la determinación de los precios por ofertantes y demandantes constituye uno de los elementos fundamentales de las estructuras competitivas, la tutela de los mecanismos correspondientes a esa determinación es uno de los elementos centrales de la legislación antimonopólica».

El mecanismo del libre juego de precios es puesto en grave peligro, por lo que el consumidor no puede disfrutar de la libertad de escoger, entre las distintas ofertas, la que más le convenga viéndose obligado a tener que aceptar precios fijados, violándose la tutela del bien jurídico protegido: «la libertad del consumidor».

Hugo Sologuren y Pedro Flores Polo[351] agregan: «el comportamiento de las empresas en la fijación de precios tiene entonces efecto similar al monopolio, pues permite establecer precios superiores, producción inferior y utilidad superior a la normal».

Para que la concertación de precios sea efectiva se requiere de determinados requisitos:

a. La existencia de pocas empresas, para estabilizar el acuerdo.

b. El establecimiento de barreras de entrada, para aislar el mercado de la competencia externa (patentes, economía de escala, secretos gremiales, dominio de canales de distribución).

c. Que los productos sean homogéneos, para dar mayor facilidad de control.

d. Insensibilidad del consumidor al precio.

Todas las legislaciones antimonopólicas prohíben expresamente los acuerdos que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta, u otras condiciones comerciales o de servicio. Siendo el precio un elemento esencial de la libre competencia en el mercado, la fijación de precios, tanto horizontal como vertical, constituye una de las infracciones más graves a las normas de competencia.

Las conductas anticompetitivas tienden a tener efectos, directos o indirectos sobre la formación de los precios. Cualquier conducta, de forma inmediata o mediata, influye en la determinación de los precios.

En la legislación norteamericana la fijación concertada de precios es una típica infracción *per se* del Artículo 1 de la *Sherman Act.* Con la regla *per se* solamente es necesario demostrar la presencia de la conducta prohibida para afirmar la violación de la *Sherman Act.* No se necesita buscar ni se aceptan causas de justificación. Esta forma de enmarcar la norma tiene ventajas y desventajas. En cuanto a las ventajas podemos señalar que esta claridad e inflexibilidad puede prevenir conductas y disminuir los gastos administrativos y judiciales, al evitar contravenir una situación que ya se sabe con antelación está prohibida. Sin embargo, esta aproximación trae desventajas ya que existen circunstancias en las cuales una conducta concertada de fijación de precios no es una conducta anticompetitiva. Para determinar su carácter anticompetitivo o no, debe ser investigada y con ello se incurre en costos elevados.

---

351 SOLOGUREN CALMET, Hugo y FLORES POLO, Pedro. «Prácticas Restrictivas de la Competencia en el Perú. Un caso para Reflexionar» En: *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial.*

Las disposiciones de la Ley Robinson-Patman, (legislación norteamericana) restringen varias formas de discriminación de precios. La discriminación de precios es la venta de un mismo producto a diversos clientes a precios diferentes. La ley mencionada declara ilegal la discriminación de precios en bienes básicos de grado y calidad similares, cuando el efecto de tal discriminación pueda reducir considerablemente la competencia o tienda a crear un monopolio en cualquier línea de comercio, o a dañar, destruir o imposibilitar la competencia.

Lo que se pretende con esta norma es proteger a los pequeños minoristas de la conducta de los grandes mayoristas que muchas veces exigen vender a un precio que no permite competir a los pequeños; esta ley protege a los pequeños comerciantes evitando que desaparezcan del mercado.

El ámbito de las prohibiciones *per se* se ha reducido en la última década; La lista de las prohibiciones *per se* está en el ámbito de las fijaciones de precios horizontales y verticales, en los repartos horizontales de mercado y de clientes y, bajo ciertos presupuestos, en el boicot y los negocios atados.

Existen acuerdos de precios que tratan de reducir los costos de transacción, es decir, de hacer más ágil las transacciones en el mercado tratando en todo momento de promover la libre competencia. Estos acuerdos inciden sobre la fijación de precios pero al no limitar la competencia no se consideran como conducta prohibida.

La legislación norteamericana es más estricta y el campo de justificación de una conducta concertada es más difícil de conseguir que en la legislación del mercado común europeo o en las legislaciones latinoamericanas.

El Artículo 85 del Tratado de Roma incluye, entre las formas particulares de convenios, decisiones y prácticas restrictivas prohibidas, que supongan fijar, directa o indirectamente, los precios de compra o de venta.

Entre los distintos casos de conductas horizontales relativas a los precios, comprendidas en la prohibición prevista en el Artículo 85, inciso 1a) del Tratado de Roma, encontramos las siguientes:

a. Acuerdos que fijan precios de venta y reventa, y que limitan determinados descuentos.

b. Acuerdos destinados a evitar ventas por debajo del costo, descuentos no relacionados con los costos y el cobro de precios distintos de los publicitados.

c. Sistemas de precios recomendados por una organización empresarial.

d. Acuerdos entre los miembros de una asociación empresarial para imponer determinados precios sobre los distribuidores.

e. Mecanismos destinados a sancionar a determinados productores en caso que vendan fuera de su mercado local a precios distintos de los vigentes en éste.

f. Convenios destinados a fijar un mecanismo uniforme de cálculo de precios, particularmente en relación con el punto geográfico a utilizarse como base de tal cálculo.

g. Acuerdos mediante los cuales se establecen los márgenes de comercialización de ciertos productos a ser aplicados por los distribuidores.

El Tratado de Roma prohíbe aquellos acuerdos que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción, considerando que un acuerdo de fijación de precios constituye por su propia naturaleza una restricción del juego de la competencia. El Artículo 85.3 contiene excepciones pero estas se aplican en ciertas circunstancias y en el sector de servicios.

Cabanellas[352] señala que:

> «De un modo parecido, la prohibición del Artículo 85.1 cubre no sólo los "precios" en el sentido más estricto sino también descuentos, márgenes, rebajas y condiciones de pago. Otros supuestos que directa o indirectamente restringen la competencia de precios lo constituyen acuerdos: de no dar presupuesto sin consultar previamente, no desviarse de las listas de precios, ni ofertar otros precios que aquellos que hayan sido publicados, no vender a otros precios que no sean los ofertados ni conceder rebajas por causas distintas a rebajas en los costes, e incluso no vender "bajo coste". Un acuerdo sobre las listas de precios restringe la competencia incluso si las partes quedan en libertad para conceder descuentos o rebajas, y asimismo lo hace un acuerdo sobre los "elementos básicos"' sobre los que se calculan los precios individuales».

Los precios sugeridos son recomendaciones o sugerencias sobre el precio de reventa que hace el productor o el proveedor de un producto. Estas sugerencias pueden ser hechas por cualquier intermediario en la cadena de distribución, es decir pueden originarse en el productor y se reflejan sobre los precios de venta al público o sobre precios de venta a otro intermediario. En cualquiera de los supuestos es distinta la situación de los precios sugeridos de la situación de fijación de precios.

La fijación de precios está prohibida en la generalidad de las legislaciones. Los precios sugeridos son sugerencias o recomendaciones, si su naturaleza los mantiene como tales, es decir, en sugerencias. De acuerdo a las condiciones del mercado el vendedor podrá cobrar otro precio ya sea más alto o más bajo al recomendado, pero cuando este vendedor o distribuidor enfrenta coacciones o imposiciones estamos frente a un acuerdo colusivo y por lo tanto ilegal.

Acuerdos de reparto de mercado

Los repartos horizontales del mercado, sea a través de cuotas o de clientes, son acuerdos que afectan la competencia entre los oferentes, restringen la producción y la venta de un producto determinado, entre otras consecuencias. Esta restricción se produce en una zona determinada o en términos de producto se restringe la producción y la venta de un producto determinado.

Los acuerdos de reparto de mercado constituyen, junto a la fijación de precios, una de las infracciones más graves del artículo 85 (1) del Tratado C.E. Supone uno de los más flagrantes atentados al objetivo de la integración de los mercados de los estados miembros que inspira el Tratado de la Comunidad Europea.

Compra en Común

La Comisión señala que el acuerdo colectivo de comprar materias primas exclusivamente a través de sistemas acordados, infringe el artículo 85 (1) del Tratado C.E., puesto que limita

352 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*

la libertad de los socios para negociar otras condiciones de compra que se adapten a sus necesidades individuales. Sin embargo, la comisión se ha mostrado flexible a la hora de conceder exenciones individuales a la aplicación del artículo 85 (1) para este tipo de acuerdos, puesto que muchas veces permiten combatir el poder de los proveedores.

Acuerdos de limitación a la producción

Los acuerdos que limitan o controlan la producción o la inversión son también contrarios al artículo 85 (1) del Tratado C.E. Estos acuerdos suelen incluir otras restricciones adicionales, tales como repartos de mercados o cárteles de fijación de precios.

Al limitar la producción mediante un sistema impositivo de cuotas obligatorias para los integrantes del cártel se persigue generar escasez del producto en el mercado y con ello la elevación de la demanda y por consiguiente del precio del bien.

Ventas en Común

Los acuerdos que persiguen que varias empresas vendan sus productos o presten sus servicios conjuntamente. Estos acuerdos infringen normalmente el artículo 85 (1) del Tratado C.E.

Acuerdos sobre estándares técnicos

Un acuerdo sobre estándares técnicos puede infringir el artículo 85 (1) del Tratado C.E. si impide a las partes vender productos diferenciados, limita el desarrollo tecnológico o se utiliza para limitar las importaciones.

Existe una tipología estudiada sobre los acuerdos horizontales más comunes que se presentan en el mercado y que no se consideran una limitación a la competencia. Craig Conrath, agrupa los acuerdos horizontales en ocho principales clases que esquemáticamente nombramos:

Acuerdos de facilitación

Un acuerdo de facilitación es aquel que hace más fácil la operación de un cartel; El acuerdo también facilita que las firmas de un mercado oligopolista eviten la competencia, inclusive sin ningún acuerdo explícito.

Acuerdos de «Vida tranquila»

Algunas veces los competidores logran acuerdos para restringir la competencia, incluso, en una situación que no conlleva a un típico cártel. No hay acuerdo en precios o cantidad de producción. Tampoco hay una coordinación de precios o de producción implícita, como en un oligopolio cerrado. Más bien, sólo hay un acuerdo para limitar algún aspecto significativo de la competencia.

Por ejemplo, los abogados en Estados Unidos acordaron prohibir la publicidad. Otro ejemplo es el acuerdo entre comerciantes acerca de las horas de atención.

Acuerdos para excluir o perjudicar a la competencia

Algunas veces las firmas en una industria pueden celebrar acuerdos, con el fin de excluir o perjudicar a la competencia.

Usualmente, esto sucede porque la competencia es una fuerza destructora en el mercado. Alguien agresivo que rebaja los precios, un nuevo participante en el mercado, una firma con costos más bajos o una firma que introduce una nueva tecnología de menor costo.

Posner las comenta en los siguientes términos[353]:

«EXCLUSIONES, ATADURAS, BARRERAS A LA ENTRADA

Otras prácticas, además de la fijación de precios depredadores o predatorios, que se suponen capaces de crear poder monopólico, tienen también la propiedad de imponer al monopolista ciertos costos que a menudo serán por lo menos tan elevados como los que deben soportar sus víctimas. Supongamos que un fabricante comprara todas las tiendas distribuidoras del producto de su industria a fin de impedir a sus competidores el acceso al mercado. Los competidores reaccionarían construyendo sus propias tiendas. Esto involucraría un costo para ellos, pero no más (y probablemente menos) que el costo para el monopolista potencial de compra una cadena de tiendas distribuidoras que tendría un gran exceso de capacidad luego de que sus rivales construyeran sus propias tiendas.

A menudo se ha considerado la exclusión como un método eficaz para que obtenga un poder monopólico una empresa que tiene ya un monopolio en un mercado relacionado. Supongamos que una empresa tiene una patente para un producto, digamos computadoras, y se niega a vender o arrendar su producto a menos que el comprador o arrendatario acepte obtener sus abastos de algún otro producto, digamos disquetes. La empresa obtiene así un monopolio sobre los disquetes (el producto atado) empleados en sus computadoras (el producto que ata). Sin embargo, no obtiene beneficios monopólicos del segundo monopolio. Si cobra los disquetes a sus arrendatarios de computadoras a un precio mayor que el precio competitivo, los arrendatarios tratarán esto como un aumento indirecto de la renta de la computadora; pero si están dispuestos a pagar una renta mayor por la computadora, quiere decir que la compañía de las computadoras podría haber explotado su disposición directamente, cobrando una renta mayor.

Sin embargo, una ventaja que podría obtener un monopolista si impone atadura es que así podría tal vez discriminar en los precios con eficacia. Si la compañía de computadoras obtiene sus ingresos monopólicos a través del precio que fija para cada disquete, la tasa de renta de la computadora varía en efecto de un cliente a otro de acuerdo con la intensidad del uso de cada cliente, lo que podría ser una aproximación razonable de la elasticidad de la demanda[354]. Así concebida, la atadura no es un método por el cual una empresa pueda emplear un monopolio en un mercado para obtener beneficios monopólicos también en un segundo mercado, es más, tampoco es probable que cierre el acceso al mercado a los fabricantes rivales del producto atado.

Dado que el monopolista del producto que ata no puede obtener beneficios monopólicos de la venta del producto atado, no tendrá ningún interés en controlar su fabricación. Sólo le interesa que las ventas del producto atado se canalicen a través de él. Por tanto, los acuerdos de atadura no perturbarán necesariamente la estructura existente en el mercado del producto atado.

---

353 POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 193.

354 ¿Podrían emplearse las ventas atadas como un método de discriminación de precios en un caso donde el producto que ata y el atado se emplearán en proporciones fijas antes que variables (por ejemplo, un zapato derecho y un izquierdo) para producir el bien o servicio final (un par de zapatos)?

Una versión más sutil de la teoría de la exclusión sostiene que la exclusión incrementa directamente el poder monopólico al crear una barrera que impide la entrada. Estrechamente concebida, una barrera a la entrada es una condición que vuelve, a los costos de largo plazo de un nuevo participante a un mercado, mayores que los costos de largo plazo de las empresas existentes en el mercado; tenemos un buen ejemplo en una limitación reguladora de la entrada.

Sin embargo, este término se emplea también como un sinónimo de grandes costos iniciales. Por ejemplo, a menudo se describe a un mercado donde son grandes los gastos de capital o de publicidad necesarios para entrar sólidamente como un mercado con barreras que impiden la entrada, y es en este sentido que la exclusión podría crear tal barrera.

Si las empresas existentes en el mercado fuesen propietarias de todas las tiendas distribuidoras y estuviesen decididas a negarlas a nuevos participantes, un nuevo participante tendría que abrir sus propias tiendas distribuidoras, lo que aumentaría sus requerimientos de capital. o si los disquetes estuviesen atados a los arrendamientos de computadoras, un nuevo participante en el mercado de computadoras tendría que hacer arreglos para proveer también de disquetes a sus clientes. Como los costos de capital de las empresas son también mayores a resultas de la integración vertical, no está del todo clara la ventaja que obtienen estas empresas[355]. Lo mismo ocurre con la publicidad. Un mercado donde las empresas recurran en gran medida a la publicidad puede resultar difícil de penetrar sin mucha publicidad, pero el nuevo participante puede consolarse pensando que las empresas que ya están en el mercado deben incurrir también en grandes costos de publicidad a fin de mantener sus posiciones. La publicidad es un mal ejemplo de una barrera que impide la entrada por otras dos razones. El nuevo participante le "gorrea" la publicidad a las empresas originales del mercado, la cual ha creado una aceptación pública del producto; y tiene la opción de gastar menos en publicidad y fijar precios más bajos que los de las empresas existentes, esperando que las grandes cadenas distribuidoras publiciten la aparición de un nuevo sustituto de precio bajo.

Si preguntamos ahora no la magnitud de los costos de iniciación sino la magnitud de la razón entre los costos de iniciación y los costos de operación (en otras palabras, la razón entre costos fijos y costos variables) identificaremos un problema real de la entrada. Una elevada razón entre costos fijos y costos variables implica que el mercado podría tener espacio sólo para pocas empresas (quizá sólo una) de tamaño eficiente, lo que haría muy riesgosa la entrada.

Otra versión de la teoría de la exclusión sustituye el concepto de una barrera a la entrada por el de un factor que demora la entrada. Como antes vimos, los costos de entrada son, dentro de cierto intervalo, una función negativa del tiempo que se requiere para entrar. Probablemente sea mayor el período óptimo para efectuar la entrada entre más complejas sean las operaciones que deben coordinarse para que empiece la producción. La integración vertical podría incrementar la complejidad de la entrada y por ende el tiempo necesario para efectuarla a un costo no mayor que el de las empresas que ya se encuentran en el mercado, porque el nuevo participante tendría que entrar en dos niveles en lugar de uno (la distribución y la fabricación en el ejemplo anterior). En cambio, si una empresa se integra verticalmente a fin de desalentar la entrada, incurrirá en costos mayores, lo que alentará la entrada.

---

355 ¿Tendría que pagar el nuevo participante por el capital que necesita para establecer en el mercado una posición, una tasa de interés mayor que la que deben pagar las empresas que ya se encuentran en el mercado por el capital que necesitan para reponer sus plantas y otros activos a medida que se desgastan? ¿Podría depender esto de que el nuevo ingresante sea una empresa nueva o una empresa establecida que se expande a un mercado nuevo?

Las observaciones formuladas en esta sección, aunadas a la escasez de casos demostrados de comportamiento depredador o de exclusión por otra razón, hacen que nos sintamos escépticos acerca del predominio o la importancia de tal comportamiento. No obstante, sería incorrecto concluir que puede demostrarse que ese comportamiento es siempre irracional. Bajo ciertos supuestos no totalmente arbitrarios, puede demostrarse que un vendedor podría obtener un monopolio simplemente persuadiendo a muchos clientes potenciales para que firmen un contrato de compra exclusiva con él, hasta que los clientes restantes sean demasiado pocos para apoyar a otro vendedor que pueda operar a una escala eficiente[356]. Cada cliente firmaría por una pequeña consideración, pues sabe que si no lo hace podría terminar enfrentándose a un monopolista, dado que la cooperación de cada vendedor no es, como acabamos de ver, esencial para el proyecto de quien quiere convertirse en un monopolista».

Acuerdos que mejoran el funcionamiento de un mercado

Algunos acuerdos entre competidores son claramente benéficos para la competencia en su conjunto, inclusive si incluyen a la mayoría de los competidores en un mercado y afectan su conducta o modo de actuar. Existe una gran variedad de estos acuerdos, pero todos pueden ser resumidos por una característica común: son acuerdos que ayudan al mercado a funcionar más efectivamente regulándolo con características que aumentan su eficiencia.

Acuerdos de «lobby» al gobierno

Las firmas a menudo se combinan para formar asociaciones de industria. Estas asociaciones son comunes y pueden controlar muchas actividades incluyendo cárteles, dispositivos de facilitación, acuerdos de «vida tranquila» y acuerdos de mejoramiento del mercado. Pero la actividad más típica de la asociación de la industria es comunicarse con el gobierno.

No hay duda que algunas veces cuando las firmas solicitan al gobierno hacer algo, el resultado será anticompetitivo.

Algunas veces las empresas aplicarán presión política para conseguir una restricción a la libre competencia.

Acuerdos acerca de acciones que no tienen sentido económico para un producto pero tienen sentido económico para toda la industria

Esto sucede por ejemplo cuando los productores destacan y hacen públicas las bondades del producto que elaboran. Involucra la publicidad colectiva gremial como «Beba Cerveza», «Beber es salud», «Consuma pollo, es nutritivo».

Acuerdos para trabajar unidos

A fin de competir en el mercado, los competidores cooperan con la finalidad de ser mejores suscribiendo «convenios de asociación», *joint ventures*, «acuerdos de especialización». En realidad la forma legal que adopten no es significativa, lo interesante es que se asocian para trabajar unidos con el propósito de hacer a los participantes mejores competidores.

---

[356] RASMUSEN, Eric B.; RAROSEYER, J. Mark y WILEY, John S. Jr. «Naked Exclusion». En: *América Economía 81*, 1991.

1.3.6.3.2. Prácticas Verticales

Se genera un acuerdo vertical cuando el convenio se celebra entre dos firmas que se encuentran en niveles diferentes de producción o distribución. Por ejemplo, entre un fabricante y el proveedor de una de sus materias primas.

La mayoría de los acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia. Son una forma usual y normal de hacer negocios. Son parte del proceso competitivo una amplia variedad de tipos de acuerdos verticales. Las firmas relacionadas verticalmente prosperan con la eficiencia recíproca uno del otro. Cada una de las partes que intervienen en la cadena de producción espera que la parte que le antecede o le sigue produzca lo mejor y al menor costo para que el bien llegue al consumidor a precios competitivos; así como con una alta calidad.

Las relaciones entre una compañía matriz y su subsidiaria no deben ser tratadas como acuerdos verticales. Una subsidiaria es parte de la compañía matriz. Al evaluar las prácticas monopolísticas, estas deben ser tratadas simplemente como si fueran una oficina o una sucursal de la compañía matriz. Conrath[357] nos dice:

- Una compañía matriz no puede conspirar o lograr un acuerdo prohibido con su subsidiaria.
- Una subsidiaria no puede quejarse que se le exige seguir órdenes de su casa matriz.

La razón, continúa diciendo Conrath, es que la casa matriz y la subsidiaria no son entidades económicamente separadas. Ellas no están en competencia, por lo tanto pueden eliminar o restringir la competencia una frente a la otra.

En la Unión Europea, los acuerdos verticales, están contemplados en el Artículo 85. Estos son ilegales si «tienen como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia». Los acuerdos verticales son permitidos si «contribuyen al mejoramiento de la producción o distribución de bienes o a la promoción del progreso técnico o económico, en tanto que permite a los consumidores una participación justa del beneficio resultante», considerando que los acuerdos no imponen restricciones innecesarias o permiten a las firmas eliminar la competencia «con respecto a una parte sustancial de los productos en cuestión».

Las normas del derecho de la libre competencia en la Comunidad Europea son compatibles con las legislaciones de defensa de la competencia de sus estados miembros. Ambas normas pueden aplicarse simultáneamente, pudiendo ser objeto de dos procedimientos legales paralelos ya que ambas normas, es decir, las normas del derecho de la competencia de un país miembro y las normas de derecho de la competencia de la C.E. protegen intereses distintos.

En Estados Unidos, el criterio que regula los acuerdos verticales es la «regla de la razón». Esto significa que las restricciones razonables son permitidas. Sin embargo algunas restricciones verticales son ilegales *per se*. Gilberth enumera las restricciones *per se* verticales ilegales:

---

357 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 205.

1. Los acuerdos y restricciones diseñados para establecer precios mínimos o máximos de reventa son por lo general ilegales *per se*, aunque existen algunas excepciones, como los acuerdos de consignación.

2. La mayoría de las restricciones verticales se juzgan bajo la regla de la razón. Estas restricciones implican acuerdos de distribución, restricciones territoriales y de atención al consumidor, acuerdos de relación exclusiva y contratos de negociación exclusiva. De ellos, sólo los acuerdos de relación exclusiva pueden ser ilegales *per se* y sólo en circunstancias en las cuales la compañía agraviada posea suficiente poder de mercado.

3. La conducta unilateral de los distribuidores es casi siempre legal.

El tema de si existió o no un acuerdo o una restricción y el posterior análisis de esta acorde a la regla de la razón, en oposición al tratamiento tradicional de la regla *per se*, son características propias de la evolución creada por la jurisprudencia de la sección 1 de la Ley Sherman.

Las características a tomar en cuenta comunes para evaluar los acuerdos verticales, son:

- Evaluar si el acuerdo restringe la competencia
- Considerar si el acuerdo beneficia la competencia
- Determinar si la competencia será beneficiada o perjudicada por la prohibición.

Al analizar las restricciones verticales debemos tratar el tema de la reventa. Las restricciones de reventa se encuentran, por lo general, en la cadena de distribución. Un producto se compone de elementos o insumos que se compran a un vendedor de materia prima. En esta situación el vendedor es un productor de materias primas y el fabricante es su comprador. El fabricante produce un bien determinado el cual se vende a un mayorista, quien lo revende a un minorista y éste a su vez lo revende a un consumidor. Esta es una típica cadena de distribución de bienes de consumo donde generalmente son los fabricantes los que imponen las restricciones de reventa a los minoristas. La forma más común de restricción se da en el precio de reventa y está relacionado con la fijación del precio mínimo de reventa. En esta situación el fabricante ordena o sugiere coercitivamente un precio mínimo de reventa al minorista.

Esta situación se presenta cuando los fabricantes de un producto son competidores y acuerdan dividir el mercado en porciones o secciones para cada fabricante. Si los fabricantes no fijaran un precio mínimo de reventa puede darse el caso que algunos minoristas bajen sus precios provocando que el mercado compre solo a estos minoristas. Para evitar esta situación los competidores acuerdan que el mercado se encuentra repartido entre los distintos productores y es necesario que los productores fijen un precio mínimo de reventa.

Cualquiera que sea la justificación para fijar un precio mínimo de reventa, tanto mínimo como máximo, es ilegal *per se*. En cambio el fabricante al autorizar las restricciones territoriales, de localidad, es decir, restricciones no basadas en el precio, puede lograr promocionar la competencia. Las restricciones territoriales promueven la competencia intramarca, la competencia entre otros minoristas que revenden la misma marca. El fabricante puede lograr un enclave libre de competencia en el mercado de la misma marca. En todo

caso tratándose de una restricción de reventa no basada en precio, la restricción vertical requerirá un análisis bajo la regla de la razón.

En cualquiera de estos supuestos es requisito primordial conocer la estructura del mercado y la forma en la cual este acuerdo afecta el mercado, es decir, si la firma involucrada tiene poder en el mercado y si este acuerdo vertical afecta positiva o negativamente la competencia.

Pueden encontrarse acuerdos entre las partes participantes en un proceso de producción, pero es importante analizar si estos acuerdos son necesarios, para lo cual se debe examinar cuidadosamente cual es la finalidad, el por qué de la celebración de estos acuerdos y qué consecuencias pueden tener en el mercado. Si estos acuerdos afectan a la competencia estamos ante restricciones a la competencia y por lo tanto estos acuerdos están prohibidos, pero si no afectan a la competencia caen dentro de la forma usual y necesaria de llevar un negocio.

Las consecuencias de los acuerdos deben ser examinadas a la luz del precio, producción y calidad del producto. Cómo repercuten estos acuerdos en relación con el precio, en relación a la producción y en cuanto a la calidad de los productos. Para conocer cualquiera de estos efectos señalados debemos conocer la estructura del mercado, cuál es el mercado involucrado, su extensión, su capacidad, el número de competidores que forman el mercado, qué productos compiten y en general todo lo relacionado a estos aspectos de estructura de la industria, lo que nos lleva a determinar cuál es el mercado en cuestión y cómo la empresa que toma los acuerdos puede o no restringir la competencia. Una vez analizado el tema de la estructura del mercado que está en íntima relación con las restricciones verticales.

Se debe estudiar con cuidado la naturaleza de la prohibición o restricción no en función de si afecta a tal o cual competidor sino si se oferta la eficiencia del mercado en su conjunto.

La Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Continental TV, Inc. contra GTE Sylvania, Inc.[358] dijo: «el impacto de las restricciones verticales en el mercado es complejo, debido a su potencial reducción simultánea de la competencia intermarcas y la estimulación de la competencia en las marcas». «Las restricciones verticales promueven la competencia intermarcas, al permitir al fabricante alcanzar ciertas eficiencias en la distribución de sus productos».

En la Unión Europea la situación es distinta, la razón es que una meta primordial de la competencia en la Unión Europea es crear un mercado común específicamente para romper las divisiones entre los mercados nacionales.

Cabanellas[359] dice que: «los repartos verticales de mercado graves son sin duda aquellos que directa o indirectamente son utilizados para dividir zonas, productos, clientes o proveedores. Así, representan repartos de mercado típicamente merecedores de pena, en concordancia con la jurisdicción de la C.E. (que los califica de ilícitos graves), aquellos que impiden indirectamente la comercialización de productos fuera de las zonas repartidas

358 *Ibidem*, p. 206.

359 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 122.

mediante discriminaciones de precios, descuentos discriminantes, la restricción del servicio de asesoramiento o de reparación de productos importados u otras cláusulas contractuales (cláusulas penales) destinadas a hacer respetar el acuerdo de reparto».

En la Comunidad Europea el objetivo primordial de las normas regulatorias de la competencia no se circunscribe exclusivamente a la protección de la llamada competencia intermarca (entre marcas o productores), sino también a la protección de la competencia intramarca (entre los distribuidores de un mismo producto) para fomentar una mayor y más rápida penetración de los mercados de los estados miembros.

Conrath afirma que «Las restricciones verticales reducen la competencia de una marca, limitando el número de vendedores de un producto particular y compitiendo por los negocios de un grupo de compradores. Las restricciones de ubicación tienen ese efecto, debido a las restricciones en el área efectiva del mercadeo de los mercados minoristas. Aunque la competencia en la marca puede ser reducida, la habilidad de los minoristas para explotar el mercado que resulte puede ser limitada por la habilidad de los consumidores para viajar a otras ubicaciones de la franquicia y quizás más importante, comprar los productos competidores de otros fabricantes»[360].

El propósito de los acuerdos verticales es el de competir mejor. Sin embargo existen algunos acuerdos verticales que pueden ser perjudiciales para la competencia. Un acuerdo puede ser perjudicial cuando ayuda a un monopolio o a un cártel a mantener su posición. «Asimismo son acuerdos verticales perjudiciales aquellos acuerdos de distribución en exclusiva, de compra exclusiva, de suministro exclusivo, de distribución selectiva, de franquicia y de licencia exclusiva de tecnología[361]».

En la Unión Europea, la Comisión parte de la premisa que todas las conductas restrictivas de la competencia están prohibidas por el artículo 85 (1) del Tratado C.E., salvo que se beneficien de una exención. Estas exenciones pueden ser de carácter individual o por categoría. El Consejo autorizó a la Comisión, mediante el Reglamento 19/65, a adoptar una serie de Reglamentos de exención por categoría.

Sin embargo todavía existe un gran número de acuerdos que caen fuera del ámbito de aplicación de su correspondiente reglamento y que tienen que ser notificados individualmente.

Folguera Crespo[362] señala que la existencia de un mayor número de Reglamentos de exención por categoría, «referidos a los acuerdos verticales, no deja de ser un reflejo que, al igual que sucede en los Estados Unidos, la Comisión considera las prácticas restrictivas horizontales mucho más nocivas para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado que las restricciones verticales, lo que se demuestra en una política mucho más aquiescente hacia la adopción de reglamentos de exención por categoría en relación con los acuerdos verticales...».

> «La preferencia del legislador comunitario por un sistema de exenciones frente al sistema basado en la doctrina de la "*Rule of Reason*" propio del derecho de defensa de la competencia

360 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 207.

361 FOLGUERA CRESPO (1988). Op. cit., p. 89.

362 *Ibidem*, p. 91.

de los Estados Unidos, no significa que la Comisión no haya recurrido esporádicamente en el pasado y cada vez más frecuentemente en la actualidad, a dicho razonamiento en determinados casos, tanto con respecto a las restricciones verticales como a las restricciones horizontales».

Podemos observar que las instituciones que aplican las normas de derecho de la competencia son más estrictas que las autoridades de los Estados Unidos con respecto a la aplicación de las restricciones verticales. La finalidad es conseguir un mercado comunitario integrado desde todo punto de vista, sin permitir restricciones de tipo vertical que limiten la competencia.

Debido a los cambios desde principios de los años noventa en los mercados europeos, la Comisión introdujo a finales de enero de 1997, el llamado Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria, siendo el principal factor «afirmar que las restricciones verticales no deben considerarse en sí mismas perniciosas o favorables para la competencia, sino que su carácter positivo o negativo dependerá de las circunstancias de cada caso, en función de la estructura del mercado. Cuanto mayor sea la competencia entre marcas, mayor será la posibilidad de que los efectos positivos para la competencia compensen los efectos anticompetitivos de las restricciones verticales».

Podemos concluir que las restricciones verticales únicamente son dañinas en situaciones en que la competencia entre marcas es débil y existe, además, poder de mercado.

Como resultado de estos cambios la Comisión está trabajando en la preparación de nuevas propuestas en donde fundamentalmente se está estudiando la no renovación de los reglamentos de exención por categoría de distribución exclusiva, de compra exclusiva y de franquicia y la adopción de un único reglamento de exenciones más flexible. En este sistema sólo estarían prohibidas las restricciones mencionadas expresamente en el reglamento, mientras que todas los demás quedarían autorizadas.

Folguera afirma[363] «...de confirmarse esta evolución en la actitud de la comisión hacia las restricciones verticales de precios, estaríamos asistiendo a un proceso de convergencia entre el sistema de defensa de la competencia en la C.E. y el derecho de defensa de la competencia de los Estados Unidos, donde hasta la fecha, tanto las autoridades de competencia como los tribunales, habían considerado cualquier restricción vertical de precios como una restricción contraria *per se* a la sección I de la *Sherman Act* y, por lo tanto no susceptible de ser objeto de análisis bajo la doctrina de la *Rule of Reason*».

Esta se debe a un avance en el proceso de integración económica de los mercados en la CE., mediante la progresiva eliminación de barreras de mercado y la consecución de una mayor convergencia monetaria y económica de los Estados Miembros.

363 FOLGUERA CRESPO (1998). *Op. cit.*, p. 99.

1.3.7. Instrumentos de la Política de Competencia

1.3.7.1. Control de Estructuras del Mercado

1.3.7.1.1. Concentraciones

1.3.7.1.1.1. Fusiones y Adquisiciones

Una fusión es una combinación de dos (o más) firmas. En el sentido más estricto, es una transacción en mérito a la cual dos entidades legales se unen en una sola o para decirlo de otra forma dos o más empresas se integran jurídicamente y devienen en una nueva sociedad distinta a las anteriores.

En los países desarrollados en la década de los 80 hubo una considerable cantidad de fusiones a raíz del fenómeno de globalización, a la desregulación, la privatización y el avance tecnológico. En los países en desarrollo esta práctica de fusiones se empezó recién a notar hace algunos años y principalmente debido a que una porción importante de las empresas más representativas estaban en manos del Estado, al número muy reducido de empresas, problemas de financiamiento, entre otros factores, que determinan que las fusiones fueran de poca importancia.

Rajan Dhanjee, miembro de la Secretaría de la UNTACD afirma con relación a las fusiones en los países en desarrollo, lo siguiente: «Al respecto, se puede mencionar especialmente la fuerte tendencia hacia la liberalización. La eliminación de barreras de ingreso a los mercados implícita en la desregulación, debería desembocar en una mayor cantidad de fusiones, mientras las firmas establecidas se esfuerzan por preservar sus posiciones de mercado en un marco más competitivo. La privatización a gran escala en muchos países en desarrollo permitió y seguirá permitiendo, que una mayor cantidad de firmas se fusionen...».

El tema de la fusión de empresas está íntimamente relacionado con los conceptos de mercado relevante, el estudio de la estructura de mercado, barreras de entrada, así como los demás elementos de la dinámica de competencia.

Como bien señala Claudia Curiel[364] «el poder de mercado permite aproximar en muchas oportunidades las nociones de grado de competencia, de allí que esta construcción es la herramienta más utilizada en cualquier análisis de competencia. En el concepto moderno de competencia, que reúne las dimensiones de competencia potencial y competencia actual, hay una aproximación dinámica al tema del poder de mercado, que garantiza que el diagnóstico que haga la agencia incorpore en términos de su valor presente, la capacidad futura de generar escenarios de rivalidad en los mercados. Esto quiere decir que se pondera el grado de disputabilidad en el mercado cuando se hace el diagnóstico de competencia».

Una situación en la cual se está reduciendo el grado de competencia corresponde a una limitación respecto a la libertad de entrada o salida, o a una situación en la cual los partici-

[364] CURIEL LEINDEZ, Claudia. «Estudios Sectoriales en el Análisis de Fusiones». Cartagena de Indias: Seminario Internacional, 24 al 25 de Marzo 1998, p. 344.

pantes en un mercado no pueden determinar en forma individual o asociada el proceso de intercambio en el mercado.

Podemos señalar que la fusión de empresas está vinculada al tema de la competencia porque ésta última puede verse seriamente comprometida por los procesos de concentración. Efectivamente uno de los elementos más importantes de la estructura de mercados es su grado de concentración económica.

Quiroga y Rodríguez[365] definen la estructura de mercado «como las características de organización que determinan las relaciones de vendedores entre sí, compradores entre sí, y compradores con vendedores. Este concepto hace referencia a la organización de la producción y los determinantes de la competencia, particularmente el número y tamaño de consumidores y productores, la diversidad en la diferenciación del producto, las barreras para la entrada o salida del mercado de las empresas, las importaciones, la estructura de costos, el grado de conglomeración, la integración empresarial (vertical u horizontal), las tasas de crecimiento de la demanda, las condiciones y acuerdos (que actúan como barreras) en mercados internacionales, entre otros)».

Curiel[366] agrega «las agencias no sólo determinan cuando se han producido efectos restrictivos de la competencia, sino que tienen un mando implícito de preservar el mercado, pues es ese el entendido de promover la competencia y la eficiencia en beneficio de los consumidores. Ese es el sentido de las legislaciones de competencia; por una parte, proteger al mercado, más que a los participantes en él, y por la otra, servir de instrumentos reguladores para proveer al mercado, de un marco que garantice su existencia y las condiciones de competencia que están llamados a promover y proteger».

La concentración económica se presenta cuando una empresa crece por sí misma, es decir, se vuelve tan competitiva que puede ofrecer al público consumidor precios menores, tecnología de punta, mayor distribución, produciéndose un crecimiento de la empresa. Asimismo la concentración económica puede crecer cuando dos o más empresas deciden unirse en una sola dejando por ello de competir entre ambas. La fusión necesariamente desaparece sea por absorción o integración.

Ahora bien, existen formas distintas a un competidor del mercado en las cuales se pueden unir dos o más empresas sin considerar que esta unión sea una fusión propiamente dicha. En la fusión siempre se produce el nacimiento de una nueva empresa. En cambio, en la adquisición no surge una empresa nueva, sino que ambas empresas quedan sujetas a una sola estructura de control. Nos referimos al caso en el cual la empresa A adquiere las acciones y con ello el control de la empresa B. Subsisten en el mercado las 2 empresas pero A controla a B por ser su nuevo propietario.

En toda fusión el factor que debe ser revisado es si la combinación de los competidores tiene algún efecto en la competencia. Una fusión puede tener o no tener efecto en la competencia de la industria.

A fin de determinar su impacto debemos estudiar el efecto de la medida en la estructura del mercado. Si un mercado tiene una estructura en la cual actúan muchos competidores

365 QUIROGA y RODRÍGUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 71.

366 CURIEL LEINDEZ (1988). *Op. cit.*, p. 340.

el efecto de una fusión será distinto a si se produce esta entre las únicas dos empresas competidoras o si se trata de una fusión en un mercado donde se tiene pocos competidores y una firma dominante. En el primer caso, (muchos competidores), las empresas compiten unas contra otras siendo probablemente el mercado altamente eficiente, en cambio en el segundo caso (2 únicas firmas) la conducta de las firmas en el mercado será menos competitiva y el mercado menos eficiente. En principio, aunque existen otros factores de mercado con un efecto significativo es necesario tener en cuenta, para una certera evolución y para determinar la conveniencia o no de las fusiones de empresas en un mercado que el análisis de la estructura por sector es el más importante indicador del grado de competitividad.

Es muy importante analizar cual era la conducta de las firmas antes de fusionarse: ¿Competían antes de la transacción?, ¿Luego de fusionarse han dejado de hacerlo? Si la respuesta es afirmativa, es casi seguro que la situación debe considerarse como un caso de monopolio. Por lo tanto el caso de fusiones de empresas que no competían entre sí antes de modificar sus estructuras no tiene significancia competitiva pues la competencia no se afecta con la fusión.

El principio importante que debemos aplicar en todas las transacciones de combinación empresarial, es la revisión de los acuerdos de los competidores para determinar su efecto en la competencia. La forma en sí de la transacción no tiene importancia.

Son varias las concentraciones económicas, a saber:

Cuando la unión es temporal

Las empresas pueden unirse temporalmente para el logro de un objetivo común y determinado, por ejemplo las asociaciones para la regulación de precios o cuando las empresas independientes se unen para desarrollar una actividad determinada y conformar una empresa común o *joint venture*, pero conservando y preservando paralelamente la autonomía de sus actividades originales.

Cuando la unión es permanente

Otra variante es la unión de empresas en forma permanente para lo cual las estructuras de las empresas se fusionan en el campo administrativo, productivo y legal. Esta unión se ve materializada por diversos contratos como un contrato de fusión o por la adquisición del accionariado de una empresa por la otra.

Cuando la adquisición es total

Cuando una firma adquiere más del 50% de las acciones de la otra estamos ante una adquisición total. Si una firma posee el 51% de las acciones de otra firma entonces podemos afirmar que la firma adquiriente controla a la firma que adquiere, quedando esta última bajo el control de la primera.

Cuando la adquisición es parcial

También podemos encontrar una adquisición parcial de control. Esta se presenta si una firma adquiere menos del 50% de las acciones de la otra. Quiroga y Rodríguez señalan que esta situación «Ocurre cuando dos empresas unen parte de sus negocios o actividades, pero las matrices continúan siendo diferentes y mantienen negocios independientes en

otras áreas»[367]. Aunque algunas veces se ha determinado que la adquisición de pequeños porcentajes de una firma, puede otorgar control efectivo de la empresa. Hay adquisición parcial cuando un mismo grupo económico adquiere la mayoría de acciones de dos empresas que en un inicio no tenían relación entre sí. Con esta adquisición las empresas se relacionan y se interrelacionan pero no podemos decir que se ha realizado una fusión propiamente dicha. La adquisición parcial de activos debe ser analizada con cuidado pues aparentemente puede tratarse de una adquisición parcial. El análisis debe estudiar la transacción y comprobar si la misma permite al adquiriente obtener una posición dominante en el mercado.

Daranas Pelaez[368] llega a la conclusión que «existen dos concepciones de concentración, una amplia y una restringida. La concepción amplia incluye a los cárteles y acuerdos. La concepción restringida, en cambio, se refiere únicamente a «las operaciones de engarce orgánico entre las empresas, bien a través del capital, bien mediante consejeros o administradores comunes, bien, por último, mediante la posesión comunitaria, total o fragmentaria, de elementos totales determinados del activo.... Se excluyen, pues, los lazos meramente contractuales entre unidades jurídicamente independientes, con lo que emerge una distinción entre concentración, por un lado, y cárteles o entrantes por otro».

Podemos hablar de concentraciones horizontales, verticales y de conglomerado dependiendo en que nivel de mercado operan, si son empresas que producen, que comercializan o distribuyen o si se encuentran en otro lugar de la cadena de producción.

1.3.7.1.1.2. El concepto de concentración en la normatividad nacional

La concentración horizontal se da cuando dos empresas que antes competían se unen. Es horizontal porque las empresas están en el mismo nivel, esto es, ambas son competidoras. La concentración es vertical cuando una empresa productiva se une con otra de la misma cadena de producción. Puede producir una integración vertical ascendente o descendente. Si un fabricante se fusiona con un proveedor es ascendente, si el fabricante, por ejemplo una imprenta, se fusiona con la distribuidora de textos, es descendente.

Las concentraciones económicas de conglomerado se producen cuando se unen empresas que no compiten en un mismo mercado, cuando se habla de concentración de un conglomerado estamos frente a consolidaciones de grupos económicos que por lo general se dedican a actividades diversas, y en este caso podría tratarse de uniones de empresas productivas agrícolas, con otras de manufactura o con empresas mineras, de petróleo, de servicios o de comercialización, etc., es decir, las actividades que se unen no tienen vinculación alguna.

Una concentración económica en un mercado determinado puede darse por el crecimiento de la empresa bajo estudio. En esta situación la concentración ilustra la eficiencia de la empresa. También puede existir una concentración económica por efecto de adquisiciones y fusiones en cuyo caso dependerá del análisis que se realice el determinar si estamos ante una situación de limitación de la libre competencia.

---

367 QUIROGA y RODRÍGUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 97.

368 *Ibidem.*, p. 89.

La concentración económica también puede lograrse con prácticas colusivas las que están dentro de las conductas prohibidas y sancionadas por ley.

Las fusiones representan frecuentemente un medio rápido y conveniente de alcanzar eficiencia y un tamaño que permita las economías de escala. La fusión también posibilita adquirir una empresa y sus activos tangibles e intangibles en una sola oportunidad, teniendo conocimiento de las ventajas de la empresa objetivo. Distinta situación se presenta cuando una empresa crece realizando inversiones totalmente nuevas o a través de su crecimiento interno. En otras palabras, cuando se fusiona o adquiere un negocio conocemos las ventajas que ello nos reporta (mercado, canales de distribución, tecnología, equipos gerenciales). El desarrollo propio no nos garantiza que las inversiones tengan los resultados esperados.

La mayoría de las fusiones no son perjudiciales para la competencia. En efecto, las fusiones generalmente son benéficas para un mercado eficiente y competitivo, por cuanto facilitan que el capital se mueva como respuesta a las condiciones del mercado. Asimismo, como lo manifiesta Guillermo Cabanellas[369], refiriéndose a la legislación argentina: «Es evidente que la existencia de tales estructuras es, de por sí, lícita, si bien puede dar lugar a actos anticompetitivos punibles y constituye uno de los elementos esenciales de los abusos de posición dominante. Los actos tendientes a establecer estructuras que dificultan o restringen la competencia, por el contrario, caen directamente en el marco del artículo 1° de la L.D.C. (legislación argentina), y sólo resultan justificados en la medida en que sus efectos sobre el interés económico general así lo autoricen».

Los actos anticompetitivos, como consecuencia de las concentraciones de empresas, pueden provocar la eliminación de uno o varios competidores cuando estos actos generan barreras de entrada, cuando disminuyen los insumos de la producción, cuando se disminuyen canales de distribución. Todos estos acuerdos ocasionan que las empresas concentradas puedan contar con una posición de dominio provocando alzas de precios, prácticas comerciales restrictivas e impidiendo una efectiva competencia.

En Estados Unidos se incluye un procedimiento previo de autorización destinado a que las partes involucradas que desean una fusión significativa en la industria obtengan una aprobación anterior a la concentración. Esto crea un alto costo económico por la demora y análisis y la posibilidad que la fusión sea considerada a posteriori un caso de naturaleza anticompetitiva y se obligue a la desinversión. Por ello el Departamento de Justicia entre los *Mergers Guidelines*, que consignamos en la presente obra y que sirven de guía a las empresas sobre los pasos a seguir.

Sin embargo, algunas fusiones pueden perjudicar la competencia. Una fusión puede tener como resultado crear una firma con una posición tan dominante que sea suficiente para ejercer el poder de mercado. Una fusión puede fortalecer una posición dominante existente, como también dejar un mercado con pocas firmas de modo que la competencia efectiva no permanece en el mercado.

Este fue el caso de la adquisición de la Compañía Nacional de Cerveza (Pilsen) por la Backus y Johnston (Cristal) en el Perú. El índice de concentración sobrepasó el 84% y con

369 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 596.

ello se estranguló al tercer competidor Cervesur que tuvo que vender a Backus y Johnston su empresa pocos años después, generando un monopolio a nivel nacional. Sin embargo en el Perú no existe pase previo ni análisis estructural porque no se prohíben oligopolios ni monopolios sino sólo el abuso de la posición de dominio.

El tratadista Guillermo Cabanellas[370] precisa «si una conducta concertada supone eliminar la independencia de las partes involucradas respecto de determinada faceta de sus actividades económicas, una fusión, u otros actos con efectos similares, implica terminar totalmente con tal independencia y anular toda posibilidad de competencia entre las partes que han perdido su individualidad. Si es anticompetitivo que dos empresas fijen sus precios de común acuerdo, tanto más lo será el que mediante una fusión no sólo sus decisiones en materia de precios sino todas las demás que hagan a su quehacer productivo y comercial sean tomadas en forma conjunta».

Las fusiones están íntimamente relacionadas con la estructura del mercado y con la definición de mercado relevante. Para conocer el efecto de una fusión es necesario medir la concentración en cada mercado.

El principio imperante es que si un mercado es competitivo y permanece competitivo después de la fusión, entonces no hay razón para detener la fusión. Si el mercado no es significativamente concentrado después de la fusión, es probable que ésta no tenga ningún efecto perjudicial en la competencia.

Si las firmas fusionadas no están en el mismo mercado relevante, no hay razón para que hablemos de un problema de monopolio. La mayoría de las fusiones son neutrales en cuanto a sus efectos competitivos y no afectan la eficiencia del mercado.

Sin embargo, para poder saber si una empresa que se fusiona con otra debe ser objeto de estudio de la ley antimonopolio es determinante medir la concentración en cada mercado relevante.

Craig W. Conrath[371] dice que luego de medir las participaciones de mercado hay que evaluar la importancia de estas en el mercado. «Un método simple consiste en determinar si las firmas más grandes tienen una participación de mercado mayor que 40%. Otra medida que con frecuencia es usada para medir el mercado es la tasa de concentración. Para calcular la tasa de concentración de las cuatro principales firmas una persona determina qué porcentaje del mercado representan las cuatro más grandes firmas. Por ejemplo, una persona podría determinar que la tasa de concentración de las cuatro firmas en el mercado es 80% si las cuatro más grandes firmas tienen una participación de 40%, 20%, 10% y 10%. Esto nos permitirá evaluar el peso de la fusión en el mercado.

Otra medida es el índice Herfindahl–Hirschman (HHI) al cual ya hemos hecho referencia con anterioridad. Recordemos que es una medida que da reconocimiento al tamaño relativo de las firmas en el mercado. El HHI es calculado sumando los cuadrados de las participaciones de mercado individuales para todos los participantes. Por ejemplo, un mercado consistente de cuatro firmas con participaciones de mercado de 30%, 30%, 20% y 20%, tienen un HHI de 2,600 ($(30)^2 + (30)^2 + (20)^2 + (20)^2 = 2{,}600$). El HHI viene

370 *Ibidem*, p. 602.

371 CONRATH (s/f). *Op. cit.*

desde 10,000 en el caso de monopolio puro hasta un número que se acerca a cero, en el caso de un mercado compuesto de cientos de pequeñas firmas.

Un mercado se considera significativamente concentrado si su HHI es mayor a 1,800.

Claudia Curiel[372] nos dice «En caso de haberse determinado que a raíz de alguna operación se han generado efectos restrictivos sobre la libre competencia, se abre una interrogante acerca de cuál es la solución más viable para el mercado en términos de calidad y de la intensidad de la dinámica de competencia. Esto es, debe irse más allá de la determinación del carácter restrictivo, cuando las operaciones ya se ha perfeccionado, y deben buscarse espacios para soportar capacidades de ordenamiento del mercado que faciliten la obtención de esos resultados».

Cada país tiene un propósito, una meta o un objetivo de naturaleza política y económica que afecta la competencia. Este objetivo delimita, a su vez, la política en el régimen de fusiones. En la mayoría de los países lo que prevalece es la protección a la competencia y eficiencia económica estableciendo un pase o autorización previo a las fusiones o controles posteriores a la misma. En el Perú no se requiere ninguna autorización al respecto, debido principalmente a lo pequeño del mercado y a la filosofía de eliminación de trabas burocráticas. Existen dos tipos de fusiones: Fusiones horizontales y fusiones verticales. Veamos cada una de ellas:

Fusiones Horizontales

La concentración horizontal se presenta cuando en un mismo mercado relevante dos empresas han estado vendiendo el mismo producto. Las empresas que se unen son actualmente competidoras, es decir, han estado compitiendo en el mismo mercado.

Las fusiones horizontales de empresas que compiten en un mismo mercado relevante pueden tener efectos positivos. Quiroga y Rodríguez consideran que los principales efectos positivos que una concentración horizontal puede generar sobre la eficiencia provienen básicamente de las economías o sinergias en la producción o distribución, lo cual permite a la empresa concentrada operar con costos unitarios más bajos.

Estas economías o sinergias pueden ser de distintos tipos:

- **Economías de Escala**

Las economías de escala existen en estrecha relación con el tamaño de la planta y con la tecnología utilizada. A mayor tamaño de planta el costo unitario del producto es menor, lográndose ahorros significativos que se reflejan en el precio final.

- **Economías Multiplantas**

Se presentan cuando existen varias plantas operando a la vez. Como consecuencia los insumos para las plantas se obtienen a un menor precio al existir lo que podemos denominar poder de compra. Asimismo se puede ahorrar en los costos administrativos y se crea una adecuada capacidad para responder a los imprevistos incrementos de la demanda.

372 CURIEL LEINDEZ (1988). *Op. cit.*, p. 341.

- **Economías de Distribución**

En general, cuanto mayor el volumen productivo y un mayor nivel de actividad, mejor será el sistema del fabricante para transportar sus productos hacia el consumidor final. En otras palabras, las posibilidades de distribución de una empresa fusionada serán mejores por el mayor volumen de productos. Esto le otorga una mejor capacidad de negociación frente a sus distribuidores (El aumento de capacidad negociadora proviene del simple hecho de negociar sobre una cantidad mayor de producción que cuando se trataba de un volumen menor).

Cuando se producen fusiones horizontales, y como consecuencia directa de ello, un incremento significativo en el volumen de producción, se crea además una clara ventaja en la obtención de materias primas baratas, se implementa tecnología de punta, se abarata la distribución del producto y por ende se consigue un importante ahorro en los gastos administrativos. Esta es una de las principales motivaciones para la fusión horizontal.

Este diagnóstico permite deducir que las fusiones horizontales tienen una incidencia directa en una mayor eficiencia de producción, un abaratamiento en el costo del producto y por ende un beneficio directo al consumidor final.

La concentración horizontal da origen a dos consecuencias principales:

- Las empresas fusionadas comparten una mayor porción del mercado involucrado. Antes de fusionarse las empresas se dividían y peleaban por el mercado. Al unirse cada una tendrá, una mayor porción del mercado, pero se suprimirá parte de la competencia previa, por la reducción del número de competidores en la industria.

- Ahora bien, si en un mercado existen muchos competidores y el mercado entre ellos es compartido en forma más o menos homogénea, la unión de dos empresas no tendrá mayor relevancia. En cambio en un mercado donde hay varios competidores pero el 80% del mercado está dividido entre dos empresas y estas deciden fusionarse, entonces si estamos ante una concentración con efectos serios en la competencia.

Los efectos son los siguientes:

a. La empresa concentrada obtiene una posición dominante o monopólica, la misma que podría derivar en abusos.

b. Se crea o consolida una estructura de mercado oligopólica, lo que por sí mismo es inconveniente.

c. La estructura oligopólica incrementa la facilidad para efectuar una coordinación de comportamientos.

Es decir, el perjuicio a la competencia se produce si nos encontramos en un mercado oligopólico o de tendencia oligopólica. Una posibilidad es que la concentración de empresas pueda producir un acaparamiento del mercado y las empresas fusionadas tengan una posición de dominio que antes del proceso de fusión no existía. La posición de dominio no es en sí misma una situación negativa pero si lo es el utilizar esta posición de dominio en contra de la libre competencia, abusando de la posición que en el mercado ocupa la empresa. El problema radica entonces en utilizar la posición de dominio y abusar de esta posición realizando prácticas que son sancionadas por la ley. Por ejemplo, restringiendo la

producción de las empresas fusionadas con la finalidad de elevar el precio de los productos ofertados. Sin embargo, esta conducta podrá presentarse siempre y cuando las demás empresas competidoras no puedan sustituir la restricción de la producción con su propia oferta y si las empresas fusionadas pueden establecer barreras de entrada al mercado con la finalidad de evitar nuevos competidores. Dependiendo de estas circunstancias se debe analizar si una fusión horizontal es negativa o no para el mercado. Para ello debe estudiarse cada caso particular. Las fusiones horizontales pueden producir ventajas competitivas derivadas de una eficiencia del mercado o, por lo contrario, puede dar lugar a concentraciones que restrinjan la competencia perjudicando al consumidor. Es necesario analizar los elementos involucrados en la fusión pero recordemos que la fusión como tal no está prohibida y en el Perú específicamente no tiene ni pase previo ni análisis administrativo ni control.

Concentraciones Nacionales

Sectores económicos en los cuales existe control previo a la concentración

La doctrina diferencia los Servicios Públicos de los otros sectores.

Raúl Pérez-Reyes Espejo[373] señala:

«La regulación de mercados es entendida como necesaria en la medida que existan fallas de mercado que requieran ser corregidas, las que tienen tres fuentes: rendimientos crecientes(subaditividad global y/o local de costos), externalidades y asimetrías informativas. La primera esta asociada directamente con las condiciones de competencia, pues la existencia de rendimientos crecientes a escala genera estructuras de mercado imperfectamente competitivas, llegándose al extremo de justificarse la existencia de monopolios u oligopolios.

En América Latina, previa a esta década, existía un solo país que había iniciado procesos de reforma económica orientadas hacia el mercado. El resto de países se desenvolvía dentro de enfoques de intervención estatal desbordados, unos más que otros, lo cual llevaba, como consecuencia, un exceso de reglamentaciones y marcos regulatorios, los que devenían en proteccionistas y adversos al consumidor que decían defender. Los problemas macro y microeconómicos de estas estrategias de desarrollo, llevaron a sendas crisis económicas en la región, que culminaron con la desmantelación de casi todo el conjunto de medidas que le dieron origen, dándose inicio a intensos programas de desregulación de las distintas actividades económicas.

En muchos casos esta intervención estatal implicaba la negativa explícita de entrada de distintos actores a dichas industrias y/o en otros, la metodología de fijación de precios por parte del Estado (sobre la base de costos marginales de corto plazo, en el mejor de los casos), con lo cual se generaba rentabilidad negativa de largo plazo para cualquier potencial entrante al mercado, disuadiéndolo de esta manera. El resultado concreto era una estructura de mercado no solo con el Estado como empresario sino, la mayoría de veces, además monopólica(...).

La característica preexistente al proceso de desregulación era la existencia de empresas multiproducto, verticalmente integradas, en telecomunicaciones, electricidad y saneamiento. La desregulación implicó la desintegración de algunas actividades al interior de estos sectores;

373 PÉREZ-REYES ESPEJO, Raúl. «Política de Competencia en Servicios Públicos». En: *Documento de Discusion* No. 5-1998, Lima, Septiembre 1998, p. 1.

en el caso de electricidad en: generación, transmisión, y distribución, en telecomunicaciones, en telefonía fija local, telefonía fija internacional, celular, transmisión de datos, entre otras, en el caso de saneamiento: en tratamiento de agua, distribución de agua potable, recolección de desagüe, tratamiento de aguas servidas, entre otras.

Todo este proceso de desintegración vertical, pretende evaluar el perfil industrial de cada una de estas actividades, con la finalidad de determinar si es competitivo, si es un oligopolio natural o incluso si es un monopolio natural. Es aquí donde se debe diseñar el marco regulatorio, entendiendo que este puede centrarse en la regulación de monopolios naturales o en aspectos estructurales y/o conducta de las industrias que no son catalogadas como monopolios naturales...».

Navarri Varona al comentar el tratamiento del tema en la Comunidad Económica Europea dice:

«Los mercados de la energía (electricidad y gas) han estado tradicionalmente muy regulados. En ellos operaban principalmente empresas titulares de derechos exclusivos o especiales y que operaban en régimen de monopolio u oligopolio(...).

La fuerte regulación de los mercados no ha impedido la aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado de la Comunidad Económica Europea a las empresas que operan en este sector. En el asunto Scotish Nuclear Ltd., la Comisión analizó la compatibilidad de un acuerdo de suministro exclusivo de energía entre la sociedad propietaria de una central nuclear y dos empresas de distribución de electricidad que iban a ser privatizadas. La Comisión entendió que tal acuerdo resultaba contrario al artículo 85 del Tratado CE, ya que podía afectar a los intercambios de electricidad entre Reino Unido y Francia.(...).

La Comisión también ha tenido la oportunidad de analizar algunas concentraciones entre empresas activas en el sector de la energía a la luz del Reglamento 4064/89 y Edison sobre ISE. Por ejemplo, en el asunto EDF/Edison-ISE, la Comisión autorizó una operación de concentración consistente en la adquisición de control conjunto por parte de EDF y Edison sobre ISE, una empresa italiana de producción de energía eléctrica. La Comisión destacó que el mercado de la electricidad y el mercado del gas son, a los efectos de valorar una concentración en el sector energético, dos mercados diferentes. En cuanto al mercado geográfico de referencia, la Comisión destacó con carácter general que las empresas que producen y distribuyen electricidad operan esencialmente en el ámbito de sus respectivos Estados. Sin embargo, la Comisión reconoció que en un futuro la liberalización de los mercados de la electricidad crearía un mercado de ámbito europeo...»[374].

En Colombia la Ley 142 de 1994 otorga facultades de regulación, control y vigilancia a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La ley en su artículo 74, señala:

«Artículo 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación.

Con sujeción a lo dispuesto en esta ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes:

374 NAVARRI VARONA, Edurne. «Los Sectores Especiales en el Derecho Comunitario de la Competencia: Telecomunicaciones, Transporte, Agricultura, Carbón y Acero, Banca, Seguro y Energía». En *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación.* La Unión Europea. Estudios y Documentos. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 208-210.

74.1 De la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible

a. Regular el ejercicio de actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado(...)»[375].

Vamos a comentar 3 sectores económicos del país donde se presentan diferentes mecanismos de control los que impiden la concentración: Primero abordaremos el sector eléctrico, que requiere de pase previo, aplicándose una normatividad y metodología similar a la que rige en los Estados Unidos. Luego trataremos el sector hidrocarburos, donde el control se presenta mediante la utilización de acciones doradas del gobierno, y finalmente el sector telecomunicaciones, en el cual si bien se permite la propiedad de varias radiodifusoras no así de los canales de televisión, pues allí rige la prohibición absoluta de tener directa o indirectamente propiedad de varios medios de difusión televisivos.

SECTOR ELECTRICIDAD

El 6 de noviembre de 1992 se promulgó la Ley de Concesiones Eléctricas —Ley 25844— la que en su artículo 122 señala:

«Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al sistema principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de este, salvo lo dispuesto en la presente Ley.

Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución, daño o restricción a la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados».

José Antonio Olaechea comenta:

«La Ley establece que para que las empresas puedan realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica de tipo vertical u horizontal. Según lo que "La ley" reconoce como actos de concentración, debe solicitarse la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en adelante la "Comisión", sin cuya aprobación el acto de concentración no podrá realizarse ni tendrá valor legal alguno»[376].

La Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, tiene por objeto evitar aquellos actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

---

375 Citado por MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *El Derecho de la Competencia en la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1999, pp. 86-87.

376 OLAECHEA, José Antonio. «Sobre la Inconstitucionalidad de la Ley No. 26876 Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico». En: *Informativo Mensual de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía*. Año VII No. 11. Lima, s/f, p. 36.

El artículo 1 señala textualmente:

> Artículo 1°.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

La ley consagra el control o pase previo sobre fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico.

Alberto Rebaza nos dice:

> «la ley entiende por concentración económica toda modalidad gracias a la cual una empresa podría integrarse en términos empresariales con otra...»[377]

La ley 26876 define los actos de concentración como aquellos que se señalan en el artículo 2, a saber:

> Artículo 2°.- Para los efectos de la presente Ley se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación —*joint venture*—, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiere una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

La empresa vinculada al sector eléctrico que desee adquirir o fusionarse deberá solicitar la aprobación respectiva del Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, sin cuya aprobación no podrá realizar, ni tendrán efecto legal alguno actos que pueden considerarse de concentración empresarial.

La ley aplica el principio de la Regla de la Razón. Los actos de concentración económica no están prohibidos *per se* sino que requieren de aprobación previa, acorde a parámetros económicos y legales.

El artículo 3 de la ley 26876, segundo párrafo, señala:

> «la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o dis-

377 REBAZA, Alberto. «El Control de Adquisiciones y Fusiones en la Nueva Ley Antimonopolio del Sector Eléctrico: Una Raya más al Tigre del Intervensionismo». En: *Themis* No. 36, Revista de Derecho, p.92.

tribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o/ distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5 % de cualquiera de los mercados involucrados».

La mencionada ley establece, en el artículo 3, dos excepciones en las que no es necesario obtener dicha autorización. Estos casos son:

«No será necesaria la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en los siguientes casos:

a) Si la concentración importa, en un acto o sucesión de actos, la adquisición directa o indirecta de activos productivos de un valor inferior al 5 % del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.

b) Si la concentración implica, en un acto o sucesión de actos; la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10 % del total de las acciones o participaciones con derechos a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas».

Cuando de la investigación y/o del procedimiento respectivo resultara que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, la Comisión del Indecopi podrá:

a. Sujetar la relación de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine.

b. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos según corresponda.

La ley recomienda al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, (OSINERG), la determinación semestral de los porcentajes en las actividades establecidas en la ley.

Alberto Rebaza señala:

«(...) Los porcentajes que la Ley establece para delimitar aquellas concentraciones que necesitan de autorización previa, se calculan en relación con "mercado" o "mercados involucrados", según se trate de concentración horizontal o vertical, respectivamente. Sin embargo no define el concepto del mercado.

(...) una primera toma de posición sobre que debe entenderse por mercado, la encontramos en las Bases de la Privatización de Electro Sur Medio S.A., en donde se entendió por mercado de distribución el número de suministros.

El criterio para definir el "mercado" a que se refiere el párrafo anterior podría ser recogido por el reglamento de la Ley. Sin embargo, también se podría utilizar como criterio la cantidad de energía que se distribuye, para lo cual se tomaría en cuenta las ventas totales de la

empresa, o, en el caso de la generación, podría usarse como referencia la potencia instalada de las empresas...»[378].

La ley establece sanciones por incumplimiento que pueden alcanzar un importe no mayor a 500 UIT y una multa de hasta 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos el año anterior a la decisión de la comisión.

Algunos autores, como José Antonio Olaechea y Alberto Rebaza, coinciden en señalar la inconstitucionalidad de la Ley 26876. El Dr. José Antonio Olaechea afirma que la ley trasgrede los artículos 58, 59, 61,62,70 y 72 de la Carta Magna.

Así, José Antonio Olaechea señala:

«A partir de este principio el análisis de la competencia cambia. Se entiende que el modelo perfecto es irreal y se le abandona como punto de partida. Se busca la competencia real, efectiva; que, en resumen, consiste en un modelo competitivo con un número relativo de competidores que tienen cierta influencia en el precio, la cual es contrarrestada por los mismos competidores, la innovación, el progreso técnico y el control (...).

Evidentemente "la Ley", tal como ha sido planteada, es intervencionista y va contra el artículo 58 de la Constitución que establece una economía social de mercado, en la cual cabe el control del Estado, mas no la intervención de un Estado todopoderoso, que a través de sus planificadores decide previamente si una concentración va a disminuir, dañar la competencia o impedir la libre concurrencia (...).

La Constitución plantea el control *ex-post* característica esencial de la economía social de mercado, y no la intervención *ex-ante*. No obstante ello, debemos indicar que la función que la ley asigna al INDECOPI, entra en contradicción con el Decreto Legislativo 807, que establece las facultades, normas y organización del INDECOPI»[379].

Contradice el artículo 59, debido a que al restringir la forma en la que los agentes económicos pueden asociarse o adquirir activos, viola la libertad de empresa y de comercio establecida por el artículo 59 de la Constitución. Los trámites previos, su alto costo e inclusive la posibilidad que una operación de esta naturaleza sea desaprobada, constituyen una clara violación al artículo 59 de la Constitución.

Con respecto al artículo 61 señala el mismo autor:

«El artículo 61 de la Constitución acorde con el ya analizado concepto de economía social de mercado establecido por la Constitución, sanciona exclusivamente el abuso de la posición dominante o monopólica (...).

La Ley infringe el artículo 61 de la Constitución, puesto que considera equivocadamente a la posición de dominio monopólica como inconstitucional, y obliga a las empresas a solicitar autorizaciones previas que no requieren y que no están obligadas a solicitar (...).

Con respecto al artículo 62 "la Ley" interfiere en la voluntad de los contratantes, al transgredir el artículo 62 de la constitución. Los obliga a solicitar una autorización previa, con lo cual viola la libertad irrestricta establecida en la Carta Magna, llegando inclusive a otorgar facultades al INDECOPI para intervenir y modificar la voluntad de las partes por acto subsecuente, es decir, modificando los términos contractuales...»[380].

---

378 *Ibidem, p.* 93.

379 OLAECHEA (s/f). *Op. cit., p.* 38.

380 *Ibidem, pp.* 39 -40.

Dada la importancia del tema consideramos relevante brindar al lector la ley 26876 también llamada ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico en la cual se detallan los mecanismos de control previo a la concentración.

Ley 26876

Artículo 1°.- Las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

Artículo 2°.- Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión, la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación —*joint venture*—, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares. Asimismo, la adquisición de activos productivos de cualquier empresa que desarrolle actividades en el sector; o cualquier otro acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes, accionistas o cualesquiera otros agentes económicos.

No se considera que existe concentración cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de la concesión, reestructuración patrimonial u otro procedimiento análogo.

Artículo 3°.- Antes de realizar actos de concentración en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía, con las condiciones y características establecidas en el párrafo siguiente, deberá solicitarse la autorización previa de la Comisión de libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual-INDECOPI, sin cuya aprobación no podrán realizarse, ni tendrán efecto legal alguno.

Deberá solicitarse la autorización previa respecto de los actos de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o/ distribución de energía eléctrica que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5 % de cualquiera de los mercados involucrados.

No será necesaria la autorización previa de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, en los siguientes casos:

a) Si la concentración importa, en un acto o sucesión de actos, la adquisición directa o indirecta de activos productivos de un valor inferior al 5 % del valor total de los activos productivos de la empresa adquirente, calculados de acuerdo a los criterios que se establezcan en el Reglamento de la presente Ley, tomando en consideración la influencia y las condiciones de competencia en el mercado.

b) Si la concentración implica, en un acto o sucesión de actos; la acumulación directa o indirecta por parte del adquirente de menos del 10 % del total de las acciones o participaciones con derechos a voto de otra empresa. No obstante lo expuesto, se requerirá necesariamente de autorización, si el acto de concentración permite adquirir el control directo o indirecto de la empresa que desarrolla alguna de las actividades eléctricas mencionadas.

Artículo 4°.- La autorización de los actos de concentración deberá ser solicitada conjuntamente por las empresas que participan en la fusión, o por la persona o empresa que adquiera, directa o indirectamente, la totalidad o parte de una o más empresas que desarrollan alguna de las actividades eléctricas mencionadas, según corresponda.

Artículo 5°.- Si de la investigación o del procedimiento respectivo resultara que los actos de concentración pudiesen tener como efecto el disminuir, dañar o y impedir la competencia y la libre concurrencia, la Comisión de Libre Competencia o el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su caso, podrán adoptar las siguientes medidas:

Sujetar la relación de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;

Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda. El ejercicio directo o indirecto del control a través del ejercicio del derecho de voto de las acciones o de cualquier otro acto jurídico que confiera el control sobre la empresa objeto de concentración, quedará en suspenso hasta el cumplimiento definitivo del mandato de desconcentración.

Artículo 6°.- La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI podrá imponer a las personas o empresas a que se refiere el Artículo 4° de la presente Ley, multas por un importe no mayor a 500 UIT cuando: omitan la presentación de la solicitud de autorización de un acto de concentración antes de ser efectuado, suministren datos inexactos en la solicitud presentada o en respuesta a los requerimientos de la Comisión, o no proporcionen la información dentro de los plazos establecidos.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, la Comisión podrá imponer multas de hasta el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las empresas que desarrollan alguna actividad eléctrica en el territorio nacional, involucradas directa o indirectamente en la concentración —en los términos establecidos en el Artículo 3° de la presente Ley—, correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión, a las personas o empresas a que se refiere el artículo 4° de la misma, que: realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, realicen un acto de concentración declarado incompatible por tener como efecto el disminuir, dañar o

impedir la competencia y la libre concurrencia mediante decisión de la Comisión o no cumplan con las medidas ordenadas mediante decisión adoptada por la Comisión.

Artículo 7°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, el incumplimiento de la resolución que dispone la desconcentración, facultará a INDECOPI a disponer e iniciar las acciones que resulten necesarias, incluyendo las de naturaleza judicial, con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado, tales como: la venta de los activos productivos o las acciones, la declaración de nulidad del acto de concentración por vulnerar normas de orden público, entre otras, de acuerdo a lo que se disponga en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 8°.- Corresponderá a la Comisión de Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI conocer y resolver en primera y segunda instancia respectivamente, los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley.

Corresponderá al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía-OSINERG la determinación semestral de los porcentajes de participación en el mercado de las empresas que desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica, en base a las declaraciones juradas que semestralmente deberán presentarle dichas empresas.

Artículo 9°.- Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional.

El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma.

Artículo 10°.- Compréndase dentro de los alcances de la Ley N° 26844, a las Empresas de Energía Eléctrica, dedicadas a la generación y/o transmisión y/o distribución de energía.

Artículo 11°.- Serán aplicables a los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley, en lo que resulte pertinente, las definiciones, facultades, apremios y responsabilidades, contenidas en los Decretos Legislativos N° 701 y N° 807.

Artículo 12°.- Los procedimientos que se inicien con sujeción a la presente Ley, se encontrarán sujetos al pago de una tasa administrativa equivalente al 0.1 % del valor total de la operación hasta un límite de 50 UIT.

Artículo 13°.- Modifícase el Artículo 122° del Decreto Ley N° 25844, en los términos siguientes:

> «Artículo 122°.- Las actividades de generación y/o de transmisión pertenecientes al Sistema principal y/o de distribución de energía eléctrica, no podrán efectuarse por un mismo titular o por quien ejerza directa o indirectamente el control de éste, salvo lo dispuesto en la presente Ley.
>
> Quedan excluidos de dicha prohibición, los actos de concentración de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución, que no impliquen una disminución, daño o restricción a la competencia y la libre

concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados».

Artículo 14°.- El Reglamento de la presente Ley será expedido por el Poder Ejecutivo, en un plazo máximo de 90 días contados a partir de la fecha de su entrada en vigencia.

La ley 26876 fue reglamentada el 16 de octubre de 1998, mediante el Decreto Supremo 17-98-MITINCI el que a la letra señala:

Decreto Supremo 17-98-MITINCI

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Decreto Ley No. 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, ha establecido en su Artículo 122, que las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica no podrán efectuarse simultáneamente por un mismo titular.

Que, la finalidad de dicho artículo es evitar que un mismo titular de una concesión eléctrica o las personas jurídicas o naturales que la controlan, ejerzan directa o indirectamente, actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica, de tal manera que no se genere una disminución, daño o restricción a la competencia en los mercados de las actividades mencionadas;

Que, mediante Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se han puesto en vigencia las disposiciones necesarias para controlar las operaciones de fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico, estableciéndose como autoridad competente para ello a la Comisión de Libre Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual– INDECOPI, en primera y en segunda instancia respectivamente;

Que, la misma ley ha establecido en su Artículo 14 la obligación de contar con una norma reglamentaria que precise las disposiciones de la mencionada Ley;

De conformidad con el Decreto Legislativo No. 560, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, y de acuerdo con lo previsto en el inciso 8) del Artículo 118 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 1.- Apruébese el Reglamento de la Ley No. 26876, el que consta de treinta y nueve (39) artículos y una (1) disposición transitoria, el mismo que forma parte integrante del presente Decreto Supremo.

Artículo 2.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas; Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y de Energía y Minas, y entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dos días del mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ

Presidente del Consejo de Ministros

JOSE BACA CAMPODÓNICO

Ministro de Economía y Finanzas

GUSTAVO CAILLAUX ZAZZALI

Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales

DANIEL HOKAMA TOKASHIKI

Ministro de Energía y Minas

Reglamento de la ley que establece el control de concentraciones empresariales en el sector eléctrico: procedimiento de notificación

Título I
Normas de Carácter General

Artículo 1.-Objeto del Reglamento. La presente norma contiene las disposiciones reglamentarias de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, respecto de la Notificación y la autorización previa de las operaciones de concentración en el sector eléctrico y el procedimiento que regirá su evaluación.

Artículo 2.-Términos utilizados en el presente Reglamento. Para efectos de la presente norma se entenderá por:

- Actividades: Las de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica;

- Comisión: Comisión de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi;

- Concentración horizontal: Operaciones en las que se encuentran involucradas empresas que desarrollan una sola de las Actividades;

- Concentración vertical: Operaciones en las que se encuentran involucradas empresas que desarrollan más de una de las Actividades;

- Decreto: Decreto Legislativo N° 701, Ley sobre Eliminación de Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia;

- Empresa: Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que sean titulares de concesiones o autorizaciones para desarrollar las Actividades antes indicadas, según corresponda;

- Empresa que participa en la operación: Empresas o personas que intervienen en la operación de concentración, incluyendo a todas las empresas o personas que conforman un mismo grupo económico con las antes señaladas;

- Grupo económico: Conjunto de personas o empresas, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión, en los términos y alcances establecidos en la Resolución SBS N° 001-98;

- Ley: Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico;

- Notificación: La solicitud de autorización previa contemplada en el artículo 3° de la Ley N° 26876;

- Operación de concentración: Todos los actos detallados en el artículo 2° de la Ley N° 26876, no considerándose como tal el crecimiento de una empresa por inversión propia o financiado con recursos de terceros que no participan, directa ni indirectamente, en el desarrollo de Actividades;

- Operación de concentración no compatible con el mercado: operación de concentración que tiene como efecto disminuir, dañar, o impedir la competencia y la libre concurrencia;

- Persona o personas: Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que se encuentren constituidas bajo la ley de su respectivo lugar de constitución o registro, así como cualquier otra entidad o asociación nacida de contrato o acto de la autoridad y a las entidades estatales de cualquier país, incluyendo a cualquier subdivisión de las mismas;

- Secretaría: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia;

- Sala: Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi; y,

- Vinculación: La relación que existe entre dos personas que genera directa o indirectamente un comportamiento coordinado o cuando alguna de ellas influencia en las decisiones operativas y/o financieras de la otra, en los términos y alcances establecidos en la Resolución SBS N° 001-98.

Artículo 3.-Órganos encargados del cumplimiento del presente Reglamento. Corresponderá a la Comisión y a la Sala velar por el cumplimiento del presente Reglamento.

Artículo 4.-Confidencialidad y obligación de reserva. Toda la información presentada durante el procedimiento de notificación previa será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado; sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida. Los empleados, funcionarios o representantes de la Secretaría y los miembros de la Comisión, así como de la Secretaría Técnica de la Sala y los miembros de esta última, estarán obligados a no divulgar dicha información, bajo responsabilidad.
Esta disposición no impide la publicación del Informe Técnico y las Resoluciones correspondientes una vez que estas hayan quedado firmes, resguardándose el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos comerciales y/o industriales.

Artículo 5.-Aprobación de lineamientos. La Comisión podrá aprobar pautas o lineamientos que orienten a las personas o empresas sobre los alcances y criterios de interpretación de la Ley y del presente Reglamento.

Igualmente, la Comisión aprobará una directiva en la que se establecerá en detalle la información y documentación que deberá acompañarse a la notificación de la operación, en concordancia con lo establecido en el artículo 14° del presente Reglamento.

Artículo 6.-Cómputo de plazos. Todos los plazos establecidos en esta norma se computarán en días útiles.

Título II
Notificación de la Operación de Concentración

Artículo 7.-Obligación de la notificación. Antes de realizar cualquiera de las operaciones de concentración de tipo horizontal o vertical comprendidas dentro de los alcances del artículo 2° de la Ley que igualen o sobrepasen los porcentajes establecidos en el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley, deberá realizarse una notificación a la Comisión solicitando la autoriza-

ción de la operación de concentración, sujetándose al procedimiento regulado en el presente Reglamento.

Artículo 8.-Operaciones sujetas a notificación. Deberá solicitarse la autorización previa respecto de las operaciones de concentración que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan las Actividades que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, de manera conjunta o separada, un porcentaje igual o mayor al 15% del mercado en los actos de concentración horizontal. En el caso de actos de concentración vertical, aquellos que involucren, directa o indirectamente, a empresas que desarrollan las Actividades que posean previa o posteriormente al acto que originó la solicitud de autorización, un porcentaje igual o mayor al 5% de cualquiera de los mercados involucrados.

Artículo 9.-Cálculo de la participación de las empresas involucradas en la operación. Sólo a efectos de la notificación y sin que ello suponga un prejuzgamiento de los efectos de la operación sobre la competencia, los porcentajes mencionados en el artículo anterior deberán entenderse referidos a la participación en el desarrollo de Actividades de cada una de las empresas involucradas en la operación. Tales porcentajes serán establecidos en relación con el total de ingresos percibidos, durante el año calendario anterior a la fecha de la notificación, por las empresas que desarrollan la misma Actividad en cualquiera de los Sistemas Interconectados, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° segundo párrafo de la Ley.

Si las empresas involucradas en la operación de concentración realizan Actividades única y exclusivamente dentro de un mismo Sistema Interconectado, el porcentaje de participación de cada empresa será establecido en relación con el total de ingresos percibidos por las empresas que desarrollan la misma Actividad dentro del referido Sistema Interconectado.

A efectos de la determinación de los porcentajes de participación en el desarrollo de Actividades deberá considerarse: (i) el porcentaje de las Empresas que participan en la operación de concentración, cuando éstas realicen directamente alguna de las Actividades; (ii) el porcentaje de las empresas vinculadas a las que participan en la operación, en caso que éstas realicen alguna de las Actividades; (iii) el porcentaje de cualquier otra empresa vinculada a las señaladas anteriormente, en caso que realicen alguna de las Actividades; y, así sucesivamente.

Artículo 10.-Adquisición de activos productivos. Se considerarán como activos productivos aquellos bienes que a la fecha de realización de la operación se encuentren bajo el control de las empresas que desarrollan Actividades, ya sea porque son de su propiedad o debido a cualquier acto, contrato o figura jurídica que así lo permita. La adquisición de activos productivos sólo se encuentra sujeta al procedimiento de autorización previa si los mismos permiten mediante su adquisición incrementar la participación de la empresa o grupo que los adquiere en el desarrollo de Actividades, considerándose el valor de mercado de los mismos en la fecha en que se realice la notificación.

Título III
Procedimiento
Capítulo I
Notificación

Artículo 11.-Efecto de la notificación. Una vez notificada, la operación de concentración no podrá ser consumada ni alcanzar efecto legal alguno, oponible ante las autoridades correspondientes o terceras personas, en tanto no se dicte la resolución correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 18° ó 25° del presente Reglamento según fuere el caso. Dicha notificación no importa prejuzgamiento u opinión por parte de la Comisión o de

la Secretaría sobre los méritos de la concentración, o de la existencia de posibles infracciones al Decreto o cualquier otra norma aplicable.

Artículo 12.- Requisitos de validez de la notificación. La notificación deberá ser efectuada antes de la realización de los actos de concentración; dicha notificación no se entenderá efectuada en tanto las personas o empresas obligadas no presenten toda la información requerida.

Artículo 13.-Obligados a realizar la notificación. En los casos de fusión, conformación de una empresa en común o de una toma de control conjunto, la notificación deberá ser realizada conjuntamente por las empresas que participan en la operación; cuando se trate de una adquisición por parte de una persona o empresa respecto de la totalidad o parte de una o más empresas, la notificación deberá ser presentada por el adquirente.

Artículo 14.-Información que debe acompañarse a la notificación. La notificación solicitando la autorización previa de la operación de concentración deberá estar acompañada obligatoriamente, por lo menos, de la siguiente información, la misma que será presentada de acuerdo al formato que para tal efecto aprobará la Comisión:

a. identificación de las personas o empresas que efectúan la notificación y de las otras partes que intervienen en la operación de concentración;

b. descripción de la estructura de propiedad y control de cada una de las personas o empresas que participan en la operación de concentración, incluyendo la de las empresas que pertenezcan al mismo grupo económico;

c. descripción de los vínculos personales, de propiedad, y/o de gestión existentes entre cada una de las personas o empresas comprendidas en el punto anterior respecto de otras empresas que operan en el mercado o en los mercados relacionados;

d. descripción de los pormenores de la operación de concentración y relación de los mercados afectados por la operación;

e. información relativa a los mercados afectados por la operación de concentración: ámbito geográfico del mercado afectado, grado de competencia existente en el mercado, elementos que determinan la facilidad o dificultad de acceso al mercado en el que se ha de verificar la concentración, entre otros;

f. descripción detallada de los efectos de la operación sobre el mercado, así como de las eficiencias económicas generadas; y,

g. copia de los documentos definitivos o más recientes relativos al cierre de la operación de concentración; copia de los análisis o estudios llevados a cabo por las empresas involucradas en la operación a efectos de evaluar la operación de concentración en cuanto a las condiciones de competencia, los competidores y la situación de mercado;

h. Otros documentos que solicite la Comisión.

Artículo 15.-Carácter de declaración jurada de la información. Toda la información presentada durante el transcurso del procedimiento por las personas o empresas obligadas a realizar la notificación tendrá carácter de declaración jurada.

Capítulo II
Evaluación de la Operación

Artículo 16.-Verificación de la información presentada. Dentro del plazo de cinco (05) días posteriores a la presentación de la notificación, la Secretaría definirá si la información que se

acompaña a la solicitud se encuentra completa. Cuando constate que no se ha presentado toda la información requerida, notificará a las personas o empresas que presentaron la solicitud para que en el plazo máximo de cinco (05) días completen la información faltante, bajo cargo de tener por no presentada la solicitud.

Artículo 17.-Requerimiento de información adicional. Vencido el plazo a que se refiere el artículo anterior o satisfecha la presentación de la información faltante, la Comisión o la Secretaría Técnica podrá solicitar dentro de los diez (10) días siguientes, datos o documentos adicionales que considere necesarios para la evaluación de la operación notificada, los que deberán ser proporcionados por los interesados dentro de un plazo máximo de diez (10) días.

Artículo 18.-Plazo para la decisión de la Comisión. Para emitir su decisión, la Comisión tendrá un plazo de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo previsto en el artículo 17° del presente Reglamento o, en su caso, de la recepción de la documentación o información adicional requerida.

Artículo 19.-Evaluación de la operación por la Comisión. Para determinar si la operación de concentración puede tener el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, la Comisión deberá tomar en cuenta, cuando menos: la posición de las empresas participantes en el mercado; la delimitación del mercado relevante; la estructura del mismo; las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y la demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de integración con otros mercados; y, el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo.

De igual modo, la evaluación de la concentración deberá comprender, entre otros, los siguientes aspectos:

a. Si la operación puede aportar una contribución a la mejora de los sistemas de producción y comercialización, al fomento del progreso técnico y económico, y a los intereses de los usuarios.

b. Si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia que ocasione tal operación.

c. Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado y si como resultado de la misma se genera un mercado concentrado a niveles que limiten significativamente la competencia.

d. Si la operación facilita substancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.

e. Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado a otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en las operaciones de concentración entre empresas que se encuentren ubicadas en diferentes cadenas productivas.

Artículo 20.-Carga de la prueba de las eficiencias generadas. En los casos de los incisos a) y b) del artículo 19° de la presente norma, la carga de la prueba de las eficiencias corresponderá a las personas o empresas que efectuaron la notificación.

Artículo 21.-Opinión de la Secretaría. Dentro de los primeros veinte (20) días del plazo señalado en el artículo 18° del presente Reglamento, la Secretaría deberá presentar a la Comi-

sión su opinión sobre los efectos de la operación en el mercado y, de ser el caso, recomendar las medidas o sanciones correspondientes.

Artículo 22.-Audiencias con los interesados. Antes de adoptar las decisiones previstas en los artículos 24° ó 25° del presente Reglamento y en cualquier etapa del procedimiento, la Comisión o la Sala ofrecerá a las personas, empresas o asociaciones de empresas que notificaron la operación la oportunidad de expresar sus puntos de vista.

Artículo 23.-Propuestas de la Comisión o de la Sala. En cualquier estado del procedimiento de evaluación previa y antes de que se adopte la decisión final, la Comisión o la Sala podrán proponer a las personas o empresas que efectuaron la notificación las modificaciones a la operación de concentración que, a su juicio, remuevan los elementos que ocasionan o pudieran ocasionar una limitación a la competencia en las Actividades o en los mercados relacionados.

Si las personas y empresas que efectuaron la notificación estuvieren de acuerdo con la propuesta y se comprometen a realizar las modificaciones a la operación de concentración, la Comisión o la Sala adoptarán una decisión declarando que dicha operación es compatible con el mercado, estableciendo además las condiciones destinadas a garantizar que los interesados cumplan con los compromisos que hubieran contraído con miras a modificar el proyecto inicial de la operación.

Capítulo III
Decisión de la Comisión e Impugnación

Artículo 24.-Decisión de la Comisión. Antes del vencimiento del plazo de treinta (30) días establecido en el artículo 18° del presente Reglamento, la Comisión podrá adoptar, alternativamente, cualquiera de las siguientes decisiones:

a. declarar improcedente la solicitud de autorización presentada por no encontrarse la operación notificada dentro del ámbito de aplicación de la Ley;

b. autorizar la operación de concentración, en los casos en que compruebe que la operación notificada, pese a encontrarse en el ámbito de aplicación de la Ley, no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado; o

c. ampliar el plazo para la decisión de la Comisión hasta por treinta (30) días, en los casos en que sea necesario profundizar el análisis a efectos de determinar la compatibilidad de la operación con el mercado.

Artículo 25.-Ampliación del plazo para la decisión de la Comisión. Si la Comisión adopta la decisión señalada en el artículo 24° inciso c) del presente Reglamento, podrá solicitar a las personas y empresas que efectuaron la notificación aclaren, amplíen, expliquen o precisen la información presentada. Las personas o empresas que efectuaron la notificación deberán cumplir con el requerimiento dentro de un plazo máximo de diez (10) días, aclarando, ampliando, explicando o precisando la información. Una vez satisfecho dicho requerimiento, la Comisión tendrá un plazo improrrogable de treinta (30) días para pronunciarse autorizando o desaprobando la realización de la operación de concentración.

Artículo 26.-Silencio administrativo negativo. En caso la Comisión no emitiera un pronunciamiento dentro del plazo establecido en el artículo 18° del presente Reglamento, la solicitud de autorización se entenderá denegada, entendiéndose, sin admitir prueba en contrario, que la Operación de concentración notificada no es compatible con el Mercado.

Artículo 27.-Infracciones al Decreto. La decisión de la Comisión o la Sala respecto de una operación de concentración no implicará un pronunciamiento sobre la realización de prácticas prohibidas por el Decreto, por lo que dicha decisión no implicará que las personas o empresas no puedan ser investigadas o sancionadas por infracciones al Decreto.

Artículo 28.-Establecimiento de condiciones por la Comisión. La decisión de la Comisión podrá sujetar la autorización al cumplimiento de ciertas condiciones que considere necesarias para evitar que la operación de concentración tenga el efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las Actividades o en los mercados relacionados, según lo dispuesto en el artículo 5° inciso a) de la Ley.

Artículo 29.-Apelación. Contra las resoluciones dictadas por la Comisión en aplicación del presente Reglamento, sólo se podrá interponer recurso de apelación ante la Sala, con sujeción al Decreto y al Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Decreto Supremo N° 02-94-JUS). La Sala resolverá el recurso de apelación en un plazo máximo improrrogable de treinta (30) días de remitido el expediente por la Secretaría.

Título IV
Incumplimiento de la Ley, el Reglamento o de las Decisiones de la Comisión o la Sala

Artículo 30.-Investigaciones de oficio. Con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley o el presente Reglamento, la Secretaría podrá iniciar una investigación de oficio, previa aprobación de la Comisión, o por solicitud de cualquier tercero con legítimo interés, en contra de las personas o empresas participantes en una operación de concentración con arreglo a las normas de procedimiento contenidas en el Decreto, dictando las medidas preventivas que considere necesarias para asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. En tal supuesto, las personas o empresas investigadas deberán probar que la concentración realizada no se encuentra dentro de los alcances del artículo 3° de la Ley.

Artículo 31.-Inicio de acciones ante otras entidades. Si la operación de concentración se hubiera realizado infringiendo lo dispuesto en la Ley o en el presente Reglamento, sin perjuicio de la imposición de las sanciones correspondientes, la Comisión podrá impulsar las acciones pertinentes ante las autoridades administrativas o judiciales correspondientes, encaminadas a dejar sin efecto dicha concentración y/o sus consecuencias. Las acciones judiciales que puede iniciar el Indecopi se tramitarán de acuerdo a las normas del Proceso de Conocimiento contenidas en el Código Procesal Civil.

Artículo 32.-Revocatoria de la autorización. La Comisión o la Sala revocarán la decisión por la que se autorizó la operación de concentración en los siguientes casos:

a. Cuando su decisión se haya basado en información fraudulenta de cuya entrega sea responsable una de las personas o empresas que efectuó la notificación.

b. Cuando las empresas interesadas hayan incumplido las condiciones impuestas por la Comisión en los casos contemplados en el segundo párrafo del artículo 23° ó en el artículo 28° del presente Reglamento.

En estos casos, la operación de concentración realizada carecerá de todo efecto legal oponible a las autoridades correspondientes o a terceras personas. Sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que hubiera lugar, la Comisión o la Sala ordenarán la desconcentración parcial o total de aquello que se hubiera concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda, adoptando para ello las medidas e impulsan-

do las acciones necesarias para dejar sin efecto el acto de concentración realizado, de acuerdo a la regla dispuesta en el artículo 31° del presente Reglamento.

Artículo 33.-Incumplimiento de la decisión de la Comisión o de la Sala. En caso que las personas y empresas que solicitaron la evaluación previa concluyeran la operación de concentración antes de la decisión de la Comisión o la Sala, o en contra de lo resuelto por ellas, la Comisión o la Sala procederá de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 30° del presente Reglamento, limitándose la investigación a constatar que la operación se realizó en los términos en que fue notificada, e impondrá posteriormente las medidas y sanciones que correspondan.

Adicionalmente, la Comisión podrá adoptar las medidas e impulsar las acciones necesarias para dejar sin efecto el acto de concentración realizado, de acuerdo a la regla dispuesta en el artículo 31° del presente Reglamento.

Artículo 34.- Sanciones por infracciones formales y substanciales. De acuerdo a lo establecido por el artículo 6° de la Ley, la Comisión podrá imponer multas por infracciones formales a la Ley y al presente Reglamento a las personas o empresas involucradas en una operación de concentración, por un importe no mayor a 500 UIT, cuando: (i) omitan la notificación de la operación antes de ser realizada; (ii) suministren información fraudulenta adjunta a la notificación o en respuesta a requerimientos de la Comisión; o (iii) no proporcionen la información dentro de los plazos fijados para su entrega.

Sin perjuicio de lo antes señalado, la Comisión podrá imponer multas por infracciones substanciales a la ley y al presente Reglamento, por un importe no mayor al 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por las personas o empresas involucradas en la operación de concentración correspondientes al año inmediato anterior a la decisión de la Comisión o la Sala, cuando realicen la operación de concentración: (i) omitiendo solicitar su autorización previa; (ii) luego de notificada pero antes de la decisión de la Comisión o de la Sala; (iii) a pesar que fuera declarada por la Comisión o la Sala como incompatible con el mercado eléctrico; o, (iv) cuando no cumplan con las condiciones establecidas por la Comisión en los supuestos contemplados en el segundo párrafo del artículo 23° ó en el artículo 28° del presente Reglamento.

Título V
Disposiciones Diversas

Artículo 35.-Solicitud de información a terceros. La Comisión, la Sala o la Secretaría podrán solicitar a la Comisión de Tarifas Eléctricas, al Ministerio de Energía y Minas, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG y/o a cualquier otro organismo público, un informe sobre los aspectos técnicos de los servicios y/o productos vinculados a la operación de concentración notificada así como a los mercados respectivos, objeto de evaluación y autorización según el presente Reglamento. En dicho caso, los organismos mencionados deberán presentar el informe requerido en un plazo no mayor de quince (15) días desde la fecha en que fue solicitado, sin que el mismo tenga carácter vinculante para la Comisión o la Sala.

Artículo 36.-Confidencialidad y obligación de reserva. Los funcionarios y empleados de los organismos y entidades citados en el artículo anterior se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la obligación establecida por el artículo 4° del presente Reglamento de mantener bajo secreto profesional toda la información de la que tengan conocimiento y se encuentre relacionada a la operación de concentración, sujetándose además a las mismas responsabilidades.

Artículo 37.-Legislación complementaria. Una vez iniciado el procedimiento con sujeción a la Ley y al presente Reglamento, la Comisión o la Sala podrán aplicar, de manera referencial y mientras no se encuentren en contradicción con la Ley las definiciones contenidas en la Resolución SBS N° 001-98, en especial las referidas a propiedad indirecta, vinculación, Grupo Económico y control.

Artículo 38.-Tasa. El monto de la tasa a que se encuentra sujeto el procedimiento de evaluación previa deberá ser cancelado con la presentación de la notificación, teniéndose como referencia la declaración jurada de las personas y/o empresas que solicitan la evaluación previa respecto de que el monto pagado corresponde al 0.1% del valor total de la operación o a 50 UIT si el mismo es mayor que esta suma. Sin embargo, si en el transcurso del procedimiento la Secretaría o la Comisión determinan que el monto pagado no constituye el 0.1% del valor total de la operación, notificará a los solicitantes para que en el plazo máximo de dos (02) días cumplan con abonar la diferencia.

Artículo 39.-Plazo de prescripción para las investigaciones. La Secretaría podrá iniciar una investigación de oficio o a solicitud de parte, en contra de las personas o empresas participantes en una operación de concentración que hubiera sido notificada acompañándola con información fraudulenta, que no hubiera sido notificada, que a pesar de haber sido notificada se hubiera llevado a cabo antes de la decisión de la Comisión o de la Sala o en contra de lo decidido por ellas, dentro de un plazo máximo de cinco (05) años de ejecutado el último acto necesario para formalizar dicha operación. La prescripción se interrumpirá por cualquier acto de la Comisión o la Secretaría relacionado con la investigación que sea puesto en conocimiento, cuando menos, de una de las personas o empresas participantes en la operación.

Título VI
Disposición Transitoria

Única.- Las normas de procedimiento contenidas en el presente Reglamento serán de aplicación a los procedimientos que se inicien luego de la puesta en vigencia del mismo.

JURISPRUDENCIA

Habiendo expuesto la ley y su reglamento consideramos esencial ilustrar los conceptos y la metodología a través de 2 casos específicos. El primero es ENERSIS-ENDESA que se encuentra en los expedientes Exp. 002-99-CLC, Exp. 003-99-CLC y Exp. 012-99-INDECOPI/CLC.

CASO ENERSIS-ENDESA

03 de diciembre de 1999

VISTO:

Las solicitudes de autorización de las operaciones de concentración generadas por la adquisición de acciones de Enersis S.A. por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España (Expediente N° 002-99-CLC) y por la adquisición de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile por Enersis S.A. (Expediente N° 003-99-CLC), presentadas por las empresas Eléctrica Cabo Blanco S.A., Generandes Perú S.A. Generalima S.A. e Inversiones Distrilima S.A., en aplicación de lo dispuesto por la Ley N° 26876; Tomando en cuenta el informe de la Secretaría Técnica - Informe N° 011-99-CLC -; y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Luego del proceso de privatización del sector eléctrico peruano, la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España —en adelante Endesa España— pasó a controlar las siguientes empresas generadoras: Empresa Termoeléctrica Ventanilla S.A. (Etevensa) y Empresa Eléctrica de Piura S.A. (Eepsa). Endesa España participaba también junto con el holding chileno Enersis S.A. en la distribuidora Empresa de Distribución de Lima Norte S.A. (Edelnor). Por su parte, Enersis S.A. —en adelante Enersis— también tenía participación indirecta en la generadora Empresa de Generación Eléctrica de Lima S.A. (Edegel), a través de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile —en adelante Endesa Chile—.

2. En agosto de 1997, a través de la toma de control de cuatro de las cinco empresas denominadas «Las Chispas», Endesa España obtuvo indirectamente el 26.2% de la distribuidora eléctrica chilena Enersis. Posteriormente, llegó a adquirir más acciones de Enersis, llegando a alcanzar hasta el 32%.

3. En noviembre de 1997 se promulgó la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, a través de la cual se estableció un sistema de autorización previa de los actos u operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico peruano, sujetando a un procedimiento de notificación aquellas integraciones verticales u horizontales que se produjeran en las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica que tuvieran por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados. Esta Ley fue reglamentada en octubre de 1998, mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI.

4. En enero de 1999, Endesa España lanzó, a través de sus filiales Endesa Internacional S.A. y Elesur S.A., una Oferta Pública de Adquisición (OPA) hasta por el 32% de acciones de Enersis, condicionando dicha oferta a que la Junta General de Accionistas de dicha empresa acordara incrementar el límite de tenencia individual de acciones del 32% al 65%. El 30 de marzo de 1999, la Junta General de Accionistas de Enersis acordó elevar el límite de tenencia individual de acciones al 65%.

Con fecha 06 de abril de 1999, se cerró en Chile y Estados Unidos la OPA por las acciones de Enersis, concluyendo con la compra del 32% adicional de acciones por parte de Endesa España.

5. El 08 de abril de 1999, la Junta General de Accionistas de Endesa Chile acordó elevar el límite de tenencia individual de acciones de la empresa al 65%. El 20 de abril, Enersis lanzó una OPA por el 30% de acciones de Endesa Chile. Con fecha 12 de mayo, se dio por concluida la OPA y Enersis adquirió un 30% adicional de acciones de dicha empresa.

II. NOTIFICACIÓN Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

2.1. Adquisición de acciones de Enersis por Endesa España

6. El 10 de febrero de 1999, Endesa España informó a la Comisión que dos filiales suyas habían lanzado una OPA para adquirir el 32% de Enersis. El 31 de marzo de 1999, las empresas Generalima S.A., Inversiones Distrilima S.A. y Eléctrica Cabo Blanco S.A. presentaron ante la Comisión de Libre Competencia diversa información referida a la OPA antes señalada, solicitándole evaluar dicha documentación para comprobar que la operación no tenía efectos negativos en el sector eléctrico peruano, pero enfatizando que «(...) esta notificación por las razones expuestas anteriormente, no debe ser considerada como una solicitud de autorización previa».

7. No obstante, el 22 de abril, las empresas Generalima S.A., Inversiones Distrilima S.A. y Eléctrica Cabo Blanco S.A. —en adelante las empresas que notificaron—, presentaron ante la Comisión de Libre Competencia una solicitud de autorización de conformidad con la Ley N° 26876, respecto de la concentración generada por la adquisición de acciones de Enersis por Endesa España —en adelante operación Endesa España/Enersis—.

El 22 de junio, las empresas que notificaron la operación Endesa España/Enersis completaron toda la información necesaria para dar inicio formal al procedimiento de autorización, de acuerdo al Texto Unico de Procedimientos Administrativos del Indecopi.

2.2. Adquisición de acciones de Endesa Chile por Enersis.

8. El 14 de mayo las empresas que notificaron la operación Endesa España/Enersis comunicaron a la Comisión de Libre Competencia los pormenores de la OPA lanzada por Enersis para adquirir el 30% de acciones de Endesa Chile, a fin de que por economía procesal y «de considerarlo pertinente la Comisión, se evalúen en el procedimiento que se encuentra en trámite en relación a la adquisición de acciones de Enersis por Endesa S.A. de España». Seguidamente, el 24 de mayo, dichas empresas pidieron la ampliación del petitorio del procedimiento de autorización de la operación Endesa España/Enersis, a fin que dentro del mismo también se evaluaran los efectos de la adquisición de acciones de Endesa Chile por Enersis, en los términos de la Ley N° 26876.

El 16 de junio, la Comisión declaró improcedente la ampliación del petitorio, puesto que se trataba de dos operaciones diferentes tanto formal (fecha y empresas involucradas) como sustancialmente (efectos que podían generar en el mercado).

9. El 09 de julio, las empresas Generalima S.A., Inversiones Distrilima S.A., Eléctrica Cabo Blanco S.A. y Generandes Perú S.A. —en adelante las empresas que notificaron—, presentaron ante la Comisión de Libre Competencia una solicitud de autorización de conformidad con la Ley N° 26876, respecto de la concentración generada por la adquisición de acciones de Endesa Chile por Enersis —en adelante operación Enersis/Endesa Chile—.

El 09 de agosto, las empresas que notificaron la operación Enersis/Endesa Chile completaron toda la información necesaria para dar inicio formal al procedimiento de autorización, de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi.

2.3. Acumulación de Procedimientos

10. El 13 de julio de 1999, las empresas que notificaron las operaciones Endesa España/Enersis y Enersis/Endesa Chile solicitaron la acumulación de ambos procedimientos de autorización. El 11 de agosto, mediante Resolución N° 004-99-INDECOPI-CLC, la Comisión de Libre Competencia acordó acumular el procedimiento de autorización de la operación Enersis/Endesa Chile (expediente N° 003-99-CLC) al procedimiento de autorización de la operación Endesa España/Enersis (expediente N° 002-99-CLC); suspendiendo la tramitación de éste último hasta que el primero de ellos se encontrara en el mismo estado.

11. Luego de la tramitación del procedimiento y una vez que las empresas que notificaron las operaciones cumplieron con presentar toda la información necesaria para proceder a la evaluación de las operaciones, el 13 de septiembre, la Comisión de Libre Competencia declaró el inicio del plazo de treinta días para que se emita una decisión sobre el fondo de las solicitudes de autorización presentadas. Finalmente, mediante Resolución N° 010-99-INDECOPI/CLC, de fecha 25 de octubre de 1999, la Comisión acordó ampliar por treinta días adicionales el plazo para emitir la resolución final, de acuerdo a la facultad conferida por el artículo 24 inciso c) del Decreto Supremo N° 017-98-MITINCI.

2.4. Participación de Terceros en el Procedimiento

12. Como parte del procedimiento, se requirieron informes sobre los efectos de las operaciones a la Comisión de Tarifas de Energía, a la Dirección General de Energía del Ministerio de Energía y Minas y al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía-OSINERG, en virtud de lo dispuesto por el artículo 35 del Reglamento de la Ley N° 26876. De la misma forma, se solicitó opinión sobre los efectos de las operaciones así como información sobre las actividades que desarrollaban las diversas empresas que desarrollan actividades en el sector eléctrico peruano. Finalmente, la Comisión realizó diversas audiencias con las empresas que presentaron las solicitudes de autorización, así como con otros agentes vinculados al sector eléctrico peruano que pudieran ofrecer mayores elementos de juicio sobre la materia objeto de evaluación, entre los días 27 de septiembre y 04 de octubre del presente año.

III. DESCRIPCIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS OPERACIONES

13. La OPA lanzada por las filiales de Endesa España para adquirir el 32% de Enersis estaba condicionada a que se elevara el límite de tenencia individual de acciones establecido estatutariamente hasta el 65%. Habiendo las Junta General de Accionistas de Enersis acordado la elevación de dicho límite, el 06 de abril de 1999 se declaró exitosa la OPA y Endesa España adquirió un 32% adicional de acciones de Enersis. Como consecuencia de ello, Endesa España pasó a tener el 64% de acciones de Enersis convirtiéndose en su accionista mayoritario absoluto.

14. Luego de que la Junta General de Accionistas de Endesa Chile acordara elevar el límite de tenencia individual de acciones establecido estatutariamente hasta el 65%, Enersis lanzó una OPA para adquirir el 35% de Endesa Chile, la misma que se declaró exitosa el 12 de mayo de 1999. A través de dicha OPA Enersis adquirió un 35% adicional de acciones de Endesa Chile y, como consecuencia de ello, indirectamente Endesa España pasó a tener el 60% de acciones de Endesa Chile, convirtiéndose en su accionista mayoritario absoluto.

15. Como consecuencia de la operación Endesa España/Enersis se incrementó la vinculación existente entre las empresas generadoras Etevensa, Eepsa y la distribuidora Edelnor. Por su parte, la operación Enersis/Endesa Chile ocasionó que la generadora Edegel quedara vinculada a las tres empresas eléctricas peruanas, antes citadas.

16. A continuación y como consecuencia de la acumulación de procedimientos, se evaluará si dichas operaciones se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 26876 y, de ser así, también sus efectos sobre la competencia y libre concurrencia en el sector eléctrico peruano, para determinar si corresponde la autorización de las mismas.

IV. EMPRESAS INVOLUCRADAS

17. Las empresas que realizaron las operaciones son Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España (Endesa España); Endesa Nacional de Electricidad S.A. de Chile (Endesa Chile), titular del 100% de acciones de Cono Sur, accionista mayoritario (54.3%) de Generandes Perú S.A., consorcio que controla Edegel S.A.; y, Enersis S.A.

18. Las empresas eléctricas peruanas involucradas en las operaciones son Edegel S.A.A.; Edelnor S.A.A.; Empresa Eléctrica de Piura S.A. (Eepsa); y, Etevensa.

19. Finalmente, las empresas que realizaron la notificación en virtud de la Ley N° 26876 son los accionistas peruanos que controlan a las empresas eléctricas que desarrollan actividades en el Perú involucradas en las operaciones, es decir, Eléctrica Cabo Blanco S.A. (Eepsa); Generalima S.A. (Etevensa); Inversiones Distrilima S.A. (Edelnor); y, Generandes Perú S.A. (Edegel).

V. CUESTIONES PREVIAS

5.1. Notificación de las Operaciones realizadas en el Extranjero

20. Tomando en cuenta que las empresas que notificaron las operaciones han sostenido que dichas operaciones no se encontrarían sujetas al ámbito de aplicación de la Ley 26876, debido a que fueron realizadas fuera del territorio peruano, entre empresas no domiciliadas ni constituidas en el Perú y cuyo objeto fueron valores emitidos en el extranjero; corresponde determinar si las operaciones notificadas se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26876 y, por tanto, dentro del ámbito de competencia de la Comisión.

21. Al respecto, el artículo 9 de la Ley 26876 establece lo siguiente:

«Quedan comprendidos dentro del ámbito de la presente Ley, aquellos actos de concentración que no obstante realizarse en el extranjero, involucren directa o indirectamente a empresas que, desarrollan actividades de generación y/o transmisión y/o de distribución de energía eléctrica en el territorio nacional. El o los accionistas de la empresa domiciliada en el país, vinculados a las empresas que participan directamente en el acto de concentración, estarán obligados al cumplimiento de la presente Ley, encontrándose sujetos a las sanciones contempladas en la misma».

Como se advierte, dicha norma no extiende la jurisdicción de la Comisión de Libre Competencia al ámbito internacional, sino que se refiere únicamente a la concentración de empresas eléctricas peruanas que pudiera ser consecuencia de operaciones realizadas en el extranjero, limitando la aplicación de la Ley a las consecuencias de dichas operaciones en el territorio nacional. Como se ha señalado previamente, las operaciones notificadas involucran a tres generadoras y una distribuidora que desarrollan actividades en el Perú.

22. Por su parte, el artículo 4 de la Ley N° 26876 dispone que la empresa que adquiere las acciones es la responsable de la notificación, (1) pero en el caso de operaciones realizadas en el extranjero el artículo 9 establece, como se ha señalado, que el responsable de la notificación es el o los accionistas de la empresa o empresas eléctricas peruanas vinculados a las empresas que realizan la operación en el extranjero. En este caso concreto, las empresas que notificaron las operaciones fueron precisamente los accionistas de las empresas eléctricas peruanas involucradas.

Si bien la empresa que realiza la operación en el extranjero y el accionista de la empresa eléctrica peruana responsable de la notificación, son personas jurídicas formalmente distintas, la primera tiene el control de la segunda, por lo cual no cabe esa distinción formal. Por ello, la obligación de notificar debe recaer sobre aquella empresa del grupo empresarial respecto de la cual tenga jurisdicción la Comisión, es decir, el accionista de la empresa eléctrica peruana involucrada.

23. Por otro lado, las empresas que notificaron las operaciones han afirmado que tratándose de OPA, no es posible solicitar una autorización previa debido a que se trata de mecanismos que se manejan a un nivel sumamente confidencial y respecto de lo cual no tienen conocimiento los accionistas de las empresas eléctricas peruanas involucradas.

La OPA es reconocida en el ámbito bursátil como un mecanismo para adquirir el control de empresas, la consecuencia natural es que quienes lanzan la OPA prevean las obligaciones que la operación podría generarles en cada país en el que la OPA tenga efectos, entre las que podría encontrarse la obligación de obtener una autorización del organismo de competencia, para la concentración de empresas que pudiera haberse generado.

24. En consideración de lo anterior, es práctica habitual que se condicione expresa y ampliamente el ejercicio del control de las empresas que se logre en cada país a través de la OPA, a la obtención de la autorización respectiva. Tan es así, que en la descripción de la OPA lanzada por las acciones de Enersis se dejó constancia expresa de que Endesa España eran consciente de la obligación de obtener una autorización de los organismos de competencia de los países en los que la OPA tuviera efectos (2) y, sin embargo, no estableció una condición que suspendiera los efectos de la operación hasta la obtención de dichas autorizaciones.

25. Adicionalmente, considerando el carácter previo que debe tener la notificación de las operaciones de concentración, el artículo 4 del Reglamento de la Ley 26876, dispone que «Toda la información presentada durante el procedimiento de notificación previa será tratada como confidencial y tendrá carácter reservado; sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida». La existencia de esta garantía de la protección del carácter confidencial de la operación, permite afirmar que no existe justificación para dejar de notificar una operación por su carácter confidencial. En tal sentido, si la empresa que realiza la operación en el extranjero no informa oportunamente al accionista de la empresa eléctrica peruana involucrada de dicha operación, debe entenderse que ha asumido las consecuencias de no solicitar previamente la autorización.

26. En consecuencia, en la medida en que las operaciones realizadas en el extranjero generan la concentración de empresas en el sector eléctrico peruano deben ser notificadas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley N° 26876, incluso tratándose de la concentración de empresas originada en una OPA; por lo cual las operaciones notificadas en el presente procedimiento se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 26876, ya que superan los porcentajes requeridos por el artículo 3 de esta Ley.

5.2. Marco Legal Aplicable

27. Las empresas que notificaron las operaciones han señalado que la Constitución garantiza los derechos de propiedad y libre empresa, y no prohíbe la existencia de posiciones de dominio en el mercado, sino únicamente el abuso de la posición de dominio. En tal virtud, dichas empresas interpretan que en aplicación de la Ley N° 26876 y en armonía con la Constitución, sólo pueden prohibirse o condicionarse aquellas concentraciones que creen o refuercen una posición de dominio y, además, «en si mismas, constituyan un acto de abuso de posición de dominio».

28. Sobre el particular, el artículo 61 de la Constitución establece que «El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar o establecer monopolios.(...)».

Como se advierte, la primera parte del artículo 61 impone al Estado la obligación de hacer posible y velar por el mantenimiento de la competencia en el mercado, incluyendo tanto la evaluación de la estructura del mercado como de la conducta de las empresas. La segunda parte de dicha norma recoge expresamente la sanción del abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia, como una de las funciones que debe cumplir el Estado como parte de su responsabilidad de facilitar y vigilar la competencia. Finalmente, la tercera parte impide que se traten de mantener o imponer monopolios públicos o privados al amparo de las leyes o la intervención del Estado.

Sin embargo, de ello no puede deducirse que nuestro marco constitucional limite al Estado a evitar los abusos de posición de dominio y los monopolios legales, sino que además encarga al Estado que facilite y vigile la libre competencia. Sobre esta base, se sustentan disposiciones de tipo preventivo, como las incorporadas en la Ley N° 26876.

29. Por otro lado, los derechos de propiedad privada, libre empresa y libre competencia, reconocidos por la Constitución, pertenecen al mismo grupo («derechos de segunda generación» o derechos económicos), por lo que deben ser interpretados de modo que se evite su contradicción. En tal sentido, la propia Constitución establece que los derechos de libre empresa y propiedad privada deben ejercerse de acuerdo a los límites previstos en la Ley. (3)

30. En cuanto a la Ley N° 26876, el artículo 1 establece que su objeto es: «evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia». Al respecto, si bien algunas legislaciones de control de concentraciones se limitan a evaluar aquellas fusiones o adquisiciones que generen o refuercen una posición de dominio (Alemania o la Comunidad Europea), otro grupo sujeta a control previo todas las concentraciones de empresas que puedan generar obstáculos o efectos restrictivos de la competencia (España, Estados Unidos, México, Venezuela, entre otros). La Ley N° 26876 pertenece a este segundo grupo.

31. En tal sentido, el control previo establecido por la Ley N° 26876, en concordancia con la Constitución, no requiere de un acto de abuso de posición de dominio, sino que se aplica a todas aquellas concentraciones que potencialmente disminuyan, dañen o impidan la competencia. Aunque debe señalarse que la prohibición que contempla la Ley se aplica a aquellas operaciones que creen o refuercen una posición de dominio, puesto que son ellas las que tienen la capacidad de disminuir, dañar o impedir la competencia.

La Ley N° 26876 no prohíbe únicamente las concentraciones que generen un abuso de posición de dominio, sino resultaría redundante puesto que dicha situación ya se encuentra prohibida por el Decreto Legislativo N° 701. Más aún, la posibilidad de que una operación de concentración haya tenido como efecto un acto de abuso de posición de dominio, resulta contradictoria con el requisito establecido en la Ley N° 26876 de que la notificación sea previa a la realización de la operación, es decir, antes de que la misma pueda tener efectos.

En consecuencia, limitar los alcances de la Ley sólo a aquellas concentraciones que generen un abuso efectivo de posición de dominio, sería contradictorio con el marco constitucional que ordena al Estado promover la existencia de una estructura de mercado competitiva.

VI. OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

32. De acuerdo al artículo 1 de la Ley N° 26876, «Las concentraciones verticales u horizontales que se produzcan en las actividades de generación y/o transmisión y/o distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa». El objetivo del procedimiento es evitar aquellas concentraciones que «tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia».

De acuerdo a lo anterior, el objeto del presente procedimiento es determinar si las operaciones Endesa España/Enersis y Enersis/Endesa Chile tienen por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia, a fin de resolver sobre las solicitudes de autorización presentadas.

Para tal efecto, debe evaluarse si dichas operaciones ocasionaron una concentración de empresas, es decir, la modificación sustancial en la estructura de control de las empresas eléctricas peruanas vinculadas a aquellas que fueron objeto de las adquisiciones de acciones (Edelnor y Edegel). De haber generado una concentración en el mercado peruano, se debe analizar los efectos de dicha concentración, a fin de determinar si corresponde autorizar dichas operaciones, de conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 26876.

Por último, también deberá evaluarse la oportunidad en que se solicitó la autorización de las operaciones, a fin de determinar si fueron notificadas de acuerdo al artículo 3 de la Ley N° 26876.

VII. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS OPERACIONES

7.1. Operación Endesa España/Enersis (abril de 1999)

33. Las empresas que notificaron la operación, han sostenido que la adquisición de acciones de Enersis por Endesa España, en abril de 1999, no constituye una concentración sujeta a la autorización establecida por la Ley N° 26876, ya que Endesa España controlaba a Enersis, e indirectamente a Edelnor, desde septiembre de 1997, por lo que dicha compra de acciones sólo habría reforzado el control que ya detentaba.

En este sentido, las empresas que notificaron la operación afirmaron que Endesa España y Enersis, en su calidad de accionistas de Inversiones Distrilima S.A., suscribieron en 1994 un pacto de accionistas por el cual ambas controlarían conjuntamente a la distribuidora Edelnor. Posteriormente, en septiembre de 1997 Endesa España pasó a controlar Enersis e indirectamente logró el control exclusivo de Edelnor. Esta afirmación se sustenta en los siguientes argumentos:

Endesa España se convirtió en el mayor accionista de Enersis, al adquirir el 32% de sus acciones («Operación Las Chispas»).

Las acciones de Enersis se encontraban muy dispersas y los únicos accionistas con porcentajes de 6.5% o menos eran Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), socios pasivos que, según la Ley chilena, estaban prohibidas de participar en la gestión de las empresas donde invertían los fondos de pensiones.

La suscripción de la Alianza Estratégica entre Endesa España y Enersis era un mecanismo de protección de los accionistas minoritarios por el que Endesa España garantizaba, como controlador, la rentabilidad de sus inversiones a las AFP.

Endesa España había designado a tres de los siete miembros del Directorio de Enersis y además había designado de consenso con las AFP al Presidente, por lo que tenía una influencia preponderante en dicho órgano social. Muestra de dicha influencia es que la gran mayoría de las decisiones se adoptaron por unanimidad.

Endesa España controlaba la administración de Enersis y coordinaba constantemente con sus principales funcionarios.

La Ley del Mercado de Valores de Chile establece que aquel accionista que tenga el 25% de acciones de una empresa es considerado controlador de la misma, siendo este el caso de Endesa España respecto de Enersis.

34. De acuerdo a la Ley N° 26876, las operaciones de concentración sujetas al procedimiento de autorización previa son aquellas que generan una modificación en la estructura de control de las empresas objeto de la concentración. La definición de control adoptada por la Ley es la siguiente: «Se denomina control a la influencia preponderante y continua sobre los órganos de decisión de una persona jurídica». (4) En tal sentido, el control se genera a través de una posición que prima dentro de una empresa sobre la opinión de los demás accionistas y que, además, lo puede hacer continuamente en el tiempo. (5)

De conformidad con esta definición, la Comisión ha interpretado que la influencia preponderante y continua que implica el control, es aquella que permite definir las decisiones que configuran la estrategia competitiva de una empresa de forma repetida en el tiempo (6). Dicha influencia preponderante y continua puede ejercerse sobre las decisiones estratégicas que se adoptan en la Junta General de Accionistas, el Directorio e incluso a través de las principales Gerencias.

35. Si bien ha quedado demostrado que a través del pacto de accionistas de Inversiones Distrilima S.A. suscrito por Endesa España y Enersis, ambas empresas controlaban conjuntamente Edelnor desde 1994, los argumentos anteriormente detallados no demuestran que Endesa España haya tenido el control de Enersis desde septiembre de 1997.

36. En efecto, si bien Endesa España era el accionista mayoritario de Enersis, el 32% de participación que tenía no era suficiente para que adoptara unilateralmente las decisiones de control en la Junta General de Accionistas de dicha empresa, que requerían de mayorías absolutas. Tampoco puede afirmarse que Endesa España hubiera logrado el control de facto, ya que, conforme se aprecia de las actas de junta general de accionistas de Enersis que forman parte del expediente, el nivel de asistencias a las juntas fue siempre elevado y no permitía que con 32% se tuviera la mayoría de acciones presentes.

Asimismo, de acuerdo a la Ley de Administradoras de Fondos de Pensiones de Chile, las AFP están obligadas a votar sobre la política de inversiones y financiamiento de Enersis (7) y debían designar directores no vinculados a Endesa España, pudiendo elegirlos incluso concertadamente y alcanzar la mayoría del Directorio. (8) Dichos directores ejercen sus funciones en representación de los intereses de los pensionistas cuyos fondos administran las AFP y no en representación de éstas, que legalmente no pueden participar en la administración de las empresas en que invierten los fondos de pensiones.

37. A lo anterior, cabe agregar que existe evidencia de que Endesa España no controlaba las decisiones de la Junta General de Accionistas de Enersis. Ello se hizo evidente en una decisión tan importante como la venta del 25% de acciones que tenía Enersis en Endesa Chile, que acordó la Junta General de Accionistas en sesión del 04 de febrero de 1999, por mayoría y con la abierta oposición de Endesa España, quien a pesar de haber planteado la trascendencia de mantener dichas acciones para la estrategia empresarial de Enersis no pudo hacer nada para impedir dicho acuerdo.

Las empresas que notificaron las operaciones han sostenido que esta decisión fue excepcional y de carácter netamente financiero, por lo que no contradecía en nada el control que tenía Endesa España sobre Enersis. Sin embargo, cabe precisar que fue la propia Endesa España quien afirmó reiteradamente que se trataba de una decisión trascendental para el desarrollo empresarial de Enersis y no una cuestión de rentabilidad por el precio de venta. Igualmente, la propia Superintendencia chilena de AFP calificó la mencionada decisión como un acto de administración de Enersis. En tal sentido, la decisión citada evidencia que lo preponderante en la Junta General de Accionistas de Enersis eran los intereses de los pensionistas cuyos fondos administraban las AFP, así como los de otros accionistas minoritarios y no la voluntad unilateral de Endesa España.

Similar afirmación cabe respecto de la alianza estratégica suscrita entre Endesa España y Enersis, en primer lugar por que es inconsistente que el controlador suscriba un acuerdo con la empresa que controla, pero tiene lógica si se debe asegurar los intereses de los demás accionistas. Sin embargo, ello demuestra que Endesa España no controlaba exclusivamente Enersis, sino que debía garantizar beneficios para los demás accionistas.

38. En cuanto al supuesto control del Directorio de Enersis por parte de Endesa España, las empresas que notificaron la operación han sostenido que Endesa España designó a tres miembros y eligió de consenso con las AFP al Presidente del Directorio, con lo cual tenía influencia preponderante sobre dicho órgano social. Sin embargo, los acuerdos del Directorio requieren, de acuerdo a los Estatutos de Enersis, de la mayoría, es decir cuatro de siete miembros, número que no tenía Endesa España. Adicionalmente, Endesa España tampoco logró el control de facto del Directorio, puesto que la asistencia de todos directores a las sesiones fue muy constante con excepción precisamente de uno de los representantes de En-

desa España (el Sr. Rodolfo Martín Villa) quien sólo asistió a aproximadamente el 50% de sesiones, lo cual no es coherente con un presunto control de facto.

Igualmente, existen evidencias de que Endesa España no controlaba el Directorio de Enersis. Por ejemplo, luego que el Presidente del Directorio expresara en los medios periodísticos chilenos que Endesa España no controlaba la administración de Enersis sino que su participación se limitaba a la propia de un accionista importante (Diario *La Segunda* 02/10/98; Diario *Estrategia* 01/10/98 y 05/10/98), los directores representantes de Endesa España manifestaron su disconformidad con tales declaraciones, pero el Presidente se ratificó en todos sus dichos (acta de Directorio del 14 de octubre de 1998). De la misma forma, también cabe citar que fue el Directorio de Enersis quien aprobó (sesión del 18 de diciembre de 1998) proponer a la Junta General de Accionistas la venta de las acciones de Endesa Chile, por mayoría y con la oposición de los directores representantes de Endesa España.

Adicionalmente, es conveniente señalar que la aprobación de la gran mayoría de acuerdos al interior del Directorio por unanimidad no demuestra, en modo alguno, que Endesa España hubiera tenido el control de dichos acuerdos. La adopción de acuerdos por unanimidad sólo demuestra que había consenso sobre las medidas acordadas, pero no que la opinión de alguno grupo fuera preponderante en dicho órgano social. Por el contrario, son los acuerdos adoptados por mayoría, e incluso en contra de los accionistas minoritarios, lo que podría ser evidencia del control de uno de los accionistas sobre las decisiones estratégicas de la empresa.

39. En lo que respecta a la administración de Enersis, es el Directorio quien elige a la plana gerencial de la empresa, por lo que Endesa España no podría haber designado a los principales funcionarios de forma unilateral. Más aún, en entrevista al Presidente del Directorio de Enersis, se sostuvo que Endesa España sólo había designado a un funcionario en la administración de Enersis, el Sr. Emilio García, asesor del Gerente Contralor (Diario *Estrategia* 05/10/98).

40. En cuanto al reconocimiento de Endesa España como controlador de Enersis por la Ley chilena, debe afirmarse que tal reconocimiento era únicamente formal y a efectos prácticos para la aplicación de la Ley del Mercado de Valores de Chile, lo cual no implica que el porcentaje de participación establecido en dicha legislación otorgara efectivamente el control de la empresa. Por otro lado, la legislación chilena no es aplicable al presente procedimiento.

41. Finalmente, cabe señalar que fue la propia Endesa España quien reconoció expresamente y de forma pública que no controlaba Enersis, pero que a través de la OPA lanzada en enero de 1999 podría asumir el control efectivo de dicha empresa. (9)

42. De acuerdo a lo anteriormente expresado, la Comisión de Libre Competencia considera que Endesa España no obtuvo el control exclusivo de Enersis en septiembre de 1997, sino que sólo logró una participación importante en dicha empresa, pero no su control. Sin embargo, esta modificación en la estructura de control de Enersis se produjo antes de la vigencia de la Ley 26876 y no generó una operación de concentración de empresas eléctricas peruanas, dado que Endesa España ya controlaba Edelnor conjuntamente con Enersis desde 1994.

43. Sin embargo, con la adquisición del 32% adicional de acciones de Enersis, en abril de 1999, Endesa España logró la mayoría requerida en la Junta General de Accionistas de la empresa para adoptar las decisiones que otorgan el control. Igualmente, con su participación del 64% pudo designar a la mayoría de miembros del Directorio y, consecuentemente, elegir a los principales funcionarios de Enersis. Esta situación se hizo evidente cuando luego de que la Junta General de Accionistas de Enersis acordara el 30 de marzo de 1999 incrementar el límite de tenencia individual de acciones al 65% para facilitar la OPA lanzada por Endesa

España, renunciaron el Presidente y dos directores de Enersis (representantes de las AFP), así como el Gerente General y el Gerente de Planificación, y fueron reemplazados casi de inmediato por funcionarios de Endesa España.

Como consecuencia de todo los argumentos previamente expuestos, la Comisión de Libre Competencia concluye que recién en abril de 1999 Endesa España obtuvo el control (influencia preponderante y continua) de Enersis e, indirectamente, también de Edelnor, por lo que la operación Endesa España/Enersis constituye una operación de concentración sujeta a la autorización previa establecida por la Ley N° 26876.

7.2. Operación Enersis/Endesa Chile (mayo de 1999)

44. Apoyándose en que Endesa España controlaba de forma exclusiva Enersis desde 1997, las empresas que notificaron la operación Enersis/Endesa Chile han sostenido que Endesa España también pasó a controlar Endesa Chile desde septiembre de 1997. Esta posición se fundamenta en argumentos muy similares a los anteriormente reseñados: Enersis tenía una participación del 25% que le confería el control de la Junta General de Accionistas de Endesa Chile; las demás acciones se encontraban dispersas y las participaciones más altas correspondían a las AFP, que eran socios pasivos; Enersis siempre había designado a cinco de los nueve directores de Endesa Chile, por lo que controlaba dicho órgano social; la Comisión de Libre Competencia ya se ha pronunciado anteriormente declarando que Enersis controlaba Endesa Chile; Endesa Chile reconoce en sus documentos que Endesa España era el controlador de Enersis desde 1997.

45. Respecto de lo anterior, cabe señalar que según se ha concluido previamente, Endesa España no logró el control de Enersis en septiembre de 1997, lo que de hecho anula los planteamientos de las empresas que notificaron la operación Enersis/Endesa Chile, en el sentido de que esta operación no se encuentra sujeta a la autorización dispuesta por la Ley N° 26876.

46. No obstante, debe indicarse que los argumentos señalados tampoco resultan ciertos, puesto que Enersis no llegaba a controlar la Junta General de Accionistas de Endesa Chile con su participación del 25%, ya que las decisiones que suponen el control de la estrategia empresarial se decidían por mayoría absoluta. Evidentemente, Enersis tampoco lograba una influencia preponderante en el Directorio de Endesa Chile, ya que esa participación no le permitía designar los cinco miembros a que hacen mención las empresas que notificaron la operación. En tal sentido, no es correcto afirmar que Enersis designara siempre a cinco de los nueve directores de Endesa Chile; salvo que, tomando en cuenta que las AFP son accionistas en Enersis y a la vez en Endesa Chile, se sumaran los directores que designaba Enersis a los que nombraban las AFP en Endesa Chile, lo cual resulta insostenible.

Adicionalmente, cabe precisar que la mencionada vinculación entre Enersis y Endesa Chile, a través de la identidad de las AFP como accionistas con importante participación, desapareció en abril de 1999, cuando las AFP vendieron gran parte de su participación en Enersis a Endesa España, quien adquirió el control exclusivo, quedando reducidas a un 13%, mientras que mantuvieron su importante participación en Endesa Chile (28%).

47. En cuanto al pronunciamiento anterior de la Comisión en que se habría declarado que Enersis controlaba Endesa Chile, debe señalarse que mediante Resolución N° 015-98-INDECOPI-CLC, la Comisión afirmó que Enersis y Endesa Chile tenían un alto grado de coordinación, debido a que a la fecha de dicha resolución existía identidad en la mayoría de miembros de los Directorios de ambas empresas. Sin embargo, ello no significa que Enersis controlara Endesa Chile, sino que debido a que ambas empresas tenían como accionistas comunes a las AFP se había generado dicha identidad, como una situación coyuntural que en cualquier momento podía ser modificada por la Junta General de Accionistas de cual-

quiera de las empresas. Efectivamente, en marzo de 1999, renunciaron tres directores de Enersis, desapareciendo la aludida identidad.

48. Finalmente, resulta tan claro que ni Endesa España ni Enersis controlaban Endesa Chile desde septiembre de 1997, que ante una OPA de Duke Energy lanzada en febrero de 1999 para adquirir el 51% de Endesa Chile a 250 pesos por acción (participación que le otorgaría el control a la empresa norteamericana), Enersis lanzó el 14 de abril de 1999, como reacción, una OPA simultánea para adquirir el 29.7% de Endesa Chile, a 305 pesos por acción. No obstante, ante una contra propuesta de Duke Energy por el 65% a 275 pesos por acción, Enersis volvió a ofrecer la compra del 34.7% a 360 pesos por acción. Finalmente, fue la OPA de Enersis la que resultó exitosa, permitiendo que en mayo de 1999 Endesa España acumulara indirectamente una participación del 60% de Endesa Chile, es decir la mayoría en la Junta General de Accionistas así como en el Directorio de esta empresa.

49. Por dichas razones, la Comisión de Libre Competencia concluye que fue recién con la operación Enersis/Endesa Chile, en mayo de 1999, que Endesa España logró el control de Endesa Chile y, consecuentemente, también pasó a controlar Edegel conjuntamente con Entergy Power Perú, por lo cual la operación Enersis/Endesa Chile constituye una operación de concentración sujeta a la autorización previa establecida por la Ley N° 26876.

7.3. Efectos de las Operaciones Endesa España/Enersis y Enersis/Endesa Chile

7.3.1. Definición del Mercado Relevante

50. El ámbito geográfico de un mercado de energía está determinado en principio, por la extensión y capacidad de las redes de transmisión que lo conforman. En este sentido, el ámbito geográfico relevante estaría conformado por el Sistema Interconectado Centro Norte y posteriormente, con la interconexión del Sistema Centro Norte y el Sistema Sur prevista para septiembre del año 2000, por toda la extensión territorial de ambos sistemas. En el caso de los clientes libres insertos en la zona de concesión de las empresas de distribución, el ámbito geográfico correspondería exactamente a dicha zona de concesión.

51. Un elemento fundamental para el funcionamiento del sistema lo constituyen los Comités de Operación Económica del Sistema (COES). Los COES son personas jurídicas de derecho público interno integrados por los titulares de las centrales de generación y de sistemas de transmisión principal (10). El objetivo de dichas instituciones es coordinar la operación del sistema al mínimo costo, garantizando la seguridad del abastecimiento de energía eléctrica y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Para tal efecto, los integrantes del COES, deberán operar sus centrales de generación y sistemas de transmisión de acuerdo a los programas de operación determinados por el Comité.

52. La forma en que el COES elabora el despacho de centrales se encuentra específicamente reglamentada en la Ley de Concesiones Eléctricas. El programa de operación consiste en ordenar la producción de cada central en orden creciente a sus costos variables de operación. El costo variable de la última central requerida para cubrir la demanda constituye el Costo Marginal de Corto Plazo de la Energía.

53. Siempre que los costos variables de una central sean lo suficientemente bajos, dicha central será requerida para despachar energía independientemente de que mantenga contratos con empresas de distribución y/o con clientes libres. De la misma manera, todos los generadores adquieren en el COES la energía que retiran del sistema los clientes con los que mantienen contratos. El precio de la energía que los generadores retiran o despachan del sistema es igual al Costo Marginal de Corto Plazo antes definido.

54. Por lo anterior, es claro que el COES no constituye en si mismo un mercado propiamente dicho, ya que como hemos visto, los generadores no ofertan la producción ni el pre-

cio de la energía que están dispuestos a despachar, como sí ocurriría en un mercado. Por el contrario, el COES determina a través de procedimientos reglamentados en la Ley de Concesión Eléctricas, cuánta energía debe despachar cada central y a partir de allí se determina el Costo Marginal de operación del sistema.

55. La energía que los generadores adquieren en el COES se comercializa entre diferentes tipos de clientes. De acuerdo con el Gráfico N° 1, los generadores mantienen contratos de venta con distribuidores o con clientes libres. A su vez, los distribuidores mantienen contratos con clientes libres o regulados dentro de su zona de concesión.

56. Cuando el distribuidor destina sus compras a cubrir la demanda de los clientes pertenecientes al Servicio Público de Electricidad, la Ley de Concesiones Eléctricas establece que el precio de dicha transacción debe ser como máximo igual al precio regulado (precio en barra) establecido por la Comisión de Tarifas de Energía. Si el distribuidor compra al generador para cubrir la demanda de sus clientes libres, entonces el precio de dicha transacción se fija libremente por acuerdo entre las partes.

57. Siendo que el flujo físico de la energía no necesariamente corresponde a los contratos, bastaría que un generador se conecte al sistema principal de transmisión para que pueda firmar contratos con clientes situados en cualquier barra de dicho sistema (distribuidores y/o grandes clientes). De esta manera, el ámbito geográfico para las ventas de generador a distribuidor estaría constituido, en principio, por el Sistema Interconectado Centro Norte. Con la interconexión del Sistema Centro Norte con el Sistema Sur, prevista para septiembre del año 2000, el ámbito geográfico de este mercado se ampliaría.

b) Ventas de Generador y/o Distribuidor a Clientes Libres:

58. De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas los Clientes Libres son aquellos cuyas demandas superan 1 MW de potencia. Es posible determinar dos tipos diferentes de clientes libres de acuerdo a su ubicación y volumen de demandas. Se observa que los clientes libres con pequeñas demandas ubicados dentro de las zonas de concesión de empresas de distribución, son abastecidos de forma exclusiva por las empresas de distribución que operan en dicha zona. El ámbito geográfico para este tipo de cliente es delimitado por la zona de concesión de la empresa de distribución. En el caso específico de Edelnor S.A.A., empresa de distribución involucrada en la operación, el ámbito geográfico sería su propia zona de concesión.

59. Por el contrario, los clientes libres de grandes volúmenes de energía ubicados fuera de las redes de distribución, son abastecidos por empresas de generación, en condiciones más competitivas que los clientes libres pequeños. El ámbito geográfico del mercado relevante para este tipo de clientes será el SICN hasta la interconexión con el sistema Sur.

60. Cabe destacar que de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas, las tarifas que fije la Comisión de Tarifas de Energía, no pueden diferir en más de diez por ciento de los precios vigentes en el Mercado de Clientes Libres (11) .

c) Ventas de Distribuidor a Cliente Regulado dentro de su zona de Concesión:

61. De acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas, los Clientes Regulados son aquellos cuyas demandas no superan 1 MW de potencia. Dichos clientes son abastecidos, de forma exclusiva y a un precio regulado establecido por la Comisión de Tarifas de Energía, por la empresa de distribución concesionaria de la zona en donde el cliente se ubica. Es claro, que el ámbito geográfico de este mercado está constituido por el área de concesión de la empresa de distribución.

7.3.2 Análisis de Efectos

62. Según la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, para evaluar los efectos de una operación de concentración, la Comisión deberá tener en cuenta cuando menos: la posición de las empresas participantes en el mercado, la estructura del mismo, las posibilidades de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la oferta y demanda; la evolución del progreso técnico o económico; la perspectiva de integración con otros mercados; y, el efecto de la operación en los distintos mercados relevantes en el corto y largo plazo (12) .

63. Con relación a la estructura del mercado y la posición de las empresas en los mismos, se observa lo siguiente (13):

Dada la forma en que se realiza el despacho, la participación de las empresas no resulta relevante como indicador de sus posibilidades de alteración o manipulación del mismo. La importancia del COES no se asienta tanto en las transacciones, las mismas que constituyen la aplicación de las reglamentaciones establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas, sino más bien en la fijación de los parámetros que sirven para la determinación de los programas de despacho, los mismos que se determinan enteramente mediante acuerdos mayoritarios al interior del COES.

En ese sentido, lo que resulta relevante es considerar que, como producto de la concentración, el Grupo Endesa concentraría 3 votos de un total de 9 en el Directorio y de 11 en los Comités Técnicos del COES-SICN. Sin embargo, es claro que con la interconexión de los sistemas Centro Norte y Sur, la importancia relativa de mantener tres votos en el Directorio y los Comités Técnicos se diluye.

El índice de concentración Herfindahl-Hirchsman (14) en el caso de las ventas de generador a distribuidor fue de 3585 en el año 1998. Como producto de la operación dicho índice ascendería a 4003, lo que significa un incremento de 418 puntos. Con relación a las compras que hacen los distribuidores a los generadores, se observa que Edelnor representó un 39% del total de energía demandada por los distribuidores del Sistema Interconectado Centro Norte; mientras que, por el lado de las ventas de energía de generadores a distribuidores, se observó que Edegel representa un 29%, Etevensa un 2% y Eepsa un 5%.

Considerando la interconexión los Sistema Centro Norte y Sur, se tendría un índice sin concentración de 2922 y considerando la concentración dicho índice ascendería a 3256, lo que significa una variación de 334 puntos. Con la operación, se estaría integrando verticalmente el distribuidor de mayor demanda (Edelnor) con el segundo proveedor más importante de energía a las distribuidoras después de Electroperú (Edegel, Eepsa y Etevensa con 36%).

Con relación a las ventas de empresas de generación a Grandes Clientes Libres, Edegel representó un 12% del total de energía vendida, mientras que Eepsa representó un 2% (Etevensa no participa en este segmento del mercado). Cabe mencionar que en este segmento del Mercado Libre, Edegel no es uno de los actores más representativos en términos de energía vendida; existen otros actores con participaciones importantes: Electroperú (26%), Electroandes (37%) y Shougang (13%). El índice de concentración en este segmento del mercado mayorista asciende a 2404 y como resultado de la concentración dicho índice ascendería a 2445 (se incrementaría en 41 puntos).

Considerando la interconexión de los sistemas Centro Norte y Sur, el índice de concentración en este segmento del mercado sería de 1753 sin concentración y de 1772 con concentración, lo que significaría una variación de 19 puntos.

Finalmente, con relación al mercado minorista es claro que la empresa distribuidora tiene el monopolio de los clientes libres situados en su zona de concesión, por lo que su participación en dicho mercado ascendería al 100% (15).

64. Los índices de concentración son sólo una primera etapa del análisis y constituyen una señal sobre los mercados en los que la Comisión debería prestar mayor atención. Tomando en cuenta la información de los índices de concentración así como las participaciones actuales y futuras de las empresas en cada uno de los mercados antes definidos; la Comisión centrará su atención en el análisis de los efectos que podría generar la operación sobre el funcionamiento del COES, las ventas de generador a distribuidor y las ventas de distribuidor a cliente libre dentro de su zona de concesión.

a) Efectos de la operación sobre las transacciones al interior del COES:

65. Como se desprende de la opinión del propio COES (16) y de acuerdo a lo señalado por la Comisión de Tarifas de Energía, el efecto que podría generar la concentración sobre el funcionamiento del COES, deriva de la forma en que se toman las decisiones al interior del COES. Las decisiones adoptadas por el Directorio casi nunca son aprobadas en forma unánime por sus integrantes por lo que se correría el riesgo, como lo señala la Comisión de Tarifas de Energía: «(...) que los conceptos que son totalmente técnicos puedan manejarse o decidirse desde un punto de vista de interés económico particular para el grupo, en desmedro de la operación económica del sistema».

66. Si bien la alteración del despacho es posible a través de la manipulación de ciertos parámetros que influyen en la disponibilidad de las centrales (declaración de niveles de embalse, precios de combustibles y declaración de otros costos no combustibles), dicho tipo de comportamiento no sería sostenible en el tiempo puesto que afecta la distribución de ingresos entre los generadores integrantes, dado que las ganancias que obtendría un generador por esta conducta, son pagadas por el resto de generadores.
De otro lado, la manipulación del despacho tampoco significaría un desincentivo importante al ingreso de nuevos generadores, porque de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas, el COES garantiza el despacho de los generadores más eficientes, con lo que cualquier generador cuyos costos variables sean lo suficientemente bajos despachará energía.

Aun con lo anterior, siendo que las decisiones al interior del COES se adoptan por mayoría y que el Grupo Endesa España pasaría a tener 3 votos de un total de 9, y al no existir otros bloques en el COES con igual número de votos (17), el Grupo Endesa estaría en capacidad de afectar a su favor las decisiones que se adopten en el COES.

Finalmente, tomando en cuenta la formación de un nuevo COES a partir de la integración de los Sistemas Centro Norte y Sur, la posibilidad de que las generadoras del Grupo Endesa alteren el despacho se vería limitada.

67. Por lo antes expuesto, a fin de limitar cualquier posibilidad de alteración del despacho, la Comisión cree conveniente limitar el número de votos de Grupo Endesa en el Directorio y los Comités Técnicos del COES al número de votos que tenía antes de la operación.

Siendo que las empresas tienen como derecho establecido por la Ley de Concesiones Eléctricas participar con voz y voto en el Directorio y los Comités Técnicos del COES; a fin de hacer efectiva la medida anterior, las empresas que notificaron la operación deben comprometerse a que una de las empresas que participa en el COES (Edegel, Etevensa y Eepsa) vote como abstención en todas las decisiones en las cuales se requiera votar dentro del Directorio o los Comités Técnicos del COES-Sistema Interconectado Centro Norte (COES-SICN), hasta la fecha en que, como producto de la interconexión de los sistemas Sistema Interconectado Centro Norte y Sistema Interconectado Sur, se constituya el nuevo COES.

b) Efectos de la Operación sobre las Ventas de Generadores a Distribuidores

68. La opinión de las empresas que notificaron la operación respecto de este mercado es que no existen incentivos para que empresas de generación contraten con empresas de distribución. Sostienen además, que dicho desincentivo a la contratación permanecerá inalterado luego de la concentración (18).

69. Por su parte, algunas empresas competidoras y el órgano regulador (CTE) han manifestado su preocupación con relación a que la concentración vertical podría tener como efecto que Edelnor favorezca en sus compras a sus generadores vinculados (Etenvensa, Eepsa y Edegel) en desmedro del resto de generadores (19).

70. Contrariamente a los que afirman las empresas que notificaron la operación, las ventas a distribuidoras si conforman un mercado importante para las generadoras (cerca del 80% de la energía comercializada por los generadores se destina a los distribuidores). Además, se observa que la tendencia reciente del precio en barra ha sido situarse por sobre el costo marginal de corto plazo con lo que el incentivo a no contratar con las distribuidoras provocado por dicho diferencial se está revirtiendo en el tiempo (20). Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la reciente modificación del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas contempla un factor que incentiva a la contratación, por lo que en el futuro es de esperar una mayor competencia entre las empresas de generación por mantener contratos con empresas de distribución, más aún considerando la situación de exceso de oferta existente.

71. El principal efecto sobre la competencia entre generadores, resultante de la posibilidad que Edelnor oriente sus compras hacia sus generadores vinculados, sería que el resto de generadores vería limitada su posibilidad de firmar contratos de largo plazo con Edelnor, empresa que constituye la principal demandante de energía a los generadores del Sistema Interconectado Centro Norte. Tal como lo han señalado las propias empresas que notificaron la operación, los contratos con distribuidores permiten a las generadoras reducir el riesgo por exposición al COES (21).

Con relación a la posibilidad que Edelnor oriente sus compras hacia generadores vinculados, la Comisión opina que dicha conducta podría carecer de sentido económico para el Grupo Endesa puesto que se trataría de una simple transferencia de ingresos desde la unidad de distribución (Edelnor) hacia las unidades generadoras (Edegel, Eepsa o Edegel), no representando por ello un ingreso adicional para el grupo.

72. Sin embargo, a fin de garantizar la transparencia en el proceso de adquisición de energía por parte de Edelnor, dicha empresa debe comprometerse a licitar de forma pública, sin discriminación de ninguna clase, sus requerimientos de energía y potencia entre todos los generadores existentes en el sistema eléctrico nacional, según se vayan venciendo los contratos que mantiene vigentes con generadores. A su vez, el procedimiento y resultados de la licitación deberán ser de dominio público (22).

c) Efectos sobre las ventas de distribuidor a cliente libre:

73. En el mercado minorista, la competencia por los clientes libres insertos en las zonas de concesión es limitada. Dichos clientes son abastecidos de forma exclusiva por empresas de Edelnor, con la que mantienen contratos de largo plazo.

Siendo que la situación descrita es anterior a la operación de concentración; lo que resulta importante es evaluar si la operación podría tener como efecto el agravamiento de las condiciones no competitivas en que se encuentran dichos clientes. Algunos generadores y la Comisión de Tarifas de Energía, han mencionado con relación a este mercado, que Edelnor podría favorecer a sus generadores vinculados en el acceso a sus clientes libres, por ejemplo, otorgándoles precios preferenciales de peaje por el uso de sus sistemas. Asimismo, la Comisión de Tarifas de Energía ha hecho notar la posibilidad de que la concentración pueda afec-

tar también las tarifas reguladas a partir de un incremento en las tarifas libres. Finalmente, se ha argumentado que la concentración reduciría el número disponible de proveedores para los clientes libres insertos en la zona de concesión de Edelnor.

74. Con relación a los argumentos que señalan una reducción del número de proveedores para este tipo de cliente libres, es claro que, dichos clientes no tienen alternativa alguna de contratación (son abastecidos sólo por Edelnor), por lo que no es factible que se reduzca el número de proveedores.

75. Con relación a la posibilidad que Edelnor favorezca en el acceso a su zona de concesión a sus generadores vinculados en desmedro del resto de generadores, es opinión de la Comisión que dicha conducta carecería de sentido económico para el Grupo Endesa puesto que se trataría de una simple transferencia de ingresos desde la unidad de distribución (Edelnor) hacia las unidades generadoras (Edegel, Eepsa o Edegel), no representando por ello un ingreso adicional para el grupo.

76. Aun cuando los clientes libres insertos en la zona de concesión de Edelnor no pueden abastecerse de otros proveedores, es claro que las condiciones poco competitivas de este mercado son previas a la operación de concentración, y por ello, en opinión de esta Comisión, que la concentración no tendría por efecto limitar aún más las posibilidades de abastecimiento de dichos clientes. Por consiguiente, la Comisión no establecerá ningún condicionamiento a la operación de concentración para este mercado.

VIII. OPORTUNIDAD DE LA NOTIFICACIÓN

77. De conformidad con lo previsto por el artículo 3 de la Ley N° 26876, el procedimiento de autorización debe ser iniciado y finalizado previamente a la realización de la operación de concentración, puesto que la misma no puede realizarse sin la previa autorización de la Comisión de Libre Competencia, bajo cargo de no tener efecto legal alguno.

78. Como se ha expuesto previamente, la operación Endesa España/Enersis fue declarada exitosa y quedó cerrada el 06 de abril de 1999; sin embargo, la notificación de dicha operación, al amparo de la Ley N° 26876, fue presentada el 22 de abril y completada la información básica para el análisis de la notificación recién el 22 de junio del mismo año. Igualmente, en el caso de la operación Enersis/Endesa Chile, la OPA fue declarada exitosa y quedó cerrada el 12 de mayo de 1999; pero la notificación de dicha operación, al amparo de la Ley N° 26876, fue presentada el 09 de junio y la información básica para el análisis de la notificación fue completada el 09 de agosto de 1999.

79. Como ha quedado acreditado, la notificación fue efectuada con posterioridad a la realización de la operación contrariamente a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 26876. En tal caso, los artículos 6 de la Ley N° 26876 y 34 de su Reglamento, establecen que la omisión de la notificación á la Comisión de Libre Competencia previa a la realización de la operación, constituye una infracción que puede ser sancionada por la citada Comisión con una multa que puede ascender hasta 500 Unidades Impositivas Tributarias.

Al respecto, la generalidad de legislaciones sobre control de concentraciones no establece criterios especiales para sancionar este tipo de infracciones, sino que contienen una remisión a los criterios contemplados para la sanción de conductas restrictivas de la competencia. Siguiendo similar criterio el artículo 11 de la Ley N° 26876, establece la remisión a las definiciones, facultades, apremios y responsabilidades contenidas en los Decretos Legislativos N° 701 y N° 807 en lo que fuera pertinente. Por lo tanto, para la aplicación de sanciones por infracción a la Ley N° 26876 pueden tomarse en cuenta los criterios establecidos en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701, en cuanto sean pertinentes, así como otros criterios agravantes o atenuantes.

80. Los criterios de sanción del artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 pertinentes para este procedimiento son: la modalidad y alcance de la restricción (operación) y la cuota de mercado de la empresa correspondiente. Con relación a la modalidad y alcance de las operaciones, debe señalarse que ambas tuvieron su origen en una OPA, mecanismo que como hemos visto está destinado a tomar el control de una sociedad, por lo que debieron adoptarse las medidas correspondientes a fin de asegurar la obtención de las autorizaciones que se requirieran en cada país donde la OPA tuviera efectos o, de lo contrario, asumir las consecuencias que su imprevisión pudiera generar. En cuanto a la cuota de mercado de las empresas involucradas, cabe indicar que las operaciones involucraron a la generadora y distribuidora eléctricas privadas más grandes del Sistema Interconectado Centro Norte, produciendo una concentración horizontal y vertical que ha permitido que el grupo Endesa España sea el segundo grupo empresarial más grande del sector eléctrico peruano.

81. También debe considerarse que el grupo empresarial Endesa España tiene participación en diversos países latinoamericanos, incluyendo al Perú, por lo que se encuentra en la necesidad de conocer los alcances de las leyes sobre control de concentraciones en cada uno de estos países, e incluso porque ha participado anteriormente en procedimientos de control de concentraciones. Más aún, en la información correspondiente a la OPA lanzada por las acciones de Enersis, Endesa España reconoció expresamente que tenía conocimiento de que debía solicitar autorizaciones en los países donde tuviera efectos la OPA, pero no aseguró la obtención de dichas autorizaciones.

Igualmente, la propia Endesa España comunicó a la Comisión en febrero de 1999 que había lanzado la OPA por las acciones de Enersis, pero no realizó la notificación respectiva sino que esperó hasta que la Junta General de Accionistas acordara el incremento del límite de tenencia individual de acciones en marzo de dicho año, conociendo que desde ese momento la operación se produciría casi de inmediato, sin que pudiera cumplirse con la notificación previa, tal como sucedió en los hechos. Adicionalmente, a pesar de haber tomado conocimiento de que la única forma de obtener un pronunciamiento de la Comisión era iniciando un procedimiento de autorización previa, las empresas tampoco notificaron oportunamente la operación Enersis/Endesa Chile, sino que optaron por solicitar la ampliación del petitorio para que se analizara dentro del procedimiento seguido por la operación Endesa España/Enersis, a pesar de que se trataba de operaciones distintas.

Por último, pero no menos importante, es que las empresas que notificaron las operaciones conocían de sus implicancias y a pesar de que Endesa España había reconocido públicamente que no controlaba Enersis desde septiembre de 1997 (véase la referencia a su página web, antes citada), plantearon lo contrario durante todo el procedimiento, negando enfáticamente que se hubiera producido una modificación en la estructura de control de Enersis en abril de 1999, haciendo más complicada la evaluación de las operaciones notificadas, dilatándose así innecesariamente la tramitación del procedimiento (23) .

82. De acuerdo a lo anteriormente indicado, la Comisión considera que corresponde aplicar una sanción acorde con las operaciones realizadas, las empresas involucradas, la experiencia del grupo Endesa España y la conducta desarrollada en el presente procedimiento, pero tomando en cuenta también la reciente y aún limitada aplicación de la Ley N° 26876.

Al respecto, tratándose de dos infracciones, (24) la Comisión considera que debe aplicarse la sanción correspondiente a la más grave de ellas, es decir la notificación inoportuna correspondiente a la operación Enersis/Endesa Chile, aunque considerando la notificación inoportuna de la operación Endesa España/Enersis como agravante.

83. En cuanto a las empresas a las que corresponde aplicar las sanciones, debe señalarse que la Ley N° 26876 establece que la responsable de la notificación, en el caso de una adquisi-

ción de acciones, es la empresa adquirente y siguiendo la misma regla, tratándose de operaciones realizadas en el extranjero, la obligación de notificar corresponde a los accionistas de las empresas eléctricas que pertenecían al grupo Endesa España al momento de realizarse la operación. En tal sentido, la sanción por la operación Endesa España/Enersis corresponde a Eléctrica Cabo Blanco S.A. y Generalima S.A., mientras que la sanción por la operación Enersis/Endesa Chile debe aplicarse a Eléctrica Cabo Blanco S.A., Generalima S.A. e Inversiones Distrilima S.A.

Estando a lo establecido en la Constitución Política del Perú, en la Ley N° 26876, en el Decreto Legislativo N° 701 y en el Decreto Supremo N° 017-98-MITINCI, la Comisión de Libre Competencia, en su sesión del día 03 de diciembre de 1999;

RESUELVE:

Primero: Autorizar las operaciones de concentración generadas por las adquisiciones de acciones de Enersis S.A. por parte de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de España y de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile por Enersis S.A.; sometiéndolas a las siguientes condiciones:

Que una de las siguientes empresas: Edegel S.A.A., Empresa Termoeléctrica Ventanilla S.A. (Etevensa) o Empresa Eléctrica de Piura S.A., en forma indistinta, vote absteniéndose en todas las decisiones que requieran de votación dentro del Directorio como de los Comités Técnicos que conforman el COES-SICN, hasta la fecha en que, como producto de la interconexión de los sistemas SICN y SIS, se conforme un único COES a nivel nacional.

Que la empresa distribuidora Edelnor S.A.A. licite sus adquisiciones de energía eléctrica entre todos los generadores existentes en el sistema, conforme se vayan venciendo los contratos que tiene vigentes con generadores; debiendo hacer de dominio público el procedimiento y resultados de cada licitación.

Segundo: Imponer una multa solidaria de 150 Unidades Impositivas Tributarias a las empresas Eléctrica Cabo Blanco S.A., Generalima S.A. e Inversiones Distrilima S.A. por no haber notificado, previamente a su realización, la operación de concentración generada por la adquisición de acciones de la Empresa Nacional de Electricidad S.A. de Chile por parte de Enersis S.A.

La multa impuesta deberá ser pagada en el término de 15 días útiles a partir de la notificación de la presente Resolución, en la Tesorería del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, bajo apercibimiento de ser cobrada en la vía coactiva.

Con el voto favorable de los señores miembros: Armando Cáceres Valderrama, Geoffrey Cannock Torero, Rufino Cebrecos Revilla y César Guzmán-Barrón Sobrevilla.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

Presidente

De mayor importancia académica por su análisis y metodología es el Caso del Consorcio Transmantaro-Etecen que figura en el Exp. N° 010-2001-CLC

CASO CONSORCIO TRANSMANTARO-ETECEN

Exp N° 010-2001-CLC

031-2001-CLC/INDECOPI

22 de octubre de 2001

VISTA:

La solicitud de autorización de concentración presentada por la empresa PSEG Global Inc. —en adelante, PSEG— para la adquisición de la empresa de generación de electricidad Empresa de Electricidad de los Andes S.A. —en adelante, Electroandes—, de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico —en adelante, la Ley—;

Tomando en cuenta el Informe de la Secretaría Técnica N° 011-2001/INDECOPI-CLC del 17 de octubre de 2001;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Concurso Público Internacional N° PRI-64-2000, el Estado peruano puso a la venta el 100% de las acciones de Electroandes, empresa subsidiaria de Centromín Perú.

2. El 19 de junio de 2001, PSEG procedió a notificar la operación ante la Comisión de Libre Competencia —en adelante, la Comisión— y solicitar su autorización en el caso de ser la ganadora del Concurso Público antes mencionado.

3. En virtud a lo dispuesto en el artículo 35° del Reglamento de la Ley, Decreto Supremo N° 017- 98-ITINCI —en adelante, el Reglamento—, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó la opinión de las siguientes instituciones públicas:

- Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES-SINAC);
- Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas (DGE-MEM);
- Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía (Osinerg); y,
- Defensoría del Pueblo;

respecto del impacto que podría generar la concentración notificada sobre la industria eléctrica.

4. El 11 de julio, la Comisión, mediante Resolución N° 024-2001-INDECOPI/CLC, admitió a trámite la solicitud presentada por PSEG para la adquisición de Electroandes.

5. El 20 de julio, se realizó el Concurso antes señalado, resultando ganadora PSEG.

6. El 20 de agosto, PSEG notificó a esta Comisión la constitución de Inversiones Elegía S.R.L., la misma que se adjudicaría la titularidad de las acciones en calidad de adquirente. Al respecto, la Comisión decidió que, si bien Inversiones Elegía S.R.L. puede adjudicarse la titularidad de la compra, de conformidad con el numeral 5.9 de las Bases del Concurso Público Internacional PRI-64-2001, la presente Resolución se emite a nombre de PSEG, que es quien realizó la solicitud de autorización.

7. El 29 de agosto, la Asociación de Consumidores y Usuarios (ACYU), presentó un informe exponiendo su punto de vista sobre la operación y solicitó participar en la Audiencia Pública que se realizaría posteriormente, pedido que fue acogido por la Comisión. El 3 de septiembre, sin embargo, solicitó ser incorporada en el procedimiento como parte, pedido que no fue acogido por la Comisión, por carecer del debido sustento legal, según se explicó en la resolución respectiva.

8. El 14 de septiembre, se llevó a cabo la Audiencia Pública donde tanto PSEG como las instituciones antes mencionadas expusieron su parecer, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22° del Reglamento.

9. El 29 de septiembre, mediante Resolución N° 027-2001-CLC-INDECOPI, la Comisión amplió por treinta (30) días el plazo para emitir un pronunciamiento sobre la solicitud de autorización de concentración presentada por PSEG, de acuerdo al artículo 24°, inciso c), del Reglamento.

Finalmente, el 2 de octubre en el Informe Oral solicitado por PSEG, ésta presentó argumentos legales y económicos adicionales, ampliando su punto de vista respecto de la operación.

II. MARCO LEGAL

11. El artículo 58° de la Constitución Política del Perú —en adelante, la Constitución— establece que el principio fundamental que rige la actividad económica es la libertad económica: «la iniciativa privada es libre», señala.

12. La libre iniciativa privada como principio económico fundamental del orden constitucional peruano incluye la libertad de empresa, la cual es garantizada expresamente por el Estado, según lo declara el artículo 59° de la Constitución.

13. Sin embargo, tanto la libertad económica en general como la libertad de empresa en particular no son derechos irrestrictos, toda vez que ningún derecho lo es. La propia Constitución, en su artículo 61°, establece que «el Estado facilita y vigila la libre competencia» y «combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas».

14. Entre los límites constitucionales a la libertad económica y a la libertad de empresa en el Perú, están, pues, los que derivan de la necesidad de facilitar y vigilar la libre competencia.

15. En este contexto, la Ley establece que el Estado debe pronunciarse sobre las concentraciones empresariales que pudieren vulnerar la competencia en el sector eléctrico. Su artículo 1° señala que «las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica se sujetarán a un procedimiento de autorización previa de acuerdo a los términos establecidos en la presente Ley, con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia».

16. A diferencia de lo que ocurre en otros sectores de la economía peruana, en los que las concentraciones empresariales no están sujetas a ningún tipo de autorización gubernamental, las concentraciones empresariales en el sector eléctrico sí lo están, debido a la proclividad del sector eléctrico a la formación de monopolios naturales, dada sus características tecnológicas.

17. Ahora bien, las concentraciones empresariales en el sector eléctrico no se hallan totalmente prohibidas por la Ley sino sólo sujetas al escrutinio del Estado, quien debe determinar si ellas «disminuyen, dañan o impiden la competencia o la libre concurrencia».

18. Si este fuera el caso, la Ley no establece tampoco una prohibición tajante de estas concentraciones; en ese caso, la Comisión debe proceder a efectuar un análisis costo-beneficio, evaluando si la operación puede crear eficiencias dentro del mercado y si dicho aporte es suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia que ocasione tal operación.

19. En consecuencia, el control de concentraciones empresariales en el Perú no establece como obligación de la Comisión la necesidad de encontrar y evaluar efectos económicos po-

sitivos en todas las operaciones de concentraciones empresariales en el sector eléctrico; esta obligación sólo existe en aquellos casos en los que estas concentraciones tengan efectos negativos para la competencia.

20. Resulta importante realizar una segunda precisión preliminar: PSEG afirma que tiene control conjunto con la empresa Sempra sobre Luz del Sur; sin embargo, alega que su adquisición de Electroandes no configura una integración vertical en tanto que ésta se daría sólo si tanto PSEG como Sempra hubiesen adquirido en forma conjunta Electroandes.

21. Sin embargo, la Comisión considera que la concentración empresarial es un concepto precisado por las disposiciones legales vigentes en un sentido distinto al señalado por PSEG 5. Éstas señalan que el ejercicio de control de una empresa permite tener un dominio sobre ella, así sea de forma conjunta.

22. En consecuencia, es posición de la Comisión considerar que en la operación notificada confluyen los requisitos para determinar que sí es una operación de concentración empresarial de naturaleza vertical, dado que se están integrando una empresas de generación y una de distribución.

23. La Comisión considera que no resulta necesario demostrar una total interdependencia y coordinación entre Electroandes y Luz del Sur. Tal como lo establece la Ley, con la determinación de control en una empresa y con la modificación en la estructura de control de la otra empresa eléctrica, se abre la posibilidad que ambas empresas eléctricas puedan coordinar sus operaciones.

24. Ahora bien, cabe resaltar que el hecho que la solicitud presentada por PSEG sea una operación de concentración vertical, no resulta ilegal sino que este hecho conlleva a que la Comisión analice los efectos de dicha operación en el mercado eléctrico peruano, para que emita un pronunciamiento bajo las normas establecidas por la Ley y el Reglamento.

III. ANÁLISIS

25. La evaluación del impacto de la operación de concentración notificada, se basa en los criterios de evaluación contenidos en la Ley y su Reglamento, en el informe elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión, en el informe del consultor contratado para el análisis del caso y en las opiniones de instituciones relacionadas al sector recogidas a través de la Audiencia Pública antes mencionada.

III.1. Criterios de Evaluación de las Operaciones de Concentración

26. Los criterios de evaluación de las operaciones de concentraciones están detallados en el Reglamento. De acuerdo a dichos criterios, el primer paso para analizar los efectos que pueden derivarse de una operación de concentración, es la delimitación del mercado relevante en donde actúan las empresas que se concentran.

27. La determinación del mercado relevante consiste en la definición de los bienes y/o servicios que son prestados por las empresas que se concentran, así como los sustitutos de éstos. Esta determinación incluye también la delimitación del ámbito geográfico en el que los bienes y/o servicios definidos son comercializados por las empresas que realizan la operación de concentración.

28. Una vez definido el mercado relevante, se evalúa la estructura competitiva del mismo tomando en consideración el grado de concentración del mercado, la participación de las empresas en el mismo, la posibilidad de elección de proveedores, distribuidores y usuarios; la existencia de hecho o de derecho de obstáculos de acceso al mercado; la evolución de la

oferta y la demanda; y, la evolución del progreso técnico o económico y la perspectiva de integración con otros mercados, entre otros aspectos.

29. Para estimar el nivel de concentración del mercado se ha utilizado el Índice Herfindahl-Hirchsman (IHH). Esto ha sido así no sólo porque este indicador es el más utilizado en la literatura especializada sino porque, en el presente procedimiento, prácticamente todas las instituciones participantes hicieron referencia al mismo.

30. El IHH resulta de la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de las empresas. Bajo este esquema, un índice de 10000 supone una única empresa que tiene el 100% del mercado relevante (monopolio). En general, dependiendo del grado de concentración posterior a la operación, los mercados pueden ser catalogados como no concentrados, moderadamente concentrados o altamente concentrados.

31. A efectos de estimar el grado de concentración resultante de la operación, la Comisión ha tomado en cuenta las siguientes variables: producción de energía (MWh), potencia efectiva (MW), ventas de energía de empresas de generación a empresas de distribución y ventas de energía al mercado libre. En el caso de las ventas se ha considerado tanto las ventas físicas de energía (MWh) como la facturación (nuevos soles) resultante de dichas ventas.

32. Asimismo, a efectos del cálculo, las empresas han sido agrupadas de acuerdo a sus respectivos grupos económicos. Las empresas estatales también han sido consideradas como grupo, toda vez que legal y realmente lo son: no es sólo que el Estado, a través del FONAFE, centraliza la operación de dichas empresas, como si estás se tratarán de un grupo de empresas subsidiarias, sino que, en cuanto a su actuación en el sector eléctrico, el COES también considera a las empresas estatales como grupo a efectos de la elección de representantes al Directorio de dicha institución.

Finalmente, es claro que dichas empresas participan activamente en el sector compitiendo con las empresas privadas. La remuneración por la potencia que los generadores aportan al sistema es un procedimiento que busca repartir entre todos los generadores el valor de la potencia necesaria para cubrir la máxima demanda del sistema más un margen de reserva que brinde seguridad al mismo. Desde esa perspectiva, no todos los generadores reciben pagos por potencia, sino sólo aquellos que aportan potencia al sistema en el momento en que la máxima demanda ocurre.

38. Finalmente, el COES debe garantizar la estabilidad física del sistema eléctrico, lo que supone que las empresas de generación integrantes, deben poner a disposición del sistema, además de energía y potencia, otros servicios que permiten mantener la estabilidad y confiabilidad del sistema eléctrico. Dichos servicios, necesarios para cubrir los requerimientos de frecuencia y tensión del sistema, son provistos sólo por algunos generadores que cuentan con centrales cuyas características tecnológicas así lo permiten.

El marco legal vigente establece los procedimientos para la determinación y valorización de dichos servicios.

39. La participación de las empresas en el COES se ha estimado a partir de la energía producida y la potencia efectiva. Del volumen total de energía producida durante el año 2000, Electroandes representó un 7%. Asimismo, el índice de concentración ascendió a 3795 puntos, lo que sugiere un mercado «altamente concentrado». El alto nivel de concentración se explica por la significativa participación del Estado, el que a través de sus empresas, representó el 56% del total de energía producida, seguido por Endesa (23%).

40. La adquisición de Electroandes por PSEG posibilita una reducción del índice de concentración estimado a partir de la energía producida, que pasa de 3795 a 3154. Bajo este escena-

rio, la participación de las empresas estatales como un grupo pasa de 56% a 49%. A pesar de que la adquisición de Electroandes reduce la participación del Estado como grupo, la nueva estructura no altera de manera significativa la participación relativa de las empresas: el Estado continúa siendo el agente con mayor participación(49%) seguido por Endesa (23%), Duke (9%), Tractebel (7%) y PSEG (7%).

41. En términos de potencia efectiva para el año 2001, Electroandes representó el 4%. El índice de concentración es de 2898, lo que al igual que en el caso de la energía producida, sugiere un mercado «altamente concentrado». En términos de potencia efectiva se observa la importante participación de dos grupos: Endesa con 37% y el Estado con 36%.

42. En este caso, la adquisición de Electroandes por PSEG posibilita una reducción del índice de concentración, que pasa de 2898 a 2635, explicado por la reducción de la participación del Estado como grupo. A pesar que la adquisición de Electroandes reduce la participación del Estado como grupo, la nueva estructura no altera de manera significativa la participación relativa de las empresas: Endesa continúa ostentando la mayor participación (37%) seguida por el Estado (32%).

III.2.a. Ventas de Generadores a Distribuidores

43. Las operaciones entre generadores y distribuidores se realizan a través de contratos de compraventa de energía y potencia, en donde por lo general se establece un pago por la venta de un volumen determinado de potencia en «horas punta» y «horas fuera de punta», así como un pago por el consumo de la energía asociada a la potencia contratada.

44. De acuerdo al marco legal vigente, las compras de empresas de distribución a empresas de generación tienen tratamientos regulatorios distintos según se trate de compras para clientes libres o para clientes regulados. Si el distribuidor compra al generador energía para cubrir la demanda de los clientes regulados de su zona de concesión, dicha transacción tiene un precio regulado que es como máximo el precio en barra establecido por Osinerg. Si el distribuidor compra al generador energía para cubrir la demanda de sus clientes libres, dicha transacción tiene un precio libremente pactado entre las partes.

45. Además de las regulaciones relativas al precio en barra, las empresas de distribución se encuentran obligadas a mantener contratos vigentes con empresas de generación que le garanticen su requerimiento total de potencia y energía por los siguientes 24 meses como mínimo 11.

46. Con relación al ámbito geográfico de este mercado, tomando en cuenta que en la industria eléctrica el flujo físico de la energía es independiente del flujo comercial (contratos), basta que un generador esté conectado al sistema principal de transmisión para que pueda firmar contratos de venta con empresas de distribución situadas en cualquier ámbito geográfico de la red.

De acuerdo con lo anterior, el ámbito geográfico de las ventas de generador a distribuidor está conformado por todo el Sistema Interconectado Nacional.

47. La participación de las empresas en este mercado se ha estimado a partir de las ventas de energía, tanto en términos físicos (MWh) como en términos monetarios (facturación en nuevos soles). El índice de concentración del mercado de ventas de generadores a distribuidores asciende a 4811 y 4913, según se emplee como variable las ventas físicas (MWh) o la facturación (nuevos soles) respectivamente, lo que sugiere que se trata de un mercado «altamente concentrado». Este índice se explica en este caso por la importante participación de las empresas del Estado que representan el 63 % de las ventas a las empresas de distribución, seguido por Endesa que representa el 28%.

48. En este mercado, Electroandes no es un actor significativo, toda vez que sus ventas representaron el 0.03% del total de ventas de las empresas de generación a las empresas de distribución. Si bien Electroandes no es un oferente importante del mercado de ventas de generador a distribuidor, por el lado de la demanda, las empresas vinculadas a PSEG (Luz del Sur y Edecañete) sí lo son, ya que representan el 34% del total de energía comprada a las empresas de generación y el 33 % del total facturado a dichas empresas.

III.2.b. Ventas al Mercado de Clientes Libres

49. De acuerdo con la Ley de Concesiones Eléctricas, los clientes libres son aquellos clientes cuya demanda es superior a 1 MW de potencia. Dichos clientes tienen la posibilidad de contratar libremente su suministro con una empresa de generación o con una de distribución. Desde esta perspectiva, los clientes libres son considerados un solo mercado el cual puede ser provisto de manera competitiva por empresas de generación y distribución.

50. Si bien desde una definición puramente legal los clientes libres forman un solo mercado, desde un punto de vista económico los clientes libres no constituyen un grupo homogéneo de consumidores. De hecho, la evidencia muestra que los clientes libres insertos en la zona de concesión de las empresas de distribución, salvo contadas excepciones, no han contratado su suministro con empresas de generación ubicadas fuera del ámbito geográfico cubierto por la distribuidora.

51. Si se toma en consideración la ubicación, volumen de demanda y tensión de suministro, es posible tipificar a los clientes en dos grandes grupos: «clientes libres grandes» y «clientes libres pequeños». El primer grupo de clientes está compuesto por empresas dedicadas al rubro minero o actividades relacionadas que se encuentran situadas fuera de los centros poblados (atendidos por las empresas de distribución) y demandan grandes volúmenes de energía y potencia en niveles de muy alta y alta tensión. El segundo grupo de clientes, en cambio, está conformado por empresas de mediana envergadura, de giro industrial y comercial, ubicadas dentro de los principales centros poblados atendidos por empresas de distribución. Este último tipo de cliente es atendido generalmente en media tensión y demanda volúmenes de energía y potencia significativamente inferiores a los demandados por los clientes libres grandes.

52. La estadística disponible señala, por ejemplo, que, aún cuando Lima, principal centro poblado, concentra el mayor número de clientes libres (144 de un total de 231) y el mayor porcentaje de ventas de energía (33% del total del Sistema Interconectado Nacional), el consumo promedio de los clientes libres ubicados en Lima es menor al consumo promedio de los clientes libres de otros departamentos. Dicho resultado se explica porque los grandes consumidores (relacionados a la actividad minera) se ubican fuera de los centros poblados atendidos por empresas de distribución.

53. De igual forma se verifica para los años 1999 y 2000, que el volumen promedio de la energía consumida por los clientes de los generadores fue significativamente mayor al volumen promedio de la energía consumida por los clientes de los distribuidores. De ello se desprende de forma clara que, en promedio, los generadores abastecen a clientes con demandas mayores a los clientes que son abastecidos por las empresas de distribución.

54. Finalmente, si se considera el nivel de tensión, se observa que, a medida que aumenta dicho nivel, el número de clientes libres atendidos por las empresas de generación es mayor que el número de clientes atendidos por las empresas de distribución. A mayor nivel de tensión los generadores no sólo atienden más clientes, sino que también venden más energía que los distribuidores; lo que indicaría que los clientes libres grandes demandan en altos niveles de tensión y son abastecidos por generadores, antes que por distribuidores.

55. Se concluye, por tanto, que los clientes libres no forman parte de un solo mercado relevante, sino que este se encuentra segmentado en dos: el mercado de los «clientes libres grandes» atendidos por empresas de generación y el mercado de «clientes libres pequeños» atendidos de forma exclusiva por la empresa de distribución que tiene la concesión del área geográfica en donde el cliente se encuentra ubicado.

56. Si bien actualmente es evidente la segmentación que existe entre los clientes libres atendidos por empresas de generación y distribución, el marco regulatorio considera a todos los clientes libres dentro de un sólo mercado a efectos de la comparación de precios libres y teóricos (regulados) a que se refiere el artículo 53° de la Ley de Concesiones Eléctricas. De acuerdo con dicho artículo, las tarifas reguladas no pueden diferir en más de 10% de los precios libres vigentes.

57. Tomando en cuenta este aspecto regulatorio, la participación de las empresas se ha estimado tanto para el mercado de clientes libres grandes, atendidos sólo por empresas de generación, como para el mercado de clientes libres en conjunto, atendidos por empresas de generación y distribución. La variable de cálculo en este caso ha sido las ventas de efectos dañinos para la competencia en los mercados relevantes antes definidos.

III.3.a. Sobre las Transacciones entre Generadores al interior del COES

64. Aun cuando se trata de una operación de tipo vertical, la Comisión consideró conveniente evaluar si la operación de concentración notificada podría tener efectos sobre las operaciones que se realizan en el COES. En particular se evalúo si, dada la actual estructura y funcionamiento del COES, se alentaban y/o creaban condiciones que pudieran afectar el normal desenvolvimiento de las transacciones entre generadores al interior de dicho organismo.

65. En la medida en que un comportamiento de esta naturaleza requeriría el control unilateral o concertado de los órganos de decisión internos del COES, se analizó si la operación otorgaba a PSEG la posibilidad de controlar dichos órganos internos de decisión o, en su defecto, posibilitaba un escenario que facilitara el control de los órganos de decisión del COES por parte de algún grupo económico.

66. Sobre el particular, el análisis efectuado por la Secretaría Técnica de la Comisión determinó que la adquisición de Electroandes por PSEG no alteraba la estructura interna de los órganos de decisión del COES, por lo que no creaba y/o facilitaba el control por parte de algún grupo económico.

67. En primer lugar, los integrantes del COES tienen derecho a impugnar las decisiones adoptadas por la Dirección de Operaciones y/o el Directorio. Dichas impugnaciones se someten primero al Directorio y, de no encontrarse conforme el integrante con lo decidido por el Directorio, puede recurrir a la vía arbitral. De ello se desprende que aún el caso en que la operación conlleve al control de los órganos de decisión internos, las decisiones adoptadas por dichos órganos podrían ser impugnados por el resto de integrantes del COES.

68. En segundo lugar, de acuerdo con la normatividad vigente, la forma de elección del Directorio impide el control unilateral por parte de cualquier grupo económico. Los integrantes de generación deben elegir a 8 directores de un total de 9, con lo que para tener el control de Directorio se debe contar con al menos 5 directores para obtener la mayoría simple requerida para la mayoría de decisiones sujetas a votación.

69. Siendo que la Ley de Concesiones Eléctricas limita a 2 el número de directores que los grupos económicos pueden nombrar, es claro que ningún grupo tendría mayoría en las decisiones al interior del Directorio. Finalmente, con el mecanismo previsto para la elección de

directores, PSEG no podría elegir más de un director, lo que muestra de forma clara que la operación de concentración no facilitaría el control del COES por parte de PSEG.

70. De acuerdo con el análisis efectuado por esta Comisión, y considerando el marco regulatorio en el que se desarrollan las operaciones en el COES, la adquisición de Electroandes por parte de PSEG no generaría daños potenciales a las transacciones entre generadores al interior del COES.

III.3.b. Sobre las Ventas de Empresas de Generación a Empresas de Distribución

71. Aun cuando el índice de concentración se reduce como efecto de la operación y Electroandes no es un actor significativo del mercado de ventas de empresas de generación a empresas de distribución, la Comisión analizó los potenciales problemas que la operación podría generar sobre este mercado, contrastando los argumentos teóricos y las opiniones vertidas por las instituciones invitadas a la Audiencia Pública del día 14 de septiembre del 2001, con la realidad regulatoria en la que se desenvuelve dicho mercado y la evidencia estadística disponible.

72. En particular, la Comisión analizó si como resultado de la operación se podrían generar problemas de competencia en la actividad de generación que afecten a su vez el desempeño de la actividad de distribución y con ello a los clientes regulados que son abastecidos por dicho tipo de empresa.

73. El primer lugar, se analizó si como resultado de la operación, Luz del Sur y Edecañete se abastecerían exclusivamente de Electroandes. Considerando el importante volumen de demanda de Luz del Sur, el abastecimiento exclusivo desde Electroandes podría excluir de la actividad de generación a otras empresas que no consiguieran lograr contratos con dicha importante empresa de distribución.

74. Esta Comisión considera que la operación notificada no generaría la exclusividad mencionada, toda vez que, al menos para el corto y aún el mediano plazo, tanto Electroandes como Luz del Sur tienen comprometidas sus capacidades de venta y sus necesidades de compra con clientes y proveedores distintos, respectivamente. La exclusividad supondría el rompimiento de los contratos que dichas empresas mantienen con otros clientes y proveedores, lo que traería asociado un costo que, dependiendo de las penalidades y condiciones establecidas en dichos contratos, podría ser elevado para el grupo.

75. De otro lado, aún cuando se produjera la exclusividad, siendo que la demanda de Luz del Sur es significativamente superior a la capacidad de generación con que cuenta Electroandes, la distribuidora continuaría adquiriendo el resto de sus requerimientos desde otros generadores no vinculados.

76. Finalmente, debe considerarse que la exclusividad supondría un alto riesgo a la distribuidora, el mismo que sólo podría ser diversificado manteniendo contratos con varios generadores antes que con un solo generador. En efecto, los riesgos asociados a la actividad de generación (competitiva), como puede ser el riesgo hidrológico, se reducen manteniendo una cartera de proveedores en vez de un único proveedor.

77. En segundo lugar, se analizó si la operación notificada conduciría a la realización de prácticas de subsidio cruzado. En este supuesto, la actividad regulada (distribución) subsidiaría la actividad competitiva (generación), dotando a Electroandes de una ventaja frente a sus competidores que no se encuentran vinculados a la actividad de distribución. Ello podría hacerse por ejemplo, si Electroandes transfiere costos a Luz del Sur y/o Edecañete, los mismos que luego son reconocidos en la tarifa de distribución.

78. Sin embargo, para que una práctica como la descrita tuviera lugar, sería necesario que la regulación tarifaria de distribución reconociera todos los costos declarados por la empresa, lo cual no es posible bajo el actual marco regulatorio. En efecto, la tarifa regulada de distribución, denominada Valor Agregado de Distribución (VAD) no se basa en la empresa de distribución para la cual se fija la tarifa, sino en una empresa modelo eficiente.

79. El VAD estimado es luego validado por un procedimiento que determina la tasa interna de retorno (TIR) de la distribuidora. Para la estimación de la TIR se utilizan los ingresos que resultarían de aplicar los VAD de la empresa modelo eficiente a los clientes de la distribuidora. Los costos empleados para el cálculo de la TIR se encuentran claramente detallados en la Ley de Concesiones Eléctricas y no permiten que la empresa infle sus costos a fin de elevar su correspondiente VAD.

80. Tomando en cuenta los compromisos contractuales en los que se hayan inmersas las empresas, así como el marco regulatorio de distribución, esta Comisión concluye que la operación notificada no generaría daños potenciales en el mercado de ventas de empresas de generación a empresas de distribución.

III.3.c. Sobre el Mercado de Clientes Libres

81. El análisis efectuado en este mercado determinó que los índices de concentración se reducían por efecto de la adquisición de Electroandes por parte de PSEG. Aun cuando el índice de concentración se reduce, la Comisión evaluó en que medida la integración resultante de la operación podría generar un problema de competencia.

82. En particular, se analizó si la concentración podría generar un abuso de posición dominante y/o facilitar una concentración de precios en el mercado libre. Asimismo, se analizó si la concentración facilitaría que Luz del Sur y/o Edecañete adquirieran energía a costos elevados de Electroandes y trasladen dicho costo a sus clientes libres en la forma de un incremento de precios de venta. El análisis de los efectos consideró tanto el mercado de clientes libres grandes como el mercado de clientes libres en conjunto, es decir, considerando a los clientes libres atendidos por generadores y distribuidores en un solo mercado.

83. Considerando solo el mercado de clientes libres grandes, la adquisición de Electroandes por PSEG supondría el ingreso de un nuevo agente a dicho mercado, no participan del mercado de clientes libres grandes. Tomando en cuenta que los clientes libres grandes son en general empresas mineras de mediana y gran envergadura con capacidad de contratación, difícilmente el ingreso de PSEG al mercado de clientes libres grandes podría generar un empeoramiento de las condiciones competitivas de dicho mercado.

84. Considerando el mercado de clientes libres en conjunto, la Comisión evaluó la posibilidad que la operación notificada otorgue a PSEG una posición dominante en dicho mercado, de manera que pudiera elevar el precio medio en el mercado de clientes libres y con ello producir un incremento de las tarifas teóricas (reguladas) calculadas por Osinerg, en virtud al artículo 53 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

85. Un comportamiento como el descrito supondría que PSEG (Luz del Sur, Edecañete y Electroandes) pudiera modificar unilateralmente al alza, los precios que estableció en los contratos que mantiene con sus clientes libres Aun cuando esto ya resulta poco factible, el alza en los precios libres de PSEG debería ser del orden del 62% para provocar un incremento en la tarifa regulada de sólo 0.18%, lo cual hace aún más improbable la hipótesis analizada.

86. De igual manera, la Comisión analizó la posibilidad que luego de la adquisición de Electroandes por PSEG, se produzca una concertación entre los grupos privados más importan-

tes en el mercado libre (PSEG, Endesa y Tractebel) con la finalidad de incrementar el precio medio libre y con ello elevar la tarifa regulada. Al igual que en caso anterior, suponiendo que fuera posible para dichas empresas modificar en el mismo momento los términos establecidos en los contratos con sus clientes libres, el alza concertada de tarifas debería ser del orden del 25% para incrementar la tarifa regulada en 1.6%, lo que hace igualmente improbable dicha hipótesis.

87. Aún en el caso que la concertación tuviera lugar, es claro que la Comisión tendría facultades para investigar y sancionar dicha práctica de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 701.

88. Finalmente, cabe señalar que la regulación vigente establece una serie de requisitos y condiciones para que los contratos libres sean considerados a efectos del cálculo tarifario a que se refiere el artículo 53° de la Ley de Concesiones Eléctricas, que limitan la posibilidad que la tarifa promedio libre afecte la tarifa regulada bajo la actual estructura de mercado.

89. Otro análisis efectuado por la Comisión consistió en determinar si la operación podría crear los incentivos para que Luz del Sur y/o Edecañete discriminen a favor de la generadora Electroandes, en desmedro de otros generadores. En particular, se evalúo si Luz del Sur y/o Edecañete podrían favorecer a Electroandes en el acceso a sus redes de distribución para llegar a sus clientes libres.

90. Esta hipótesis queda descartada cuando se le contrasta con el marco regulatorio vigente. En efecto, la Ley de Concesiones es clara en señalar que los distribuidores y transmisores se encuentran obligados a prestar acceso a sus redes a terceros (generadores). Dicho acceso debe prestarse además, a los precios regulados establecidos por Osinerg. Finalmente, a fin de prever la posibilidad de discriminación por mecanismos diferentes al precio (información privilegiada, cambios en la calidad, etc.), la Ley de Concesiones Eléctricas estableció que Osinerg puede actuar como dirimente a solicitud de parte, debiendo fallar en un plazo no mayor de 30 días y siendo dicho fallo de cumplimiento obligatorio.

91. Por último, la Comisión evaluó la posibilidad que Luz del Sur y/o Edecañete adquieran energía y potencia a precios muy elevados desde Electroandes, los mismos que serían luego traspasados a los clientes finales de Luz del Sur y/o Edecañete, en la forma de mayores tarifas.

92. Sobre este punto en particular cabe señalar que, al menos para los clientes finales sujetos a regulación de precios, no es posible traspasar costos. En efecto, como se dijo anteriormente, la tarifa para los clientes finales con demandas menores a 1 MW de potencia se encuentran reguladas y hacen referencia a la tarifa en barra y al valor agregado de distribución, ambos estimados por Osinerg.

93. Si bien el marco regulatorio vigente impide el traspaso de costos descrito para los clientes regulados; en el caso de los clientes libres del distribuidor, dicho traspaso si es posible. Considerando que los clientes libres no tienen alternativas de suministro, una venta de Electroandes a Luz del Sur a precios elevados podría ser traspasada a los clientes libres de dicha empresa, en forma de mayores precios.

94. La posibilidad del traspaso de los costos depende de las fórmulas de reajuste de precios que se hayan establecido en los contratos que la distribuidora mantiene con sus clientes libres. Si la fórmula de reajuste de precios establecida en los contratos del distribuidor con sus clientes libres, no establece que los precios se actualizarán por variaciones en el precio de compra de la energía, entonces no hay forma de trasladar el mayor precio de compra de la distribuidora al cliente libre.

95. De acuerdo a la información remitida por la empresa con relación a las fórmulas de reajuste de precios establecidas en sus contratos, se ha podido determinar que no existen fórmulas de actualización o reajuste de precios que varíen en función a un mayor precio de compra. Por el contrario, de acuerdo con las fórmulas de reajuste, los precios varían en función a la variación de los precios en barra regulados. Incluso, dentro de los contratos de Luz del Sur, existen cláusulas que transfieren reducciones de costos pero no incrementos; por ejemplo, si Luz del Sur adquiere energía y potencia a precios menores que las tarifas en barra. Dicho de otra forma, si Luz del Sur compra energía a Electroandes a precios elevados, dichos precios no serían traspasados a los clientes libres con los que actualmente Luz del Sur tiene una relación comercial.

96. Si bien el traspaso de costos no se sería posible para los clientes libres actuales, sí existiría dicha posibilidad de traslado de costos para los clientes libres nuevos de Luz del Sur y/o Edecañete. En otras palabras, es posible considerar que con la integración, Luz del Sur y/o Edecañete tendrían incentivos para establecer nuevos contratos que trasladen los costos de compra de la energía y potencia a sus clientes libres.

97. El marco regulatorio vigente limita dicha posibilidad toda vez que, de acuerdo con el artículo 7° del Reglamento para la Comercialización de Electricidad en un Régimen de Libertad de Precios: «Es aplicable a los Contratos lo dispuesto por el inciso b) del Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la libre competencia, o el que lo sustituya, de modo que no pueden aplicarse condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros».

98. De acuerdo con esta norma, Luz del Sur y Edecañete están impedidos de establecer cláusulas contractuales discriminatorias para clientes libres que demanden prestaciones equivalentes. Precisamente, siendo que los contratos Luz del Sur y Edecañete vigentes, no contemplan el traslado de mayores costos de compra de energía y potencia a sus clientes libres, no podría establecerse para los nuevos clientes o los nuevos contratos, cláusulas que trasladen los costos de compra toda vez que las mismas mostrarían un trato discriminatorio incompatible con la legislación vigente.

99. Tomando en cuenta las regulaciones referidas a la comparación de tarifas libres y reguladas, así como la participación de mercado de las empresas involucradas en la operación notificada en dicho mercado, esta Comisión considera que la operación de concentración no tendría efectos negativos sobre el mercado de clientes libres.

100. Finalmente, tomando en cuenta los criterios de evaluación especificados en la Ley, la Comisión evalúo si la operación podría imponer una barrera a la entrada de nueva inversión en el sector eléctrico, en especial a la actividad de generación eléctrica.

101. Sobre el particular, la Comisión considera que, más allá de las propias barreras que fueron establecidas por el Estado, la operación notificada no implicaría una barrera a la entrada. En efecto, el ingreso a la actividad de generación no requiere de la integración con la actividad de distribución toda vez que el mercado de las empresas de generación no se restringe a la venta de energía a las empresas de distribución, sino que también incluye la venta a los clientes libres y al COES.

ANEXO N° 1
Índices de concentración Herfindahl – Hirchsman

Índice Post Concentración	Incremento del HHI	Comentario
HHI	----------	Se considera un mercado desconcentrado. Operaciones que resultan en mercado no concentrados probablemente no tendrán efectos sobre la competencia, por lo que no requerirán mayores análisis.
1000< HHI< 1800	Variación < 100	Se considera un mercado moderadamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos inferiores a 100 puntos probablemente no tendrán efectos negativos sobre la competencia por lo que no requerirán mayor análisis.
	Variación > 100	Se considera un mercado moderadamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos superiores a 100 puntos posiblemente tengan efectos sobre la competencia, dependiendo del análisis de los puntos 2, 3, 4 y 5 de la metodología propuesta.
HHI < 1800	Variación < 50	Se considera un mercado altamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos inferiores a 50 puntos, incluso en el caso de mercados altamente concentrados, probablemente no tendrán efectos adversos en la competencia, por lo que no requerirán mayor análisis
	50 < Variación < 100	Se considera un mercado altamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos mayores a 50 puntos y menores a 100 puntos en mercados altamente concentrados, posiblemente tengan efectos sobre la competencia dependiendo del análisis de los puntos 2-5 de la metodología propuesta.
	Variación > 100	Se considera un mercado altamente concentrado. Operaciones que resulten en incrementos mayores a 100 puntos en mercados altamente concentrados, posiblemente creen o fortalezcan una posición dominante y/o faciliten su abuso. Esta presunción podría ser desvirtuada a la luz del análisis de los puntos 2-5 de la metodología propuesta.

ANEXO N ° 2
Índices de concentración aplicados a la industria eléctrica
Transacciones al interior del COES

IHH	Potencia (MWh)	Energía (MWh)
Antes de la Operación	2898	3795
Posterior a la Operación	2635	3154
Variación	- 263	- 641

Elaboración: ST/CLC-INDECOPI

Mercado de Clientes Libres

IHH	Mercado de Grandes Clientes Libres		Mercados de Clientes Libres	
	Ventas (MWh)	Facturación (S/.)	Ventas (MWh)	Facturación (S/.)
Antes de la Operación	3194	3119	2250	2150
Posterior a la Operación	2073	2042	1846	1901
Variación	- 1121	-1077	-404	- 249

Elaboración: ST/CLC-INDECOPI

ANEXO N° 3
Efecto de la operación sobre las Tarifas Reguladas
—Simulación de una variación del precio libre de las empresas de PSEG—

Grupo Económico	Venta (GWh)	Precio Medio (Ctm. S/. kWh)		Variación del Precio Libre de PSEG			
		Libre	Teórico	5%	10%	15%	62%
PSEG	879	13,224	13,22	13,89	14,55	15,21	21,42
Endesa	774	14,224	14,86	14,24	14,24	14,24	14,24
Estado Peruano	687	13,620	14,00	13,62	13,62	13,62	13,62
Tractebel	671	14,745	14,74	14,74	14,74	14,74	14,74
Shougang	162	14,224	15,91	14,22	14,22	14,22	14,22
Jorbsa	152	14,295	15,98	14,30	14,30	14,30	14,30
Duke	107	15,888	16,17	15,89	15,89	15,89	15,89
NRG Energy	102	14,839	14,84	14,84	14,84	14,84	14,84
HICA	41	15,423	15,42	15,42	15,42	15,42	15,42
Maple, Duke y Otros	6	14,143	16,00	14,14	14,14	14,14	14,14
Cementos Lima	2	142,476	142,48	142,48	142,84	142,48	142,48
Total SINAC	3584	14,14	15,50	14,30	14,46	14,62	16,15
Variación Precio Regulado y Precio Libre	2,6 %			1,43 %	0,29 %	-0,82 %	-10,18 %

Simulación de concertación en el Mercado Libre
(PSEG, Endesa, Tractebel)

Grupo Económico	Ventas (GWh)	Precio Medio (Ctm.S/.kWh)		Colusión (variación del precio libre)		
		Libre	Teórico	15 %	20 %	25 %
Endesa	774	14,24	14,86	16,38	17,09	17,80
PSEG	879	13,22	13,22	15,21	15,87	16,53
HICA	41	15,42	15,42	15,42	15,42	15,42
Jorbsa	152	14,30	15,98	14,30	14,30	14,30
Estado Peruano	687	13,62	14,00	13,62	13,62	13,62
NRG Energy	102	14,84	14,84	14,84	14,84	14,84
Duke	107	15,89	16,17	15,89	15,89	15,89
Shougang	162	14,22	15,91	14,22	14,22	14,22
Maple, Duke y Otros	6	14,14	16,00	14,14	14,14	14,14
Cementos Lima	2	142,48	142,48	142,48	142,48	142,48
Tractebel	671	14,74	14,74	16,96	17,69	18,43
Total SINAC	**3584**	**14,14**	**14,50**	**15,50**	**15,95**	**16,41**
Variación Precio Regulado y Precio Libre		**2,6 %**		**-6,42 %**	**-9,09 %**	**-11,60 %**

ANEXO N° 4

Proyecciones de Generación 2001 – 2010
Escenario Base

AÑO	GAS NATURAL	PETRÓLEO	CARBÓN MINERAL	HIDRO	PROYECTOS FACTIBLES PERIODO 2001-2010
2001				25 90	Resev. San Diego-CH Cañón del Pato (existente). Recup. CH Machupicchu 1era (existente)
2002				16	CH Huanchor
2003		150			1* TG 150 MW
2004	- - 172			 154 82 17 10	Cambio Comb. Ventanilla Siemens N° 3 a GN (*) Cambio Comb. Ventanilla Siemens N° 4 a GN (*) 1* TG 172 MW CH Yuncan (**) Recup. CH Machupicchu 2da Etapa CH Poechos 1 CH Poechos 2
2005				525 86	CH Cheves CH Huanza
2006				 96	1* TG 172 MW CH Marañon
2007			125	 200	1* TV 125 MW CT llo 3 CH Platanal
2008	172				1* TG 172 MW
2009	172				1* TG 172 MW
2010	248				1*C 248 MW
TOTAL	**936**	**150**	**125**	**1301**	**Total Requerido (MW) = 2512**

SECTOR HIDROCARBUROS

El Estado evita la concentración en el sector hidrocarburos manteniendo un derecho de veto sobre ciertas decisiones entre las que se hallan fusiones y adquisiciones a través de cierto número de acciones de la empresa (acciones doradas).

Así, en la Ley 26221 Ley Orgánica de Hidrocarburos leemos en su:

Artículo 2: El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.

A través de la acciones «doradas» el Estado puede, si lo desea, evitar la formación de monopolios u oligopolios. En este sentido los que generan no pueden distribuir, los que distribuyen no pueden generar, los que refinan hidrocarburos no pueden almacenar y los que almacenan no pueden refinar, etc.

Sin embargo esta política de las acciones doradas solo es favorable en el corto plazo, pues en el largo plazo dependerá de la forma como las administre el gobierno de turno.

Textualmente la norma señala:

La Ley 26844 establece disposiciones aplicables al proceso de promoción de la Inversión Privada en las empresas del Estado del Sector Hidrocarburos

Esta norma señala:

«Artículo 1.- El proceso de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado del Sector Hidrocarburos deberá sujetarse a las siguientes disposiciones:

a) El Estado mantendrá una participación minoritaria en el capital social de las empresas, constituida por la propiedad de una o más acciones, según lo determine la COPRI.

b) Antes de su transferencia al sector privado, las empresas modificará sus estatutos a fin de crear una serie especial de acciones conformada únicamente por una o más acciones cuya propiedad corresponderá al Estado y cuyo régimen se señala a continuación.

1. Las acciones de esta serie solo podrán transferirse previa autorización otorgada mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

2. En tanto que se mantengan en propiedad del Estado, dichas acciones son inembargables, no pueden ser objeto de prenda ni usufructo y confieren a su titular los derechos siguientes:

I. Voto determinante en las siguientes decisiones: cierre de la empresa; incorporación de nuevos accionistas mediante cualquier modalidad, reducción de capital, emisión de obligaciones convertibles en acciones, inscripción de cualquier serie de acciones de la empresa en la Bolsa de Valores, cambio de objeto social, transformación, fusión, escisión o disolución de la sociedad y constitución de garantías reales sobre bienes sociales para respaldar obligaciones distintas a las de la propia empresa.

A elegir cuando menos a un director.

3. Las acciones cuyo titular no sea el Estado, no pueden transferirse a terceros sin la autorización previa de la Junta General adoptada con el voto conforme del titular de la acción o de la transferencia, en el plazo máximo de 30 días contados a partir de la fecha de recepción

por el Directorio de la empresa, de la correspondiente solicitud de convocatoria a Junta General, para tratar acerca de la autorización de transferencia de las acciones.

La transferencia de acciones que se efectúe contraviniendo lo dispuesto en el párrafo anterior es nula.

4. La Junta General, cuando se trate acerca de los temas referidos a los numerales 2 y 3 que anteceden, deberá observar lo dispuesto por el artículo pertinente de la Ley General de Sociedades. El Estado, conforme lo dispuesto en la presente Ley, vota la propuesta independientemente y la decisión de ser favorable impedirá la adopción válida de los acuerdos correspondientes.

5. Solo procederá la negativa a una propuesta la transferencia de acciones cuando el Estado considere que la persona natural o jurídica que se propone adquirirlas representa un peligro para la seguridad nacional.

6. Las normas de la presente Ley referidas a la incorporación de nuevos socios por cualquier vía no son aplicables cuando la transferencia se realiza a través de la Bolsa de Valores respecto de las acciones de la serie que corresponden al Estado.

Artículo 2.- En el caso previsto en el primer párrafo del artículo anterior continúa siendo de aplicación el Decreto Legislativo N° 674, normas complementarias y modificatorias, en lo que no se oponga a la presente ley; y en forma supletoria el Decreto Supremo N° 003-85-JUS-Ley General de Sociedades, normas complementarias y modificatorias.

Artículo 3.- Los procesos de promoción de la inversión privada en las empresas a que se refiere el Artículo 1 realizados con anterioridad a la presente Ley, mantienen su plena eficacia legal.

Artículo 4.- Al concluir el proceso de promoción de la inversión privada en las empresas del Estado comprendidas en los alcances de la presente Ley, quedan derogadas las leyes que dieron origen a dichas empresas así como las relativas a su funcionamiento interno y las del proceso de promoción de la inversión privada aplicables al sector.

Artículo 5.- El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, podrá prescindir por excepción, de la aplicación de lo dispuesto en la presente ley, cuando se trate de la privatización de empresas de pequeña envergadura, caso en el cual el proceso se rige por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 674 y demás normas complementarias.

Artículo 6.- Facúltese al Poder Ejecutivo a dictar mediante Decreto Supremo, en el plazo de 30 días, las medidas reglamentarias para la transferencia al Sector Privado de las empresas comprendidas en los alcances de la presente Ley.

Artículo 7.- Deróganse el Artículo 20 y la Sexta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 43- Ley de la Empresa Petróleos del Perú, y todas aquellas disposiciones legales que se opongan a la presente Ley».

SECTOR TELECOMUNICACIONES

En el Perú los servicios de difusión de las Telecomunicaciones tienen restricciones que evitan la concentración de empresas y el control de éstas en manos de un grupo de empresarios. La finalidad de las normas es evitar los monopolios u oligopolios en el sector.

El Estado restringe el otorgamiento de autorizaciones y licencias pues el titular de una autorización o licencia no puede ser titular de otra autorización o licencia dentro de la misma localidad.

Esta regulación tiene como finalidad explícita evitar los monopolios y concentraciones de los medios de comunicación. Esta normativa se consigna en la ley de Telecomunicaciones-Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. D.S. 013-93-TCC y su Reglamento D.S. No. 06-94-TCC.

El artículo 2 inciso 4 de la Constitución señala:

> Artículo 2.-
>
> «Toda persona tiene derecho:
>
> 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley.
>
> Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.
>
> Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de información y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación».

Hernando Agudela Villa al comentar sobre los medios de comunicación dice:

> «Los medios masivos de comunicación, radio, televisión e Internet desplazaron el papel del periodismo escrito y se han convertido, con la introducción cada vez más avanzada de nuevas tecnologías, en un poder con influencia decisiva en la formación de los ciudadanos. Mas aun, como lo demuestran los procesos electorales, desempeñan un papel político de grandes consecuencias.
>
> Con razón, se dice, que hoy el instrumento básico de transmisión ideológica no es la escuela o la familia, sino los grandes complejos empresariales y financieros dedicados a la comunicación, especialmente la relacionada con la imagen.
>
> La democracia política se fundamenta en la libertad de prensa y en el derecho a la comunicación o expresión, que no significan solamente la ausencia de censura, sino que implican que el sistema político, para que pueda formarse una auténtica opinión publica, reconozca y garantice a los diferentes grupos sociales el derecho a expresar ideas y opiniones y el derecho a la información, objetiva, veraz y pluralista que permitan a los ciudadanos conocer diferentes enfoques y a los sectores minoritarios expresarse a través de los medios como portadores de diferentes elementos de juicio.
>
> (...)
>
> Estas premisas se desvirtúan cuando, como en los regímenes totalitarios, la opinión pública está dirigida por los mandatarios del Estado, del partido o de los organismos de éste, con el fin de formar una opinión o como mecanismos de control social...»[381]

José Carlos Laguna de Paz agrega:

---

381 AGUDELO VILLA. Hernando. *De los Monopolios a la democracia económica. Una política para controlar la concentración del poder económico.* Bogotá: Ariel Economía, 1999, p. 85.

«Los medios de comunicación social presentan una doble dimensión; por un lado una manifestación de libertades, económicas y de expresión y, por otro, son vehículo del derecho a la información, constituyendo una pieza maestra para el mantenimiento de una opinión pública libre. De ahí que en este ámbito, la concentración empresarial también debe ser contemplada desde un doble ángulo: la defensa de la competencia y la protección del pluralismo informativo...[382].

Desde un punto de vista económico, la concentración empresarial no es una operación, en sí misma, indeseable. A nivel europeo, se han destacado las dificultades que resultan de la reducida dimensión de las empresas comunitarias, frente a las grandes corporaciones norteamericanas y japonesas(...).

De ahí que la concentración pueda llevar consigo efectos beneficiosos para las empresas, para el mercado, para los consumidores y, con todo ello en determinadas condiciones, también para el propio pluralismo informativo(...).

Todas aquellas operaciones de concentración que persigan la reestructuración de las empresas con el fin de adaptarse a la nueva situación del sector, que en el caso de la televisión y las telecomunicaciones viene marcada por el avance tecnológico y la creciente liberalización de las actividades(...).

A partir de aquí, no obstante, se produce un punto de inflexión y la concentración empresarial ofrece su cara menos amable. Alcanzados los razonables índices de crecimiento empresarial, la formación de nuevos conglomerados de empresas puede resultar dañina para la propia competencia. De ahí que las propias normas traten de proteger la estructura del mercado frente a procesos de concentración que puedan conducir a la desaparición de alternativas empresariales suficientes y, con ello, impedir el desarrollo esperado de la libre concurrencia(...).

Con todo —en relación con los medios de comunicación— la concentración empresarial adquiere caracteres particulares. Como decimos, no está solo en juego la salud del mercado, sino también las libertades de expresión e información. La concentración vertical puede ser utilizada para favorecer de manera calculada a las propias empresas de televisión en perjuicio del abanico de competidores y, con ello de la diversidad informativa. La propiedad acumulada de empresas de televisión, cadenas de radio y periódicos —aun sin afectar a las reglas de la competencia— puede conducir a una drástica reducción del número de agentes independientes, necesarios para la formación de una opinión pública libre. De ahí que la concentración en los medios de comunicación deba ser apreciada —de manera especial— desde la óptica de la protección y promoción del pluralismo...»[383].

El autor al comentar el mercado relevante dice:

«El control de concentraciones en los medios de comunicación persigue la protección del pluralismo informativo y de la libre competencia. De allí que solo interesan aquellas operaciones empresariales que, alterando la estructura del mercado relevante puedan comprometer dichos bienes. En lo demás, debe jugar la libertad mercantil, decidiendo los entrecruzamientos societarios que dicte la autonomía empresarial. Desde esta perspectiva, es irrelevante la concentración multisectorial, que refleja la conexión societaria —mediata o inmediata— que puede ligar a las empresas de televisión con otros sectores económicos, productivos o industriales. No se oculta que este tipo de concentración puede condicionar la

[382] LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Televisión y Competencia». En: *La Ley*. Colección Derecho de las Telecomunicaciones, Madrid: 2000, p. 241.

[383] *Ibidem*, pp. 242-244.

línea editorial de la empresa informativa. Sin embargo, en sí misma, no se altera la estructura del mercado televisivo —o de los medios de comunicación— por lo que, frente a ella, solo cabrá oponer las exigencias generales que resultan del derecho a la información. A ello debe añadirse la plena transparencia en la propiedad de la empresa, de manera que la opinión pública en todo momento sepa quien esta detrás del medio(...)[384].

Desde el punto de vista del pluralismo informativo, interesan el conjunto de los medios de comunicación, pues todos ellos contribuyen a la formación de una opinión pública diversificada. Aunque las normas deban favorecer la diversidad de cada medio, no puede desconocerse que la información llega a los ciudadanos por el conjunto de todos ellos (televisión, prensa, radio), por lo que la valoración de la variedad informativa, como decimos, debe hacerse desde esta visión global. En cambio desde la perspectiva más estrecha, del Derecho de la competencia, en principio, cada uno de los medios de comunicación da lugar a un mercado definido. Más aún, incluso dentro de cada medio es posible individualizar distintos mercados, que han de ser tomados en cuenta aisladamente a efectos de la protección de la concurrencia. En consecuencia, la perspectiva e intensidad de intervención desde uno u otro enfoque es forzosamente distinta. La concentración multimedia —en la que se tejen vínculos entre empresas que actúan en distintos campos mediáticos— es relevante desde el pluralismo informativo, pero no necesariamente desde el Derecho de la Competencia. En cambio, la concentración horizontal que da lugar a las conexiones entre empresas dedicadas al mismo sector de la comunicación, en este caso, la televisión, interesa desde ambas perspectivas. Lo mismo sucede con la concentración vertical, que revela la conexión entre los medios de comunicación y las empresas que intervienen en cualquiera de las fases de la actividad (agencias de publicidad, empresas de comercialización del producto televisivo, etc.)...»[385].

El Artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones. D.S. 013-93-TCC regula legalmente la libre competencia en las Telecomunicaciones:

«Artículo 6.-

El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.

Igualmente, el Estado fomenta la participación de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de estos servicios.

Artículo 6 del Reglamento D.S. N° 06-94-TCC .-

Los servicios de telecomunicaciones se prestan en un régimen de libre competencia. A tal efecto están prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales, entre otros, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los titulares de concesiones y autorizaciones, en ningún caso podrán aplicar prácticas monopólicas restrictivas de la libre competencia, que impidan una competencia sobre bases equitativas con otros titulares de concesiones y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones.

---

384 *Ibidem*, p. 248.

385 *Ibidem*, pp. 248-249.

Los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional, se ajustarán a lo establecido en la Ley N° 26285.

Pero la ley de Telecomunicaciones establece algunas limitaciones, en cuanto a la titularidad de la empresa en sus artículos 21 y 23, específicamente para los medios de difusión:

Artículo 21.- Los servicios de difusión se prestan en régimen de libre competencia, estando prohibida cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento.

Artículo 23.- Una misma persona natural o jurídica no podrá ser titular de autorizaciones y licencias de más de una estación de radiodifusión en la misma banda de frecuencia por localidad. Esta misma restricción opera en relación con los accionistas de una empresa concesionaria.

Se considera como una sola persona jurídica, a dos o más personas jurídicas que tengan como accionista, asociado, director o gerente común a una misma persona natural, pariente de ésta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Son servicios de difusión los servicios de telecomunicaciones en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción».

Son considerados servicios de difusión:

1. Servicios de radiodifusión sonora
2. Servicios de radiodifusión de televisión
3. Servicios de distribución de radiodifusión por cable
4. Servicios de circuito cerrado de televisión

Una misma persona natural o jurídica no podrá ser titular de autorizaciones y licencias de más de una estación de radiodifusión en la misma banda de frecuencia por localidad.

El reglamento define como localidad:

«entiéndase como **"localidad"**, a la extensión de la superficie en donde es posible la recepción de las señales emitidas por una determinada estación de radiodifusión, utilizando receptores comerciales comunes en un nivel de señal de calidad buena, según la definición aprobada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones».

La ley de telecomunicaciones define como:

Autorización: Facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de telecomunicaciones, que no requiera de concesión para instalar equipos de radiodifusión.

Licencias: Facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para operar un servicio de radiocomunicación autorizado.

El Perú no está solo en esta prohibición. Veamos algunas limitaciones a la concentración absoluta y formación de monopolios en la Legislación Comparada:

En las principales democracias del mundo se ha legislado severamente para impedir la formación de monopolios alrededor de los medios masivos de comunicación, con el fin de facilitar una opinión pública libre.

En la legislación española «exige que ninguna persona adquiera directa o indirectamente una participación superior al 49% del capital de la sociedad concesionaria. Además las personas físicas o jurídicas extranjeras (no comunitarias) solo podrán participar en el capital de una sociedad concesionaria en aplicación del principio de reciprocidad, respetando en todo caso los límites establecidos(...)»[386].

En Italia se debate sobre la «urgencia de reglamentar el dominio de la televisión para democratizarlo y quebrantar el monopolio del magnate Silvio Berlusconi, quien tiene la propiedad de tres canales.

La corte suprema de justicia, en sentencia sobre la materia, ha ordenado poner en vigencia tal legislación.

No debe olvidarse que Berlusconi es el Presidente del principal partido de la Derecha, Forza Italia, y que llegó a ser Presidente del Consejo de Ministros»[387].

En los Estados Unidos «la legislación prohíbe que en una misma ciudad o área geográfica, un periódico, una estación de radio, un canal o noticiero de televisión, pertenezcan a un solo dueño. Cuando esto ocurre constituye un monopolio sobre la información que viola el derecho de los ciudadanos a estar informados»[388].

1.3.7.1.1.3. El concepto de concentración en la normatividad comparada

De los 13 países del hemisferio que cuentan con un régimen de protección de la competencia, con excepción de Argentina, Chile y Perú, todos establecen disposiciones sobre el control previo de concentraciones económicas, derivadas de la fusión o adquisición de empresas cuando el efecto de tales medidas es disminuir la competencia en el mercado.

Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Jamaica, México, Panamá, los Estados Unidos y Venezuela establecen regulaciones para el control de las concentraciones económicas basados en sistemas de notificación obligatoria previa o voluntaria, con el fin de evaluar el grado de concentración y sus efectos sobre la competencia.

A. BOLIVIA

La legislación boliviana señala en el artículo 134 de su Constitución Política:

> «Artículo 134°.- No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado. No se reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las concesiones de servicios públicos, cuando excepcionalmente se hagan, no podrán ser otorgadas por un período mayor de cuarenta años»[389].

La ley 1182[390] denominada Ley de Inversiones promulgada del 17 de septiembre de 1990 señala:

---

386 *Ibidem*, p. 258

387 *Ibidem*, p.90

388 AGUDELO VILLA (1999). *Op. cit.*, p. 90.

389 www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/spanish/dlr2/Idr2BOLs.asp.

390 www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/spanish/dlr2/Idr2BOLs.asp.

«Artículo 14°.- De acuerdo a lo dispuesto en la Constitución Política del Estado no reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las actividades de producción, comercialización interna, de exportación e importación así como de intermediación financiera no podrán invocar privilegios proteccionistas del Estado, debiendo realizar sus actividades dentro de un marco de eficiencia económica y competitividad».

Asimismo el artículo 16 y 17 de la ley de inversiones señala:

«Artículo 16°.- Se reconocen las inversiones conjuntas entre inversionistas nacionales y/o extranjeros, bajo la modalidad de Riesgo Compartido (*Joint Venture*) u otras.

Artículo 17°.- Las sociedades constituidas en el país, las entidades del Estado, incluyendo las empresas autárquicas así como las personas naturales nacionales o extranjeras, domiciliadas o representadas en el país, pueden asociarse entre si mediante contratos de Riesgo Compartido para toda actividad permitida por Ley».

En el mismo sentido la Ley del Sistema Sectorial en su artículo 18 no permite la concentración de empresas cuando esta implique poner en grave peligro la competencia.

«Artículo 18°.- Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico.

A los efectos de esta ley, se entiende que una empresa o entidad tiene posición dominante en el mercado, si como oferente o demandante de un determinado tipo de bienes o servicios regulados, es la única dentro del mercado o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo».

B. BRASIL

La legislación brasileña prevé el control de todos los actos y contratos que puedan limitar o perjudicar de cualquier forma la libre concurrencia o dar lugar a la dominación de mercados pertinentes de bienes o servicios.

Dentro de esos actos se incluyen expresamente los que se encaminen directamente a cualquier forma de concentración económica, sea a través de alguna fusión o incorporación de empresas, la constitución de sociedades para ejercer el control de empresas o cualquier forma de agrupamiento social.

Establece como indicador de apreciación obligatoria el marco de un 20% de participación de la empresa o grupo de empresas en el mercado pertinente o una facturación bruta anual de RS 400.000.000,00 (cuatrocientos millones de reales) registrada por cualquiera de los participantes.

Las notificaciones pueden ser previas o a posteriori, en el plazo de 15 días hábiles contados desde la realización del negocio.

Ese control es ejercido por el Consejo Administrativo de Defensa Económica -CADE- que podrá autorizar actos de concentración económica si considera justificado el aumento de las eficiencias económicas invocadas por los participantes y el aporte de beneficios a los consumidores o usuarios finales, y no se elimina una parte sustancial del mercado pertinente y se observan los límites estrictamente necesarios para el logro de los objetivos que se persiguen con la operación.

La eficacia de los actos sometidos a la apreciación del CADE se condiciona a su aprobación, caso en que se retrotraerá a la fecha de su realización. Si CADE no los aprecia en el plazo establecido por la ley se considerarán automáticamente aprobados.

La aprobación podrá ser revisada si la decisión se hubiese basado en informaciones falsas o engañosas presentadas por los interesados o se produjera el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas o no se alcanzaren los beneficios previstos.

En caso de desaprobación, el CADE determinará las providencias que correspondan para la revocación total o parcial de los actos que no se hubieren realizado bajo condición suspensiva, o que hubieren suscitado efectos para terceros, inclusive de naturaleza fiscal.

C. CHILE

En Chile no existe una normativa específica referida al control de estructuras de mercado. Sin embargo, dado el carácter amplio de la prohibición general del artículo 1 del Decreto Ley 211, su contenido se ha aplicado y aplica también aquellas operaciones de concentración entre empresas que tiendan a impedir la competencia dentro del país.

El artículo 1 del Decreto Ley 211[391] de 1973 señala:

«Artículo 1°.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena aumentará en un grado».

D. COLOMBIA

En Colombia la concentración de empresas se encuentra regulada por varias normas.

En primer lugar el artículo 4 de la Ley 155/59[392] señala:

«Artículo 4°.- Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (20.000.000,00) o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyectan llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración».

Sobre el tema el artículo 45 inc. 4 del Decreto Legislativo 2153 [393] dice:

Artículo 5°.-

«4. Adquisición de Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la acti-

391 www.ftaa-alca.org

392 www.sic.gov.co/Normatividad/Normatividad.htm

393 www.sic.gov.co/Normatividad/Normatividad.htm

vidad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa».

El artículo 50 del Decreto Legislativo 1302[394] de 1964:

«Artículo 50°.- La Superintendencia podrá objetar la operación cuando tienda a producir indebida restricción a la libre competencia, en presunción los siguientes casos:

a. Cuando ha sido precedida de convenios ligados entre las empresas con el fin de unificar e imponer los precios a los productores de materias primas o a los consumidores, o para distribuirse entre sí los mercados o para limitar la producción, distribución o prestación del servicio;

b. Cuando las condiciones de los productos o servicios en el mercado sean tales que la fusión, consolidación o integración de las empresas que los producen o distribuyen pueda determinar precios inequitativos en perjuicio de los competidores o de los consumidores».

Finalmente el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 señala:

«Artículo 51.-

Integración de Empresas: El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidaciones, integraciones o adquisiciones de control de empresas que le sean informados en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado».

E. COSTA RICA

En Costa Rica la concentración de empresas se encuentra regulada por la ley 7472[395], Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, la que en su artículo 16 señala:

«Artículo 16°.- Se entiende por concentración la fusión, la adquisición del control o cualquier otro acto en virtud del cual se concentren las sociedades, las asociaciones, las acciones, el capital social, los fideicomisos o los activos en general, que se realicen entre competidores, proveedores, clientes u otros agentes económicos, con el objeto o efecto de disminuir, dañar o impedir la competencia o la libre concurrencia, respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. En la investigación de las mismas deben seguirse los criterios de medición de poder sustancial en el mercado relevante, establecidos en el Artículo 15 de la Ley, en relación con las prácticas monopolísticas relativas.

Artículo 24° inc. b y c

b. La Comisión para Promover la Competencia puede ordenar la desconcentración, parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente.

c. Se incluye entre las potestades de la Comisión para Promover la Competencia, la de investigar la existencia de monopolios, cárteles, prácticas o concentraciones prohibidas en esta Ley».

394 www.sic.gov.co/Normatividad/Normatividad.htm

395 www.ftaa-alca.org/alca_s.asp/Costa Rica

F. MÉXICO

La Concentración Económica en México se encuentra regulada por la Ley General de Competencia Económica[396] del 24 de diciembre del 1994 y su Reglamento[397] del 4 de marzo de 1998.

La ley señala:

«Artículo 16°.- Para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general, que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Artículo 17°.- En la investigación de concentraciones, la Comisión habrá de considerar como indicios de los supuestos a que se refiere el artículo anterior, que el acto o tentativa:

I. Confiera o pueda conferir al fusionante, al adquiriente o agente económico resultante de la concentración, el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder;

II. Tenga o pueda tener por objeto indebidamente desplazar a otros agentes económicos, o impedirles el acceso al mercado relevante; y

III. Tenga por objeto o efecto facilitar sustancialmente a los participantes en dicho acto o tentativa el ejercicio de las prácticas monopólicas a que se refiere el capítulo segundo de esta ley.

Artículo 18.- Para determinar si la concentración debe ser impugnada o sancionada en los términos de esta ley, la Comisión deberá considerar los siguientes elementos:

I. El mercado relevante, en los términos prescritos en el artículo 12 de esta ley;

II. La identificación de los agentes económicos que abastecen el mercado de que se trate, el análisis de su poder en el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 13 de esta ley, el grado de concentración en dicho mercado; y

III. Los demás criterios e instrumentos analíticos que prescriba el reglamento de esta ley».

La ley fue reglamentada el 4 de marzo de 1998:

«Artículo 15.- Se consideraran adicionalmente los siguientes criterios:

I. La valoración en el mercado relevante de las ganancias en eficiencia que puedan derivarse de la concentración, las mismas que deberán de ser acreditadas por los agentes económicos que las realicen;

II. Los efectos de la concentración tanto en el mercado relevante con respecto a los demás competidores y demandantes del bien o servicio, como en otros mercados y agentes económicos relacionados, y

396 www.ftaa-alca.org/alca_s.asp/mexico

397 www.ftaa-alca.org/alca_s.asp/Mexico

III. La participación accionaria del agente o agentes económicos involucrados en la transacción y otros agentes económicos que participen directa o indirectamente en el mercado relevante o mercados relacionados».

G. VENEZUELA

La ley N° 34.880[398], Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia del 13 de enero de 1992 señala en su artículo 11:

«Artículo 11°.- Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o en parte del mercado».

El artículo 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia señala:

«Artículo 42°.-

La evaluación de la operación de concentración económica solicitada, se realizará siguiendo el procedimiento ordinario previsto en el Capítulo I del Título III de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos».

El Reglamento N° 2[399] relativo a Concentraciones Económicas señala:

«Artículo 2°.- Se aplicará a todas las operaciones cuando el monto del volumen de negocios de las empresas o divisiones objeto de la operación supere la cuantía que establezca la Superintendencia mediante Resolución.

Artículo 3°.- El cálculo del volumen de negocios total se realizará mediante la sumatoria de los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas objeto de la operación durante su último ejercicio económico. Existen reglas específicas para:

a. Adquisición fraccionada;

b. Empresas vinculadas entre sí;

c. Empresas con filiales comunes;

d. Bancos e instituciones financieras; y

e. Empresas de seguros.

Artículo 4°.-

Se entenderá que las siguientes constituyen operaciones de concentración económica:

a. La fusión entre dos o más de las personas a que refiere esta Ley cuando no se encuentre vinculadas entre sí;

b. La constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos o más de las personas no vinculadas entre sí a que se refiere la Ley, cuando tal operación tenga como efecto una concentración económica y la empresa resultante desempeñe las funciones de una enti-

398 www.ftaa-alca.org/alca_s.asp/Venezuela

399 www.ftaa-alca.org/alca_s.asp/Venezuela

dad económica independiente y no tenga por objeto una mera coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí, ni entre éstas y la empresa común;

c. La adquisición, directa o indirecta, por una o más de las personas a que se refiere la Ley, del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, la toma de participaciones en el capital, o través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control de la empresa;

d. La adquisición de activos productivos, tangibles o intangibles, así como la adquisición de fondos de comercio; y

e. Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, por medio de los cuales se concentren empresas, divisiones o partes de empresas, fondos de comercio o activos productivos en general.
(...)
Artículo 6°.- Las operaciones de concentración económica a que se refiere este Reglamento, podrán ser evaluadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, antes de su realización o ejecución. La solicitud de evaluación previa no obliga a las empresas a suspender la ejecución de la operación, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 13 y 15 de este Reglamento.

Artículo 7°.- La solicitud de evaluación previa deberá estar acompañada de las informaciones y documentos identificados en el "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica", elaborado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia que se publicará en la Gaceta Oficial de la República.

Artículo 8°.- Cuando en la solicitud de evaluación previa faltaren o se omitieran los requisitos previstos en el "Instructivo sobre Operaciones de concentración Económica", se le comunicará a los solicitantes por escrito, para que en el plazo de quince (15) días procedan a subsanar las faltas y omisiones observadas, de conformidad con el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Artículo 9°.- La solicitud de evaluación previa de las operaciones de concentración económica, deberá ser realizada en forma separada por las empresas que participen en la operación de concentración. Deberán asimismo, cada una de ellas individualmente, dar respuesta al "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica" a que se refiere el artículo 7° de este Reglamento.

H. PANAMÁ

El artículo 19° de la ley 29 señala que se entiende por concentración económica:

«Artículo 19°.- Se entiende por concentración económica, la fusión, la adquisición del control o cualquier otro acto por virtud del cual se agrupen sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos, establecimientos a activos en general que se realice entre proveedores, clientes u otros agentes económicos competidores entre sí.

Se prohíben las concentraciones económicas cuyo efecto sea o pueda ser disminuir, restringir, dañar o impedir, de manera irrazonable, la libre competencia económica y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.

Se exceptúan de esta prohibición las concentraciones que recaigan sobre un agente económico que se encuentre en estado de insolvencia, siempre que éste compruebe haber buscado infructuosamente compradores no competidores.

No se consideran como concentraciones económicas, para los efectos de este capítulo, las asociaciones accidentales que se realicen por un tiempo definido para desarrollar un proyecto determinado.

Artículo 20°.- Antes de surtir sus efectos, las concentraciones podrán ser notificadas y sometidas, por el agente económico interesado, a la verificación de la Comisión.

Artículo 21°.- Las concentraciones que hayan sido verificadas, y cuenten con el concepto favorable de la Comisión, podrán operar válidamente y no podrán ser impugnadas posteriormente por razón de los elementos verificados, salvo cuando dicho concepto favorable se hubiese obtenido sobre la base de información falsa o incompleta proporcionada por el agente interesado».

El Decreto Ejecutivo N° 31[400] del 3 de septiembre de 1998 reglamentó la ley. Así señala:

«Artículo 14°.- Los agentes económicos podrán notificar y someter a verificación de la Comisión las concentraciones económicas previstas. La notificación de verificación previa no obliga a los agentes económicos a suspender la ejecución de la concentración, sin perjuicio de lo que la Comisión resuelva.

Artículo 15°.- Cuando una concentración económica no se haya sometido a verificación previa, la Comisión, dentro de un período no mayor de tres (3) años de haberse efectuado, podrá iniciar una investigación siempre que se presuma la existencia de uno de los supuestos prohibidos por la Ley, conforme a lo establecido en los artículos 24, 25 y 26 de la misma. Durante la investigación, la Comisión podrá requerir de los agentes económicos la información que estime pertinente. Dentro del mismo período de tres (3) años deberá concluirse la investigación mediante resolución».

1.3.7.1.1.4. El pase previo como condición para la fusión. Argumentos a favor y en contra

En el Derecho Americano

La norma fundamental aplicable a las fusiones horizontales en los Estados Unidos es el artículo 7° de la Ley Clayton (IV § 2). Esta norma prohíbe a las sociedades anónimas adquirir acciones o activos de otras sociedades anónimas, cuando el efecto de esta adquisición sea afectar sustancialmente la competencia o crear un monopolio.

Como podemos apreciar el problema principal de las fusiones está íntimamente relacionado con la competencia. Cuando se produce una concentración en virtud de la fusión de dos empresas que cuentan con una participación significativa de mercado, la competencia se ve seriamente afectada.

Es importante señalar que la determinación del grado de concentración del mercado es el primer paso para establecer la existencia o no de una infracción en la legislación antimonopólica.

400 www.ftaa-alca.org/alca_s.asp/Panama

Una justificación del proceso de fusión es cuando esta fusión ha permitido que la empresa continúe, pues, caso contrario, las empresas desaparecerían debido a su débil posición de mercado, su escaso tamaño o por sus dificultades económicas y/o financieras.

Guillermo Cabanellas[401] dice «un caso especial de fusiones horizontales, que ha merecido un análisis específico de parte de la jurisprudencia y la doctrina estadounidenses, es el de las llamadas fusiones de extensión de mercado. En estos supuestos no se trata de empresas que compiten en un mismo mercado, conforme a la definición de éste utilizada en otros casos de fusiones horizontales, sino de firmas que operan en mercados suficientemente desvinculados entre sí como para que ellas sean consideradas como competidoras potenciales. El caso típico de las fusiones de extensión de mercado está configurado por la concentración de empresas que operan en ámbitos geográficos suficientemente separados entre sí como para que no quepa considerarlos como integrantes de un mismo mercado relevante. En estas hipótesis es evidente que las empresas cuentan con la capacidad técnica y organizativa como para extender sus operaciones al mercado en que actúan las firmas con quienes se asocian; de esta forma las fusiones de extensión de mercado presentan un impacto anticompetitivo comparable al que corresponde a las concentraciones horizontales que tiene lugar entre firmas que operan en el mismo mercado, entendido éste en el sentido adoptado por la jurisprudencia estadounidense».

En la Comunidad Europea

Pese a la falta de reglamentos específicos sobre el tema de fusiones u otras concentraciones empresariales en el marco del Mercado Común Europeo, y a las dudas planteadas originalmente respecto de la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma a esos actos (IV, § 2), los organismos de la Comunidad Económica Europea han desarrollado gradualmente una serie de principios relativos a los actos con efectos estructurales sobre la competencia, particularmente mediante la aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma.

Estos lineamientos y principios surgen de las decisiones de la Comisión como de publicaciones y circulares del Tribunal.

Fusiones Verticales

Este tipo de concentración se produce cuando se unen jurídicamente dos empresas que actúan independientemente en distintas etapas de un mismo proceso productivo. La fusión vertical se realiza cuando una empresa A adquiere otra empresa B que produce un bien o servicio. De no haberse integrado, la primera empresa tendría que adquirir ese bien o producto del mercado. Las empresas fusionadas no vuelven a competir en el mercado. A partir de la fusión una empresa depende de la otra, ubicándose en diferentes niveles de la cadena productiva. Una de ellas cumple el papel de proveedor de alguna materia prima de la otra o una actúa como distribuidor o canal de venta de la otra.

Las fusiones verticales generalmente se producen cuando los accionistas de la adquiriente buscan mejor eficiencia. La principal finalidad es cerrar la cadena productiva; No se

401 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, pp. 613-614.

desea depender de la venta de un insumo o materia prima importante de la empresa proveedora; se evita la inseguridad de carecer de suficientes insumos cuando la demanda crece y se asegura el abastecimiento cuando estos insumos son difíciles de obtener en el mercado. Con la fusión vertical se ahorran costos y se solucionan muchos problemas administrativos. Se pueden tener ventajas en el aprovisionamiento, en el transporte, en el almacenamiento y principalmente en los costos de transacción.

Quiroga y Rodríguez[402] nos señalan las ventajas conseguidas con las fusiones verticales:

a. Reducción de costos de producción

El ahorro en los costos de producción se presenta por cuanto la empresa concentrada verticalmente puede obtener ventajas en el transporte, almacenamiento y tecnología, no disponibles para empresas que no gozan de integración vertical.

Así, por ejemplo, existirán sinergias en el abastecimiento y en la distribución si una empresa farmacéutica como Química Suiza adquiere a un distribuidor de sus líneas como la compañía Richard O'Custer. (ROCSA).

b. Reducción de costos de transacción

Estos costos están referidos al ahorro que la empresa obtiene si se fusiona con alguno de sus proveedores. Puede reducir costos, al no tener que negociar en todo momento los costos de los productos que necesita para su producción o en la búsqueda del producto en el mercado, sea porque el insumo es especial o requiere de tecnología. Asimismo si la fusión fuese con la empresa de almacenamiento, la reducción se verá reflejada en el ahorro que significa ponerse de acuerdo en los fletes a cobrar entre los centros de utilidades. Esta situación se repite si la concentración vertical se produce entre las empresas productoras y la empresa de transportes. «...es mejor asegurar el flujo continuo del insumo mediante una integración vertical, en vez de adquirirlo en el mercado asumiendo los altos costos de transacción que ello representa».

Una de las ventajas del grupo japonés Mitsubishi en todas sus licitaciones internacionales es que cuando oferta puede hacerlo a precios mejores al reducir sus márgenes entre las empresas del grupo. Mitsubishi Bank financia a tasas competitivas. Mitsubishi Heavy Industries fabrica competitivamente, Mitsubishi Shipping Corporation transporta a precios bajos y Mitsubishi Trading comercializa cobrando comisiones bajas. Al reducir todas las empresas del grupo sus márgenes y costos de transacción se explotan los beneficios de la integración vertical.

c. Reducir costos y/o obtener mejoras de la distribución

La eficiencia es el principal motivo para llevar a cabo una concentración de tipo vertical entre la empresa productora y su distribuidora. El producto llegará a manos del cliente acorde a las especificaciones que el productor considera las más apropiadas e idóneas. Asimismo puede manejar el precio de venta final.

[402] QUIROGA y RODRÍGUEZ (1997). *Op. cit.*

Si un producto es perecedero y frágil (como pollo o verduras) este puede ser mal manipulado por el distribuidor dañándose. En este caso el productor puede optar por comprar una cadena de distribución para proteger su producto y marca en el mercado.

d. Evitar costos no competitivos provenientes de mercados monopolizados o cartelizados

Este tipo de ahorro se encuentra en aquellos casos en los cuales un insumo se encuentra en un mercado monopolizado o cartelizado. Por lo tanto la empresa que lo adquiera lo hará a un costo mayor que el precio que pagaría en situación de competencia. Mediante la concentración vertical una empresa podrá utilizar esos mismos insumos a costo marginal pues los proveerá ella misma.

La concentración vertical conlleva muchas ventajas las que podemos reducir en dos términos: En ahorros y eficiencia. Sin embargo, existen situaciones en las cuales una concentración vertical puede tener efectos negativos sobre la competencia. Quiroga y Rodríguez resumen acertadamente estas situaciones:

Discriminación de Precios

Esta discriminación se presenta cuando la empresa concentrada provee a la empresa fabricante el insumo a determinado precio, pero ofrece los mismos insumos a otras empresas competidoras a mayor precio. «Esta práctica perjudica la competencia porque brinda a unas empresas ventajas competitivas sobre otras, que no derivan de una mayor eficiencia». Esta práctica se sanciona en casi todas las legislaciones.

Barreras a la entrada

La concentración vertical puede hacer difícil la entrada al mercado de nuevas empresas, eliminando la competencia potencial. Generalmente la nueva empresa, que desea ingresar al mercado de la empresa que produce actualmente bienes ofertados tendrá que buscar sus insumos en otras fuentes, ubicar su distribuidora y transportistas, encontrando que si las empresas actuales están concentradas verticalmente en el mercado y tienen totalmente copado el ciclo de producción y distribución no podrá competir adecuadamente frente a los actuales competidores. Las concentraciones verticales pueden actuar en algunas circunstancias como efectivas barreras de entrada elevando exageradamente el costo de ingreso a potenciales competidores de un mercado específico.

Evasión de la regulación

La evasión puede presentarse cuando existen mercados que tienen precios o tarifas reguladas, mientras que los precios de sus insumos no lo están. En estos casos existe una clara motivación para que las empresas del mercado regulado se integren con empresas proveedoras de insumos y, a través de ellas, camuflen o aumenten artificialmente sus costos.

La Concentración Vertical en el Derecho Americano

Los actos de concentración vertical se encuentran sujetos, en el Derecho americano a las mismas disposiciones legales que rigen las fusiones horizontales. Nos referimos a los artículos 1° de la Ley Sherman y 7° de la Ley Clayton (I, § 15; IV, § 3). No obstante, los principios desarrollados por la jurisprudencia difieren sensiblemente de los aplicados respecto de las concentraciones empresariales entre firmas que operan en los mismos mercados o

que son potencialmente competidoras entre sí. Por una parte, es evidente que no existe la eliminación directa de la competencia entre las empresas fusionadas, lo que caracteriza a las concentraciones horizontales. Por definición las fusiones verticales tienen lugar entre firmas que no tiene el carácter de concurrentes entre sí pues se ubican en distintos niveles de la cadena de valor.

La Concentración Vertical en la Comunidad Europea

Dada la escasez de jurisprudencia o antecedentes administrativos en esta materia, no puede afirmarse con un grado razonable de certeza que los criterios utilizados por la Comisión de las Comunidades Europeas, y confirmados por la Corte Europea de Justicia, en relación con las fusiones horizontales (IV, § 4) serán aplicables directamente a las concentraciones empresariales de naturaleza vertical.

La Concentración Vertical en América Latina

En la segunda mitad de la década de los años 80 se produjo un aumento impresionante de fusiones en los países desarrollados. En Estados Unidos las fusiones tuvieron como característica principal su valor elevado, su naturaleza transnacional y sobre todo su naturaleza horizontal. Esta tendencia disminuyó en los primeros años de la década de los 90.

¿Qué pasó en la década de los 80 en los países en desarrollo? El tema de las fusiones no ha tenido importancia en términos comparativos. Esto principalmente por las erráticas tendencias políticas y las inestables situaciones macroeconómicas que no permitieron que se efectuaran fusiones y adquisiciones. Primaban anomalías como la actividad empresarial del Estado en la que éste concentraba una parte importante y considerable de la industria, con una alta concentración de la propiedad, una financiación insuficiente y fragmentada con altas tasas de interés y mercados de capitales poco profundos y faltos de transparencia, leyes que no permiten la inversión extranjera regulándola artificialmente, altas tasas impositivas, inestabilidad jurídica y falta de confianza en los inversionistas. Estos son los principales motivos que determinaron las escasas fusiones en los países en desarrollo.

Cabanellas[403] señala que: «Esta política pragmática que se auto legitima con el deseo de lograr resultados económicos a nivel nacional o regional y de alcanzar competitividad de las empresas nacionales, no ha tenido ningún éxito, pues ha impedido permanentemente la competencia potencial proveniente del extranjero, importante para los mercados pequeños».

La tendencia en la década de los 90 se revirtió, pues en la mayoría de los países en desarrollo la privatización de las empresas permitió que una mayor cantidad de firmas se fusionen.

Rajan Dhanjee[404] afirma que «las fusiones en los países en desarrollo pueden reducir la concentración del mercado al permitir el ingreso en un mercado concentrado a las firmas recién llegadas. También puede permitir que las firmas compitan mejor contra otra que ejerza una posición dominante; de esta manera una mayor concentración del mercado no conduce necesariamente a una competencia reducida».

---

403 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 71.

404 DHANJEE, Rajan. *Política sobre competencia y otras políticas de los países en desarrollo relacionados con las fusiones.* Alejandro Tiscornia (Trad.), s/f.

Las fusiones permiten muchas veces que se logre la eficiencia, es decir, la asignación eficiente de los recursos. La eficiencia estimula la competencia cuando permite que las firmas que se fusionan compitan mejor con otras firmas. Las fusiones de esta manera representan a menudo un medio más rápido y conveniente de alcanzar la «eficiencia».

Dhanjee señala que la absorción de una firma local por parte de una firma extranjera puede representar una infusión de divisas y de inversiones en el seno de la economía, pero una inversión de tipo totalmente nuevo que represente un complemento para el capital nacional existente resultaría preferible al respecto, reduciendo al mismo tiempo las posibilidades de fugas de capitales. Los beneficios reales se notarían en torno a la eficiencia, pues la empresa fusionada con una extranjera aportaría conocimientos generales nuevos, tecnología de punta, redes de comercialización. Es verdad que nuevamente estaríamos ante una concentración que podría provocar un dominio en el mercado pero cada caso habría que analizarlo en la medida que una concentración no necesariamente está relacionada con un abuso de posición de dominio en el mercado.

1.3.7.2. Control de las Conductas Anticompetitivas

1.3.7.2.1. Situaciones que ameritan la intervención de los organismos reguladores

Samuelson considera que existen restricciones legales en aquellas situaciones en las cuales los poderes públicos intervienen para limitar la competencia en algunas industrias. Por ejemplo: patentes, restricciones de entrada, aranceles y contingentes sobre comercio exterior.

Las patentes constituyen una forma especial de restricción legal a la entrada. Se concede a los inventores un derecho que les permite tener uso exclusivo (o monopolístico) temporal del producto o proceso patentado. En este sentido, Polaroid tiene el monopolio absoluto del mercado de cámaras instantáneas gracias a la protección de una patente.

Estos monopolios de patente se conceden para fomentar la invención, y son especialmente beneficiosas para las pequeñas empresas y para los individuos.

1.3.7.2.2. Medidas coercitivas

Los gobiernos también restringen la entrada o salida de muchas industrias. A menudo se conceden monopolios, vía licencia, para explotar servicios locales como el agua, la electricidad, el gas natural y el teléfono. Los gobiernos creen que estos monopolios en virtud a licencias son útiles en las industrias que tienen costos medios decrecientes. Estas restricciones pueden proporcionar un beneficio neto a la economía, pero son indudablemente barreras muy poderosas a la competencia y fomentan la concentración.

Fernández Baca[405] considera que muchas veces el Estado es el que crea las barreras a la competencia, barreras que explican la existencia de un monopolio, recurriendo a una o algunas de las siguientes prácticas:

a) Otorgamiento de concesiones.- En estos casos para que una empresa pueda actuar en el mercado debe disponer de un permiso o licencia difícil de conseguir. La obtención de

[405] FERNÁNDEZ BACA (s/f). *Op. cit.*, pp. 85-86.

esa licencia puede significar un costo muy alto o una multiplicidad de trámites burocráticos, que implican también un gasto muy alto por el tiempo o los gastos adicionales (sobornos) que hay que destinar a estos trámites.

b) Imposición de aranceles, cuotas o prohibiciones a las importaciones.- Limitan el ingreso de productos provenientes de otros países y otorgan un mayor grado monopólico a las industrias protegidas.

c) Persecución de las empresas informales.- Generalmente se da para proteger a las empresas formales que producen con precios de venta más elevados, no solo por los mayores costos que implica la formalidad (impuestos, cargas sociales, etc.), sino porque ellas tienen cierta capacidad de fijar precios monopólicos. La presencia de establecimientos informales debilita su posición monopólica.

d) Establecimiento de las empresas estatales.- Muchas veces el Estado crea empresas públicas que asumen una posición monopólica en el mercado de los bienes producidos por estas empresas.

e) Racionamiento de recursos escasos (divisas, fondos prestables e insumos básicos).- Cuando se controlan las divisas disponibles, los créditos de fomento y la disponibilidad de insumos básicos, el Estado determina quiénes van a ser los beneficiados con estos recursos, de tal manera que el resto de empresas queden marginadas del mercado. Muchas veces el Estado aplica estas regulaciones en función no sólo de objetivos sociales, sino respondiendo a presiones de grupos con intereses particulares y estas intervenciones del Estado significan un incentivo al rentismo.

1.3.7.2.3. La desinversión

Los poderes públicos, en su intento de controlar la actividad económica o de influir en ella, pueden utilizar incentivos y órdenes. Los incentivos de mercado, como los programas de impuesto o de gasto, instan a las empresas a hacer la voluntad del Estado. También pueden ordenar simplemente a los individuos que realicen o desistan de realizar ciertas actividades. Precisamente esa es la función de la regulación: ordenar y controlar la actividad económica[406].

1.3.8. El rol del Estado en la definición de la estructura de los mercados

La legislación peruana no sanciona el incremento de poder del mercado o la posición de dominio en sí misma sino ciertas conductas a las que denomina abuso de posición de dominio o prácticas restrictivas de la libre competencia.

Gonzalo Ruiz[407] considera que la definición de mercado relevante en estos casos se realiza a partir de las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado; independientemente de consideraciones acerca de la estructura del mercado, o del tramo de la curva de demanda en que estén operando las empresas. A diferencia de regímenes que contemplan el control de estructuras, en el caso peruano, la definición de un mercado

406 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, 681.

407 RUIZ (2000). *Op. cit.*, pp. 308-310.

relevante es independiente de la estructura que éste tenga y, por lo tanto, es imposible que surjan casos de falacias.

Existen un conjunto de factores que influyen en la estructura de los mercados y sobre los que la agencia de competencia normalmente no tiene un mayor control. Uno de los más importantes son las barreras de entrada derivadas de intervenciones de otras entidades del Estado en la economía. Por ejemplo, las barreras legales a la entrada de productos al territorio de un país, tales como las medidas arancelarias, para-arancelarias o los subsidios. Una estructura arancelaria que brinde a un sector específico una protección efectiva significativa, afecta necesariamente la estructura de mercado de dichos productos, haciéndola más concentrada. Políticas de subsidios agrícolas o de bandas de precios como las mantenidas en la mayoría de países desarrollados, también afectan la estructura de estos mercados, haciéndola más concentrada. En este contexto, la existencia de una posición de dominio en el mercado, o de empresas con un poder de mercado significativo, puede tener su origen en disposiciones o medidas estatales que distorsionan la estructura del mercado.

Un caso extremo sobre el efecto de las intervenciones del Estado en la definición del mercado relevante, ocurrió en el Perú durante la segunda mitad de la década de los ochenta. Una de las áreas de mayor intervención del Estado en ese período fue la de los productos agrícolas. Uno de los productos cuyo precio se encontraba fuertemente subsidiado era la leche en polvo. Así, durante un período importante, la cal, un producto de apariencia similar pero que tiene usos completamente distintos, dada la magnitud del subsidio otorgado a la leche en polvo, se vendía en el mercado nacional a un precio ligeramente superior. Así, en este contexto, había quienes utilizaban la leche en polvo para fines como delinear canchas de fútbol y no para fines alimenticios. En este contexto, la intervención del Estado en el mercado había ampliado artificialmente la definición del mercado relevante para productos susceptibles de ser empleados para delinear canchas de fútbol.

Este ejemplo muestra las dificultades que enfrenta la agencia de competencia para definir el mercado relevante en el contexto de políticas de control de estructuras anticompetitivas, en áreas en las que el Estado tiene un rol importante en la asignación de recursos. En los casos de posiciones de dominio originadas en intervenciones del gobierno, las agencias de competencia deberían evaluar la definición de mercado relevante a partir de las condiciones de competencia prevalecientes en el mercado.

En los casos en los que existan barreras de entrada al mercado originadas en conductas privadas anticompetitivas (colusión, negativas injustificadas de trato) es posible que por efecto de las mismas la definición del mercado se vea afectada. Entonces una práctica de abuso de posición de dominio puede originar una estructura de mercado más concentrada o una posición de dominio comparada con la situación en que ésta no hubiera existido.

En este orden de ideas, en aquellos casos en los que el poder del mercado o la posición de dominio de una empresa se origine por la realización de prácticas anticompetitivas, el mercado de producto debe evaluarse en el contexto de las condiciones prevalecientes antes de la realización de dicha práctica.

1.3.9. Las fallas del mercado y la intervención del Estado

1.3.9.1. La regulación del mercado. Sus riesgos.

Samuelson[408] señala que la regulación consiste en las normas dictadas para alterar o controlar las operaciones de las empresas que actúan en un mercado.

Suelen distinguirse dos tipos de regulación. La regulación económica se refiere al control de los precios, de los tipos de productos, de las condiciones de entrada y salida y de la calidad del servicio de una determinada industria. Por ejemplo, la regulación de los servicios públicos (teléfono, electricidad, gas natural o el agua), así como diversas regulaciones de sectores del mismo tipo (transporte, instituciones financieras, radio y televisión).

La visión económica tradicional de la regulación es normativa. Así, deben tomarse medidas reguladoras para corregir las principales fallas del mercado.

Entre los diversos argumentos en favor de la regulación económica se sostiene que la regulación es necesaria para impedir la competencia despiadada.

Los intereses desmedidos de las empresas reguladas generan una demanda de intervención y regulación por parte del Estado el que a su vez debe tener el poder de ordenar el mercado con reglas claras actuando como árbitro de este.

La regulación consiste en normas gubernamentales que obligan a las empresas a alterar su comportamiento. Aunque el control del monopolio natural suele ser el objetivo declarado de la regulación económica, existe una nueva teoría según la cual la regulación es deseada por las empresas reguladas cuyos intereses se ven favorecidos por la exclusión de los rivales potenciales. Los casos de liberización de la última década confirman la teoría del accionar de los grupos de intereses.

Mochón[409] considera que los gobiernos suelen intervenir frente a los monopolios en un intento de proteger a los consumidores y preservar la competencia. Las leyes de lucha contra el monopolio tienen por objeto dividir industrias monopolísticas en dos o más empresas o bien tratar de impedir que llegue a formarse un monopolio si todavía no se ha constituido. Por otro lado en el caso de los monopolios naturales habrá que aceptar el monopolio y el gobierno deberá regularlo. Como primera posibilidad se puede permitir que el monopolio funcione con una regulación mínima permitiendo que fije el precio *Pm* y que obtenga beneficios extraordinarios.

Otra posibilidad es obligar al monopolista a fijar un precio que elimine los beneficios extra. Esta política se denomina fijación de precios según la regla del costo medio, y consiste en establecer el precio más bajo sin forzar al monopolista a salir del mercado.

Una importante limitación de esta forma de regular los monopolios es que las empresas no tienen incentivos para reducir los costos de producción, ya que al final siempre se trasladan al consumidor vía tarifas.

Nicholson[410] considera que aunque el análisis económico de las regulaciones tiene una clara tendencia a enfocarse en la fijación de precios y la relación de los precios con los

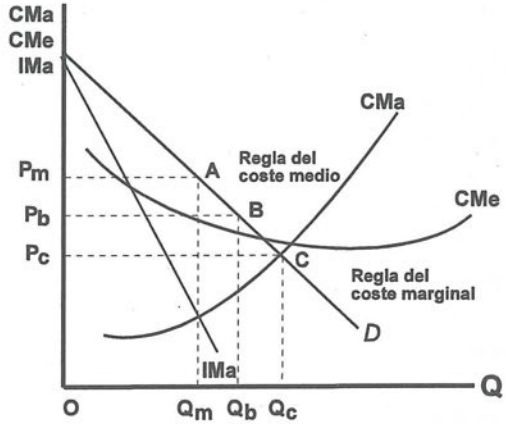
[408] *Ibidem*, pp. 682-683, p. 689.

[409] MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 143.

[410] NICHOLSON (1983). *Op. cit.*, p. 340.

costos marginales, resulta evidente que las dependencias reguladoras afectan la conducta de las empresas que controlan en formas distintas.

El gobierno, en ciertas ocasiones, cuando trata de controlar el poder de los monopolios, al final acaba subsidiándolos. Esto se debe a que el gobierno regula el precio, tratando de eliminar los beneficios monopolísticos, lo que en ocasiones lleva a que el monopolista genere pérdidas. Por esta razón, en la práctica, la regla más frecuente es la del coste medio, como lo grafica el siguiente cuadro:



Bullard[411] nos señala como uno de los casos típicos de aplicación de leyes antimonopólicas el de los cárteles, es decir, los acuerdos entre dos o más empresas para fijar precios como un acto ilegal *per se*, incluso antes que se haya concretado. Sin embargo, la aplicación del análisis económico sugiere que sólo se debería prestar atención a aquellos acuerdos que se realizan en mercados donde existen condiciones para fijar precios monopólicos. Algunas de estas condiciones son las siguientes:

a) Un mercado altamente concentrado.

b) Una demanda inelástica para el bien en cuestión que implica la presencia de pocos bienes sustitutos.

c) Un alto costo de entrada al mercado, que puede medirse en base al volumen de los costos fijos y la dificultad de aprovisionarse de los insumos y bienes de capital necesarios para producir.

d) La frecuencia con que se realizan licitaciones en sobre cerrado. Esto abarata el costo de funcionamiento de un cártel pues a la apertura de los sobres se conoce que ofertó cada miembro del cártel y puede ser sancionado si incumplió.

La apertura de un mercado, la liberalización de la economía, la reducción de los costos para formar empresas, la desaparición de medidas paraarancelarias, etc., son mecanismos inmensamente más efectivos para acabar con los monopolios que la más sofisticada legis-

411 BULLARD GONZÁLES (s/f a). *Op. cit.*, pp. 110 y 115.

lación antimonopólica. Además de generar mecanismos mucho más efectivos para discriminar entre monopolios buenos y monopolios malos.

Si existen barreras que limiten la entrada de nuevos productores, el monopolio subsistirá. Estas barreras pueden ser de distintos tipos: la propia estructura del mercado (monopolios naturales), la regulación estatal, o las prácticas monopólicas o restrictivas de la competencia por parte de las empresas. Estas últimas conforman el área de acción de una legislación protectora de la competencia.

En el caso específico del Perú, Bullard[412] nos señala que las regulaciones antimonopólicas peruanas son de aplicación a las siguientes personas:

a. Toda persona natural o jurídica, sea privada o de propiedad del Estado que desarrolle actividad económica en el Perú;

b. Las personas que ejerzan dirección o la representación de las empresas en cuanto participen en actos que se constituyan infracción a la ley. De esta manera se podrá sancionar tanto a la empresa como a sus Directores, Gerentes o representantes, siempre que éstos hayan tenido participación en el desarrollo de la práctica ilegal.

1.3.9.2. Proceso de desregulación en el mercado peruano

En las últimas décadas, la economía mundial ha experimentado profundas transformaciones debido a una redefinición del rol empresarial del Estado así como a la mayor interdependencia de los mercados, procesos de integración creciente y la conformación de bloques económicos que requieren de una regulación y normas de carácter internacional.

Este profundo cambio se ha sentido en los países latinoamericanos donde el cambio en las políticas económicas, del estatismo a la libre empresa, se ha hecho evidente en los últimos años. Todo ello íntimamente vinculado al proceso de globalización, a la finalización de la guerra fría y la polarización global.

A raíz de este retraimiento del Estado y redefinición de roles se ha acelerado el proceso de privatización y se ha dado inicio a la desregulación, con la finalidad de posicionar a los países en un mercado exterior abierto y competitivo.

Jorge Pallares[413] nos dice: «surge un nuevo modelo de desarrollo que se basaba en la capacidad de gestión y en las posibilidades de cada territorio, derivados del proceso de descentralización, en el que se daba por descontado, que erigidos aquellos como ventajas competitivas, el sector público no era capaz de responder a las exigencias del momento histórico. Al menos así lo revelan factores tan determinantes como el burocratismo, el clientismo y el despilfarro de recursos, que servían de fundamentos para afirmar que el proceso debía quedar bajo la responsabilidad del sector privado y que al Estado no le correspondía responsabilidad distinta que la de promover, regular y controlar el proceso».

Dentro de esta nueva concepción de desarrollo económico se hace imperioso redefinir el rol que le cabe al Estado en el proceso económico nacional. Históricamente el Estado

412 *Ibidem*, p. 135.

413 PALLARES BOSSA, Jorge. Exposición: «Libre Competencia y Empresas Estatales». p. 215.

fue asumiendo cada vez una actuación de participante directo en la actividad económica tratando de liderar el cambio en vez de ser promotor o supervisor.

Las consecuencias, medidas en términos de subdesarrollo, son claras: economías mercantilistas y clientelismo que han costado en exceso a los países de la región. Por ello los mecanismos de desregulación son definitivamente necesarios para garantizar un desarrollo económico sostenido a largo plazo, pues estos liberan las fuerzas de la economía y de la competencia. La regulación implica la relación de la empresa con el Estado y no de la empresa con otras empresas. Más importante en un mundo de regulación es impedir el ingreso de nuevos competidores, mantener tarifas altas y privilegios que reducir sus costos y mejorar el servicio.

La regulación fue concebida inicialmente como una forma de defender el interés público frente al privado. Al final terminó siendo un método para proteger intereses privados a costa del bien público. Esta crítica considera que los poderes públicos, en cualquier nivel, ofrecen por las medidas que pueden adoptar, importantes beneficios potenciales a los productores que compiten en el mercado. La intervención del poder público en beneficio de los productores causa daño a los consumidores y a su vez automáticamente afecta al conjunto de la economía al reducir su crecimiento, ya que la regulación es entendida como un medio que sirve a los intereses del grupo regulado a expensas de los consumidores. Los productores, por otra parte, no forman una unidad, ya que se dividirán entre ellos en función de sus intereses particulares. Por ello se considera que difícilmente un grupo conseguirá obtener una regulación que satisfaga plenamente sus intereses. Solamente algunos grupos conseguirán hacer valer su interés, esto es lo que se denomina «interés de grupo», concepto opuesto al interés público.

Las normas terminan siendo el resultado de la lucha de grupos de interés obedeciendo el Estado a intereses coyunturales o demagógicos, a expensas del consumidor y de la eficiencia del mercado.

La regulación es un producto de lucha ordinaria del mercado de oferta y demanda. En el lado de la demanda encontramos grupos de interés cohesionados políticamente que buscan regulaciones favorables para aumentar sus utilidades o ganancias. En el lado de la oferta encontramos a los políticos o a los responsables de la Administración que adoptan esas regulaciones a cambio de votos, poder, dinero u otras consideraciones. La regulación se rige por un modelo de poder y contiene las semillas de la corrupción.

Sin embargo existen áreas donde se requiere cierta regulación para evitar externalidades. Santos Pastor[414] señala las siguientes normas de regulación social:

- La legislación e intervención para la protección del medio ambiente, a través de prohibiciones, limitaciones, impuestos y otras formas de control de actividades que afectan a la calidad de bienes como el agua, aire, sonido o entornos ambientales.

- Regulación para la defensa y protección de los consumidores, a través de instrumentos como la Ley General de Protección del Consumidor. Entre los contenidos de esa defensa y protección cabe señalar la existencia de ciertas exigencias de información, controles en el proceso de producción y distribución, licencias ocupacionales, etc. Las licencias ocupacio-

414 SANTOS PASTOR. *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho.* s/f, p. 86.

nales suponen el control y limitación del acceso a numerosas actividades, y su presencia es particularmente importante en los mercados de servicios profesionales, como el de abogados, médicos, dentistas, arquitectos, etc., así como en la actividad bancaria y en otras muchas actividades productivas. Relacionada con las licencias está la frecuente exigencia que ciertas actividades sean obligatoriamente realizadas por personal autorizado.

- Regulación en materia de seguridad; por ejemplo, en el consumo (cinturones de seguridad) o en la producción (normas sobre higiene y seguridad en el trabajo).

Es conveniente que el sistema jurídico contribuya a minimizar los costos de transacción. Si los costos de transacción son nulos o pequeños, las partes llegarán a un acuerdo mutuamente beneficioso que será aquel que maximice su bienestar consiguiendo eficiencia (Teorema de Coase).

Alfredo Bullard[415] explica el Teorema de Coase con un ejemplo: Si la fábrica tiene derecho a contaminar, pero recibe beneficios inferiores a los daños que ocasiona, los vecinos se acercarán a la fábrica, se sentarán en una mesa de negociaciones, y llegarán a determinar un precio por el cual ellos se ahorrarán los daños y la fábrica estará mejor que antes. Por el contrario, si los vecinos tienen derecho a que no se contamine y la fábrica recibiría mayores beneficios si la dejaran contaminar, ésta irá en busca de los vecinos y les pagará una cantidad para que se dejen contaminar, o les comprará sus casas para vendérselas a un menor precio a gente dispuesta a ser contaminada. El mercado, por sus propios mecanismos, tiende a acercarse a la solución más eficiente. En otras palabras, si la solución más eficiente es que haya contaminación, el mercado nos llevará a que haya contaminación. Si lo más eficiente es que el aire quede limpio, el mercado nos llevará a una atmósfera pura.

Por ello se hace necesario la intervención del aparato del Estado a fin que busque la regulación social ya que no podrá accederse a ella a través de la libre competencia porque esta está regida por la eficiencia y no por el bienestar de la sociedad.

Este es el fundamento último de la subsidiaridad como de la solidaridad.

Según señala Santos Pastor[416] los instrumentos de intervención estatal más importantes son los siguientes:

- Normas (estableciendo impuestos, fijando precios, ordenando gastos, regulando la información de un bien de consumo...). Su rango va desde la Constitución hasta circulares y actos administrativos de escasa generalidad, y afecta a parcelas del ordenamiento legal tan diversas como las civiles, penales, administrativas, laborales, etc.

- Actuaciones en el mercado como un agente más; por ejemplo, ejerciendo su capacidad de compra de productos farmacéuticos.

- Llamadas a la conciencia individual y colectiva; por ejemplo, «Compre productos...».

- Actuaciones en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración (e.g., importaciones coyunturales para conseguir el descenso del precio de la carne de pollo, de los productos textiles).

---

[415] BULLARD GONZÁLES (s/f a). *Op. cit.*, p. 130.

[416] SANTOS PASTOR (s/f). *Op. cit.*, p. 71.

Las distintas formas o áreas de intervención del Estado en la Economía pueden agruparse de la siguiente manera:

1. Regulación para la defensa y promoción de la competencia frente al monopolio. Comprende básicamente:
   - Regulación de prácticas no competitivas (monopolizadoras).
   - Los llamados monopolios naturales.
2. Regulación económica. Comprende:
   - Fijación de precios en casos de monopolios naturales y en otros diversos (pan, energía).
   - Regulación comercial internacional (aranceles).
3. Regulación social. Que comprende:
   - Ordenación del medio ambiente: contaminación del aire, ruido, humos, etc.
   - Salud.
   - Seguridad e higiene: para la población en general, en el trabajo, circulación, etc.
   - Protección del consumidor.
   - Control del acceso a la actividad mediante licencias o figuras afines: colegios profesionales (abogados, médicos, dentistas, arquitectos, etc.), actividad bancaria, etc.
4. Suministro de bienes públicos y su financiación:
   - Gastos públicos.
   - Ingresos públicos (impuestos e ingresos no impositivos).
5. Actuación redistribuidora estatal
   - La redistribución a través del gasto público: pensiones (asistenciales y no asistenciales), salud, educación, etc.
   - La redistribución a través de los ingresos públicos: progresividad impositiva.
   - Redistribución mediante regulación (salarios mínimos, alquileres de viviendas).
6. Regulación del sistema no económico.
7. Intervención macroeconómica.

A continuación procederemos a dar una breve explicación de aquellas situaciones en las cuales se justifica la Regulación de los poderes públicos o del Estado: La principal es la regulación de la defensa y promoción de la competencia frente al monopolio. La regulación en este caso se fundamenta en la necesidad de controlar el excesivo poder derivado de una situación de monopolio natural. Evita que la empresa incremente sus beneficios en perjuicio de los ciudadanos. Manteniendo esta situación se evita que se fijen precios más elevados posibilitando que los consumidores no sustituyan este producto por otros cuyo

costo, para la economía en general, es más elevado, lo que generaría pérdidas de eficiencia al sistema.

Un mecanismo ampliamente extendido y tradicionalmente empleado para efectos de control del comportamiento de las empresas en el mercado es el de la regulación económica. A través de la regulación económica los poderes públicos intervienen en la economía alterando el funcionamiento de los mercados.

La regulación económica, indica Breyer, es el instrumento en manos de los poderes públicos a través del cual intentan controlar los precios, la producción, la entrada y la salida del mercado, las condiciones de la producción de bienes o prestación de servicios, las decisiones de la calidad de los productos de las empresas y evitar que las decisiones privadas puedan lesionar el interés público.

Evitar la excesiva competencia es otra de las justificaciones de la regulación. En un mercado completamente libre ingresan al mercado varias empresas ofreciendo el mismo producto y para prevalecer en éste reducen sus precios al máximo, provocando el cierre de muchas empresas que no pueden mantenerse en el mercado con dichos precios para sus productos. Mientras estos descensos sean legítimos, el Estado no debe intervenir pero si son precios predatorios si serán objeto de una investigación y regulación estatal.

Además de lo señalado como regulación social, para que los mercados funcionen correctamente los consumidores deben tener información suficiente para evaluar los productos que se ofrecen en el mercado. Una incorrecta información a los consumidores genera situaciones que provocan un inadecuado funcionamiento del mercado. En esta situación el Estado corrige la inadecuada información procurando alcanzar a los consumidores las mejores alternativas para una adecuada y correcta elección. El Estado elimina los costos sociales que genera la búsqueda de información justificando su intervención, obligando a que los ofertantes actúen lealmente y proporcionen en forma inequívoca la información que permite elegir racionalmente.

Además la regulación es necesaria para distribuir un producto cuya oferta es escasa. En el caso de bienes escasos la regulación pretende asegurar una mejor distribución de dichos productos.

El Estado para estas situaciones es el que mejor representa al individuo, pues defiende aspectos de libertad y solidaridad. La regulación es necesaria frente a potenciales decisiones erróneas del mercado.

A partir de mediados de la década de los años setenta la insatisfacción que produce la regulación como método o instrumento de acción de los poderes públicos origina un movimiento para abandonar determinadas regulaciones y reformar otras.

Amato ha advertido «como la idea que subyace bajo el término de desregulación es multifrente: La primera es el redescubrimiento del mercado; la segunda es la exigencia de una mayor responsabilidad de cada uno en relación con las propias necesidades y con respecto a la esfera *lato sensu* social, que hasta ahora ha sido excesivamente dejada en manos de las instituciones y mecanismos de protección; y la tercera es la voluntad de dejar menos espacio a la burocracia de nuestra vida».

En este contexto era necesaria una nueva visión del Estado para lo cual debía aplicarse la Desregulación. La utilización del término Desregulación como lo expresa Juan Miguel de la Guétara Martínez[417] en su obra Tres Postulados para el Nuevo Servicio Público, «tiene su origen en la contraposición entre la libre competencia y la regulación, entendiendo por regulación el conjunto de normas que impiden que una actividad se realice en régimen de libre competencia. Pues bien, cuando en esa dicotomía se opta por la libre competencia frente al régimen de monopolio o el intervencionismo se califica a esa política como desregulación mediante la traducción excesivamente literal del término inglés *desregulation* aún cuando también se hayan utilizado otros tales como desintervención, liberalización, neoregulación, re-regulación...».

Según Garmendia[418] «si se entiende la política de competencia como la posibilidad cierta del Estado de afectar la forma directa la conducta de los agentes económicos y la estructura de los mercados, puede establecerse que la misma es un mecanismo válido para darle contenido a esa nueva visión del Estado».

Según Eduardo Garmendia[419] la Desregulación está asociada, «al hecho que independientemente al número de normas presentes, lo importante es que los mismos no excedan las condiciones mínimas para garantizar la fluidez y eficiencia del proceso económico. Por ello es posible que en algunas oportunidades el proceso de desregulación conduzca a una situación que amerite mayores regulaciones».

La libre competencia es el mecanismo en virtud del cual se da el proceso de desregulación. Esta competencia permite a las empresas entrar libremente al mercado logrando precios justos y productos de calidad. Sin embargo, el rol del Estado es primordial en un libre mercado ya que éste último no puede lograrse sin la prudente intervención del Estado, cuidando justamente que no se realicen prácticas restrictivas de competencia, abusos de posición de dominio y otras situaciones que van directamente contra el proceso de libre competencia. El mercado no puede cuidarse por sí mismo, pues no es un elemento que nace libre y espontáneamente. Es una situación social lograda y por ende su estabilidad requiere de un elemento regulador y controlador que son las normas antimonopólicas. Así el rol del Estado cambia dramáticamente de jugador privilegiado que distorsionaba el juego a árbitro que controla celosamente la limpieza del partido, donde la calidad del juego y el esfuerzo de los jugadores eleva la calidad para felicidad de los espectadores.

Así, se reconoce la importancia del bien jurídico tutelado que es la «libertad de la competencia». De lo que se trata justamente es proteger este bien jurídico, para lo cual el legislador a través de «ámbitos de excepción», es decir, situaciones donde no tiene vigencia la competencia, mantienen su preferencia por motivos estratégicos o por intereses nacionales. Como dice Manuel Abanto[420] «si estas excepciones se basan en erróneas consideraciones de política económica, como en el poder político de las ramas económicas exentas, entonces es necesaria una desregulación».

---

417 BERENGUER FUSTER, Luis. «El Tribunal de Defensa de la Competencia y la Desregulación de los Servicios Públicos». Artículo publicado en Mayo 1998.

418 GARMENDIA, Eduardo. «Desregulación - Regulación». Exposición en Seminario Internacional *Aplicación de la Política de Competencia*. Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 1998.

419 GARMENDIA, Eduardo. *Op. cit.*

420 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 111.

La Desregulación de servicios públicos va unida al proceso de privatización de estas empresas. Ello implica necesariamente la necesidad de nuevas normas que regulen todo el nuevo régimen legal imperante. Un proceso de desregulación generalmente está unido a un incremento de normas de toda índole, con la finalidad que los consumidores sean los beneficiados.

La idea que la desregulación tenga que asociarse al desarme de todas las normas que regulan la actividad económica está lejos de ser una interpretación cercana a la realidad. El mercado no se cuida por sí mismo. El interés privado no puede regular el mercado. Esta situación conduciría a la destrucción de los demás competidores por el más poderoso.

El mecanismo desregulador permite que el Estado cumpla un nuevo rol en la actividad económica del país. Dejar de ser un ente activo para convertirse en el órgano que establece el conjunto de reglas e instituciones que soporten y perfeccionen la existencia de la propiedad privada, en concordancia con el interés público.

Garmendia[421] nos dice: «En definitiva el mecanismo desregulador apunta a esa nueva forma de actuación del Estado donde esta debe estar principalmente enfocada al establecimiento de un conjunto de reglas e instituciones que soporta y perfeccionan la existencia de la propiedad privada, garanticen los contratos y mantengan un ambiente económico estable que permita y promueva la actividad de los agentes económicos en el mercado, todo ello en concordancia con el interés público».

La nueva función del Estado establece límites dentro de los cuales la iniciativa privada puede desarrollar sus actividades, señala cuál es el conjunto de lineamientos que indiquen a los agentes que actúan en el mercado cuáles son las reglas de comportamiento. Estos límites tienen efecto sobre la estructura del mercado y las barreras de entrada.

Es preciso señalar que varias líneas de pensamiento político pretenden que a través de este proceso se reduzca paulatinamente o drásticamente los poderes del Estado, sobre la base que este sólo debe ocuparse de aspectos esenciales de la sociedad como la salud, la educación y la seguridad.

Sarmiento Palacios[422], señala que: «...La presencia del Estado se ha justificado en aquellas actividades que puede desarrollar en mejores condiciones que el sector privado. Tal es el caso de los sectores públicos y en particular el de las telecomunicaciones, en la presencia de economía de escala y de diversificación...». «La mejor solución para la sociedad se logra dentro de la administración del Estado, que obtiene las ventajas de la economía de escala y que orienta sus poderes monopolistas a favor de la comunidad y dentro de un marco regulador que impide el asalto de los bienes públicos».

No se trata de desaparecer el Estado de la economía. Al contrario su presencia como órgano regulador y protector del mercado de libre competencia es fundamental pues hay un objetivo de interés público en la intervención del Estado en materia económica.

La UNCTAD recomienda, con la finalidad de evitar la transformación de los monopolios estatales en monopolios privados, la introducción de determinadas reglas legales antes

421 GARMENDIA, Eduardo. *Op. cit.*

422 PALLARES BOSSA. Citando a Sarmiento Palacios. *Op. cit.*

que se produzca el proceso de privatización o desregulación. Es decir que se genere el marco legal adecuado para mantener las condiciones necesarias donde se puede equilibrar la efectividad económica con los fines políticos-sociales-éticos.

Creo importante hacer un distingo cuando se habla de privatizaciones. Cuando el Estado privatiza una explotación minera, una refinería o un ingenio azucarero, la meta debe ser obtener el mejor precio posible y obligar al que obtiene la buena pro a realizar una nueva e importante inversión, que modernice las instalaciones, llegando al pago de tributos en el más breve lapso. Distinta es la situación cuando se privatizan o concesionan servicios públicos, donde el alto precio que se obtenga por la transferencia será pagada finalmente por el consumidor, vía elevación de tarifas. Esto lo hemos vivido en los procesos de energía eléctrica, telefonía y aeropuertos, etc. Hay que tener cuidado de no crear situaciones en las cuales se cambia un monopolio estatal por uno privado.

Rajan Dhanjee[423] afirma que la desregulación y la eliminación de barreras arancelarias de ingreso han tenido lugar en muchos países en desarrollo. Estos procesos son fundamentales para asegurar una mayor competencia en el seno de una economía de mercado.

Como parte de este proceso, las empresas estatales pueden ser privadas de sus monopolios y ser sometidas a la disciplina del mercado... Sin embargo la reducción de la intervención del Estado necesita salvaguardias para asegurar que las restricciones gubernamentales y los monopolios no sean reemplazados por equivalentes privados.

La tendencia imperante en la economía actual es un incremento creciente de procesos de integración mediante la conformación de grandes bloques regionales y subregionales. De esta manera los países no pueden evitar participar en la globalización y deben prepararse para la competencia internacional.

La desregulación da lugar a una mayor competencia y esta a su vez genera que las empresas se fusionen en lo que puede observarse como un proceso de concentración regional e internacional. En otras palabras dada la demanda y requerimiento mundial se está produciendo un gigantismo donde quedan cada vez menos jugadores, todos ellos de escala enorme como requisito para mantenerse en la competencia mundial. El fusionarse abarata costos pues se comparten tecnologías y se reducen costos fijos, vía supresión de redundancias, haciendo los productos más accesibles. El objetivo último de la desregulación es beneficiar la competencia en si misma y por ende el bienestar del consumidor. Estas fusiones son necesarias y útiles pues la competencia extranjera obliga a consolidar, es decir, a la concentración para alcanzar un tamaño óptimo que permita competir nacional e internacionalmente.

Las fusiones evitan que ciertas empresas de tamaño pequeño o mediano desaparezcan y aumenta la competitividad, con el resultado final de una disminución de precios para los consumidores. Meyerman[424] opina:

> «Podemos identificar al menos dos fuerzas que motivan la armonización de las políticas de competencia a nivel internacional. Una de estas fuerzas es el resultado de la evolución del orden económico internacional; la otra fuerza se origina en el campo legislativo, sin implicaciones de orden jerárquico; la primera es la globalización de las actividades económicas durante el último cuarto de siglo y la segunda la proliferación de la legislación en materia de competencia».

---

423 DHANJEE (s/f). *Op. cit.*

424 PALLARES BOSSA. Citando a Meyerman. *Op. cit.* p. 223.

Existe la creencia generalizada que un mercado de libre competencia genera una mayor desprotección social y un aumento de la desigualdad. Sin embargo vemos que la política de libre competencia lo que no permite son los privilegios económicos de pocos al defender la igualdad de oportunidades para todos, favoreciendo el crecimiento económico en beneficio final del consumidor, es decir, de toda la comunidad. A mayor competencia mayor creatividad y mejor trabajo. A menor competencia mayor atraso tecnológico y mayor disfunción o desajuste con el entorno lo que lleva necesariamente a la quiebra y salida del mercado.

En una política de competencia la función del Estado es la de controlar y asegurar la defensa de los intereses públicos que son necesarios para el buen funcionamiento del sistema. Una política de liberalización implicará el aumento de la regulación en materias que afectan el aspecto laboral, la salud, la higiene, la seguridad y el medio ambiente. La competencia no permite que unos pocos sean los que se enriquezcan sino que busca la plena participación en el mercado, siendo esta la mejor herramienta para el fomento del crecimiento económico.

En la práctica la empresa demanda cuatro categorías de regulación que son asumidas por el Estado:

1) Subsidios directos

2) Control de nuevos entrantes

3) Políticas que promuevan bienes complementarios e impidan sustitutos

4) Control de precios.

El crecimiento económico no es el único aspecto. Garpar Ariño[425] afirma «las instituciones, las leyes, las normas que regulan y ordenan las conductas individuales en la sociedad no pueden tener como único objetivo el "desarrollo" o la "eficiencia económica". No se puede considerar a las personas como meros sujetos económicos o como simple objeto de la administración del Estado, sino que cada persona tiene un valor singular, a cuyo servicio están el Estado y la economía».

Algunas experiencias de Desregulación

Garmendia expresa que en el contexto del proceso de apertura económica iniciado en Venezuela a finales de los ochenta y principios de los noventa, una de las primeras muestras de liberalización fue el restablecimiento de los derechos económicos que habían estado suspendidos desde la promulgación de la Constitución del año 1962. El Estado venezolano consideró conveniente establecer un conjunto de regulaciones que permitieran a los agentes económicos disponer de reglas claras para su participación en el mercado, para lo cual se promulgaron tres leyes: La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y la Ley *Antidumping*.

La Ley de Protección del Consumidor estaba dirigida a la protección de los derechos de los consumidores y perseguía materializar la posibilidad que estos puedan decidir las

425 ARIÑO, Garpar. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector Público.* Madrid: Marcial Pons, 1993.

opciones que el mercado ofrece. La Ley de Procompetencia tiene por objeto fundamental garantizar a los productores y consumidores el libre acceso al mercado y asegurar la existencia de opciones para los consumidores en tanto que la Ley *Antidumping* protege a los productores u ofertantes locales frente a las prácticas de comercio desleal realizadas por los productores de otros países. En el caso venezolano, la Desregulación ha requerido nuevas normas que determinen reglas claras del mercado. La desregulación implica la dación de nuevas normas que hacen posible proteger el mercado, permite la libre competencia y evita que se formen estructuras distorsionadas o distorsionantes que perjudiquen el buen funcionamiento de dicho mercado.

En Europa el proceso de desregulación ha sido completamente distinto al experimentado por los países latinoamericanos. En cada país de la Comunidad Europea se promulgó una serie de normas que regulaba el bien jurídico que se pretende proteger, definido como aquel que hemos denominado «la libre competencia». El fenómeno de desregulación es un movimiento que ha ido aparejado con el movimiento privatizador de empresas estatales, de modo de reducir la intervención y rol empresarial del Estado y permitir un mercado libre en manos del sector privado, considerado ideológicamente más eficiente y competitivo.

Para lograr este objeto fue necesario una acción decidida de los poderes públicos y su participación en el comportamiento de las empresas.

La primera norma comunitaria fue promulgada el 20 de julio de 1963 (Ley 110) en la Exposición de Motivos de la Ley se norma la represión de prácticas de la competencia. Esta decía que la actividad de la Administración dirigida a conformar económicamente la Sociedad puede, sin embargo, emprenderse por diferentes caminos, desde la emanación de auténticos actos de sustitución hasta la fijación de límites dentro de los cuales la actividad libre de los particulares puede desarrollarse. En realidad, tanto el sistema de intervención económica con emanación de actos administrativos de sustitución en las relaciones interprivadas, como la delimitación de un orden público económico, implican a fin de cuentas una misma finalidad a alcanzar por diferentes técnicas jurídico administrativas, la meta en uno y otro camino es idéntica: la de conseguir el resultado que se obtendrá de un nivel razonable de competencia, ya que lo que importa desde el punto de vista económico no es tanto la libre actividad como el resultado final de la misma.

El 17 de julio 1989 la norma de Defensa de la Competencia derogó la ley mencionada promulgada el 20 de julio de 1963 sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia. En esta nueva ley se incorpora la experiencia comunitaria que sobre esta materia contiene el Tratado de Roma y la propia experiencia española del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC).

El Proceso de Desregulación en el Mercado Peruano

En el Perú de la década de los 70 se empezó a expandir el rol del Estado en la economía, mediante la dación de un creciente número de normas que regulaban el mercado. Durante el régimen militar del General Velasco se empleó varios mecanismos tales como el control de precios y la sustitución de importaciones. En enero de 1973, mediante el Decreto Ley 19885, se congelaron todos los precios y tarifas que regían al 31 de diciembre de 1972. Esta norma fue sustituida por el Decreto Ley 19978 la que solo mantuvo el congelamiento

de precios para una lista de bienes y servicios seleccionados por cada ministerio. Aquellos bienes no incluidos en la lista se regían por las condiciones del mercado. Todas estas regulaciones indujeron a una distorsión y elevación de precios. Años más tarde y en virtud del Decreto Ley 21433 se siguió manteniendo el sistema de control de precios. El Decreto Ley 21782, expedido en enero de 1977, permitió cierta flexibilización de la lista de bienes sujetos a control de precios.

La Constitución de 1979 promulgada en su Artículo 133 establece lo siguiente: «Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes».

El Decreto Legislativo No. 123 del 12 de Junio de 1981 «Ley sobre Delitos Económicos» expedido en el gobierno del arquitecto Fernando Belaúnde prohíbe el acaparamiento y las alzas de precios de los productos que todavía tenían precios regulados.

El 22 de Julio de 1983 se promulga el Decreto Supremo No. 036 conteniendo una serie de medidas de control tratándose de contrarrestar los efectos del Fenómeno del Niño.

El proceso de desregulación se inicia con el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori. A raíz del proceso de apertura económica, a principios de los noventa, se promulgaron una serie de disposiciones bajo el imperio de una moderna Constitución que enmarcaba la nueva función del Estado y que establecía el contexto económico determinando las reglas de juego para los distintos agentes. Esta nueva política se orientaba a una desregulación rápida del Estado el que contaba hasta ese entonces con una intervención directa pronunciada y otras veces indirecta en los diversos sectores económicos. En un momento dado el Estado llegó a tener presencia directa e indirecta hasta en 170 empresas.

Paralelamente a la desregulación se estableció un conjunto de novedosas normas para permitir a los agentes económicos contar con reglas claras para su actuación en el mercado.

Así, podemos decir que en el Perú, hasta fines de los años ochenta, la presencia de monopolios en los distintos mercados se debió a la intervención estatal directa e indirecta en casi todos los sectores productivos, basándose en una pretendida orientación proteccionista y políticas económicas desarrolladas por el pensamiento. El marco legal de ese entonces resguardaba esta situación.

A inicios de 1991, Perú Económico identificó 46 monopolios legales en actividades de comercialización, producción y prestación de servicios. Esta investigación fue publicada[426] en la revista de Marzo - 1995. El artículo señala «que estos monopolios en su gran mayoría han sido eliminados en el marco del proceso de reformas y del traspaso de funciones del Estado al sector privado». En el campo de comercialización, los monopolios más importantes eran los de ENCI, ECASA y MIMPECO.

ENCI monopolizaba la importación de arroz. Sus derechos fueron eliminados en Agosto de 1991. MIMPECO por su parte monopolizaba la comercialización interna y externa de productos mineros y metalúrgicos. Sus derechos fueron eliminados a inicios de

[426] PERÚ ECONÓMICO. «Los Monopolios en el Perú». Vol. XVIII. No. 3, marzo 1995.

1992. En lo que respecta a servicios los principales monopolios estatales correspondían a las empresas eléctricas, agua potable y alcantarillado, telecomunicaciones y puertos. En cuanto a CPT y ENTEL, los monopolios legales que mantenían estas empresas en los servicios de telefonía fueron eliminados en 1991 al promulgarse la Ley de Telecomunicaciones. En lo que se refiere a los monopolios de producción, destacan los de PetroPerú y PescaPerú. El primero contaba con la exclusividad de la refinación y comercialización de combustible, la cual se eliminó en Noviembre de 1992 al promulgarse la Ley de Promoción de la actividad privada en hidrocarburos.

En Noviembre de 1991 fueron derogadas, a través de la Ley de Inversión Privada en el Sector Pesquero, los excesivos requisitos que exigían a las empresas privadas para obtener el permiso para fabricar productos de consumo humano directo.

El monopolio trae consigo una serie de desventajas económicas siendo uno de los efectos principales una producción restringida y un precio fijado a voluntad del que goza del monopolio.

Al disminuir la intervención y participación directa de los poderes públicos en la actividad económica esta se libera y alcanza un mayor grado de eficiencia. Es a través del marco legal adecuado que se proporciona a las empresas una mayor libertad. Se crea el ambiente propicio para una mayor inversión, un crecimiento económico y todo esto trae consigo un mayor bienestar para los consumidores, que son los directamente beneficiados de estas normas en un mercado competitivo.

CAPÍTULO II
ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL DECRETO LEGISLATIVO 701

2.1. CONCEPTOS GENERALES

2.1.1. Antecedentes Legislativos

El D.S. 296-90-EF

El antecedente directo del Decreto Legislativo 701 es el Decreto Supremo 296-90-EF que en su artículo 1° contiene una declaración enunciativa de los objetivos de la norma: Esta norma señalaba en su artículo 1:

> «Artículo 1°.- El Estado propicia la libre competencia en la producción de bienes y servicios y la garantiza mediante la prevención y sanción de los actos que lo limitan..»

Como podemos ver, a diferencia del texto vigente, el art. 1° del Decreto Supremo N° 296-90-EF, formula una declaración que señala explícitamente la adopción de un sistema económico de libre mercado que deriva del marco de la constitución de 1979. El primer paso para implantar una economía plena de mercado fue la expedición del Decreto Supremo N° 226-90-EF, en virtud del cual se restableció la libre oferta y demanda como base para la fijación de los precios, es decir, se liberó los precios dándose fin a la nociva intervención estatal de fijación y controles de los precios.

El surgimiento de normas protectoras de la libre competencia en el Perú coincide con el retorno a una economía neo-liberal de mercado y la adopción de una política monetaria ortodoxa que puso fin al desorden de los modelos heterodoxos que habían generado una economía hiperinflacionaria y totalmente distorsionada, en la cual se había alterado la relación de los precios relativos de los bienes. La campaña política de 1990 se caracterizó por discursos que propugnaban un cambio de rumbo en la política macroeconómica para traer orden al país y reinsertarlo a la economía mundial.

Dentro de esta nueva política de libre mercado el Decreto Supremo N° 226-90-EF dispuso expresamente que los precios de bienes y servicios se fijarían, en adelante, según la oferta y la demanda. A partir del 9 de agosto de 1990 el rol del Estado en su función controlista desaparecía.

La norma señalaba textualmente:

> «Artículo 1°.- A partir de las 00:00 horas del 9 de agosto de 1990 los bienes y servicios se fijarán de acuerdo al comportamiento de la oferta y la demanda, quedando comprendidos aquellos bajo el régimen de precios supervisados».

Debemos señalar que las normas constitucionales que hacen referencia a una economía social de mercado no fueron derogadas ni se cuestionó la adopción de una visión neoliberal en la economía nacional bajo la vigencia de la Constitución de 1979.

El 15 de agosto de 1990 el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto Supremo N° 234-90-EF que dispuso que los precios de los productos alimenticios se fijarían según la ley de la oferta y la demanda.

Como podemos observar, los agentes económicos transitaron en forma acelerada de una economía altamente intervenida por el Estado a una liberal de mercado y con ello desapareció el mecanismo de control de precios que había creado una enorme distorsión en la economía con 12 tipos diferentes de tasas cambiarias, subsidios, cuotas y mercado negro.

Las políticas de protección arancelaria y para-arancelaria y aquellas de monopolio para las operaciones en el sector externo fueron desapareciendo, junto con las empresas estatales encargadas de realizarlas durante la década pasada.

CENTROMIN, ECASA, ENCI, MINERO PERÚ, PETROPERÚ, ENTEL y otras fueron desactivadas.

En este contexto se promulga el Decreto Supremo 296-90-EF el que tiene su antecedente legislativo en el Decreto Supremo 226-90-EF, promotor de la libertad de mercado.

A continuación analizaremos exegéticamente el artículo 1° del Decreto Legislativo 701 que fue promulgado el 7 de Noviembre de 1991, y que rige y regula la libre defensa de la competencia en el Perú.

Artículo 1°.-

La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de usuario y consumidores.

2.1.2. El objeto de la Ley

« La ley tiene por objeto ...»

El diccionario de la Real Academia Española define «objeto» en los siguientes términos:

Objeto: en su aceptación literal y jurídica significa fin o finalidad, intento, propósito.

De esto podemos inferir que objetivo es una situación futura, hipotética, a la que se aspira llegar mediante un método.

Galán Corona considera que ha sido tema de discusión doctrinal la cuestión de cuál es el «objeto» de protección de este tipo de procesos.

Si su objeto de protección es la competencia como institución básica y fundamental de la economía de mercado o, por el contrario, si el objeto de protección es el individuo y su libertad de actuación económica.

Si tiene por objeto la protección individual, la infracción de este precepto podría dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios»[427].

El mismo autor señala que «si el objeto de protección del Derecho protector de la libre competencia es la competencia, en cuanto que mediante ella el sistema económico funciona óptimamente y con esta finalidad se prohiben determinadas actuaciones de los empresarios que restringen dicha competencia, es obvio que para todo estudio relativo a este sector del ordenamiento jurídico será preciso partir de una determinada noción de competencia»[428].

> «Parece evidente partir de un dato y es que cuando una norma jurídica se refiere a la competencia hay que considerar que tiene como presupuesto la competencia que se desarrolla en la vida real de la actividad económica»[429].

En este sentido, Indecopi, organismo público regulador de la libre competencia, aplica el concepto del objeto de la ley y lo señala en su Resolución 0229-1997/TDC- Indecopi. Esta resolución recae sobre una práctica restrictiva donde el denunciante Sr. Carlos León Madalengoitia interpuso acción contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú, por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia, al fijar determinados sueldos o remuneraciones mínimas. El tribunal se refirió de la siguiente manera, en lo que respecta al objeto de la ley: «... Así, en el Decreto Legislativo N° 701, se establece que la función primordial de dicha ley es permitir que la libre iniciativa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. De allí que el objeto de la ley mencionada es eliminar toda conducta que se encuentre encaminada a limitar la libertad de acción de los agentes económicos, toda vez que ello implicaría que el régimen de libre competencia se distorsione...»

Cuando analizamos la legislación comparada sobre el tema encontramos que algunas normas consideran la descripción del objeto de la ley en el mismo texto, otras, sin embargo, detallan el objeto en su parte considerativa, esto es, en su exposición de motivos.

Así, por ejemplo, la ley venezolana regulatoria de la libre competencia señala:

> Artículo 1.- Esta ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

En México, la Ley Federal de Competencia Económica, promulgada el 24 de diciembre de 1992, señala:

> Artículo 2.- Esta ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios(...).

La ley española 16/1989 del 17 de julio de 1989 no establece ninguna disposición directa sobre su objeto. Sin embargo, su Exposición de Motivos es clara al señalar que:

---

427 GALÁN CORONA (1997). *Op. cit.*, pp. 31-32.

428 *Ibidem*, p. 33.

429 *Ibidem*, p. 41.

«... La competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el artículo 38 de la Constitución».

La presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público».

En Finlandia, el Act on Restrictions on Competition, en su sección 1 señala textualmente:

«The protection of sound and effective economic competition from harmful restrictions shall be governed by provisions of this act.

In the application of this Act, special attention shall be paid to the interests of consumers and the protection of the freedom of trade from unjustified barriers and restraints».

El objetivo en la legislación de la Federación Rusa es 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.

En Suecia la norma establece como objetivo eliminar y afrontar los obstáculos a una competencia efectiva en la esfera de la producción y el comercio de bienes, servicios y otros productos.

En tanto que en Dinamarca el objetivo de la ley es fomentar la competencia y reforzar así la eficiencia de la producción y la distribución de bienes y servicios, etc., por medio de la máxima transparencia posible de las condiciones de competencia.

En Hungría podemos verificar el Act LXXXVI de 1990 que, bajo el título *On the prohibition of Unfair Market Practices*, señala:

«Freedom and fairness of economic competition are basic preconditions to market competition enforcing economic efficiency. In order to protect the freedom and fairness of economic competition, forms of conduct that are contrary to fair market practices shall be prohibited and the control of the organizational union of entrepreneurs shall be introduced by also creating the necesary organizational forms. Accordingly, public interest linked to economic competition, the interests of the competitors and in connection with fair conduct on market the interests of consumers shall be protected by law».

En Noruega el Act N° 65 de Junio de 1993 sobre Competition in Commercial Activity señala:

«...The purpose of the Act is to achieve efficient utilization of society's resources by providing the necessary conditions for effective competition».

En Canadá la norma señala:

«The purpose of this act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreing competition in Canada, in order to ensure that small and medium sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices».

En Suiza la norma señala:

«La présente loi a pour but d'empecher les conséquences nousibles d'ordre economique ou social imputables aux cartels et aux autres retrictions a la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'interet d'une économie de marché fondée sur un régime libéral».

2.1.3. Prácticas Monopólicas Controlistas y Restrictivas

«La presente tiene por objeto eliminar...»

Una primera aproximación al término «**eliminar**» nos lleva a analizar el significado de éste según la Real Academia Española:

> «Del latín eliminare, echar del umbral, de casa. Quitar, separar una cosa; prescindir de ella. Alejar excluir a una o muchas personas de una agrupación o de un asunto...»[430].

Este mismo término tiene una acepción diferente según el Diccionario Enciclopédico Larousse; a saber:

> «Quitar, separar una cosa o prescindir de ella. Excluir a una o varias personas de una agrupación o de un asunto...»[431].

Veamos ahora el término desde una perspectiva jurídica. Cabanellas lo define como:

> «Excluir, prescindir, expulsar o alejar, matar, exterminar(...). La eliminación es la acción o efecto de eliminar(...). Como profilaxis social: La eliminación de miembros de la sociedad cuya adaptación a las condiciones de ésta se ha manifestado totalmente imposible. Se mostró, entre los antiguos, como selección genética en algunos pueblos, que determinaban dar muerte, por despeñamiento u otra forma brutal, a los recién nacidos que consideraban defectuosos. En la actualidad, a un lado de la eutanasia, la eliminación física de los individuos tiene dos manifestaciones principales: el exterminio persecutorio de los enemigos políticos, en las purgas totalitarias, en el terror combatiente y vencedor del falangismo o con un propósito de extirpar la raza judía, que llevó al nazismo al fusilamiento, asfixia o cremación de millones de israelitas en los campos de concentración de la Segunda Guerra Mundial(...). En lo penal: En otro aspecto, practicado en distintas etapas por todos los países y que todavía perdura, la eliminación se basa en el delito, como sanción de las conductas más reprochables, y por la pena de muerte...»[431].

La eliminación como objeto de la ley encierra una contradicción en sí misma:

Según el Decreto Legislativo 701 eliminar no vendría a ser el método sino mas bien el objetivo hipotético al que se aspira llegar.

Broseta Pont considera que «cuando se habla, pues, de tutela o de protección de la libertad de competencia, nos referimos a disposiciones dirigidas a eliminar o al menos a atenuar obstáculos artificiales al libre juego de la competencia»[433].

«La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas...»

---

430 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española.* Tomo I. 21ª. Edición. Madrid: 1992, p. 798.

431 LAROUSSE. *Diccionario Enciclopédico.* 5ta. Edición. Bogotá: 1999, p. 374.

432 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Tomo III.. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 21ª. edición, 1989, p. 401.

433 BROSETA PONT (1983). *Op. cit.*, p. 108.

La ley se refiere a prácticas en el artículo 1°, conductas y actos en el art. 3 y acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas, para describir ejemplos de conductas prohibidas.

Las prácticas contempladas en la ley son resumidas en monopólicas, controlistas y restrictivas. Sin embargo, si revisamos la ley no encontraremos artículos referentes a prácticas controlistas. Las prácticas monopólicas las encontramos desarrolladas en los artículos 4° y 5° de la ley. Las prácticas restrictivas se encuentran en el artículo 6° de la ley.

Procedamos, a continuación, a describir el significado de **«práctica»**, según la Real Academia Española:

> «Del latín practica. Ejercicio de cualquier arte o facultad, conforme a sus reglas. Destreza adquirida con este ejercicio. Uso continuado, costumbre o estilo de una cosa. Modo o método que particularmente observa uno en sus operaciones. Ejercicio bajo la dirección de un maestro y por cierto tiempo tienen que hacer algunos para habilitarse y poder ejercer públicamente su profesión. Aplicación de una idea en la doctrina; contraste experimental de una teoría»[434].

Desde un punto de vista jurídico, Cabanellas la define como:

> «Ejercicio de un arte o facultad. Método, modo, procedimiento de actuar. Costumbre, uso, estilo. Actividad que, dirigidos por un maestro, conocedor o profesional, deben realizar durante determinado tiempo los que ejercerán ciertas carreras o desempeñarán algunos cargos. Destreza, habilidad. Aplicación, ejecución de principios, doctrina o programa. Antiguamente se dijo práctica, plática y praxis»[435].

Cuando nos referimos a **prácticas monopólicas** y **prácticas restrictivas** entendemos que la ley se refiere a acciones del poder económico de una o más empresas con la intención de controlar un determinado mercado. El mercado debe ser libre conforme el Decreto Legislativo 757, que señala que este debe regirse por la ley de oferta y demanda siendo esta finalmente la que determina los precios de bienes y servicios y no el accionar ilegal de los ofertantes que pueden coludirse para maximizar sus utilidades a expensas de los consumidores.

Estas prácticas monopólicas y restrictivas distorsionan el buen funcionamiento del sistema de precios, en claro perjuicio de los consumidores y de los competidores. Por otro lado, estas mismas prácticas crean barreras artificiales de acceso y salida de las empresas al mercado, reduciendo las opciones que los consumidores puedan tener, lo que no sólo reduce el nivel de bienestar que puede generar la economía en su conjunto, sino que también atenta contra la eficiencia y disminuye los incentivos que la competencia puede generar para alcanzar situaciones más beneficiosas para la sociedad.

Para Barrera Graf «la libre concurrencia y la competencia lícita se afectan con la constitución de monopolios y oligopolios y por medidas y actos del Estado o de empresas particulares que conduzcan o puedan conducir a dichas situaciones, como son: exención de impuestos, prohibiciones a título de protección a la industria, concentración y acapara-

434 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1651.

435 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 338.

miento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesarios, actos de toda índole que tienden a evitar la libre concurrencia»[436].

Prácticas Monopólicas

> «En una situación de monopolio, un solo productor satisface la demanda de todos los consumidores. Ello le permite la posibilidad de determinar el precio y la cantidad que más le conviene al monopolista a costa de extraer recursos del consumidor. Una situación de monopolio, sin regulación alguna, determina que el precio sea mayor al que ocurriría en una situación de libre competencia y que la cantidad disponible sea menor. Es importante señalar que la existencia de un solo proveedor en un mercado no define necesariamente una situación de privilegio»[437].

Para Baylos «el monopolio implica la eliminación de la competencia con respecto a una mercancía determinada. La idea esencial a la que va unida es la existencia de un único oferente de esa mercancía o producto, lo que hace que sus eventuales adquirentes se constituyan en compradores necesarios del monopolista en una especie de clientes sin opción»[438].

El mismo autor añade: «el monopolio ha de caracterizarse, por tanto, como aquella posición que, en su grado máximo o extremo, se define por la concurrencia de las tres notas contrarias a las que señalábamos como propias de la competencia perfecta, a saber: la posibilidad de una determinación unilateral del precio, la supresión de la libertad de elección de los consumidores y la adopción de una política industrial y de ventas por parte del monopolista, independiente de las condiciones del mercado y de la conducta de los demás competidores»[439].

En el «monopolio existen dos conceptos: el concepto de mercancía y el concepto de vendedor único. Para fijar el primero, es preciso considerar que cada tipo de productos admite matices de calidad y toda una gama de sucedáneos directos, que deben ser tomados en cuenta para determinar si constituyen en realidad modalidades o variantes de una misma especie o mercancías diversas. Respecto a la noción de vendedor único podemos afirmar que es también relativa. No dejará de ser monopolista en sentido económico quien, poseyendo sobre el mercado de ese producto el poder característico del monopolio, sin embargo, no asuma su oferta total»[440].

> «La razón está en que el monopolista, aunque excluya a los demás en cuanto a la oferta de un bien o servicio determinados, puede verse obligado a hacer frente a la competencia de aquellos otros empresarios que ofrecen en el mercado bienes o servicios que, desde el punto de vista de la necesidad que están destinados a satisfacer, realizan una fusión económica análoga y son capaces de sustituir al monopolizado, en la voluntad del consumidor»[441].

---

436 BARRERA GRAF, Jorge. *Libre Concurrencia, Competencia Desleal y Monopolios. Estudio Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas. Tomo I: Derecho Constitucional.* México: UNAM, 1988, p. 66.

437 *Preguntas sobre libre competencia en el merco de una Economía Global.* Julio 1996, p. 9.

438 BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Los derechos intelectuales como posiciones económicas privilegiadas. Parte I: Tratado de Derecho Industrial.* Madrid: Ed. Civitas, 1993, p. 268.

439 *Ibidem,* p. 269.

440 *Ibidem,* p. 268.

441 *Ibidem,* p. 269.

En este orden de ideas «el monopolio puede deberse a simples circunstancias de hecho, que hagan imposible la competencia en la práctica, o a la posesión de títulos jurídicos que faculten para prohibirla, convirtiéndola en ilícita o ilegal. Las consecuencias económicas de la posición dominante que surge para el monopolista son las mismas en uno o en otro caso»[442].

Por otro lado «existen situaciones en que el monopolio es inevitable, como cuando se trata de monopolios naturales, en que no sería viable o sería excesivamente caro que existieran dos proveedores de un mismo servicio. Se da también el caso del monopolio temporal que corresponde a una decisión de conseguir una muy rápida ampliación de los niveles de acceso a sectores que hoy día no cuentan con ello. De cualquier modo, si existe un monopolio, debe haber el marco normativo y el organismo que esté a cargo de velar por los intereses de los consumidores»[443].

Ahora bien, Baylos nos dice finalmente «en la situación de monopolio, la elección del consumidor o desaparece, o se ve forzada a versar sobre productos desiguales, que no satisfacen sus apetencias en el mismo grado. En lugar de una elección entre competidores o entre productos, lo que hay es una decisión sobre el grado de satisfacción preferido».

Prácticas Restrictivas

La **práctica restrictiva** es definida en el *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia* de la siguiente manera:

> «Se refiere a un amplio abanico de prácticas comerciales a las que puede dedicarse una empresa o un grupo de empresas y que tienen como objetivo restringir la competencia entre estas empresas, mantener o mejorar su posición relativa en el mercado y sus beneficios, sin que resulte necesariamente de ello una baja de los precios o una mejora de calidad para los bienes y servicios proporcionados.
>
> La propia esencia de la competencia consiste en la competición entre empresas. Pero las prácticas comerciales no deberían transgredir ciertos límites. Hay trasgresión cuando la empresa o las empresas se las ingenian para restringir de manera artificial la competencia, no apoyándose en las ventajas de las que gozan, sino explotando su posición en el mercado en detrimento de sus competidores, de sus clientes y de sus proveedores, de tal manera que pueda resultar de ello un alza de los precios, una disminución de la producción, una menor selección para los consumidores, una pérdida de eficiencia económica y una mala asignación de recursos (o una combinación de estos elementos).
>
> Las categorías de prácticas comerciales susceptibles de ser consideradas como restrictivas de la competencia, y por consiguiente contrarias a la reglamentación de la competencia, varían según los países y según los casos especiales. Unas veces habrá prohibición absoluta (*per se*), otras se decidirá caso por caso (regla de la razón). Los precios impuestos, por ejemplo, se consideran como afectados de ilegalidad *per se* en la mayor parte de los países, mientras que los acuerdos de exclusividad pueden estar sujetos a la regla de la razón. Los criterios utilizados para pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de una práctica comercial pueden asimismo ser diferentes. En los Estados Unidos, los acuerdos sobre precios se consideran como afectados de ilegalidad *per se*, mientras que en la legislación canadiense el acuerdo debe cubrir una parte sustancial del merca-

442 *Ibidem*, p. 269.

443 *Preguntas sobre las políticas de libre competencia en el marco de una Economía Global. Op. cit.*, p. 10.

do para que se considere ilegal. Habiendo dicho esto, la reglamentación de la competencia de un gran número de países prevé un procedimiento de examen de un amplio abanico de prácticas comerciales restrictivas de la competencia y trata generalmente de impedirlas.

Estas prácticas pueden clasificarse en dos grandes categorías: las restricciones a la competencia horizontales y las restricciones verticales. La primera categoría, de las restricciones horizontales, engloba prácticas como ententes, la colusión, la asociación fraudulenta, las fusiones, los precios de exclusión, la discriminación por los precios y los acuerdos sobre los precios. En la segunda categoría, de las restricciones verticales, se incluyen los acuerdos de exclusividad, las restricciones geográficas, la denegación de venta, los precios impuestos y la venta vinculada. Las restricciones horizontales a la competencia hacen esencialmente que aparezcan empresas competidoras en el mismo mercado, mientras que las restricciones verticales se encuentran en las relaciones entre el productor y sus distribuidores. Se observará no obstante que la distinción entre restricciones horizontales y verticales no es siempre muy clara y que estos dos tipos de prácticas pueden a menudo presentar una interacción.

De este modo, las empresas pueden adoptar un comportamiento estratégico para poner obstáculos al libre juego de la competencia. Una de las estrategias adoptadas con este fin es el acaparamiento de los medios de producción mediante adquisición de fuentes importantes de materias primas o de circuitos básicos de distribución. Asimismo, las empresas podrán concluir, por ejemplo, contratos a largo plazo para la compra de factores o de capacidades de producción o recurrir a fórmulas de distribución exclusiva y a otras prácticas. Estas prácticas pueden crear barreras de entrada, reforzar la situación en el mercado de las empresas instaladas y facilitar los acuerdos restrictivos de la competencia»[444].

Garrigues considera como una **Práctica Restrictiva** el «impedir o restringir» la competencia, si esta se refiere directamente al supuesto o presupuesto de la libre competencia. Se impide la libre competencia cuando se impide a otra empresa el ejercicio de una actividad determinada; por ejemplo, un cártel dirigido a prohibir la venta de unos productos determinados. Este sería un caso de impedimento de la competencia, restringir la competencia, cosa que significa que la actividad está permitida en su conjunto, pero que en algunas de sus modalidades particulares la competencia está limitada. Es el caso de los cárteles sobre fijación de precios comunes, sobre limitación de precios, sobre la limitación de áreas territoriales para asignar a cada empresa un sector determinado, sobre limitación de mercados; o el caso del reparto de productos en el sentido de que se conviene que unas empresas produzcan determinadas mercancías, y otras, mercancías distintas»[445].

No menos interesante es la opinión de Guillermo Cabanellas, quien señala que «hay una distorsión cuando se coloca a los competidores en condiciones competitivas desiguales. A nuestro entender, el ámbito de esa figura, como se indica en el texto, es más amplio, pues su propósito es el de englobar aquellos actos que no suponen una pérdida de intensidad (restricción, limitación) respecto de los fenómenos económicos generalmente calificados como competencia, sino su sustitución por otros que, aún teniendo carácter competitivo, se alejan de las prácticas normales tuteladas»[446].

Cualquier práctica que restringe la libre competencia es considerada una violación y es castigada por la ley. A estas prácticas las normas de defensa de la libre competencia las

444 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 72-73.

445 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*, p. 165.

446 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, pp. 248-249.

califican como *per se* ilegales, es decir, la ley prohíbe objetivamente el desarrollo o puesta en ejecución de una conducta independientemente que pueda o no generar daños al mercado. La sanción de una conducta, bajo la regla *per se,* busca evitar costos administrativos que tendrían que incurrirse para determinar la razonabilidad o no de una práctica económica. Basta la comprobación que tal o cual práctica se llevó a cabo para que se aplique la sanción. Cada vez son menores las prácticas que caen en esta categoría. Actualmente podemos señalar, a nivel internacional, que su aplicación se da en aquellas restricciones expresas o desnudas como son la concertación horizontal de precios, acuerdos entre postores y reparto de mercados.

Entre las prácticas sancionables de inmediato y sin discusión en la legislación peruana encontramos: la fijación concertada de precios entre competidores o la de otras condiciones comerciales o de servicio; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; el reparto de las cuotas de producción; la negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición; la limitación o el control concertado de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; la concertación o coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, concursos, remates o subastas públicas, y otros casos de efectos equivalentes.

El Indecopi, en su resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC del 17 de setiembre de 1996, señala explícitamente lo siguiente: «establece que la función primordial de dicha ley es permitir que la libre iniciativa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. De allí que el objeto de la ley mencionada es eliminar toda conducta que se encuentre encaminada a limitar la libertad de acción de los agentes económicos, toda vez que ello implicaría que el régimen de libre competencia se distorsione.

También los tratadistas españoles al tratar el tema, señalan que «la competencia podría ser definida como aquella situación en que se encuentran las empresas que concurren en el mercado, en virtud de la cual cada transacción comercial que efectúa cualquiera de ellas puede ser representada por las demás como una oportunidad comercial perdida»[447].

De esta manera «el Derecho de las limitaciones de la competencia persigue que prevalezca el principio de la competencia en la acción concurrencial. Protege, pues, el interés público implicado en todo régimen de competencia, sin renunciar por ello a la tutela de los intereses privados que resulten lesionados por las restricciones o limitaciones a la competencia establecidas por los competidores. Su contenido lo integran el conjunto de medidas articuladas para lograr su propio fin»[448].

Manuel Abanto señala que «se reconoce a la competencia no solamente como institución que persigue el desarrollo de la libertad de los participantes en el mercado, sino además como la única capaz de proporcionar el marco adecuado para el libre desarrollo de la personalidad del individuo. La competencia puede y será protegida entonces, en cuanto a sus condiciones funcionales y a las que propician su aparición porque representa y es medio de la libertad económica privada, así como garante de la eficiencia económica productiva. Con ello, la competencia no es entendida como finalidad en sí misma, sino como aquel principio del ordenamiento que maximiza la libertad individual»[449].

---

447 BAYLOS CORROZA (1993). *Op. cit.*, p. 255.

448 *Ibidem,* p. 286.

449 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 26.

2.1.4. El Concepto de Libre Competencia

«La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia...»

El concepto de libre competencia tiene sus orígenes en la Revolución Francesa ya que «se instaura el principio de libre acceso al ejercicio de cualquier actividad económica porque todos los sujetos son iguales ante la Ley: Cualquier ciudadano puede iniciar una actividad mercantil o industrial»[450].

El concepto de libertad es definida por la Real Academia de la Lengua Española como:

> «proviene del latín libertas, —atis. Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Estado o condición del que no es esclavo. Estado del que no está preso. Falta de sujeción y subordinación. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres. Prerrogativa, privilegio, licencia...»[451].

En tanto el Diccionario Enciclopédico Larousse la define así:

> «Del latín libertatem. Poder inmanente al sujeto, en orden a su realización, que puede definirse como la capacidad de decidirse o autodeterminarse. Estado del que no sufre ni sujeción ni impedimento: estar en libertad...»[452].

Ahora bien, jurídicamente la libertad, según Flores Polo, es el:

> «Poder de obrar según la propia determinación, y, en consecuencia, ausencia de regla prohibitiva o restrictiva de una actividad determinada. En el Derecho Político constituye fundamento de la organización del Estado y la idea rectora y primera en los Estados de Derecho. En los gobiernos tiránicos, totalitarios y dictatoriales, no hay respeto por la libertad; al contrario, se la desconoce y atropella en función de los intereses del Estado»[453].

Por su parte, el Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia, define a la competencia como:

> «Situación del mercado en la que empresas o vendedores, que actúan con total independencia, se esfuerzan por atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o de cuotas de mercado. Competencia equivale a menudo en este contexto a competición. Esta competencia puede ejercerse entre dos o más firmas. Puede referirse a los precios, la calidad, los servicios o a varios de estos factores simultáneamente, así como a otros elementos diversos que son determinantes para la elección de los compradores.
>
> La competencia se percibe como un proceso clave que obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia y a comercializar a menor precio un más amplio abanico de productos y servicios. Se refleja en un aumento de bienestar para el consumidor y de efi-

450 BROSETA PONT (1983). *Op. cit.*, p. 106.

451 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1252.

452 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 606.

453 FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de términos jurídicos*. Tomo II. Lima: Ed. Editores Importadores S.A., 1984, p. 147.

ciencia de asignación. Incide asimismo en la eficiencia dinámica al favorecer la innovación, el cambio tecnológico y el progreso técnico»[454].

Para Joaquín Garrigues la «libre competencia, en sentido jurídico significa igualdad jurídica de los competidores»[455].

Para el Indecopi el concepto de mercado se sustenta en el régimen de libre competencia, que resulta de la concurrencia en el mercado tanto de ofertantes, como de consumidores, quienes finalmente, como resultado de una interacción continua, son los que establecen las reglas de juego que regirán en dicho mercado. Es fundamental para la real existencia de un régimen de libre competencia que los agentes económicos participantes actúen con libertad de expresión, es decir que, por un lado, los consumidores por cuenta propia puedan tomar una decisión de consumo que mejor satisfaga sus expectativas, y, por otro lado, que los ofertantes de forma autónoma tomen decisiones en función de lo que consideren más apropiado a sus intereses. La libertad de elección del consumidor y la del productor u ofertante son inseparables y de ellas dependen en gran medida que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Bauche y García señalan que «la libre competencia en el orden económico general quiere decir en el orden concreto de la empresa, libre ejercicio de la actividad del empresario, encaminada a la producción de bienes y servicios para el mercado. La libre competencia no se concibe sin el ejercicio de la actividad empresarial; y este ejercicio sólo es posible dentro de un sistema económico competitivo.

La libre competencia se ve constantemente amenazada por esta misma libertad que constituye su fundamento último. El sistema competitivo encierra en sí el germen de la autodestrucción. Para eliminar este riesgo se hace preciso instaurar un sistema de normas protectoras de la libre competencia, o lo que es lo mismo, de normas prohibitivas de las limitaciones de la libre competencia. La finalidad de estas normas es justamente garantizar el funcionamiento de la libre competencia: evitar que los competidores renuncien al libre ejercicio de su actividad para de esta manera excluir o limitar la libre competencia»[456].

Y para el Indecopi la libre competencia exige de las empresas una constante identificación de aquello que el consumidor necesita y desea, así como una permanente revisión de los estándares de calidad, costos y precios bajo los cuales son ofertados sus productos en el mercado, además de su organización y estrategias empresariales. La presión por captar las preferencias del consumidor en un esfuerzo por mantenerse compitiendo libremente en el mercado obliga a las empresas a mantenerse en un proceso dinámico de inversión y revisión de estrategias, que es la mejor garantía para lograr niveles de competitividad globales. Una efectiva libre competencia es también la mejor garantía de que los empresarios accedan a insumos y servicios que sus productos necesitan, en condiciones competitivas.

Para producir los resultados deseados, el fundamento de la libre elección de consumidores y productores tiene que darse en simultáneo con otros principios básicos del buen funcionamiento de los mercados.

---

454 OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 23.

455 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*, p. 142.

456 BAUCHE y GARCÍA (1983). *Op. cit.*, p. 62.

La libre competencia genera incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva sobre otras mediante la reducción de costos y la superioridad técnica. Esto resulta en un aumento de la eficiencia de las empresas para producir, un incremento de la calidad del producto que se ofrece y una disminución de los precios que permite que una mayor cantidad de consumidores tenga acceso al mercado.

2.1.5. Las Actividades Comprendidas en la Ley

«La presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios...»

La ley hace referencia a los tres grandes sectores económicos:

Producción, comercialización y servicios. Así pues comprende el universo de actividades económicas que pueden realizar las personas jurídicas o naturales. Analizaremos cada una de ellas.

La "producción" es definida por la Real Academia Española como:

> «Del latín productio, —onis. Acción de producir. Cosa producida. Acto o modo de producirse. Suma de los productos del suelo o de la industria... Desde un punto de vista económico: crear cosas o servicios con valor económico»[457].

El diccionario Enciclopédico Larousse:

> «Acción de producir. Cosa producida. Económicamente, conjunto de productos agrícolas e industriales. Medios de producción en la teoría marxista, conjunto constituido por las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción e intercambio, que define un período en la historia de una sociedad. Relaciones de producción, conjunto de relaciones que se establecen entre los hombres en el proceso de producción económica»[458].

Estas definiciones todavía son muy genéricas pues en esta posición tripartita de la ley, la producción o manufactura implica la transformación de insumos en bienes finales o en el aumento de valor agregado por efecto de la industria. Por ello es importante la definición jurídica de Flores Polo:

> «Acción de producir. Realización. Desde el punto de vista económico, algunos autores la definen como proceso de transformación de materias primas (Cabanellas). Otros como Kohler, consideran que comprende todos los recursos que incrementan la adecuación de los bienes para satisfacer las necesidades humanas. En este concepto se comprende no sólo la transformación de las materias primas, sino todo aquello que facilita la utilización de los bienes en cuanto al tiempo y al espacio[459].

Por su parte Cabanellas lo define así:

> «Acción de producir. Su resultado o producto. Acto, manera o forma de suceder algo. El conjunto de los productos agrícolas o industriales de determinado productor o, con amplitud mayor, con carácter nacional e incluso mundial. Técnicamente el proceso de transformación de las materias primas.

---

457 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1672.

458 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 825.

459 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 350.

Como resultado del conjunto de actos que sirven a la creación de la riqueza, la producción la integran el capital (los dueños de las máquinas-herramientas), el trabajo (los dadores de actividad creadora) y la naturaleza que proporciona la base indispensable (bienes y crisis de producción: factores de la producción, precio de producción, prima a la producción, productividad; propiedad de la producción y de los medios de producción; reproducción, sobreproducción, superproducción, unidad de producción)»[460].

Tratándose de un concepto tan importante debemos ampliarlo. Para ello recurriremos a la *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Esta lo conceptúa de la siguiente forma:

«Con excepción de los dones de la naturaleza, todos los artículos llegan a existir porque se producen. Esa actividad comprende los medios de subsistencia y constituye, juntamente con el consumo, las principales preocupaciones de la humanidad.

Producir significa hacer efectivas utilidades materiales permutables, esto es, susceptibles de ser apropiadas y por ende intercambiadas en sociedad. Por esto, producción significa la serie de procedimientos humanos con que se hace efectiva o crece la utilidad de las cosas materiales. Por medio de estos procedimientos humanos (creación de capacidad de satisfacción de necesidades) el hombre ha podido llevar un pausado y lento progreso, desde el estado primitivo hasta la nueva estructura del orden económico moderno»[461].

Tratándose de un concepto de naturaleza tanto jurídica como económica abordaremos una definición Económico Financiera. Esta señala:

«Creación de un bien o de un servicio adecuado para la satisfacción de una necesidad. La producción se considera como un ciclo creador de utilidad.

Desde el punto de vista técnico representa una forma de combinar los factores de producción (recursos naturales, trabajo, bienes de producción) apropiados a dicho fin.

En su aspecto económico, la noción de producción tiene un contenido que varía según los países. Se vincula a la naturaleza y características de los bienes y servicios creados mediante la combinación de los factores técnicos, así como a las condiciones bajo las cuales se ofrecen para la satisfacción de las necesidades. Las utilidades creadas pueden de hecho poseer una base más o menos material; por otra parte, pueden intercambiarse o no en un mercado. Estas distinciones se ven claramente en las definiciones de producción utilizadas por los sistemas de contabilidad nacional»[462].

El concepto de producción desde una perspectiva económica tiene dos dimensiones: micro y macro. El concepto microeconómico se refiere a los aspectos económicos a nivel de la empresa y el macroeconómico al nivel agregado, es decir, a la sociedad en su conjunto desde un punto de vista económico.

La producción puede definirse como:

«cualquier uso de recursos que permita transformar un bien en uno diferente. Los bienes pueden ser diferentes en términos de lo que son, en términos de cuándo o dónde están loca-

460 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 444.

461 OMEBA. *Enciclopedia Jurídica*. Tomo XXIII. Buenos Aires: Ed. Driskill S.A., 1980, p. 422.

462 BERNARD Y. y J.C. COLLIN. *Diccionario Económico y Financiero*. 4ta edición. Madrid: 1985, p. 1.142.

lizados o en términos de lo que el consumidor puede hacer con ellos. La producción, por lo tanto, incluye no solamente la manufactura sino también el almacenamiento, la venta por mayor, el transporte, las ventas al detalle, el reempaque, el intento de alterar las regulaciones vigentes, la contratación de abogados y contadores para encontrar la manera de pagar menores impuestos, etc.

La producción incluye tanto los bienes como los servicios, porque el término «bien» se refiere a ambos. En realidad, rara vez existe alguna diferencia entre bienes y servicios desde un punto de vista económico, puesto que ambas categorías son producidas mediante la utilización de alguna cantidad del factor trabajo y alguna cantidad del factor capital.

La producción es un concepto flujo, es una actividad que está medida en términos de una tasa de producción por unidad de tiempo, donde el producto está expresado en unidades de calidad constante. De esta manera, cuando hablamos de una producción creciente nos referimos a una tasa de producción creciente, manteniendo constantes las demás dimensiones de la producción. De modo similar, el uso de los recursos en un proceso de producción está medido en términos de flujos. Así, el capital está medido en horas de servicio de la maquinaria y no en número de máquinas. Igualmente, la tierra está medida en acres por año y no en número de acres».[463]

Para el economista y premio Nobel Samuelson la producción es «la cantidad total de una mercancía producida medida en unidades físicas»[464].

Además es importante considerar que:

«las decisiones relacionadas con la planificación y la producción pueden llevar largos períodos de tiempo. Por tanto, debemos distinguir tres períodos distintos en el análisis de la producción y de los costos:

- El período momentáneo es un período de tiempo tan breve que no es posible alterar la producción.
- El corto plazo es el tiempo en el que pueden ajustarse los factores variables, como las materias primas y el trabajo, pero no todos los factores por ser insuficiente. A corto plazo, no es posible modificar o ajustar totalmente los factores fijos, como la planta y el equipo.
- El largo plazo es el período en el que la empresa puede alterar todos los factores fijos y variables, entre ellos el trabajo, las materias primas y el capital»[465].

«Algunos economistas tienden a pensar que la mayoría de las actividades productivas deberían ser capaces de lograr rendimientos constantes de escala, ya que si es posible ajustar la producción repitiendo simplemente una y otra vez las plantas existentes, construyendo una acería o una fábrica textil al lado de otra, el productor multiplicaría simplemente tanto los factores como la producción en la misma cuantía»[466].

Samuelson consideraba que «la teoría de la producción tiene una gran importancia por sí misma, ya que nos ayuda a comprender cómo gestionan las empresas sus actividades internas y a analizar el comportamiento subyacente de la productividad y del nivel de vida.

---

463 MC GRAW HILL. *Economía Micro y Macro.* Tomo I. Ed. Mc. Graw Hill, 1994, pp. 246-247.

464 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, p. 1147.

465 *Ibidem,* p. 588.

466 *Ibidem,* p. 586.

Pero también es un importante elemento para comprender los costos de las empresas, que son los elementos esenciales de la oferta»[467].

Habiendo analizado con detalle el sector manufacturero o de producción abordaremos el de comercialización. El comercio implica la intermediación de bienes en la cadena de valor. El comerciante compra al fabricante y vende al consumidor final. Su rol en la sociedad, al intermediar en el tráfico de bienes, es esencial pues su papel en la distribución física, en el financiamiento y en el almacenamiento, lo que permite la regulación de los flujos de bienes al mercado. Muchas veces se ha pretendido restar importancia a su papel con *slogans* populistas como: «de la chacra a la olla» pero sin éxito pues no es posible mezclar la lógica productiva con la comercial.

Comercialización de Bienes.- Bienes producidos por las empresas[468].

¿Qué es la comercialización? La **Comercialización** según la Real Academia Española, es:

> «Acción y efecto de comercializar(...) Comercializar: Dar a un producto industrial, agrícola, etc. condiciones y organización comerciales para su venta»[469].

En términos jurídicos Comercio de bienes es:

> «Aquella actividad económica que consiste en transferir bienes del productor al consumidor para su uso final; o para ser usados en la producción; o en transferencias ulteriores en que no median procesos de transformación a excepción del envasado, embalaje, rotulación y fragmentación»[470].

Cabanellas lo define de la siguiente manera:

> «Saliendo al paso del anglicismo marketing, la Academia incluye el vocablo como acción y efecto de comercializar. Con otra técnica, Seldon lo define como el conjunto de procesos necesarios para mover los bienes, en el espacio y en el tiempo, del productor al consumidor. En la práctica, la comercialización incluye la investigación del mercado, tanto para ensanchar el existente como para conocer las inclinaciones del público y satisfacerlo así en lo posible, no por graciosa solidaridad, sino para aumentar los negocios y el lucro...»[471].

La comercialización se realiza con bienes. De allí la necesidad de detenernos sobre este concepto. Samuelson[472] considera que existen distintas clases de bienes:

- Bien Económico: Bien que es escaso en relación con su demanda total. Por tanto, debe relacionarse, normalmente cobrando un precio positivo.
- Bien Final: Bien que se produce para su uso final y no para venderlo de nuevo o para producir otro bien. Compárese con bienes intermedios.
- Bien Inferior: Bien cuyo consumo disminuye conforme aumenta la renta.
- Bien Público: Mercancía cuyos beneficios pueden proporcionarse a todos los individuos (de un país o de una ciudad) con un costo que no es mayor del necesario para pro-

467 *Ibidem*, p. 591.

468 MC GRAW HILL (1994). *Op. cit.*, p. 247.

469 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 517.

470 FLORES POLO (1984. *Op. cit.*, p. 305.

471 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 210.

472 SAMUELSON y NORDHAUS (1990). *Op. cit.*, p. 1126.

porcionárselos a una persona. Los beneficios del bien son indivisibles y no se puede excluir a ningún individuo. Por ejemplo, una medida de salud pública que erradique la viruela protege a todos y no sólo a los que pagan las vacunas. Contrástese con bienes privados, como el pan, que si son consumidos por una persona, no pueden ser consumidos por ninguna otra.

- Bienes Duraderos: Equipo o máquinas que normalmente se espera que duren más de tres años, por ejemplo, las computadoras, los camiones y los automóviles.
- Bienes Independientes: Bienes cuyas demandas son relativamente independientes. Más concretamente, los bienes A y B son independientes cuando una variación del precio del bien A no influye en la cantidad demandada del bien B, cuando se mantienen constantes todos los factores excepto el precio de A.
- Bienes Intermedios: Bienes que han sufrido alguna transformación pero que todavía no han alcanzado la fase en que se convierten en bienes finales. Así, el acero y el hilo de algodón son bienes intermedios.
- Bienes Libres: Bienes que no son bienes económicos. Existen en cantidades suficientes por lo que no es necesario relacionarlos entre aquellos que desean utilizarlos. Por tanto, su precio de mercado es cero.

Los bienes de todo tipo son objeto de comercio. Cuando se trata de bienes intermedios, se habla de comercio, o marketing industrial o en términos modernos B 2 B; cuando se trata de bienes finales se habla de comercio o marketing de consumo pues éstos están destinados al consumidor final. Existen diferencias marcadas entre ambos. No solo en la racionalidad de la compra, pues se considera que la compra en los mercados de consumo es más impulsiva o emotiva que la compra industrial la que debe ser más analítica y relacional. La compra entre empresas cobra más énfasis en la calidad de la empresa (el bien es un insumo), que en la marca, que su signo frente al público en general.

Prestación de Servicios.- Los servicios constituyen la dimensión económica que más crece. En las sociedades desarrolladas ocupa la mayor parte del Producto Bruto Interno, entre ellos tenemos: servicios financieros, tecnológicos, capacitación, etc.

La Real Academia Española define servicio:

> «Del latín servitium. Acción y efecto de servir(...) Utilidad o provecho que resulta a uno de lo que otro ejecuta en atención suya(...) Organización y personal destinados a cuidar intereses o satisfacer necesidades del público o de alguna entidad oficial o privada(...) Económicamente, prestación humana que satisface alguna necesidad del hombre que no consiste en la producción de bienes materiales...»[473].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

> «Del latín servitium. Acción de servir: realizar importantes servicios. Actividad que consiste en servir: trabajar al servicio del Estado. Persona o personas empleadas en trabajos domésticos de una casa privada...»[474].

Cabanellas define servicio de la siguiente manera:

[473] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1871.

[474] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 916.

> «Acción o efecto de servir. Trabajo. Actividad. Provecho, utilidad, beneficio. Método. Tiempo dedicado a un cargo o profesión. Favor, ayuda. Conjunto de medios, objetos, utensilios que se emplean en una actividad o cooperan a su mejor realización. Serie de elementos personales y materiales que, debidamente organizados contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general o pública...»[475].

Vásquez Ferreyra señala a este respecto que «desde un punto de vista económico, existe un servicio cuando se presta una función intangible al adquirente, que no incluye un producto»[476].

El servicio tiene características únicas. Es intangible; es fungible, es único e irrepetible. Se agota con el consumo y es siempre difícil de valorar.

Para Aida Kemelmajer «se debe entender por servicio a toda prestación realizada a título profesional o de servicio público, de modo independiente, a título oneroso o gratuito, cuyo objeto directo y exclusivo no es la fabricación de bienes o la transferencia de derechos reales o intelectuales»[477].

La norma al comprender los servicios en su ámbito de aplicación reconoce el patrón de desarrollo de las economías modernas donde las empresas de servicios dominan el mercado de la economía global. Bancos, compañías de seguros, empresas de transporte, telecomunicaciones, empresas de cómputo y software, son algunos de los gigantescos consorcios que rigen de economía actual y por ello deben estar sujetos al control de la norma.

2.1.6. El Principio Constitucional de la Iniciativa Privada

«La presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva...»

La constitución de 1993 protege la iniciativa privada. En su artículo 58 señala textualmente:

> Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

El Decreto Legislativo 757 entiende por libre iniciativa privada lo siguiente:

Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios.

Para Bernales Ballesteros libre iniciativa privada quiere decir:

> «Cada persona tiene derecho a desarrollar las actividades económicas que considere de su preferencia dentro de la sociedad, cumpliendo las normas que regulan dicha iniciativa. Sin embargo, estas normas deben estar destinadas a canalizarla no a entorpecer su acción...»[478].

---

475 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 392.

476 VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto y Oscar ROMERA. *Protección y Defensa del Consumidor.* Buenos Aires: Ed. De Palma, 1994, p. 66.

477 VÁSQUEZ FERREYRA y ROMERA (1994). Citanto a Aida KEMELMAJER. *Op. cit.*

478 BERNALES BALLESTEROS (1996) *Op. cit.*, p. 302.

La libre iniciativa privada permite:

a. Ejercicio de una actividad económica libre por parte de una pluralidad de empresarios.

b. Libertad de los empresarios competidores para ofrecer al público, aún dentro de ciertos límites, aquellas condiciones de contratación y ventajas comerciales que estimen oportunas.

c. Libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los empresarios que ofrezcan los bienes o servicios que necesitan; esto es, libertad de elección de las ofertas de bienes o servicios en el mercado[479].

De esta manera se busca:

> «Asegurar su necesaria interconexión económico institucional y a proveer las condiciones de eficiencia económica y social que garanticen la estabilidad de un orden de sociedad pluralista»[480].

Por ello el Estado sólo debe intervenir en las áreas con contenido social tales como:

- Promoción de empleo: Esto abarca tanto la asignación de fondos públicos para generar empleo —principalmente productivo— como, la orientación del mercado de trabajo en general, privilegiando la contratación de mano de obra donde ello sea posible. Todo esto incluye complejas medidas de política laboral y económica (...). Abre una posibilidad interesante de desarrollo de medidas protectivas y alentadoras del empleo, pues habilita al Estado para dictarlas.

- Salud: El Estado tiene una función importante dentro de este ámbito. Esta norma indica que no sólo le corresponde al Estado promover y supervisar, sino actuar directamente en defensa de la salud de la población.

- Educación: También tiene el Estado rol preponderante, inclusive la inversión y conducción de centros educativos.

- Seguridad: La seguridad no sólo se refiere a los aspectos físicos del ser humano, sino a las condiciones mínimas en las cuales pueda desarrollarse cabalmente dentro de la sociedad. El Estado deberá intervenir activamente en ello, inclusive con asignación de recursos.

- Servicios Públicos: Incluyen toda una variada gama de actividades en las cuales el Estado puede trabajar de manera excesiva, en colaboración con el sector privado o puede dejarlas íntegramente en manos de este último. Sin embargo, el Estado tiene el deber de cubrir los servicios públicos esenciales para los cuales la oferta privada sea insuficiente o inexistente.

- Infraestructura: Tiene que ver con la inversión en infraestructura física del país, como caminos, aeropuertos, puertos marítimos y fluviales, etc. También en este ámbito puede el Estado asumir responsabilidades exclusivas, compartidas con el sector privado o entregár-

---

479 FONT GALÁN (s/f). *Op. cit.*, pp. 52-53.

480 OCHOA CARDICH, César. «Economía y Constitución». En: *Separata de la Universidad de Lima.* 1979, p. 13.

selas íntegramente a él. Pero no puede descuidar los aspectos de infraestructura esencial que no sean atendidos por el sector privado»[481].

Como vemos el Estado debe cumplir un doble rol: Actuar en áreas de interés público y social. Aquí encontramos defensa, salud, infraestructura, educación y evitar intervenir o actuar en todas las demás, salvo como árbitro y guardián del cumplimiento de las reglas de la competencia. El problema surge cuando el Estado asume un rol protector y aún protagónico en la economía en detrimento de la actividad privada, ejerciendo una competencia desleal o ahogando la iniciativa. Por eso en el actual modelo «ha sido eliminado toda clase de control en los procesos de producción de las empresas, salvo aquellas en que la salud, seguridad y preservación del medio ambiente esté de por medio»[482].

La norma de inversión privada del Perú promueve:

> «la inversión privada incluso en los sectores que siempre habían sido reservados para el Estado(...) las restricciones en ciertas actividades económicas referidas a la explotación de nuestros recursos naturales, han sido levantadas; salvo aquellas que tengan su base en el interés público»[483].

2.1.7. El Bienestar del Consumidor

«La presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de usuarios y consumidores».

El bienestar de los consumidores es definido por el *Glosario de Economía Industrial y de Derecho de la Competencia* de la siguiente manera:

> «El bienestar de los consumidores se mide a través de las ventajas proporcionadas a los individuos por el consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define mediante la evaluación por parte del individuo de su propia satisfacción teniendo en cuenta su renta y el nivel de precios de los bienes y servicios. Para medir con exactitud el bienestar de los consumidores, es preciso conocer pues las preferencias de los individuos.
>
> En la práctica, la economía aplicada del bienestar recurre a la noción de excedente de los consumidores para medir el bienestar de éstos últimos. El excedente de los consumidores es un indicador del bienestar total de los consumidores. Desde el punto de vista del derecho y de la política de la competencia, las opiniones son discrepantes en cuanto al objetivo a perseguir; para algunos, es preciso maximizar el excedente de los consumidores; para otros, es preciso asimismo tener en cuenta las ventajas que se obtendrán por parte de los productores»[484].

¿Qué es beneficio?: Se define así el bien que se hace o se recibe. Utilidad, provecho. Acción de beneficiar minas o minerales[485].

Desde el punto de vista económico es la obtención del óptimo para el consumidor.

---

481 BERNALES BALLESTEROS (1996). *Op. cit.*, p. 307.

482 MUÑIZ, Jorge. En *Invirtiendo en el Perú*. Beatriz Boza (Ed.), s/f, p. 70.

483 MUÑIZ (s/f). *Op. cit.*, p. 69.

484 OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 18.

485 ARISTOS. *Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*. Barcelona: Ed. Ramón Sopena, 1972, p. 94.

«La toma de decisiones individuales, por lo tanto, consiste en comparar las preferencias con las oportunidades existentes. El individuo racional dirige sus actividades de tal manera que satisfaga de la mejor manera posible las preferencias, partiendo de las oportunidades disponibles. Si deseamos hacer uso del concepto de utilidad (...) decimos que el individuo racional debe escoger una canasta o una combinación de consumo tal que maximice su utilidad. La canasta de consumo que maximiza la satisfacción de un consumidor se constituye por lo tanto, en el punto óptimo para esta persona»[486].

El mayor beneficio para los usuarios y consumidores implica un mercado eficiente en el cual no se cree desperdicio o costo social. Esto nos lleva al concepto de eficiencia y bienestar relacionado con el costo-eficacia de la regulación que Gonzalo Ruiz[487] ha elaborado en un documento titulado «Control de Concentraciones versus Regulación de Conductas ¿Complementos o Sustitutos?». Ruiz señala:

El control de concentraciones ha sido considerado tradicionalmente como un aspecto complementario a la regulación de conductas anticompetitivas, necesario para garantizar un entorno de competencia en los mercados. Dentro del marco de las políticas de competencia, este mecanismo de regulación forma parte de lo que se denomina regulación o control de estructuras[488] que comprende no sólo a las fusiones sino también a las adquisiciones, transferencias de activos y contratos de *joint venture* y, en general, la regulación de relaciones contractuales de largo plazo entre empresas. El control de estructuras y, especialmente, el de concentraciones forma parte de la regulación de competencia en la mayoría de países industrializados.

En los últimos años, ha surgido un consenso cada vez mayor acerca que uno de los principales objetivos que persigue el control de concentraciones es la creación de un entorno competitivo con el fin de atenuar o reducir los incentivos de las empresas para la realización de prácticas anticompetitivas. Este mayor énfasis en la prevención o disuasión de conductas anticompetitivas ha sido, en gran medida, consecuencia de la influencia de la Teoría de la Organización industrial, durante las últimas décadas y, en particular, sobre el cuestionamiento que ésta ha hecho al paradigma estructura-conducta y desempeño, como modelo de aproximación al análisis de las condiciones de competencia en los mercados. Así la noción tradicional de la existencia de una relación causal que iba desde la estructura de los mercados hasta la conducta y desempeño de los mismos, ha ido perdiendo vigencia, frente a planteamientos que enfatizan la importancia del comportamiento estratégico de las empresas en el mercado.

El rol asignado a las políticas de control de concentraciones como mecanismo complementario a la regulación de conductas, en la actualidad, se basa en la noción que las empresas con una mayor participación en el mercado tienen mayores incentivos para realizar prácticas restrictivas de la competencia o de abuso de posición de dominio. En este sentido, el control de concentraciones facilitaría la prevención o disuasión de dichas prácticas: ¿cuál es la ventaja relativa de un sistema de control de fusiones versus un sis-

---

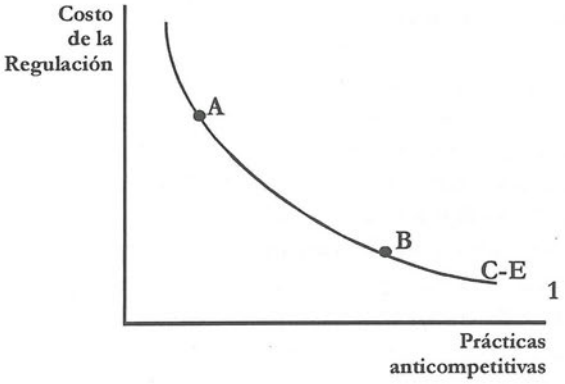
[486] MC GRAW HILL (1994). *Op. cit.*, p. 78.

[487] RUIZ, Gonzalo. «Control de Concentraciones versus Regulación de Conductas ¿Complementos o Sustitutos?» En: *Boletín Latinoamericano de Competencia.* N° 5. Diciembre de 1998, pp. 2-9.

[488] Véase, por ejemplo, BONER y KRUGER (1993), pp. 68-69.

tema de regulación ex-post de conductas para la prevención y disuasión de prácticas anticompetitivas? ¿son ambos mecanismos complementarios o sustitutos? ¿Existen otras herramientas de política que podrían ser potenciales sustitutos?

Gráfico 1. El Costo-Eficacia de la regulación



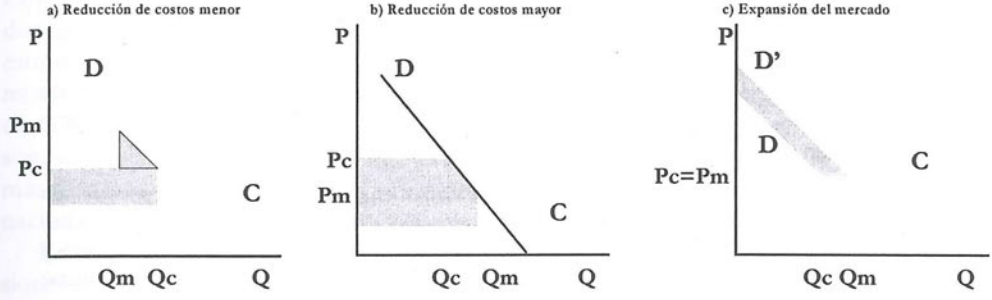
Dar respuesta a estas preguntas, requiere previamente establecer un marco analítico para evaluar los costos y la eficacia de las políticas de regulación, en la prevención o disuasión de éstas prácticas. Una evaluación de este tipo sugiere, en primer lugar que, sea cual fuere el mecanismo escogido por el regulador, el volumen de recursos que se destina a la actividad de regulación, debería guardar relación con el grado de prevención o disuasión de las conductas anticompetitivas. Así, cuanto mayor sea la cantidad de recursos que destina el Estado a la actividad de regulación, mayor debería ser su poder disuasivo y menor también el número de empresas que vulneran normas de competencia. Un adecuado balance entre el volumen de recursos que destina el Estado a la actividad de disuasión y los costos que las prácticas anticompetitivas ocasionan a la sociedad en su conjunto. El gráfico 1, sugiere que, si bien no es recomendable asignar un nivel de recursos tan bajo, que ubique a la sociedad, en un punto como B (pues ello restaría poder disuasivo a las políticas de competencia e implicaría una mayor presencia de empresas incurriendo en prácticas anticompetitivas); tampoco deberíamos asignar un volumen que nos lleve a un punto superior a A. Más allá de A, el beneficio marginal para la sociedad de tener menores prácticas anticompetitivas es prácticamente nulo, mientras el costo marginal de la disuasión se torna cada vez más alto.

En países en desarrollo, en los que los problemas presupuestarios del sector público continúan constituyendo un importante cuello de botella, un análisis como el arriba señalado, adquiere especial relevancia. Asimismo, en esta evaluación también se debe considerar los costos que el sector privado se ve obligado a incurrir por concepto de gastos administrativos, pago de honorarios de abogados, costos financieros, entre otros. Finalmente, es importante considerar además de los costos públicos y privados de la regulación, los costos por posibles errores del regulador y su daño potencial sobre el mercado. En síntesis, el costo que la sociedad en su conjunto incurre como resultado de la implementación de un determinado esquema de regulación.

Una vez establecido este marco de análisis, cabe preguntar ¿qué tipo de prácticas permite disuadir o evitar el control de concentraciones que no pueda efectuarse mediante una regulación ex post de conductas? Existen argumentos teóricos que permiten dudar acerca de la eficacia relativa de este instrumento de política, especialmente, en contextos como los que en la actualidad atraviesan las economías del hemisferio. Algunos de estos se presentan en las siguientes secciones.

Dentro de la discusión acerca de los efectos de una fusión sobre la eficiencia del mercado, se suele plantear la existencia de un *trade off* entre el impacto negativo de la fusión sobre la asignación de recursos y los potenciales efectos positivos, en términos de mayores eficiencias productivas derivadas de la fusión. Ello se refleja en el siguiente diagrama 2: (a) en el que se aprecia la asignación previa (Pc, Qc) y posterior (Pm, Qm) a la fusión. D representa la curva de la demanda del mercado, y «c» la curva de costo de la empresa. Así la pérdida de eficiencia asignativa en el mercado está representada por el área oscura y las ganancias en eficiencia productiva estarían representadas por el área más clara.

Gráfico 2. Fusiones y eficiencias



(Qc, Pc): Cantidad y precio antes de la fusión
(Qm, Pm): Cantidad y precio luego de la fusión

Williamson[489] muestra que pequeñas ganancias en eficiencia productiva como resultado de una fusión, son suficientes para compensar pérdidas de eficiencia asignativa considerables[490]. En este sentido, según Williamson, las eficiencias productivas y no sólo las asignativas deberían contemplarse para efectos de evaluar el impacto negativo o positivo de las fusiones sobre la eficiencia. Sin embargo, entre otros aspectos, Williamson cuestiona el «carácter estático» en el que comúnmente se evalúa el impacto de una concentración horizontal sobre el bienestar y la comparación entre eficiencia asignativa y productiva, en un mercado específico. No basta con evaluar las potenciales economías que se alcanzarían mediante una fusión, sino el tiempo que involucra dicho proceso. En este sentido, si la fusión permite alcanzar con mayor rapidez eficiencias productivas superiores a las posibles eficiencias asignativas en el mercado, tendría sentido aprobar la fusión. No hacerlo, impli-

489 WILLIAMSON, Oliver. «Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs». En: *American Economic Review*. 18'h march, s/f, pp. 18-36.

490 Williamson calcula el porcentaje de reducción de costos por parte de la empresa (asumiendo una tecnología de rendimientos a escala constante) necesario para compensar la pérdida de eficiencia derivada de un aumento en precios. Así por ejemplo, asumiendo una elasticidad unitaria, estima que es suficiente una reducción de costos del 0.5% para compensar el efecto de aumento en los precios de 10%.

caría retrasar el proceso mediante el cual la empresa alcanza estas eficiencias a través de su crecimiento interno, lo que podría conllevar más tiempo. Por el contrario, en casos en los que las posibles eficiencias productivas sean pequeñas en relación con la pérdida de eficiencia social, no tendría sentido adelantar este proceso.

Sobre la fusión, el *Glosario de Economía y Industrial y Derecho de la Competencia*, nos dice lo siguiente:

> «Transmisión del patrimonio de una o de varias sociedades a otra sociedad, por medio de la absorción por parte de una sociedad preexistente o de la creación de una nueva sociedad. La fusión es una operación por la cual las sociedades pueden aumentar su tamaño, desarrollar actividades existentes o nuevas y aumentar su penetración o penetrar en mercados nuevos. La fusión puede tener varios objetivos: la búsqueda de una mayor eficiencia económica o de un poder sobre el mercado, una diversificación, un redespliegue geográfico sobre otros mercados, la obtención de sinergias financieras o para la investigación y desarrollo, etc. Se pueden clasificar las fusiones en tres categorías:
>
> - Fusión heterogénea: las empresas que se fusionan ejercen actividades que carecen de vínculos entre sí (caso, por ejemplo, de la fusión entre un fabricante de automóviles y un fabricante de productos alimenticios);
>
> - Fusión horizontal: tiene lugar entre empresas que producen y venden los mismos bienes, es decir, entre empresas competidoras. Las fusiones horizontales de gran envergadura pueden reducir la competencia en un mercado y son a menudo objeto de un control por parte de las autoridades de la competencia. Las fusiones horizontales pueden considerarse como una integración horizontal de empresas en un mercado o entre diferentes mercados;
>
> - Fusión vertical: se realiza entre empresas que actúan en diferentes fases de la producción (por ejemplo, extracción de materias primas, fabricación de productos acabados y distribución). Un ejemplo de fusión vertical sería el de una fusión entre una empresa siderúrgica y un productor de mineral de hierro. Las fusiones verticales permiten generalmente alcanzar una mayor eficiencia económica, pero tienen a veces efectos restrictivos de la competencia»[491].

Este tipo de análisis resulta importante pues incorpora la dimensión temporal a la evaluación de los efectos de las concentraciones. Sin embargo, existen dos aspectos que merecen ser analizados con mayor detalle. Uno primero, es el hecho de considerar sólo cierto tipo de eficiencias productivas como resultado de la fusión. Un segundo aspecto, es el equiparar la alternativa de crecimiento de una empresa vía fusión versus crecimiento interno.

i) Fusiones y eficiencias.- En general, las concentraciones pueden permitir alcanzar distintos tipos de eficiencia dependiendo del carácter de la fusión que se trate. En primer lugar, la reducción en costos generada por una fusión puede ser de tipo menor o mayor. El análisis tradicional considera el caso de reducciones de costos de tipo menor, es decir, aquellas que no permiten a la nueva empresa fijar un nivel de precios inferior a los prevalecientes antes de la fusión (Diagrama 2a). En este caso se genera una ineficiencia asignativa reflejada en el área A (más oscura) y se presenta el *trade off*.

Las reducciones de costos de tipo mayor, en contraste, son aquellas que permiten a la nueva empresa fusionada, cobrar precios por debajo de los niveles previos a dicha fusión.

491 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 53-54.

En este caso, la reducción de costos es de tal magnitud que aún incluyendo sus márgenes monopólicos u oligopólicos, la firma fijaría un precio menor a Pc y produciría un nivel mayor a Qc. Como se aprecia en el diagrama 2b, en el caso de reducciones de costos de tipo mayor podrían generarse también eficiencias asignativas importantes, dado que la nueva empresa está en capacidad de abastecer a una proporción mayor de la demanda a menores precios. El área más oscura representa el aumento del excedente del consumidor alcanzado como resultado de la fusión. Así, en el caso de reducciones de costos de tipo mayor no existiría *trade off* sino mas bien estaríamos ante una solución Pareto-superior, si la comparamos con la asignación previa. Más allá de la evidencia empírica a favor o en contra de los efectos de una fusión sobre la tecnología de las empresas fusionadas, es importante contemplar la posibilidad de que, como resultado de una operación de concentración, se generen reducciones en costos que permitan alcanzar también eficiencias asignativas mayores.

Un segundo tipo de eficiencia que no es considerado dentro del análisis tradicional, es la que se deriva de la posible expansión del mercado como resultado de la fusión. Un incentivo importante para que dos o más empresas se fusionen, son las posibilidades de expandir el ámbito de bienes o servicios que producen, ya sea introduciendo nuevos productos al mercado o modificando el acceso de los mismos a los consumidores (nuevas estrategias de mercado, publicidad, distribución y comercialización, entre otros). En términos del diagrama 2c, ello se vería reflejado en un desplazamiento hacia la derecha de la curva D. Las ganancias de eficiencia asignativa en este caso están ilustradas por el área sombreada en este diagrama. En este caso, tampoco existiría pérdida de eficiencia social y más bien nos encontraríamos ante una situación Pareto-superior, comparada con la asignación previa a la fusión.

En líneas generales, los tipos de eficiencia mencionados pueden alcanzarse tanto en fusiones de tipo horizontal, vertical o conglomeral, aunque por distintas razones. En el caso de fusiones horizontales, entre los factores más importantes que podrían incidir en la reducción de los costos destaca el aprovechamiento de economías de alcance y el potenciamiento de sinergias empresariales. En cuanto a las concentraciones de tipo vertical, la reducción de costos podría ser resultado de una reducción de los costos de transacción u otros efectos como las derivadas de la eliminación de monopolios sucesivos.

En cuanto al tercer tipo de eficiencia (Diagrama 2c), tanto en el caso de fusiones de tipo horizontal como vertical, estas pueden ser reflejo del aprovechamiento de complementariedades tecnológicas y/o de los productos que se proveen en el mercado. Asimismo, puede ser reflejo de nuevas y más eficientes estrategias de mercadeo y comercialización de los productos, introducidos como parte de la fusión.

En cuanto a las concentraciones de tipo conglomeral, el impacto relativo de las eficiencias mencionadas dependerá del carácter de las mismas. Por ejemplo, si la fusión es del tipo de extensión del producto[492] es posible que el efecto de la expansión del mercado sea significativo (Diagrama 2a). Si la fusión es del tipo de extensión del mercado[493] es más probable que se logren eficiencias derivadas del aprovechamiento de economías de alcance (Diagrama 2a o 2b).

---

[492] Es decir, cuando la fusión es realizada entre empresas que producen bienes que no compiten entre sí pero que utilizan canales de distribución similares.

[493] Es decir, cuando la fusión es realizada entre empresas que operan en mercados geográficos distintos.

En síntesis, las economías internas que alcanzan las empresas como resultado de procesos de fusión pueden dar lugar tanto a eficiencias productivas como asignativas. En estos casos, el *trade off* planteado en el análisis tradicional desaparecería, configurándose una asignación Pareto-superior en el mercado. En este sentido, es necesario que como parte del análisis de las fusiones y su impacto sobre la eficiencia del mercado, se considere también la posibilidad de que surjan eficiencias derivadas de reducciones en costos de tipo mayor así como de posibles expansiones del mercado.

El tema de la estructura del mercado es objeto de análisis en la legislación americana a diferencia de la peruana. En la primera se requiere de pase previo para toda fusión, no así en la legislación de defensa de la libre competencia en el Perú. Sin embargo, el tema es importante por cuanto no sólo Estados Unidos sino en varios países europeos y de América Latina es requisito esencial.

La fusión se presenta cuando existe una adquisición de una empresa por otra o la compra significativa de acciones o activos de una empresa por otra.

Aún si no existen fusiones o adquisiciones en el sentido corriente del término, se presenta una relación que puede ser tratada como una fusión (*joint ventures*).

Es necesario probar que el proceso de fusión:

a. Restringe sustancialmente la competencia.

b. En un mercado relevante de producto (línea de comercio).

c. En cualquier sección del país (mercado relevante geográfico).

En cuanto restricción de la competencia:

* Fusión vertical: Se debe considerar el porcentaje relativo del mercado que se cierra a la competencia.
  Si es más que De Minimis, se debe considerar otros factores económicos e históricos, especialmente la tendencia a la concentración y la naturaleza y propósito de la fusión.

* Fusión horizontal: En las fusiones entre competidores se presume que se aminora la competencia si las firmas tienen una parte importante del mercado.
  Las partes deben acreditar que no generan una nueva firma con un porcentaje elevado, que concentra poder significativo, en el mercado relevante.

* Fusiones de conglomerados: Con referencia a las fusiones de conglomerados tenemos:

  1. ¿Existe un análisis a los potenciales competidores?.
  2. ¿Una amenaza a la reciprocidad potencial?.
  3. ¿Se muestra una ventaja injusta?.
  4. ¿Afectará sustancialmente el carácter de la competencia en el mercado de la firma que es fusionada o en el mercado de la firma que adquiere?.

Sobre las fusiones, Ernest Gellhorn y William Kovacic señalan:[494]

[494] GELLHORN, Ernest y William KOVACIC. *Antitrust Law and Economics*. Nutshell Series. West Publishing Co., 1994, pp. 348-358.

«**Fusiones**

A continuación examinamos las maneras a través de las cuales las firmas integran sus operaciones en una forma más completa y permanente, usualmente a través de la compra por parte de una empresa de las acciones o activos de otra empresa. Usaremos los términos fusiones y adquisiciones indistintamente para caracterizar todos los métodos a través de los cuales las firmas legalmente unifican la propiedad de los activos que anteriormente se encontraban sujetos a control independiente.

Esta preocupación es mayor cuando los participantes son rivales directos porque las cortes consideran que éstos acuerdos tienen mayor probabilidad de restringir la producción e incrementar los precios.

A diferencia de los cárteles o los boicots grupales que son temporales y sujetos a presiones internas que en última instancia pueden forzar a su desintegración, las fusiones inevitablemente eliminan la competencia entre las firmas fusionadas. En otras palabras, si a nivel contractual están prohibidos estos acuerdos, debería prohibirse las fusiones. Un estudio más cercano de los motivos que llevan a las firmas a las fusiones nos obliga a una aproximación más cautelosa. Si bien es cierto que las fusiones pueden involucrar riesgos a la competencia sobre todo si la fusión de dos rivales directos crea una firma con un poder de mercado sustancial o reduce el número de participantes en una industria ya concentrada, lo que va a incrementar la posibilidad de que el resto de las firmas en forma expresa o tácita, coordine precios y producción.

Las transacciones entre firmas relacionadas verticalmente pueden impedir las oportunidades a otras firmas más eficientes o iguales pero no integradas.

Desde el punto de vista positivo, las fusiones pueden traer como consecuencia una gerencia superior o un uso de habilidades técnicas sobre activos que constituyen capacidad ociosa. Además, las fusiones pueden llevar a economías de escala y alcance, reduciendo costos, mejorando la calidad y aumentando la producción. La posibilidad de ser adquiridos por un tercero también promueve que los gerentes sean eficientes maximizando las utilidades. Una fusión también permite a un propietario vender su firma a un tercero que esté dispuesto a pagar el más alto precio.

En la actualidad, las fusiones no se juzgan exclusivamente en base a los índices de concentración sino que se efectúan proyecciones de los patrones del mercado y los efectos futuros. Los casos de fusión examinan los eventos pasados o los períodos, no tanto para encontrar pruebas de una mala conducta sino para comprender la posición de las empresas en proceso de fusión y poder predecir el impacto de la fusión. Los criterios que se utilizan para juzgar una fusión son los siguientes:

Criterio estructural (está el mercado concentrado), diseño de reglas claras (basado principalmente en la participación del mercado de cada firma), lo cual permite conocer a los gerentes en forma previa, cuales fusiones serán motivo de estudio.

Efectos Competitivos

El análisis de las fusiones clasifica las transacciones en tres categorías en función de la relación competitiva entre las firmas.

En una fusión horizontal, una firma adquiere otra que produce y vende un producto similar o idéntico en la misma área geográfica y en consecuencia elimina la competencia entre éstas dos firmas. En una fusión vertical, una firma adquiere un cliente o un proveedor.

Una fusión de conglomerado involucra todos los otros tipos de adquisiciones incluyendo transacciones de conglomerado puro donde las empresas no tienen ninguna relación económica (un productor de acero compra una refinería de petróleo). Fusiones de extensión geográfica en las cuales el comprador fabrica el mismo producto que la firma que va a adquirir pero en un diferente mercado geográfico (un pastelero de Bogotá adquiere una pastelería en Medellín) y fusiones de extensión de producto en virtud de las cuales una firma que produce un producto compra otra firma que fabrica un producto distinto pero que requiere la aplicación de técnicas de fabricación o marketing similares (un productor de detergentes compra una empresa productora de artículos de limpieza para el hogar). Cada una de estas formas de fusión provoca consecuencias anti competitivas específicas.

Fusiones Horizontales

Las fusiones horizontales crean tres tipos básicos de problemas competitivos. El primero es la eliminación de la competencia entre las dos firmas que se fusionan lo que dependiendo de su tamaño puede ser significativo. La segunda es que la unificación de las operaciones de las firmas que se fusionen puede crear un poder sustancial de mercado, permitiéndole a la nueva empresa subir sus precios al reducir unilateralmente su producción. El tercer problema es que al incrementar la concentración en el mercado relevante, la transacción fortalecerá la habilidad del resto de firmas participantes en el mercado para coordinar sus precios y volúmenes de producción. Aquí, la preocupación no es tanto que las firmas concerten en forma expresa sino más bien el temor que la reducción en el número de empresas participantes faciliten la coordinación tácita de la conducta por quedar tan pocos participantes. Al prohibir este tipo de transacciones que permiten la coordinación tácita en forma más efectiva, la política de control de las fusiones horizontales está diseñada para enfrentar el problema de la interdependencia oligopolística.

Las transacciones horizontales que crean estos riesgos también pueden generar eficiencias significativas al crear economías de escala y alcance. Los tratadistas utilizan varios métodos para evaluar las fusiones, entre ellos:

El nivel de concentración, el estudio de la eficiencia ex ante y la conducta ex post. Actualmente la técnica más usada es la que realiza el análisis pro competitivo de la fusión.

Fusiones Verticales

Las fusiones verticales toman dos formas:

Integración vertical hacia adelante en virtud de la cual una firma compra la firma de un cliente e integración vertical hacia atrás en virtud de la cual una firma adquiere un proveedor. Existen varias razones que motivan las fusiones verticales. La más importante es reducir los costos de transacción. El reemplazar los intercambios de mercado por transferencias internas ofrece al menos dos beneficios. El primero es que la fusión vertical internaliza todas las transacciones entre el fabricante y su proveedor o distribuidor y de ese modo convierte una relación potencialmente adversaria en algo semejante a una sociedad. Esto ayuda a eliminar los problemas creados por la tendencia de las firmas alineadas verticalmente para actuar en forma oportuna durante una relación contractual. En

segundo lugar la internalización le da a la gerencia formas más efectivas para controlar y mejorar el desempeño, por ejemplo, asegurándose que el cliente reciba el servicio post venta garantizado por la garantía de fábrica.

La integración vertical no reduce el número total de empresas que operan en un mismo nivel de mercado pero puede cambiar los patrones de conducta en la industria. En cualquier dirección (integración hacia arriba o hacia abajo), una fusión vertical puede originar que la firma recientemente adquirida solo quiera tratar con la firma adquiriente y de este modo altera la competencia en tres mercados:

Entre los proveedores de la firma adquiriente, clientes o competidores. El ajuste hacia una mayor dependencia a transferencias internas provocará que la nueva firma integrada confíe menos en operaciones del mercado. Los proveedores pueden perder el mercado para sus bienes, los distribuidores pueden quedarse sin suministro y los competidores pueden encontrar que tanto proveedores como puntos de distribución están bloqueados.

Esto ha creado la teoría denominada Teoría del Cierre a la Competencia. Bajo esta teoría se asume que al internalizar las transacciones se eliminan aspectos competitivos porque las firmas integradas verticalmente comprarán sus productos de empresas vinculadas y solamente recurrirán al mercado si éste puede ofrecer mejores condiciones, creándose con ello barreras de ingreso a la entrada y expansión de otras firmas. La integración vertical puede forzar a otras firmas a integrarse verticalmente a fin de poder competir. Esto puede demorar la entrada de otras firmas e incrementar el riesgo de capital que requiere una compañía para entrar a la industria.

Fusiones de Conglomerado

Las transacciones de conglomerado adoptan varias formas, desde *joint ventures* a fusiones completas. Las adquisiciones de conglomerado generalmente se clasifican por extensión de línea de producto, extensión de mercado geográfico o conglomerados puros. En cualquiera de sus formas una fusión de conglomerado involucra firmas que operan en diferentes mercados y por ello una transacción de conglomerado generalmente no tiene un efecto directo en la competencia. No hay una reducción o cambio en el número de firmas. No hay un cierre en la cadena de valor. No hay un cambio en la estructura de mercado, la participación de mercado de las firmas o los niveles de concentración. Desde un punto de vista positivo, éstas fusiones generan liquidez en el mercado abierto y una eficiencia mayor de los gerentes para que sus empresas no sean adquiridas. Desde un punto de vista negativo, podrían restringir la competencia futura al eliminar la posibilidad de que la firma adquiriente entre al mercado en forma independiente. También es posible que si la firma adquiriente es dominante, puede elevar las barreras de ingreso».

Es conveniente seguir los lineamientos del Departamento de Justicia.

Desde el punto de vista de la legislación americana de defensa de la libre competencia (*antitrust*) las fusiones[495] constituyen combinaciones permanentes de empresas. Por ello

[495] Para efectos del *antitrust* las fusiones pueden ser clasificadas en horizontales (cuando involucran dos competidores). Verticales (una fusión entre firmas ubicadas en diferentes niveles de la misma industria) o conglomerados (cualquier fusión que no es vertical ni horizontal, usualmente la adquisición de una firma por otra que no participaba en la industria) JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 70.

están reguladas por la Clayton Act la cual es una norma que, a diferencia del Sherman Act, que es una norma penal, es una ley civil.

La fusión de las empresas puede lograr que éstas actúen como un cártel afectando la competencia al disminuir esta en perjuicio del consumidor.

La Clayton Act permite a las autoridades evitar que dos empresas se fusionen si el análisis del órgano regulador determina como resultado una menor competencia en un territorio determinado o en un producto específico[496].

Podemos afirmar que las fusiones son una forma permanente de concertación de precios[497]. Si no se permite a las firmas actuar en una forma determinada en su calidad de competidores independientes, tampoco debe permitírseles lograr iguales resultados vía fusión pues a diferencia del cártel, las empresas una vez fusionadas, no les será posible romper la coalición o engañar a los demás participantes y por ello a través de la fusión se logra estabilidad en la coalición. Pese a ello las fusiones no son *per se* ilegales, a diferencia de los cárteles o la concertación horizontal de precios[498].

El control previo de las funciones permite evitar altos índices de concentración en las industrias, lo que necesariamente afecta la competencia en el sector al crear distorsiones. Por un lado una empresa adquiere posición de dominio, por el otro, las restantes deben coordinar una defensa común. Ambas conductas son negativas desde el punto de vista de la libre competencia.

Las razones para aplicar la regla de la razón a los procesos de fusión son varias, a saber:

a. La fusión puede lograr una real y significativa eficiencia la que se puede transferir al consumidor.

---

496 El objeto de las Cortes es preservar la competencia. Las fusiones pueden afectar la competencia en diferentes forma:

1. Fusiones horizontales: Reduce directamente el número de competidores en el mercado. La ley se focaliza en aquellos casos en los cuales se aumenta la concentración de firmas en una industria. El efecto de la fusión es incrementar la posibilidad de conductas anticompetitivas por las firmas de la industria (Ejemplo: Aumento de las barreras de ingreso o facilitar colusión).
2. Fusiones verticales: Aumentan el riesgo de cierre de una parte del mercado o a potenciales competidores (si el proveedor adquiere un cliente o viceversa es menos probable que un proveedor pueda vender sus productos. Si el porcentaje de mercado cerrado es significativo u otros factores económicos son importantes puede declararse ilegal la fusión).
3. Fusiones de conglomerados: Son ilegales si eliminan un competidor actual o potencial. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 70.

497 Los factores a considerar por las Cortes son:

a. Aumento de la concentración en el mercado relevante.
b. Participación de mercado de las firmas fusionadas.
c. Barreras de ingreso.
d. Sustituibilidad de productos.
e. Tendencias hacia o desde la concentración.
f. Eficiencias producto de la fusión.

498 Los objetivos de las normas de control de fusiones son:

1. Asegurar un mejor desempeño del mercado al prohibir el incremento de la concentración del mismo, concentración que podría llevar a un mercado menos competitivo (estructuras).
2. Incentivar el crecimiento interno y la expansión, que tiene el efecto de incrementar la competencia y los competidores.
3. Preservar el control local sobre la industria.
4. Proteger a los negocios pequeños. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 71.

b. Es deseable que tres firmas pequeñas se fusionen y alcancen economías de escala pues ello les permitirá servir mejor al consumidor y promover la investigación y desarrollo.

c. La fusión puede ser un medio para salvar una empresa insolvente cuyos activos (recursos tecnológicos, personal, activos inmobiliarios e intangibles) se perderían si esta sale del mercado.

En los Estados Unidos, Europa y algunos países de América Latina las fusiones deben ser autorizadas. Muchas veces se deniega este permiso por considerar que en un determinado territorio la fusión reducirá significativamente la competencia. Los casos más conocidos en los Estados Unidos son los de Brown Shoe Company y el de Office Depot con Staples.

El análisis de toda propuesta de fusión comprende un estudio del grado de concentración de la industria y el contexto general de la fusión. En el caso Brown Shoe Company el monto involucrado en la fusión de las zapaterías era ínfimo pero la Corte procedió a analizar el tema de la siguiente manera:

El producto se vende por género: Zapatos para caballeros, damas, niños y niñas. Además los zapatos se venden local o regionalmente. ¿Cuál es el efecto en cualquier sección del país que tiene la fusión? No a nivel nacional sino regional. El análisis lleva a la conclusión que en muchos pueblos de Nueva Inglaterra la concentración aumentaría y que efectivamente puede comprobarse que varias tiendas que competían, desaparecerían pues a raíz de la fusión serían redundantes al pertenecer al mismo dueño.

Como podemos observar el concepto de concentración significativa no se mide a nivel nacional. El impacto de la fusión puede ser calculado regional o localmente. Si las firmas fusionadas tienen 30% del mercado o más, las Cortes consideran que la carga de la prueba en demostrar que la fusión no tiene efectos negativos se invierte y le corresponde a las firmas involucradas el acreditarlo.

Compra de Competidores Potenciales

Esta figura se presenta cuando una empresa adquiere otra a fin de evitar la entrada de esta en calidad de competidor.

El caso americano que ilustra esta conducta es el Paso con Pacific Northwest Gas. Esta última firma no vendía sus productos en el territorio de Texas pero las Cortes condenaron la adquisición afirmando que esta tenía como único objeto el evitar el ingreso de un potencial competidor y en este sentido era equivalente a eliminar un competidor real.

El sistema de control también se aplica a lo que se denomina fusiones de conglomerados, esto es, fusiones de firmas que no se hallan en la misma industria. El caso que comentaremos es la frustrada adquisición de Clorox por Procter & Gamble. Las Cortes establecieron que Procter & Gamble perjudicaba la competencia si adquiría Clorox pues si bien ninguna de ellas competía en la industria de la otra si eran potenciales competidores. Debido a ello Clorox tenía que fijar sus precios bajos y con ello mantener a Procter & Gamble fuera del mercado. Si la fusión se efectuaba los precios podrían elevarse al no existir amenaza alguna, y además, el tamaño de la firma sería tal que sería muy difícil para cualquier otro competidor ingresar al mercado.

Actualmente las fusiones se regulan por una norma llamada Hart-Scott-Rodino de1976 que obliga a las firmas que manifiestan su intención de fusionarse dar aviso al Departamento de Comercio de los Estados Unidos con 30 días de anticipación.

A fin de facilitar las autorizaciones se han publicado los *mergers guidelines* (consignados en esta obra) que permiten a las empresas adecuar sus fusiones a los parámetros del gobierno. Sólo en aquellos casos de dificultad se negocia una solución parcial como la desinversión, el licenciamiento y si no se logra un acuerdo negociado surgirá una oposición administrativa o judicial del gobierno.

Son 5 criterios los que se debe tener en cuenta para lograr la autorización de una fusión, a saber:

a. Índice de concentración en la industria. ¿Cuál será la participación de mercado de la firma fusionada?, ¿Cuántas firmas existen en la industria? (Para el cálculo se utilizan los índices de concentración y el HHI). Este último es la sumatoria del cuadrado del porcentaje de las firmas. Si una firma tiene 10% de participación tendrá 100 puntos.

b. Si la fusión crea un aumento de concentración en la industria entonces ésta tendrá efectos negativos creando, por ejemplo, un oligopolio o las condiciones estructurales de mercado que permiten conductas ilegales.

c. La existencia o no de barreras de ingreso. ¿Qué tan fácil es ingresar a la industria? ¿Son los productos difíciles de replicar?

d. ¿Se gana eficiencia con la fusión? ¿Cuáles?

e. ¿Es alguna de las partes una empresa insolvente que de realizarse la fusión saldrá del mercado, con la consiguiente pérdida de activos tangibles e intangibles?

Estas preguntas son fundamentales en todo análisis. Deben formularse por los propios interesados antes de llevar a cabo el proceso de fusión, bajo riesgo de sufrir una oposición y eventual negativa del gobierno.

ii) ¿Fusión o crecimiento interno? El análisis tradicional incurre en una simplificación al comparar los resultados en términos de eficiencia productiva y asignativa derivados de un proceso de fusión versus los que se alcanzarían por la vía del crecimiento interno de una empresa. Los efectos de esta simplificación pueden ilustrarse a través de un simple ejemplo numérico. Imaginemos, que dos empresas, A y B, producen 10 unidades cada una y deciden fusionarse en un mercado cuyo tamaño total asciende a 100 unidades. En este caso, supongamos que el tamaño esperado de la nueva empresa asciende a 20 unidades[499]. ¿En cuánto debería crecer A para alcanzar porcentaje similar del mercado? En 125%, es decir, produciendo 22.5 unidades. Ahora supongamos que A y B producen 40 unidades respectivamente, en un mercado de tamaño 1000 unidades, —caso común en mercados de economías pequeñas—. A debería crecer en 500% (produciendo 240 unidades) para alcanzar una participación del mercado que obtendría como resultado de la fusión. En la medida que la fusión involucra a empresas que absorben participaciones mayores en el

499 El resultado podría ser mayor dependiendo de las eficiencias que involucro la fusión.

mercado, el crecimiento necesario para que la empresa A alcance una participación similar por medio de un crecimiento interno será mayor (en una magnitud más que proporcional y, por tanto, más costoso para la empresa).

Si bien Williamson[500] aclara que estos resultados sólo serían válidos en el caso de mercados que no se encuentran en expansión, existen razones adicionales para considerar el enfoque como una simplificación, aún en el contexto de mercados en expansión. En términos generales, el valor de mercado de la empresa B puede ser mayor, menor o igual al valor presente de los gastos en que debería incurrir la firma A para alcanzar una participación similar a la que lograría por medio de una fusión. En un gran número de industrias existen costos hundidos asociados a inversiones específicas que, por lo general, hacen relativamente más oneroso el crecimiento interno de la empresa. En este contexto, el efecto de un control de fusiones puede ser el de obligar a las empresas a incurrir en gastos irrecuperables (o hundidos), que, de otro modo, constituirían un ahorro importante de recursos a destinar para la introducción de mejoras productivas en la empresa adquirida.

En el caso de economías en desarrollo, se debe considerar la distinción entre crecimiento interno y fusión, teniendo en cuenta, adicionalmente que, especialmente en los sectores no transables de las mismas, existen límites impuestos por el tamaño del mercado, el crecimiento interno de las empresas. Así, el crecimiento interno de las empresas se encuentra limitado por características estructurales de los mercados en estos países. El tamaño reducido del mercado y la presencia de costos reducidos en la práctica pueden bloquear la introducción de mayores eficiencias en el mercado, constituyéndose en verdaderas «barreras a la expansión».

Finalmente, es importante señalar que, las alternativas de crecimiento interno versus fusión tampoco son equivalentes si se tiene en cuenta sus efectos sobre el mercado de factores, especialmente sobre los mercados de capitales en los países en desarrollo. Restringir el conjunto de opciones de inversión y/o expansión de una empresa puede tener efectos distorsionadores sobre la asignación de capital, haciéndola depender de factores distintos al costo de oportunidad de dicho factor en el mercado. Empresas con una alta disposición a pagar por determinados activos, por efecto de un Régimen de Control de fusiones, pueden verse impedidas de acceder a los mismos o su decisión puede verse influida por otros factores distintos a los criterios de riesgo y rentabilidad. En este sentido, cabría preguntarse ¿Tiene sentido introducir una distorsión en un mercado (el de factores) para corregir una falla en el otro (el de productos o el de insumos)?

En síntesis, la decisión de las empresas entre crecer internamente y fusionarse debe obedecer a una evaluación costo-beneficio, cuyo resultado, en el caso de economías con mercados de capitales poco desarrollados, puede constituir un aspecto decisivo en el desempeño del resto de mercados.

iii) Otros argumentos de eficiencia.- La discusión en torno a las ineficiencias derivadas de la presencia de estructuras de mercado concentradas, es extensa y aborda un conjunto de temas difíciles de resumir sin incurrir en algún grado de simplificación. En la presente sección nos referimos brevemente a dos temas, relacionados entre sí, que forman parte de la discusión en torno a los efectos que tienen los mercados o concentrados sobre la eficiencia productiva de las firmas: la teoría de la ineficiencia X y la teoría de las adquisiciones.

---

500 WILLIAMSON (s/f). *Op. cit.*

Las ineficiencias-X[501] son el efecto de desviaciones, por parte de las empresas, de conductas minimizadoras de beneficios, como resultado de la ausencia del suficiente grado de competencia en los mercados de bienes e insumos. Generalmente, la presencia de ineficiencias-X se ha asociado a la presencia de mercados concentrados y a los incentivos que estos brindan para que los gerentes de las empresas incurran en gastos innecesarios y/o en actividades distintas de las relacionadas con la mejora de la eficiencia productiva. La evidencia a favor de esta teoría es fragmentaria y proviene de estudios de casos, en los que no queda claro en qué medida las mayores (o menores) eficiencias (ineficiencias) en el desempeño de las empresas, pueden atribuirse exclusivamente a eficiencias (ineficiencias)-X o a otro tipo de factores[502]. Leibenstein señala que, la falta de competencia en los mercados puede acentuar los problemas de incentivos (del tipo agente y principal) que pueden surgir entre propietarios y gerentes de las empresas, en perjuicio del desempeño de estas últimas[503].

Si bien la teoría de la ineficiencia-X es clara en establecer que existe un nexo entre el grado de competencia en los mercados y la eficiencia productiva de las mismas, no es específica respecto a qué mercados serían los que influyen en mayor o menor medida en el desempeño de las firmas: ¿el de insumos, el de productos, o el de factores? La teoría de las adquisiciones (*takeovers*) inspirada en el artículo Marris[504] ha analizado los efectos que tiene el mercado de capitales en atenuar los problemas de incentivos que pueden surgir al interior de las firmas. Un mercado de capitales eficiente, y la constante amenaza de compra de la empresa (y el posible reemplazo de la plana gerencial), reduce los incentivos de los gerentes en desviar recursos de la empresa hacia actividades improductivas. Así, la posibilidad latente de compra de la empresa por parte de otra en el mercado de capitales, evitará o reducirá los problemas de agencia al interior de las firmas. Al igual que en el caso de la teoría de la ineficiencia-X, existe evidencia mixta sobre la relevancia empírica de la teoría de las adquisiciones, que corresponden a estudios de caso. Una implicancia importante de ambas teorías para economías en desarrollo, con mercados de capitales poco desarrollados, es que un mayor desarrollo y competencia en los mismos, junto con el surgimiento de nuevos instrumentos financieros, contribuiría significativamente a mejorar el desempeño del resto de mercados. En este sentido, la apertura financiera y el diseño de mecanismos de regulación transparentes en estos países, constituye un elemento central dentro de cualquier programa de reformas que busque promover la competencia en los mercados y la eficiencia productiva de las empresas.

En un interesante artículo titulado *Políticas de competencia y bienestar*, el Sr. Gonzalo Ruiz Jefe del Departamento de Estudios Económicos del Indecopi nos señala que:

Existe un amplio debate en torno a los objetivos que deberían perseguir las políticas de competencia. Las principales divergencias al respecto surgen del análisis de los efectos que ocasiona un monopolio o una práctica restrictiva de la libre competencia, sobre el bienes-

501 Véase LEIBENSTEIN, H. (1966).

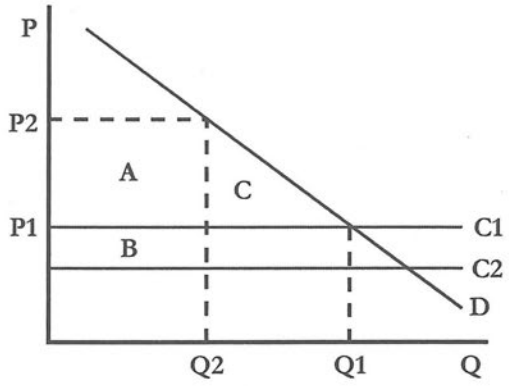
502 Véase SCHERER, F. M. (1980), p. 466, donde se citan algunos casos ilustrativos.

503 LEIBENSTEIN, H. Señala que «... *in situations where competitive pressure is light, many people will trade the disutility of greater effort, of search, control of other people's activities for the utility of feeling less pressure and of better interpersonal relations. But in situation where competitive pressures are high, and hence the costs of such trades are also high, they will exchange less of the disutility of effort for the utility of freedom from pressure, etc...*». 1966, p. 413.

504 MARRIS, Robin. «A model of the managerial enterprise». En: *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. LXXVII. N° 2, May, 1963.

tar social. En economía, generalmente éste se mide como la suma de los excedentes de productos y nivel de consumo en el mercado[505].

Diagrama 1. Efectos del monopolio sobre el bienestar



En términos generales, las políticas de competencia, surgen de la necesidad de corregir ciertas conductas o estructuras económicas que impiden el funcionamiento eficiente del mercado y lo alejan del modelo de libre competencia. El Diagrama 1, muestra en forma simplificada, los efectos del monopolio sobre el bienestar. La curva D, representa la función de demanda y las curvas c1 y c2, los costos (constantes) de una firma que se comporta como un monopolio. El área C representa la pérdida de eficiencia social, mientras el área A, los beneficios monopólicos.

Un primer tema de discusión respecto de los efectos del monopolio sobre el bienestar se refiere a cuál es en realidad la pérdida de eficiencia social que ocasiona la posición de dominio de una firma en el mercado. Según Posner[506], al menos parte de los beneficios monopólicos (área A) también deberían considerarse como pérdida de eficiencia, en la medida que dichos recursos reflejan la disposición a pagar por parte de la firma, a fin de mantener su posición de dominio en el mercado. Parte de los beneficios monopólicos esperados por los productores pueden ser destinados a la organización de *lobbies* orientados a ejercer presión frente a la administración pública, con el fin de imponer una determinada barrera a la entrada de nuevos competidores o, en el caso de varias firmas, dichos recursos pueden destinarse a la implementación de acuerdos de precios, repartición de cuotas del mercado, entre otras medidas. En este sentido, las pérdidas de eficiencia asociadas al monopolio serían significativamente mayores a las que representa el área C.

El debate acerca de los efectos de un monopolio sobre el bienestar, se refleja, en gran medida, en las discrepancias acerca de la conveniencia de ciertas políticas sobre otras. Quienes sugieren la conveniencia de una regulación de estructuras económicas parten del

505 Sin embargo existen teorías que asignan ponderaciones diferentes a los distintos agentes que intervienen en el mercado, que incorporan criterios distintos al de eficiencia, como el de equidad, justicia, etc. Véase, por ejemplo, RAWLS (1971). Asimismo, existen teorías provenientes del derecho o sociología, que dan un mayor énfasis a la protección del consumidor, incorporando otro tipo de criterios valorativos. Para una revisión breve de estos últimos, véase POSNER (1976).

506 POSNER (s/f). *Op. cit.*

supuesto de que las prácticas monopólicas por sí solas pueden generar un daño significativo al mercado (e incluyen generalmente costos mayores que los reflejados en C). Bajo esta óptica cualquier estructura que se aleje en forma considerable del modelo de competencia perfecta genera pérdidas de eficiencia importantes. Por su parte, quienes apoyan un enfoque de regulación de conductas, sugieren que este tipo de prácticas pueden estar acompañadas de un mayor grado de eficiencia productiva o una reducción de los costos de transacción (lo que se reflejaría en una reducción de costos de c1 a c2) que compensan las posibles pérdidas de eficiencia reflejadas por C.

Asimismo, estos cuestionan el hecho de que A pueda considerarse pérdida de eficiencia social en todos los casos.

Los enfoques tradicionales provenientes de la teoría de la organización industrial, en sus inicios, planteaban, en términos generales que eran las variables de estructura (participación en los mercados, grado de diferenciación de los productos, características de la tecnología, preferencias de los consumidores, entre otros), las que, determinaban las conductas de los agentes (políticas de precios, investigación y desarrollo, publicidad, entre otros) y los resultados en términos de eficiencia en el mercado. Dentro de esta perspectiva tradicional, una manera de reducir los efectos negativos de los monopolios sobre el bienestar (e incluso reducir la posibilidad de que surjan conductas anticompetitivas) consistía en modificar o alterar la estructura de los mercados. Una de las fusiones que se basan en la regulación de un aspecto específico de la estructura de los mercados: su grado de concentración.

Los enfoques modernos de la organización industrial, sin embargo, han reinterpretado el paradigma estructura - conducta - desempeño, resaltando la importancia del comportamiento estratégico de las firmas y su influencia en la determinación de las características y eficiencia de los mercados. En la práctica, existen una serie de conductas empresariales que, de manera directa o indirecta, inciden tanto en la configuración de los mercados como en el desempeño de los mismos. Corresponde a las autoridades de competencia, definir el carácter «pro» o «anti» competitivo de dichas prácticas, en función a sus efectos sobre la eficiencia en el mercado.

Por otro lado, los nuevos enfoques de regulación consideran necesario incorporar dentro del análisis de competencia, otros aspectos de la estructura de los mercados tales como el grado de diferenciación de los productos, barreras legales a la entrada al mercado (aranceles, medidas para-arancelarias), la presencia de costos hundidos en el mercado, entre otros. Gran parte de estas variables de estructura guardan relación directa con las políticas públicas que dan origen a una barrera a la entrada al mercado y cuya solución no pasa necesariamente por regular el grado de concentración del mercado.

En el caso peruano, una consideración a favor de la adopción de un enfoque de regulación de conductas, como el adoptado a través del D. Ley-701, se deriva del hecho que, en un proceso de apertura como el que ha enfrentado la economía peruana desde 1990, es natural que se produzcan cambios en la estructura de los mercados peruanos, con salidas y entradas de nuevos agentes a los mismos. La apertura de la economía y la redefinición del rol del Estado en muchos sectores, ha llevado a redefinir el mercado relevante de una cantidad importante de productos, eliminándose una serie de trabas y barreras a la entrada y salida del mercado y permitiendo que las empresas comiencen a desarrollar economías de escala y diseñar estrategias que le permitan ampliar sus mercados. En este contexto de transición, resulta difícil establecer criterios acerca de qué tipo de estructuras resultan más favorables o contrarias a la competencia y qué efectos podría acarrear una política de control de fusiones sobre la competencia.

Los enfoques de regulación de conductas, por su parte, priorizan el objetivo de minimizar la pérdida de eficiencia derivada de prácticas empresariales anticompetitivas. En contraste con la pérdida de bienestar que podría estar asociada a determinadas estructuras de mercado, el efecto de ciertas conductas anticompetitivas puede ser significativo, especialmente en el contexto de economías de mercado abiertas a la competencia externa y en las cuales se han reducido sustancialmente las barreras legales a la entrada al mercado.

Si bien resulta claro que la pérdida de eficiencia asociada a la existencia de una posición de dominio puede reflejarse por el área C y, eventualmente en parte del área A ¿cómo medir el impacto de la presencia de las conductas anticompetitivas sobre el bienestar?

El Análisis de Utilidad:

«Comencemos por observar el hecho de que la gente tiene preferencias por ciertos bienes sobre otros. Es decir, los individuos prefieren ciertos bienes a otros. Las elecciones de un consumidor para comprar una mayor o una menor cantidad de un bien, o para definitivamente no comprar ciertos bienes, son, en parte el resultado de sus propias preferencias. De la misma manera, dichas elecciones constituyen una respuesta a los precios relativos (costos alternativos) de los diversos bienes disponibles para la compra. Los economistas del siglo pasado usaron el término utilidad para referirse a las preferencias de un individuo o a la satisfacción que éste recibe del consumo de unidades particulares de un bien específico.

La utilidad es una propiedad común a todas las cosas que se desean[507].

> «La utilidad se encuentra en la percepción misma del consumidor, reflejando lo que una persona desea, no lo que alguien piensa que esa persona debería desear»[508].

> «Definiremos utilidad entonces como una variable cuya magnitud relativa indica el orden de preferencia. Por consiguiente, cuando se haga referencia a un modelo de maximización de la utilidad, simplemente queremos decir que los individuos realizan elecciones consistentes y que escogen las alternativas que ellos consideran les proporcionan la máxima utilidad»[509].

El fin último de la ley es el bienestar de los consumidores. Si bien la ley protege la competencia no lo hace a espaldas de su fin último: el de beneficiar a los consumidores y competidores.

La competencia es el medio, el consumidor el fin último. Sólo un mercado competitivo garantizaría el bienestar en el corto y largo plazo de la sociedad en su conjunto.

La competencia[510] obliga a los agentes económicos que deseen obtener mejores precios a mejorar los atributos de sus productos, posicionarse mejor, bajar los precios de sus bie-

---

507 MC GRAW HILL (1994). *Op. cit.*, p. 58.

508 *Ibidem*, p. 59.

509 *Ibidem*, p. 60.

510 Para entender la legislación protectora de la libre competencia es importante entender el significado del concepto de competencia porque la protección de ésta es el objetivo primario de las normas del *antitrust*. Varias normas entran en efecto cuando las conductas restringen la competencia o pueden tener el efecto de restringirla o limitarla. Desde un punto vista ideal son 3 los objetivos que persigue el sistema legal.

1. Eficiencia: El principal valor económico de la competencia es el que permite a la sociedad una asignación óptima de los recursos en función de la demanda. La competencia es un estímulo a la eficiencia. También se ve favorecida por valores no económicos tales como la libertad individual y el control local

nes y servicios, con el objeto de vender más. El beneficio que se logra a través de la competencia entre fabricantes o entre distribuidores se traslada al consumidor en lo que los economistas denominan: El superávit del consumidor[511].

El gráfico de la curva de demanda[512] ilustra el hecho que a menores precios se genera un mayor consumo. A mayor oferta también se obtiene menores precios[513]. En general a

---

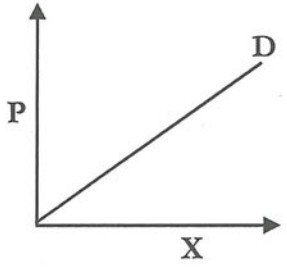
de los negocios los que serían usurpados por las grandes empresas en industria de concentración o por las grandes corporaciones.

2. Innovación y estabilidad: Otros valores económicos que se deben tomar en cuenta son la innovación y estabilidad. Si bien la relación de competencia e innovación no es compartida por todos los economistas pues hay algunos que afirman que la innovación podría beneficiarse del monopolio (como sucede con las patentes). Tampoco existe consenso sobre el efecto estabilizador en los ciclos económicos como resultado de la competencia.
3. Equidad y justicia: Son importantes factores en las leyes de defensa de la libre competencia.
El ideal de una economía de mercado es que los consumidores puedan comprar bienes y servicios a un precio equivalente al costo de su producción, que la cualidad y cantidad de los productos ofertados en venta que refleje las preferencias de los consumidores y que la gente tenga oportunidades económicas de entrar en una industria si así lo desea. Estos ideales se pueden lograr en un sistema económico donde el poder está diluido entre muchos productores y consumidores. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. Gilbert. *Law Summaries - Antitrust.* Chicago: Harcourt Brace Legal and Professional Publications, Inc., 1996, pp. 127, 140.

511 Las ventajas de la competencia son varias:
La competencia es deseable por cuanto:

1. Crea eficiencia en la asignación de recursos: La competencia tiende a mantener los costos y los precios bajos e incentiva la eficiente asignación de los recursos económicos.
2. Oportunidades de elección al consumidor: Un mercado libremente competitivo otorga a los productores mayores oportunidades de éxito y ofrece a los consumidores más opciones.
3. Evita un poder económico concentrado: Al evitar que una persona o grupo adquiera un poder de dominio las leyes ayudan también a evitar una concentración de poder político.
4. Justicia: La ley ayuda a la equidad en el comportamiento económico de los competidores. Los recursos se asignan a través de las fuerzas del mercado y no en base a favoritismos o prejuicios.

512 El calendario de demanda equivale a la cantidad de un bien particular que los consumidores están dispuestos a comprar en cada respectivo precio. La curva de demanda es la representación gráfica del calendario en la cual el precio se consigna en el eje vertical y la cantidad demandada por cada precio en el eje horizontal. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 127.



X = Cantidad comprada
P = Precio
D = Demanda de consumidor

513 Los principales factores que determinan una demanda por bienes y servicios usados en la fabricación de otros bienes y servicios incluyen: Demanda del bien final o del servicio, la productividad del bien o servicio en crear el producto final y la productividad y costo de los otros bienes y servicios que pudieran sustituir los bienes y servicios en cuestión. La curva de demanda es inversa porque generalmente cuanto más alto el precio de un bien menos compradores estarán dispuestos a comprarlo. Un concepto importante a tener en cuenta es el de demanda de la industria. El análisis económico distingue la demanda de un determinado bien o servicio (a lo que se denomina demanda de la industria) de la demanda de un bien o servicio producido o suministrado por una firma particular. La demanda de la industria es la sumatoria de la demanda de

los fabricantes no les agrada tener que reducir constantemente sus precios y verse obligados a innovar permanentemente. Además son conscientes que cuando rebajan sus precios se ven afectados en toda su producción. Efectivamente el mercado para sus productos ahora rebajados incluye también aquellos consumidores que hubieran estado originalmente dispuestos a pagar más por sus productos.

El efecto positivo de la competencia en la economía es la creación en el mercado de una tendencia a la reducción de precios y una obligada innovación. Sin embargo, lo que desearía el productor es tener la posibilidad de ponerse de acuerdo con los demás fabricantes para evitar esto o bien ser el único en la industria y poder dictar términos económicos a la misma. En un monopolio[514] el ingreso marginal es igual al precio marginal. La razón de esta igualdad es que el monopolista produce una menor cantidad de bienes y por ello puede elevar los precios ante la falta de oferta. La Ley de Defensa de la Libre Competencia tiene como principal objetivo evitar esta conducta, sea en forma independiente o unilateral (monopolio) o concertada, entre varias firmas, que actúan en forma tal que emulan al monopolio. Estas conductas ilegales lo que desean es atender exclusivamente a aquellos clientes que están dispuestos a pagar el precio que los fabricantes desean cobrar[515].

El análisis de cualquier práctica restrictiva se reduce a observar si la conducta bajo investigación permite al o los infractores reducir su producción y elevar sus precios, eliminando el superávit del consumidor y convirtiendo éste en un costo o desperdicio social, por cuanto los consumidores tendrán que pagar más por bienes sustitutos o porque no podrán satisfacer sus necesidades.

El ocupar una posición de dominio o privilegiada en un mercado determinado no es objeto de sanción por las normas de defensa de la competencia, pues ésta posición hegemónica o preponderante puede haber sido lograda por habilidad o tamaño (economías de escala) o por la calidad de los productos (excelencia y reconocimiento de marca) o porque los competidores celebran acuerdos sobre estándares mínimos de calidad para una indus-

---

los bienes y servicios de todas las firmas individuales en cualquier industria. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 127.

514 La estructura de un mercado está en función de 3 características. 1) El número de compradores y vendedores. 2) El grado de diferenciación del producto (si los productos de las firmas de una industria son básicamente similares o diferentes). 3) Condiciones de entrada (que tan difícil es entrar en la industria como una nueva compañía). El monopolio es un mercado con un solo vendedor, o con un vendedor con posición de dominio vendiendo un producto que no tiene sustitutos cercanos. El monopolio puede existir durante un lapso extenso si existen barreras a la entrada de otras empresas al mercado. Las barreras a la entrada pueden ser: a) Barreras legales – patentes o franquicias. b) Barreras naturales – Economías de escala. Una firma nueva tiene que lograr una gran participación del mercado para minimizar sus costos de producción y competir con las firmas existentes (barreras de economías de escala) o el monto de capital inicial que se requiere para iniciar la producción es prohibitivo (barreras de costos absoluta). JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 133.

515 El monopolista restringe su producción porque enfrenta una curva de ingresos marginales decrecientes. Para vender más debe bajar sus precios a todos los compradores en el mercado. En cuanto utilidades podemos afirmar que un monopolista maximiza su utilidad al vender una cantidad en la cual el costo marginal es exactamente igual al ingreso marginal. Si un monopolista vende menos el ingreso marginal de vender una unidad más será mayor que el costo marginal de fabricar esta unidad extra. En cuanto precios para cualquier cantidad el precio se determina por la demanda o los ingresos promedio de la curva. En el caso del monopolio los recursos escasos de la sociedad no se asignan en forma óptima porque el precio de los bienes excede el costo marginal de fabricarlos. La sociedad estará mejor si dedica más recursos a la producción del bien al nivel competitivo. El monopolista daña a la sociedad en dos formas: Cobrando precios muy altos y produciendo menos. Por ello se afirma que el monopolista transfiere ingresos de los consumidores del producto al fabricante. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 138.

tria. Lo importante es medir la eficiencia y el efecto procompetitivo de las conductas en el mercado. Si bien no es ideal el que existan acuerdos entre competidores estos serán juzgados por sus propios méritos, salvo en aquellos casos que taxativamente prohíbe la ley.

No menos importante en todo análisis de conductas que puedan atentar contra la libre competencia es el estudio cuidadoso de las barreras de entrada a los demás competidores del mercado. La existencia o no de barreras de entrada es fundamental, por ejemplo, en las probabilidades de éxito de un cártel. Es poco probable que las medidas adoptadas por las firmas de un cártel[516] tengan algún efecto si no existen barreras efectivas al ingreso de potenciales competidores.

El análisis de las conductas requiere a veces conocer sobre los costos marginales[517]. En realidad es difícil y oneroso efectuar estudios sobre los costos de producción de bienes y servicios. Esta realidad ha dado lugar a la creación de sanciones legales *per se*. No es la respuesta ideal desde el punto de vista económico o jurídico pero es el compromiso que adopta el sistema frente a los altos costos administrativos que debería incurrirse en la investigación. Si la conducta es ilegal entonces, bajo la regla *per se* no se admite justificación alguna del defendido. Es una presunción *jure et de jure*. Comprobada la conducta se origina la sanción sin que sea posible defensa alguna.

En las últimas décadas, salvo excepciones puntuales, se viene aplicando la regla de la razón la que, a diferencia de la regla *per se* involucra un análisis de los pros y contras de la conducta bajo estudio desde el punto de vista de eficiencia e impacto procompetitivo. Aún cuando la conducta sea restrictiva se debe realizar un estudio del impacto de la misma en términos de eficiencia.

Bajo la regla de la razón, las Cortes evalúan el contexto del mercado, la industria y la empresa. Igualmente el producto y la zona o área donde se lleva a cabo la restricción y sobre todo el impacto de la medida en el consumidor final.

En la legislación de defensa de la libre competencia se presentan dos grandes categorías de análisis, a saber:

- Restricciones horizontales.
- Restricciones verticales.

Se denomina restricciones horizontales a los acuerdos celebrados entre empresas ubicadas en un mismo nivel de la cadena competitiva (sean fabricantes, distribuidores mayoristas o vendedores minoristas). Por ende son siempre competidores. Sus acuerdos afectan directamente la competencia pues al coordinar los competidores su producción o precios reducen el nivel de eficiencia del mercado. Las conductas ilegales a nivel horizontal son: La concertación de precios, la división de mercados, el boicot grupal, entre otras.

En tanto que se denomina restricciones verticales aquellos acuerdos que se celebran entre empresas ubicadas en un distinto nivel de la cadena de distribución o de producción. No se trata de arreglos o acuerdos entre competidores y por ello su efecto en la compe-

---

516 Un cartel es el resultado de un acuerdo entre las firmas de una industria en fijar un determinado precio y/o producir una cantidad de bienes. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 135.

517 El costo marginal (CM) es el cambio en los costos totales de la firma para cada unidad adicional producida. Dependiendo de la curva de costo variables el costo marginal de cada unidad adicional puede ser mayor, menor o la misma que la unidad precedente. JORDE, Thomas M.; LEMLEY, Mark A. & MNOOKIN, Robert H. *Op. cit.*, p. 132.

tencia es indirecto. En las restricciones verticales es más difícil determinar el daño causado, razón por la cual es frecuente el uso de la regla de la razón para su análisis y evaluación.

Son variantes de acuerdos restrictivos verticales: La asignación de territorios, el mantenimiento de precios mínimos de reventa (esta figura si es generalmente tratada bajo la regla *per se*), las ventas atadas y la discriminaciones de precios.

La ley de defensa de la libre competencia se concentra principalmente en controlar el poder económico privado a través de la competencia.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

2.2.1. Personas Naturales y Jurídicas

La presente ley es de aplicación a todas las personas **naturales** o **jurídicas**. Analicemos exegéticamente el artículo 2°:

> Artículo 2°.- La presente ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta ley (Modificado por el Artículo III-D.Leg. 807).

Persona, según el *Diccionario Enciclopédico Larousse* es:

> «Del latín *personam*. Individuo de la especie humana, hombre o mujer indeterminados, cuyo nombre se omite o desconoce. Apelativo que se aplica a quien es de buen trato y tiene cualidades morales. Todo ser capaz de derechos y obligaciones, es decir, de sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas...»[518].

En tanto que la Real Academia Española define persona como:

> «Individuo de la especie humana. Hombre o mujer cuyo nombre se ignora o se omite. Hombre o mujer distinguidos en la vida pública. Hombre o mujer de prendas, capacidad, disposición y prudencia. Sujeto de derecho. Supuesto inteligente...»[519].

Sin embargo en términos jurídicos existe una marcada distinción cuando nos referimos a la persona: la ley las clasifica en persona natural y persona jurídica. Flores Polo señala lo siguiente:

> «Según Capitant: ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de derecho. La persona no requiere de existencia natural o física ya que por ficción legal, se les confiere la misma capacidad para ser sujetos de derecho a las personas jurídicas. Las personas naturales inician su actividad con el nacimiento. Las personas jurídicas con su inscripción en el Registro Público respectivo».

Y respecto de la Persona Jurídica agrega lo siguiente:

> «Dícese del ente que, no siendo persona natural, puede adquirir derechos y contraer obligaciones. Como explica Cabanellas, la nota característica de las personas jurídicas en su expresión activa, es la de integrar siempre un grupo social con cierta coherencia y finalidad, y con estatuto jurídico especial o peculiar. La denominación se emplea en oposición a las personas naturales y como sinónimo existen varios: personas abstractas, personas artificiales, personas morales, personas incorporales, personas colectivas e inclusive se ha llegado a llamarlas personas sociales, al decir de Giner de los Ríos y Azcárate, cuyos opositores manifestaban que el hombre, en sí mismo, por vivir en sociedad es persona social. Para Planiol y Ripert, la personalidad moral que tienen estos entes es la atribución de derechos y obligaciones a otros sujetos que no son seres humanos. La ley civil peruana agrupa a las personas jurídicas en dos grandes rubros: a) personas jurídicas de Derecho Público interno (Municipalidades, Corpo-

---

518 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*

519 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1583.

raciones oficiales, Universidades, etc.); b) personas jurídicas de Derecho Privado (Asociaciones, Fundaciones, Comunidades campesinas)...»[520].

Cabanellas sobre persona nos dice:

«...Para Sánchez Román, persona es toda entidad física o moral, real o jurídica y legal, susceptible de derechos y obligaciones, o de ser término subjetivo en relaciones de derecho. Escriche decía que en derecho no es lo mismo persona que hombre: hombre es todo ser humano analizado sin consideración alguna a los derechos que la ley le garantiza o deniega; persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le origina determinados derechos y deberes.

Entre los romanos, que habían consagrado la esclavitud era exacta la distinción; pues el esclavo, despojado de toda especie de derecho, no era realmente persona, sino solamente hombre, ser humano y aún nada más que cosa, que podría comprarse y venderse como un mueble. Mas entre nosotros no es rigurosamente verdadera semejante diferencia, sino en las colonias; pues no hay quien deje de gozar de algunos derechos. Las personas son el primer objeto de derecho, porque toda ley se ha establecido por causa de ellas (*omne jus personarum causa constitutum est*); y de aquí que los «institutistas», siguiendo el orden de Justiniano, tratan primero de las personas, luego de las cosas y después de las acciones.

Concisa exacta y completa es la definición de Julián Calvo para el cual es persona jurídicamente el ser humano, individual o colectivo, capaz de derechos y obligaciones»[521].

Y sobre persona jurídica dice:

«Todo el que tiene aptitud para el Derecho y ante él; el sujeto susceptible de adquirir y ejercer derechos y aceptar y cumplir obligaciones; ya sea por sí o por representante. Tal noción absolutamente verdadera, se quiebra por la aberración de legisladores y autores, principalmente por mala herencia del pasado cuando registren el concepto de persona jurídica para la que, dentro de las múltiples denominaciones propuestas preferimos designar como persona abstracta...»[522].

Sobre la persona natural dice:

«El hombre, cual sujeto de Derecho, con capacidad para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, para responder de sus actos dañosos o delictivos. Se opone sustancialmente a la persona jurídica, en la peculiar y viciosa significación atribuida a este término porque el ser humano individual es en principio sujeto o persona jurídica, por regirla el Derecho y regirse por él...»[523].

Personas Naturales

El artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre del 10 de Diciembre de 1948 de la Organización de las Naciones Unidas dice lo siguiente: «Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica».

Mediante la suscripción de esta Declaración Universal, los países que la suscribieron convinieron en trabajar por una sociedad basada en los derechos humanos.

---

520 FLORES POLO (1984). *Op. cit. p.*

521 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 221.

522 *Ibidem*, p. 225.

523 *Ibidem*, p. 226.

La Constitución de 1979 superó las constituciones anteriores al otorgarle supremacía a la persona. El artículo 2 expresaba una amplia relación de los derechos de la persona, entre ellos, su libertad. La enunciación de estos derechos fundamentales de la persona se ve enriquecida con un tratamiento sumamente amplio de derechos sociales y económicos.

La Constitución de 1993, modificatoria de la de 1979, en su artículo 1 dice textualmente:

> «La defensa de la persona humana y respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado».

Su contenido no trae una innovación respecto a la Constitución anterior, pues responde a la misma concepción ideológica. Es la persona y no el Estado el fin supremo de la sociedad. El Estado, como nación jurídicamente organizada, es un instrumento de representación y coordinación para atender las necesidades de sus miembros.

Marcial Rubio dice: estimamos que es indistinto hablar de «ser humano» y de «persona natural». La persona tiene personalidad jurídica. La personalidad jurídica es la atribución de la persona de tener deberes y derechos.

> «De esta manera, la persona es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener derechos y deberes»[524].

Desde el punto de vista constitucional la defensa de la persona y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado es el eje de todo análisis jurídico posterior pues declara como valor supremo al individuo.

Como expresa Enrique Bernales[525] de este artículo primero se desprenden dos actos centrales:

- La persona se realiza dentro de la sociedad, pertenece a una definición que por su propia naturaleza la hace social.

- La persona humana es el valor supremo de la sociedad y del Estado, tanto en lo que se refiere a su defensa, como en el respeto de su dignidad.

Según Marcial Rubio[526] «La fórmula que utiliza la Constitución de 1993 es imperfecta desde el punto de vista de su expresión porque gramaticalmente dice que los fines supremos de la sociedad y del Estado son la defensa y el respeto de la dignidad de la persona. Se equivoca porque ambas son tareas o responsabilidades y no pueden ser fines en sí mismos. Sólo el ser humano, de lo que existe sobre la tierra puede tener tal condición».

Este artículo se vincula directamente con los derechos humanos. En la medida que la defensa y el respeto de la dignidad humana se puede dar respetando los derechos humanos.

Como dice el constitucionalista Chirinos Soto[527] «Tanto la Constitución de 1979 como la de 1993 se rigen en avanzada respecto de los derechos humanos que declaran con minuciosidad y del respeto aún de aquellos derechos que sólo se declaran en forma implícita».

---

524 RUBIO CORREA, Marcial. *El Ser Humano como Persona natural.* Lima: Fondo Editorial de la. Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 22.

525 BERNALES BALLESTEROS (1996). *Op. cit.*, p. 83.

526 RUBIO CORREA. (1992). *Op. cit.*, p. 111.

527 CHIRINOS SOTO, Enrique. *Lectura y Comentario - Constitución de 1993.* Ed. Nerman, p. 19.

El artículo 1 de nuestro Código Civil dice: «*La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento*».

«*La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*».

El artículo 3: «*Toda persona tiene el goce de los derechos civiles salvo las excepciones expresamente establecidas por ley*».

El Código Civil Peruano expresa un derecho general de la personalidad, es decir, consagra el derecho general de la personalidad cuando nomina y regula debidamente tipos particulares de derechos inherentes a la persona, y, finalmente al haber logrado una sistematización de dichos derechos.

Como dice Fernando Fueyo[528] de la Universidad de Chile. Las acepciones de «persona» principalmente son tres:

a) Biológica: El hombre

b) Filosófica: Persona como ser racional capaz de proponer fines y realizarlos

c) Jurídica: Ente dotado de personalidad jurídica que le está reconocida por el ordenamiento positivo y del cual recibe protección eficaz.

Fueyo esboza una noción de persona bastante clara y precisa: «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, a todas las cuales el orden jurídico reconoce y garantiza tanto variadísimos y esenciales derechos extrapatrimoniales inherentes al ser humano como tal, como de la capacidad jurídica. Recíprocamente a los derechos se oponen los deberes jurídicos de la persona».

En la actualidad todo ser humano goza de personalidad. «El ser humano, dotado de la personalidad es apto para ser sujeto de derechos y obligaciones; es capaz de adquirir derechos: posee lo que se denomina la capacidad de goce»[529].

En principio toda persona física tiene plena capacidad de goce, es decir, que puede adquirir derechos, conservarlos o disponer de ellos. Sin embargo, así como toda persona tiene capacidad de goce no toda persona tiene capacidad de obrar. Estas personas son aptas para adquirir derechos, pero no los pueden ejercer ellas mismas.

Como define Gustavo Palacios[530]

> «Jurídicamente se denomina persona a todo ser susceptible de ejercer derechos y de estar sujeto a obligaciones. Solo el hombre puede ser sujeto de derecho. Persona es, pues, todo ente capaz de adquirir derechos y de contraer obligaciones.
>
> Los derechos de la persona son derechos subjetivos. La idea que los derechos humanos o de las personas no pueden separarse del sujeto de quien provienen, no indica que no pueden calificarse de derechos, si en lo esencial se dan en ellas las características que se dan en los demás derechos.
>
> La personalidad en sí es considerada como una categoría jurídica, esto es, el soporte de los derechos subjetivos.

---

528 FUEYO LAMERI, Fernando. «El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano». Ponencia presentada en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de Agosto de 1985. *Sobre el Derecho de la persona a propósito del Nuevo Código de la República del Perú.* Lima, 1986.

529 MAZEAUD, Henri y León. *Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera.* Volumen II. Buenos Aires: Ed. Ediciones Jurídicas Europa - América, p. 7.

530 PALACIOS PIMIENTEL, Gustavo. *Elementos de Derecho Civil Peruano.* Tomo I. Lima: 2ª. Edición, p. 31.

> Los derechos de la persona son derechos absolutos, su respeto se impone a todos. Los derechos pertenecen a toda persona y comienzan a ser efectivos desde que ella nace».

El Código Civil ha concretado objetivamente la distinción entre sujeto de derecho y persona en su Artículo Primero. Toda persona humana es sujeto de derecho, este sujeto de derecho en cambio no es persona aún cuando está determinado para serlo.

El término persona natural conlleva los derechos inherentes a toda persona por el simple hecho de haber nacido o estar por nacer. La persona física con capacidad de goce es sujeto del ámbito de la ley de defensa de la libre competencia sea que actúe en un plano directivo, ejecutivo, como propietario o en subordinación.

No se trata de regular y sancionar sólo a las empresas sino también a las personas que en última instancia manejan y deciden en las empresas. Son éstas las que determinan la conducta de las empresas y por ello al extender el ámbito de aplicación a las personas naturales son objeto de control, sea que actúen directa o indirectamente, esto último cuando su conducta obedece a asesoría como: abogados, economistas, directores o representantes.

Personas Jurídicas

Desde el punto de vista formal toda persona jurídica es un centro unitario ideal de referencia de situaciones jurídicas de imputación, tracción o reducción de una pluralidad de personas a una unidad ideal de referencia normativa[531].

Según el artículo 17° del Código Civil a partir del acto formal de la inscripción en un determinado registro surge, la persona jurídica. Esta requiere de esa peculiar existencia formal de centro unitario de imputación de normas, pues es distinta de la real existencia de todas y cada una de las personas naturales que la integran que actúan con voluntad y decisión propia, actuando y representando a la persona jurídica. Si bien la persona jurídica actúa en la sociedad y es sujeto de derechos y obligaciones lo hace a través de las personas naturales. No podemos ni debemos confundir una con otra. De allí que la ley de defensa de la libre competencia comprende en su ámbito ambas clases de personas.

El artículo 78° del Código Civil nos dice:

> «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas».

Resumiendo, la ley de Defensa de la Libre Competencia considera comprendido en su ámbito de control y regulación a las personas físicas o jurídicas que contraten a título oneroso o gratuito, sea para su consumo final o para beneficio propio, o de terceros, pues la ley se coloca en todas las posibilidades al señalar que realicen actividades económicas.

Si tratamos el criterio de consumo llegaremos a la conclusión que no existe persona que no necesite consumir bienes o utilizar servicios para su subsistencia. Todas las personas, de existencia real o ideal, compran bienes, utilizan energía, teléfonos, servicios públicos, etc. En el caso de empresas su rol es de proveedor y cliente de insumos: En el caso de personas de consumo final de bienes y servicios.

---

531 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas*. Ed. Cuzco, s/f, p. 147.

2.2.2. Derecho público y privado

Las personas jurídicas se distinguen en personas de derecho público y de derecho privado.

Personas Jurídicas de Derecho Público

Las personas jurídicas de Derecho Público representan entes, instituciones de carácter necesario, cuyo origen radica directamente en la índole misma de la colectividad como organismo político, o sea, que su nacimiento emana inmediatamente de la ley o de un acto administrativo. El ente que así existe, asume la categoría de ente público, quien obra ejerciendo su inherente *jus imperium*[532].

Son personas de derecho público el Estado, los Municipios, las sociedades de beneficencia pública, las universidades oficiales, los colegios de instrucción premunidos de autonomía institucional, ciertos establecimientos públicos de beneficencia, como hospitales, manicomios, orfelinatos y casas de caridad[533].

El artículo 76° del Código Civil peruano precisa: «el carácter y fundamento de las personas de derecho público, al indicar que el principio de ellas, esto es, la razón propia de su existencia, se determina por las respectivas leyes. Las mismas indican también los órganos encargados de representarlas.

Pueden ser:

a) Personas Jurídicas de Derecho Público Interno (Municipalidades, Corporaciones Oficiales, Universidades, etc.), y
b) Personas Jurídicas de Derecho Privado (asociaciones, fundaciones, comunidades campesinas)»[534].

Personas Jurídicas de Derecho Privado

La existencia de las personas jurídicas de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro. Sin embargo, si antes han practicado actos civiles de los que están permitidos, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha en que esos se realizaron. Las personas jurídicas pueden, para los fines de su instituto, adquirir los derechos y contraer las obligaciones que le son inherentes a la condición natural del hombre[535].

Las personas de derecho privado nacen por necesidades de solidaridad humana o de carácter económico y surgen propiamente de la voluntad de dos o más personas naturales.

La ley determina las condiciones para la existencia de estas personas jurídicas de derecho privado.

- Deben poseer un patrimonio propio
- Deben estar inscritas en el Registro.

Si a este sujeto de derecho lo concebimos como el conjunto sistemático de medios materiales, intelectuales, económicos y humanos organizados para lograr determinados fines, estamos frente a la empresa que es previo y distinto al de la persona jurídica.

---

532 LEÓN BARANDIARÁN. *Tratado de Derecho Civil.* Tomo I, s/f, p. 203.

533 *Ibidem,* p. 204.

534 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 295.

535 *Ibidem,* p. 295.

Como dice Alberto Stewart[536]: «La persona jurídica puede variar, desaparecer, extinguirse, pero no necesariamente arrastra con las alteraciones de su *status* a la empresa. De allí que una sociedad pueda liquidarse y disolverse pero la empresa pasaría a la gestión de terceros interesados, Estado, trabajadores e incluso acreedores. El sujeto de derecho, en este caso, sobrevive a la extinción de la persona jurídica».

Marcial Rubio[537] señala que «Cuando se habla de persona y de sociedad, se está trabajando sobre dos conceptos que resultan a la vez distintos y complementarios. Distintos porque cada ser humano es distinto del grupo. Complementario porque la sociedad no es otra cosa que un conjunto estructurado de relaciones humanas, distinta a la suma de individuos como tal...».

El Decreto Ley 701 es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas en la legislación peruana. En otras latitudes es diferente. Así, el artículo 85 del Tratado de Roma tiene como sus destinatarios las empresas y las asociaciones de empresas, como los sujetos que realizan los acuerdos, decisiones, y las prácticas concertadas a través de las cuales se restringe la competencia.

Aquellas empresas que se dediquen a la prestación de servicios son empresas en el sentido del Artículo 85.1, del mismo modo que lo son las empresas que se dedican al suministro de bienes. Pero es esencial que la empresa lleve a cabo algún tipo de actividad económica. Las empresas públicas son empresas en el sentido del artículo 85.1, en la medida en que lleven a cabo actividades comerciales o económicas, incluyendo la prestación de servicios públicos.

El Estado tiene un poder de vigilancia o control sobre todas las personas jurídicas, ya sean públicas o privadas. Pero por el interés general que las primeras implican, esta tutela del Estado se ejerce en ellas en una medida más intensa y enérgica, con intervención más asidua y directa en cada acto del instituto. Para expresar, esto con una fórmula sencilla, puede decirse que en éstas la injerencia del Estado tiene una función positiva o integrante, dirigiéndose la tutela que dispensa a promover la actividad benéfica, a exigir el cumplimiento del fin, para los actos privados una función negativa en cuanto que el Estado se limita solamente a impedir que se viole el orden público o se malogre la voluntad del fundador o se obre de modo ilegítimo[538].

Actividades Económicas

Artículo 2°.- La presente ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen **actividades económicas**. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección.

Actividades económicas son todas aquellas que tienen relación con la satisfacción de las necesidades de los individuos y de la sociedad en su conjunto. La satisfacción de estas necesidades sean materiales como no materiales obliga a las personas a realizar actividades productivas. Realizando estas actividades se obtienen los bienes y los servicios que se necesitan para satisfacer las necesidades que pueden ser primarias (biológicas: comer, beber), secundarias (seguridad, realización, autoestima) y terciarias (prestigio, poder). Estos

536 STEWART BALBUENA, Alberto. *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano.* Lima: Universidad de Lima, p. 226.

537 RUBIO CORREA (1992). *Op. cit.*, p. 111.

538 LEÓN BARANDIARÁN (s/f). *Op. cit.* Tomo II, p. 204.

bienes y servicios son recursos que la Economía se encarga de administrar. La Economía es el estado de las actividades relacionadas con la producción y con el intercambio de bienes.

Como expresa Francisco Mochón[539] «la economía se preocupa precisamente de la manera en que se administran unos recursos escasos, con objeto de producir diversos bienes y distribuirlos para su consumo entre los miembros de la sociedad».

En toda sociedad, las personas se agrupan y realizan distintas actividades para satisfacer necesidades propias y las de los demás. Ello ocurre siempre pues los bienes son escasos, en tanto que la necesidad humana es virtualmente ilimitada. Las actividades que realizan las personas y/o grupos de una sociedad para la satisfacción de sus necesidades se conocen como actividades económicas. Estas **actividades económicas** van desde las más simples, como son la satisfacción de las necesidades primarias o biológicas hasta las más complejas o refinadas como la autorrealización o el sentimiento de pertenencia. Como dice Mochón «por lo general las necesidades incluso tienden a acrecentarse en las nuevas sociedades, lo que contrarresta el incremento de la capacidad productiva asociado con el desarrollo y en definitiva, hace que la lucha contra la escasez sea una constante humana»[540].

Estas actividades económicas deben realizarse dentro de un marco de libertad, a saber: libertad de contratar, libertad de empresa, libertad de asociación, libre competencia.

Esta libre competencia debe darse en un sistema de economía de mercado, es decir, donde las propias fuerzas económicas, a través del libre juego de la oferta y la demanda son las que regulan los precios de bienes y servicios.

«Este libre juego de la oferta y la demanda funciona a través de la competencia entre los diversos agentes económicos (productores, distribuidores, proveedores, consumidores, etc.) sea a nivel horizontal (agentes en el mismo nivel de mercado, por ejemplo, sólo entre productores) o a nivel vertical (agentes situados en distintos niveles del mercado, por ejemplo entre productor y distribuidor)»[541].

Los agentes económicos son las personas naturales o jurídicas de Derecho Privado o Público que realizan las actividades económicas. Cuando estas personas naturales o jurídicas eliminan el mecanismo de la libre competencia están cometiendo una práctica restrictiva conocida como práctica colusoria. Muchas de estas prácticas están prohibidas por la ley, a veces sólo en el ámbito administrativo y otras, dependiendo su alcance, en el ámbito penal.

Otro tipo de **actividades económicas** restringen la competencia. Estas son situaciones en las cuales las empresas tienen un poder de mercado tal que valiéndose de distintos mecanismos ocupan una posición de dominio. Sin embargo, esta persona natural o jurídica por la situación de poder de mercado que ostenta no debe realizar ciertas actividades porque estos actos o conductas restringen la libre competencia. Así aquello que se permite a las empresas que no tienen poder de mercado no se les puede permitir a aquellas empresas que por su situación sí lo tienen. Los actos o conductas que crean limitaciones a la competencia se consideran un abuso del poder de mercado, situación sancionada por ley.

Lo señalado parece una contradicción en los conceptos vertidos. Por una parte sostenemos que en una economía de libre mercado se presenta la competencia, bien jurídicamente protegido por el Derecho. Esta libre competencia implica libertad de contratación,

539 MOCHÓN (1997). *Op. cit.*, p. 4.
540 *Ibidem*, p. 5.
541 ABANTO VÁSQUEZ (197). *Op. cit.*, p. 21.

libertad de trabajo, libertad de asociación y libertad de empresa. Por otra parte, el Estado limita el uso de estas libertades.

Sin embargo, el Estado protege la libre competencia limitando algunas actividades al considerar que ciertas personas naturales o jurídicas, por su propia característica y presencia en el mercado, no pueden realizarlas, porque de llevarlas a cabo estarían conculcando el bien jurídicamente protegido (la libre competencia). El Estado regula, limita y por último sanciona el incumplimiento de lo establecido para preservar la libre competencia.

Como podemos observar, la actividad económica realizada por una persona puede ser considerada lícita y para otra objeto de sanción. Esto se presenta porque aquellos sujetos o empresas que ejercen poder de mercado, es decir, que tienen una posición de dominio no pueden realizar ciertas actividades por el riesgo que implica para el mercado en su totalidad.

Para ilustrar lo anterior citemos la Resolución 206-97 TDC/Indecopi[542]en la cual con fecha 22 de noviembre de 1997, la empresa denunciante, Civa interpuso acción ante la Comisión de la Libre Competencia contra la empresa Mariscal Cáceres por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia sancionadas por el Decreto Legislativo 701. Presentados los descargos correspondientes, mediante Resolución N° 003-97-Indecopi-CLC del 11 de febrero de 1997, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta. El 12 de marzo de 1997, la empresa Civa interpuso recurso de apelación contra la resolución antes mencionada, elevándose el expediente a la Sala de Defensa de la Libre Competencia.

En el artículo 6 del decreto Legislativo 701 se establece qué es lo que se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia. Estas son los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Dentro de los casos específicos de prácticas restrictivas de la competencia dicha norma incluye en los incisos a) y b) la fijación injustificada de precios y el reparto de mercado.

De la revisión del expediente de desprende que en la práctica, cuatro empresas que ofrecían el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, acordaron juntarse para brindar dicho servicio desde el terminal, para lo cual convinieron en repartirse las rutas a ser cubiertas y que la tarifa del servicio sea fijada por la administración de dicho local, según los términos de los contratos suscritos por ellas y del reglamento interno que declararon conocer.

En opinión de la Sala, el acuerdo mencionado en el párrafo anterior, no constituye una práctica restrictiva de la libre competencia en los términos establecidos en el artículo 6 de la norma anteriormente transcrita sino una medida de esfuerzo conjunto para organizar el mercado con efectos poco competitivos.

Debemos señalar que esta misma actividad económica si una o varias de ellas empresas hubieran tenido poder de mercado podría constituir una práctica restrictiva de la libre competencia.

La norma se aplica también a las personas que ejerzan la **dirección**.

El término dirección implica dirigir, gestionar. Como sabemos el directorio es el órgano colegiado encargado de administrar la sociedad. Está integrado por directores que tienen la función, facultades y obligaciones individuales[543].

---

542 INDECOPI. *Precedentes de Observancia Obligatoria en materia de defensa de la Competencia.* Lima: 1999, pp. 95-106.

543 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Manual Societario.* s/f, p. 145.

La empresa tiene 3 órganos a saber: La junta de accionistas, el directorio, la gerencia. En la junta de accionistas, donde se representa a aquellas personas naturales o jurídicas que tienen intereses económicos en la empresa. Si la acción es la parte alícuota de capital la Junta de Accionistas representa a los propietarios del negocio. Pero la empresa debe ser dirigida a través de personas naturales. De allí la creación de dos órganos de gestión ubicados en dos diferentes niveles organizacionales. La gerencia es el órgano ejecutivo encargada del manejo del día a día. El gerente es el empleado de mayor jerarquía y representante legal de la empresa en tanto que el directorio es un órgano colegiado al cual reporta la gerencia. El directorio no puede ser menor de tres personas. La gerencia puede ser ejercida por persona natural o jurídica aunque en este último caso deberá designar persona natural que ejerza el cargo. El Directorio solo puede ser integrado por personas naturales.

Según la Ley General de Sociedades el directorio es un órgano colegiado elegido por la junta general. Cuando una o más clases de acciones tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial.

El directorio es un órgano de la sociedad, integrado en nuestra opinión por personas naturales elegidas en virtud a sus calidades personales, en razón a designaciones *intuito personae*[544].

Los directores tienen como función principal participar en la formación de la Voluntad colegiada del directorio. Carecen de facultades individuales de representación y administración, limitando su actuación a vigilar e informarse de los negocios sociales a efectos de participar, con los otros directores, en las decisiones y actuación del directorio.

Sus deberes y responsabilidades tienen por fuente principal las normas de la Ley General de Sociedades que regulan la estructura y funcionamiento del directorio y se orientan a velar por los intereses de la sociedad e inclusive, los de terceros que se vinculen con ella[545].

Para Ernesto Maitorell los directores son quienes conducen una sociedad en virtud de un mandato tácito o, más concretamente, no en razón de título jurídico por el cual se es administrador, sino por el mero hecho de la administración, que es algo que puede darse u ocurrir independientemente del título y de la investidura[546].

Y agrega, el directorio es el órgano colegiado a través del cual se expresa una voluntad unitaria proveniente de la fusión de las declaraciones de los directores, son éstos quienes responden personalmente por los acuerdos que sirvieron de sustento a la actuación dañosa[547].

Desde el punto de vista legal las responsabilidades quedan plasmadas en la Ley General de Sociedades la cual en su artículo 177° señala textualmente:

> «Articulo 177°.- **Responsabilidad**
>
> Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.
>
> Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

---

544 HUNDSCOPF, Oswaldo. *Derecho Comercial.* Lima: Universidad de Lima, s/f, p. 118.

545 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 145.

546 MAITORELL, Ernesto. *Los Directores de Sociedades Anónimas.* Buenos Aires: Ed. De Palma, 1990, p. 193.

547 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 190.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas no las denunciaron por escrito a la junta general».

El ámbito de aplicación de la ley tal como está señalado en el artículo 2 podemos ilustrarlo en la resolución de Indecopi N°0229-1997/TDC-Indecopi[548]. Esta se originó en la denuncia de Carlos León Madalengoitia contra la firma Química Farmacéutica de Perú sobre Prácticas Restrictivas. En esta resolución se señala: «... A mayor abundamiento, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 2 del D. Leg. N° 701, dicha ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas y se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por dicha ley...».

2.2.3. Responsabilidad del Directorio ante la sociedad

Antes de tratar el tema de la responsabilidad es bueno referirnos a lo que podemos entender como responsabilidad:

Según el Diccionario Enciclopédico Larousse:

«Calidad de responsable. Obligación moral que se tiene a consecuencia de haber o haberse cometido una falta... Responsabilidad jurídica: la que supone la existencia de un daño, que alcanza a la sociedad en general, a una persona determinada o a ambas a la vez...»[549].

Según el Diccionario de la Real Academia:

«Calidad de responsable. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado(...) Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente...»[550].

En términos jurídicos Flores Polo, define responsabilidad de la siguiente manera:

«En términos estrictamente generales, dícese de la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado (Cabanellas). Capacidad para aceptar consecuencias de un acto consciente y voluntario. Etimológicamente, la palabra viene del latín *responsus*, participio pasado del verbo *respondére*, que significa: hacerse garante...»[551].

Son atribuibles al directorio los daños derivados de hecho u omisiones que importen una inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de sus funciones en tanto evidencien una negligencia grave en su desempeño o una intención de incumplirlas (dolo).

Es de cargo de la sociedad, los socios o acreedores que intenten la acción de responsabilidad, la prueba de:

---

548 INDECOPI. *Op. cit.*, pp. 223-232.

549 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 878.

550 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1784.

551 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 444.

- El hecho u omisión que importe un incumplimiento de las funciones y, obligaciones del directorio.
- El daño sufrido y su cuantificación.
- El vínculo causal entre ambos supuestos. Probados estos aspectos debe presumirse la responsabilidad del directorio, correspondiendo a sus miembros acreditar su apartamiento[552].

Para la Ley General de Sociedades el director no es responsable:

«Artículo 178°.- Exención de responsabilidad

No es responsable el director que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, haya manifestado su disconformidad, en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que haya cuidado que tal disconformidad se consigne en acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial».

Es efecto de la colegiación el que, a través del sistema de mayorías, las declaraciones de todos los directores (votos) se fundan en una sola manifestación de voluntad del directorio (acuerdo). Quien emite un voto en contra sólo participa en el sistema de formación de la voluntad del directorio y responde de acuerdo con los demás directores. Para enervar ese efecto, la ley exige al director una declaración expresa, que se diferencia del sistema de mayorías que rige la formación de los actos colegiados[553].

Es decir, si el director no solo vota en contra sino además establece expresamente su voto singular y prueba fehacientemente su discrepancia entonces el director se aparta de la colegiación y se libera desde un principio de toda responsabilidad derivada de los acuerdos reñidos con las funciones que corresponden al directorio.

Los directores ausentes en la sesión que adoptó el acuerdo, cuya inasistencia fuera justificada, sólo pueden liberarse de responsabilidad haciendo constar su oposición mediante carta notarial[554].

El director que no ha apartado su voluntad del acuerdo en la forma referida en párrafos precedentes, puede liberarse de la responsabilidad que le corresponde como miembro de un órgano colegiado, probando que no incurrió en negligencia grave o dolo (incumplimiento intencional) en el desempeño de sus obligaciones.

El descargo del dolo o negligencia grave, no libera al director de la responsabilidad solidaria derivada del incumplimiento de las obligaciones del directorio[555].

2.2.4. Responsabilidad ante terceros

Maitonell comenta sobre la responsabilidad de los directores y administradores frente a terceros. Nos dice: La responsabilidad ante terceros, que no puede ser exculpada, ella, en el supuesto de los administradores *de jure*, no se vincula con el riesgo empresario, sino con el propio hecho de haber asumido la administración y desempeñarla.

552 *Ibidem*, p. 189.

553 MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Op. cit.*, p. 191.

554 *Ibidem.*

555 *Ibidem*, p. 192.

El resultado de todo este desarrollo es que así como los administradores de derecho no pueden desviar su responsabilidad hacia la asamblea o a la propia sociedad, en el supuesto de que hubieran causado daños actuando en la esfera propia de sus poderes «originarios», simétricamente, tampoco pueden hacer los «administradores de hecho», porque sus facultades o poderes surgen de la autoatribución de funciones gestoras toleradas por el sujeto de existencia ideal cuya representación han invocado[556].

Otro caso en el cual los directores son responsables es cuando han sido designados por quienes no se hallan facultados para hacerlo con arreglo a lo establecido por la ley, ya que estaríamos ante una gestión carente del aval social prestado por la asamblea; y también en la hipótesis en la cual, aceptada la renuncia de uno o varios de los miembros del órgano de administración, éstos siguieron actuando como tales, participando en los acuerdos y tomando decisiones como si nada hubiese ocurrido[557].

Según el artículo 198° del Código Penal los directores responden por los siguientes actos:

> «Artículo 198°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:
>
> 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados o terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
>
> 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
>
> 3. Promover por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
>
> 4. Aceptar, estando prohibido de hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
>
> 5. Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.
>
> 6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
>
> 7. Asumir préstamos para la persona jurídica.
>
> 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona»[558].

2.2.5. Representación

La genuina representación supone dos esferas jurídicas (la del representante y la del representado), de modo que uno es sujeto de actuación y otro de imputación. De manera tal que podríamos concluir diciendo que el representante, en cuanto órgano inseparable de la

556 MAITONELL (1990). *Op. cit.*, p. 195.

557 *Ibidem*, p. 192.

558 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* s/f, p. 271.

persona jurídica carece de individualidad y en realidad es la misma persona jurídica en función[559].

Hay quien piensa como Santoro que el órgano representativo de las personas jurídicas —al que denomina órgano externo— ha adquirido plena autonomía y que no debe confundirse con la representación[560].

El órgano representativo de una persona jurídica, sea individual o colegiado, sólo actúa como vehículo de expresión del sujeto moral y que, por lo tanto, no hay sustitución de voluntad ni cooperación en intereses ajenos. Se trata, simplemente, de la propia persona jurídica en función[561].

Para Messineo, en la vida de la persona jurídica las funciones se reparten en el sentido de que el órgano es siempre e indefectiblemente el portador de la voluntad de la persona jurídica, mientras que el representante es aquel que cuando llega el caso, usa el nombre de la persona jurídica. Según el mismo Messineo, el representante difiere del órgano de la persona jurídica; ante todo porque:

> «1. Como no todos los representantes son órganos, no siempre órgano implica representación.
>
> 2. También porque el representante expresa la propia voluntad y presupone o puede presuponer, una separada voluntad de la del representado, siendo así que el órgano es siempre el depositario y el vehículo (portador) de la voluntad única, que es la de la persona jurídica no podría tener —ni mucho menos— expresar una voluntad.
>
> 3. Finalmente, porque representante es quien obra en nombre ajeno, mientras el órgano es el trámite por el cual la persona jurídica obra directamente y en nombre propio»[562].

Para la representación orgánica, pues, los órganos aunque estén provistos de poderes de representación, no son representantes[563].

La concepción de la representación orgánica reconoce la existencia de una voluntad en las personas jurídicas y que ella puede manifestarse por sus propios órganos. Pero estos mismos órganos, actuando como tales, pueden otorgar un poder a una tercera persona, la que no actuará ya como órgano ni como representante de la persona física en que el órgano se materializa, sino como representante de la persona jurídica[564].

La persona jurídica puede celebrar un acto de otorgamiento de la representación, es decir, constituir en representantes a una persona física u otra persona jurídica sin que por ello éstas deban integrarse como órgano de ella. Los representantes deberán actuar con arreglo a las facultades que se les otorguen, siéndoles de aplicación, en consecuencia, todos los principios en que se sustenta la representación y las normas que las regulan[565].

Otros consideran con Trabucchi que la relación que existe entre el que actúa por el ente moral y éste, constituye una forma especial de representación[566].

---

559 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico.* Lima: Ed. Grijley. 2ª. Edición, 1994, p. 167.

560 *Ibidem*, p. 166.

561 *Ibidem*, p. 167.

562 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Tratado de Derecho Civil.* Tomo III. Volumen I. Ed. Cultural Cuzco, p. 343.

563 *Ibidem*, pp. 344-345.

564 *Ibidem*, p. 344.

565 *Ibidem*, p. 345.

566 LOHMANN LUCA DE TENA (194). *Op. cit.*, p. 166.

Visto, sin embargo, desde el lado práctico, las tan acusadas diferencias comienzan a desvanecerse y nos hacen pensar que, efectivamente, la actuación de las personas morales en el ámbito jurídico requiere de una especial manera de representación[567].

Desde el punto de vista del tercero que contrata. El tercero, pues normalmente procederá ante el representante de la persona jurídica del mismo modo que lo haría ante otro tipo de representante: cuidará de verificar las facultades con que cuenta y el título con que actúa o, en su defecto, se fiará de lo que se le informe[568].

En lo que respecta a la eficacia del negocio concluido en nombre de la persona jurídica, no se aprecia tampoco ninguna sustancial diferencia con la eficacia del celebrado por quien cuenta con poder de representación de la persona física. En otras palabras, no se le imputan los efectos jurídicos al actuante, sino a quien dice representar. De este modo, el tercero quedará ligado no con la parte formal que interviene físicamente, sino con la parte material que asume los derechos y obligaciones que emanen del convenio, lo cual no es contradictorio con la teoría del órgano.

Por otro lado, si se aprecia que la responsabilidad de la representación de las personas jurídicas ha de recaer —directa e indirectamente— en personas físicas, se nota que las consecuencias coinciden con las de la genuina representación. Aquí la figura del órgano desaparece. Basta con recordar los artículos de la Ley de Sociedades que claramente establecen responsabilidades personales; las mismas, sin significativa variante, que se podría exigir al representante de quien es persona natural[569].

Para Lohmann, en consecuencia, nos encontramos con un *sui generis* fenómeno de representación, pero no ante un caso de ausencia de ella[570].

Lohmann entiende a la representación orgánica como un supuesto de representación pero no el único. La representación orgánica, además, no es el único supuesto de representación de que se valen las personas jurídicas. Si esta representación orgánica viene dada por la necesidad de actuar socialmente, existe también y se admite sin reservas la representación voluntaria de las personas morales. Es decir, la conferida a otra persona física o jurídica que no integra el órgano de representación.

Son los denominados apoderados especiales, a quienes se les otorgan facultades de actuar, con mayores o menores atribuciones, en nombre y para la entidad moral. Circunstancia ésta de la representación voluntaria que demuestra e ilustra que también los órganos de representación pueden disfrutar de poderes de delegación o sustitución al igual que los que pueden corresponder a los representantes auténticos.

La representación puede ser:

Representación General.- Es la que autoriza una persona a otra para celebrar todos los actos jurídicos de administración, concernientes a su patrimonio en términos generales.

Representación Especial.- Es la que autoriza una persona a otra para celebrar un determinado acto jurídico, sin que pueda realizar actos distintos a los autorizados.

---

567 *Ibidem*, p. 167.

568 *Ibidem*, pp. 167-168.

569 *Ibidem*, p. 168.

570 *Ibidem*, p. 168.

2.2.6. La Empresa

Antecedentes

La expresión *empresa* tiene lejanos antecedentes legislativos y en la ciencia del derecho, que se remontarían a los Estatutos de las ciudades italianas y al lenguaje de los glosadores. Sin embargo, su aparición moderna se produce en el Código de Comercio francés, y de una manera sí se quiere inesperada(...) este Código incluye: «Toda empresa de suministro, agencia, gestión de negocios, establecimiento de venta en subasta y de espectáculo públicos» (Art. 632). «En este artículo, la empresa es mencionada como un "acto" y además, como un acto cuyo juzgamiento corresponde a tribunales especiales. Es fácil entender, por lo tanto, que esta redacción provocará dificultades imperativas»[571].

En 1897, en Alemania, por primera vez la definición de comerciante es asociada con las nociones de «explotación mercantil», «organización comercial» y «empresa».

En los códigos suizos e italianos, el concepto de empresa no se agota en el campo de la actividad comercial, ya que aquella puede tener por objeto la ejecución y realización de otros fines de carácter económico. Dentro de una concepción amplia, puede considerarse empresa cualquier clase de actividad del intelecto humano que de un modo deliberado persigue determinados fines[572].

La Constitución de 1979 contemplaba un capítulo denominado «De la Empresa» y definía en su artículo 130 textualmente «Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley». Nuestra actual Constitución no define la empresa ni contempla un capítulo especial a la empresa dentro del Régimen Económico, como si lo hizo la Constitución de 1979. Sin embargo, menciona en sus artículos 59 y 60 a la empresa como sustento de la economía nacional[573].

La Constitución de 1993 contempla:

> «Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.
>
> Artículo 60°.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
>
> Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
>
> La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal».

La Ley de Reestructuración Empresarial señala que se consideran empresas las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional.

---

571 MENA RAMÍREZ, Miguel. *La Empresa en el Perú*. Ed. Cultural Cuzco, s/f, p. 123.

572 *Ibidem*, p. 124.

573 MUÑIZ ZICHES, Jorge. «Mercado y empresa». En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. Lima: Asesorandina S.R.Ltda., s/f, pp. 20-21.

No están comprendidas en el presente Decreto Ley las entidades sujetas a supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones, que se regirán por las leyes que las regulan.

Wieland define a la empresa como «la organización de los factores de la producción —capital y trabajo— para la obtención de una ganancia limitada con riesgo».

> «Toda empresa requiere una organización, esto es, la combinación e integración de los factores de la producción según un plan que establece el empresario. El fin que se persigue es la obtención de una ganancia, que en principio no tiene límite, puede hacerse cada vez mayor y reiterada durante mucho tiempo. Como contrapartida de esta posibilidad de ganancia se presenta el riesgo; el empresario, igual que puede ganar mucho, puede perderlo todo en el azar económico.
>
> La empresa es la unidad de producción, pues vista en su conjunto aparece como la célula inicial sobre la que se monta la vida económica. Es además, órgano de producción»[574].

Bracco considera que en la empresa: «La combinación de los factores de la producción de parte del empresario es, en todo caso, una combinación orgánica y duradera, no una combinación ocasional y provisional. Las fuerzas del trabajo y los medios de producción no son simplemente colocados unos al lado de otros, sin ton ni son, sino que son coordinados racionalmente con vistas a una actividad del empresario destinada a durar(...) Es, en otras palabras, la constitución de un organismo de naturaleza económica destinado a vivir unitariamente y a proyectarse en el futuro»[575].

Y Manuel Osorio nos dice:

> «Que la empresa es la organización de los elementos de la producción -naturaleza, capital y trabajo- con miras a un fin determinado»[576].

Para el Derecho llamado Social, las empresas constituyen un campo donde no sólo funcionan intereses del capital y del trabajo en términos de ganancia, sino, además un centro que es el hábitat donde se desarrolla el hombre moderno[577].

En ese sentido para Garrigues la empresa es el: Conjunto de elementos humanos y de medios naturales, ordenados a un fin, prevaleciendo un concepto nuevo[578].

Respecto de la noción de empresa Corona Galán aclara que esta está constituida por una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, vinculada a un sujeto jurídicamente autónomo y que persigue de manera duradera un fin económico determinado[579].

Lo decisivo para la noción de empresa a que se refiere el Derecho protector de la libre competencia es una actividad de carácter económico, esto es, una actividad dirigida al tráfico de bienes y servicios que se desenvuelve en el mercado; ahora bien, esta actividad tiene que tener un titular, tiene que ser realizada por alguien, tiene que tener, un centro de imputación y éste será una persona física o jurídica[580].

---

574 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 56.

575 BRACCO. «L'impressa sistema del diritto commerciale (Padova. 1960. p. 72.) En: GUTIÉRREZ FALLA, Laureano F *La Empresa.* Buenos Aires: Ed. Astrea, 1985, p. 12.

576 MENA RAMÍREZ (s/f). *Op. cit.*, pp. 124-123.

577 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *Derecho de la Empresa.* Lima: Ed. Asesorandina S.R.Ltda., 1989, p. 14.

578 MENA RAMÍREZ (s/f). *Op. cit.*, p. 126.

579 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 144.

580 *Ibidem*, p. 148.

La naturaleza jurídica de la Empresa involucra una «organización de personas no inscritas», como un «patrimonio empresarial» o como una actividad económicamente organizada[581].

Se considera a la empresa como un centro de convergencia de diversos intereses, puede observarse, que éste es el punto de contacto con las demás disciplinas jurídicas[582].

La empresa, en cuanto genera una actividad encaminada a la producción de bienes y servicios para el mercado, plantea al ordenamiento jurídico una doble exigencia: esta actividad debe ser ejercida libremente y dentro de una atmósfera de licitud y lealtad[583].

La empresa se ha constituido en el sustituto de los antiguos comerciantes. Los que inicialmente fueron actos del comerciante, vale decir, actividad empresarial. Esta fue progresivamente institucionalizándose[584].

Las empresas sea cual fuera la modalidad que adopten, tratan de ganar clientes y es por ello que compiten entre sí. Estos mismos clientes «consumidores» son quienes determinarán la permanencia o no de dichas empresas en el mercado. Por ello se afirma que puede existir mercado sin empresas pero no empresas sin mercado. Obviamente las empresas buscan adquirir una posición privilegiada en el mercado, lo cual muchas veces se logra recurriendo a estrategias agresivas[585].

La relación entre empresa y libre competencia se debe observar desde las conductas reflejadas en los actos que realiza la empresa tendientes a competir en relaciones de igualdad o desigualdad en el mercado.

El Derecho de Libre Competencia regula el actuar de las empresas con corrección mediante reglas que deben seguir todos los competidores en el mercado. En nuestra realidad los principales operadores del mercado son las empresas, por tanto el Derecho de Libre Competencia regula las condiciones en que compiten las empresas entre sí, en su intento de lograr hegemonía del mercado, dentro de su respectivo sector económico.

Cuando las empresas infringen la ley de defensa de la libre competencia llevan a cabo convenios restrictivos de la libre competencia, o imponen condiciones discriminatorias a sus clientes o proveedores, constituyendo uno de los elementos característicos de las principales legislaciones regulatorias de la competencia[586].

Podemos concluir que cada decisión de la empresa constituye, dentro del campo de la libre competencia, un acto o conducta que puede restringir la competencia, y por tanto, obstaculizar la igualdad en el mercado, ya que se compite distorsionando la oferta y la demanda del mercado mediante maniobras anticompetitivas, con la finalidad de maximizar utilidades y maltratando a raíz de ello muchas veces al consumidor, imponiendo su posición dominante en la actividad económica.

Es justamente frente a las distorsiones del mercado; frente a aquellas empresas que realizan maniobras anticompetitivas que surge el derecho de la libre competencia[587].

---

581 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Derecho Comercial y Reestructuración Empresarial.* Lima: Ed. Alternativas, 1994, p. 328.

582 *Ibidem*, p. 40.

583 GAINADAGO, Baude. *La Empresa.* México: Ed. Porrúa, 1983, p. 61.

584 MUÑIZ ZICHES (s/f). *Op. cit.*, p. 19.

585 *Ibidem*, p. 22.

586 *Ibidem*, p. 23.

587 *Ibidem*, pp. 24, 51.

2.2.7. Instituciones

Institución.- Se entiende como tal al establecimiento, fundación, creación, erección. Lo fundado o establecido. Cada una de las organizaciones principales de un Estado. Cada una de las materias principales del Derecho o de alguna de sus ramas; como la personalidad jurídica, o la familia dentro del Derecho Civil, o la patria potestad en la familia, o como el derecho de corrección en la autoridad paterna[588].

En tanto que entidades son definidas como aquello que integra la esencia o forma de una cosa. Ser o ente. Valor o trascendencia de las cosas. Colectividad, institución, establecimiento, agrupación o empresa[589].

En la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el control de las prácticas comerciales restrictivas se consideró que:

> «Entre estas entidades pueden figurar las empresas pequeñas y medianas (PYMES). Las compañías constituyen un monopolio o tienen posiciones dominantes, las empresas filiales vinculadas por la propiedad o el control, las profesiones, los sindicatos, las cooperativas o las asociaciones de empresarios».

Para Garrigues las prácticas restrictivas son aquellas derivadas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas desde un punto de vista puramente gramatical. ¿Cómo es posible que las prácticas restrictivas deriven de una conducta conscientemente paralela, cuando la conducta es ya por sí sola una práctica? Una práctica no puede ser el resultado de otra práctica. Indudablemente, aquí la norma quiso referirse más directamente a las prácticas surgidas de convenios y decisiones y declara nula la fuente de esas prácticas. No puede declarar nulas las conductas conscientemente paralelas porque ellas no son un convenio. Declara nulos los convenios y los acuerdos y decisiones de todo género. Son nulos, como contrarios a la ley y al orden público, los convenios entre empresas, así como los acuerdos y decisiones de todo género de uniones, asociaciones y agrupaciones de aquellas que originen prácticas calificadas por la ley como prohibidas[590].

Finalmente haremos una breve referencia al término *actos*:

Estos son la manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Instante en que se concreta la acción. Ejecución, realización, frente a un proyecto, proposición o intención tan solo. Pensamiento. Celebración, solemnidad. Reunión. Período o momento de un proceso, en sentido general[591].

Es importante reflexionar un poco sobre el alcance de la ley. Al incluir actos podemos llegar a la situación de sancionar intentos no llevados a cabo a través de las conductas. Así dos empresarios celebran un acto o acuerdo de concertación de precios pero que nunca implementan y por ello no se perjudica ni la competencia, ni el mercado, ni el consumidor. Sin embargo, el acuerdo, la celebración de este acto se halla regido por el ámbito de la ley y puede generar sanciones administrativas y penales.

Así, un cártel que no tiene posibilidad alguna de éxito y que nace muerto, es un cártel frustrado; si, además, en la práctica no logró ningún objetivo, también se hallará comprendido en el ámbito de la ley, en el rubro acto, acuerdo o convenio.

---

588 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 163.
589 *Ibidem*, p. 116.
590 GARRIGUES (1964). *Op. cit.*, pp. 165-166.
591 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 13.

2.3. PROHIBICIONES

2.3.1. Prohibiciones y Sanciones

A continuación procederemos a realizar el análisis exegético del artículo 3° del Decreto Legislativo 701.

> **Artículo 3°.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.**

Están prohibidos...

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española[592] define la palabra «**prohibición**» que tiene su origen en el verbo «prohibir» que significa: «Vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa». En tanto que el diccionario Aristos define prohibir como:

> Prohibir. Vedar, impedir el uso o ejecución de una cosa.

Asimismo Cabanellas define **prohibición** como:

> «Orden Negativa. Su infracción supone siempre una acción en contra, más grave en principio que la omisión indolente de una actividad obligatoria. Además de mandato de no hacer, significa vedamiento o impedimento en general. Denominación de ciertos sistemas que suprimen en absoluto determinadas actividades, aun cuando sea el medio de fomentar su ejercicio clandestino.(...)»[593].

Por otro lado desde una perspectiva jurídica Pedro Flores Polo[594] señala:

> «Prohibición: Disposición de la autoridad competente o emanada de la ley, que impide obrar en cierto modo. Impedimento».

Una aproximación diferente nos entrega el *Diccionario Económico y Financiero* de Y. Bernard y J C . Colli[595] el que señala:

> «Prohibición: Interdicción de importar o exportar un producto».

El artículo 3 es una norma protectora de la libre competencia ya que *prohibe* conductas que limiten de alguna manera el bien jurídico protegido que es «la libre competencia». Con el triunfo de la economía de mercado, y por ende de las ideas liberales, los principios de libertad en la iniciativa privada, la libertad de empresa, la libre asociación, el reconocimiento del pluralismo económico, entre otras libertades protegidas por la Constitución, dieron un nuevo aspecto a la actividad económica, proclamándose la libertad de compe-

---

592 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1675.

593 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 451.

594 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 352.

595 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 1152.

tencia. Esta libertad hace que los empresarios compitan en el mercado, pues la competencia a que se hayan sometidos es libre.

Nos percatamos que el sistema de libre competencia, basado en la libre actuación de los participantes en el mercado, lleva en sí mismo un problema, ya que una libertad sin límites, sin medida, produce abusos, conductas desleales y prácticas limitativas. Todas estas manifestaciones provocadas por la libertad en la conducta de los sujetos, atentan contra el mismo sistema.

Es por ello que el Estado para proteger el sistema de la libre competencia ha dictado una serie de normas enmarcando y delimitando cómo se va a llevar a cabo el régimen de la libre competencia, los que van a ser los actos o conductas prohibidas.

Se procede a la prohibición de algunas conductas justamente para proteger la libre competencia. Debe entenderse estas normas como aquellas que velan por el buen desenvolvimiento de todo el sistema de la libre competencia.

El objeto de protección del Derecho protector de la libre competencia es la competencia, pues mediante ella, el sistema económico funciona.

La prohibición tiene como finalidad exclusiva evitar determinadas actuaciones de los empresarios que restringen dicha competencia.

Existen dos sistemas en que se enmarcan los ordenamientos para la defensa de la libre competencia: un sistema basado en el principio de la prohibición y otro basado en el principio del abuso. «El principio prohibitivo sancionaría la restricción, antes que el hecho se produzca, atacando su fuente, mientras que el principio del abuso implica que la sanción sólo tendrá lugar si se constata que tal práctica resulta nociva. Esta dualidad (principio de la prohibición vs. principio del abuso) no se manifiesta en los ordenamientos de una manera absoluta, siendo numerosas las legislaciones que arbitran un sistema de exceptuación para las prácticas colusorias. Desde este punto de vista se habla de un sistema de excepción "a priori". Aquel en el cual, previa a la ejecución de las prácticas, es necesario la autorización del órgano o autoridad competente y un sistema "a posteriori", en el que la autoridad correspondiente otorga la exceptuación a la vista de los efectos procompetitivos en el mercado».[596]

La política de regulación estatal debe determinar cuáles conductas competitivas serán permitidas y cuáles reprimidas. Los agentes económicos que participan en el mercado deben desarrollar conductas que los lleven a cumplir sus objetivos pero éstas deben respetar a los demás competidores que actúan en un mismo mercado. En esta lucha competitiva que puede ser ardua y feroz de lo que se trata es de que nadie sea perjudicado injusta o ilegalmente.

> «La reflexión sobre las diferentes tensiones competitivas que pueden existir en un mercado, así como sobre los intereses de los agentes que se ven involucrados, debe permitir desarrollar un sistema de regulación de la competencia que, desde la óptica de su dimensión conflictual o de conducta, garantice a los agentes por lo menos el ejercicio de las siguientes libertades básicas:

[596] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 55.

a. El ejercicio de una actividad económica libre por parte de los agentes del mercado, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. En este sentido la libre competencia presupone la posibilidad de que los agentes competidores puedan ingresar libremente al mercado y realizar allí conductas competitivas sin que sean obstaculizadas por restricciones injustificadas;

b. El ejercicio de la libertad de los agentes competidores para ofrecer al público, aún dentro de ciertos límites, aquellas condiciones de contratación y ventajas comerciales que estimen oportunas. El poder ejercer este tipo de conducta competitiva permite a los competidores diferenciar legítimamente sus respectivos productos y promover su propia demanda en procura de atraer clientela y obtener ganancias, y

c. La libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes los bienes o servicios que requieran. La libre competencia supone que los consumidores o usuarios pueden libremente elegir entre las distintas ofertas alternativas de bienes y servicios para contratar el ofertante que de forma más provechosa para sus intereses satisfaga en mejor forma sus necesidades. El ejercicio de esta libertad implica la existencia de controles que garanticen la libre formación de la voluntad de los consumidores en cuanto a la decisión de contratar precisamente aquellos productos que libremente elijan.

El ejercicio de estas tres libertades debe estar acompañado con la idea de la lealtad de los respectivos comportamientos o conductas de los competidores, con lo cual se recalca que la evidente existencia de tensiones competitivas entre los diferentes agentes competidores no es razón suficiente para que en la lucha estos abusen o se extralimiten en el ejercicio de dichas libertades. Esta noción de lealtad del comportamiento está asociada igualmente a la idea de los perjuicios que se pueden derivar de una sana competencia[597]».

Las nuevas tendencias de la economía mundial hacen que distintos países, desarrollados y en vías de desarrollo, busquen acabar con las trabas que impiden el libre tránsito de productos y servicios. Las diferentes legislaciones tratan de proteger a quienes intervienen en el proceso económico de aquellos productores o distribuidores que en su esfuerzo por controlar un mercado realizan actos o acuerdos considerados de violación al derecho de la libre competencia.

Como dice Alfonso Miranda: «para que la economía de mercado pueda funcionar de manera eficiente, es necesario que el Estado garantice dentro de límites razonables, ciertos derechos económicos fundamentales, tales como la propiedad privada, la libertad de empresa, la iniciativa privada, la libertad de competencia económica»[598].

Esta libertad de competencia puede verse restringida o alterada por las siguientes razones:

- Por el establecimiento de monopolios de derecho
- Por el abuso de la posición dominante en el mercado
- Por la realización de prácticas restrictivas de la competencia
- Por la realización de actos de competencia desleal

---

597 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*

598 MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. «Las Cooperativas de Trabajo Asociado y las Empresas de Servicios, a la ley del Derecho de la Competencia». Exposición en el *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial.* s/f.

Los tres últimos modos de restricción de la competencia son prohibidas por el Estado a fin de garantizar la libertad de competencia.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá (prohibirá) que se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante, como la realización de prácticas restrictivas de la competencia, o la realización de actos de competencia desleal.

Para Hermenegildo Baylos:

> «...Frente a todas estas actuaciones empresariales que producen, bien la restricción, bien la eliminación de la competencia, la disciplina de las limitaciones de la competencia utiliza la técnica de la prohibición. Incondicionada, en unos casos; vinculada a determinadas consecuencias, o a ciertos supuestos, en otros, el ordenamiento jurídico somete a estos diferentes tipos de actuación contraria al principio de la competencia a un mismo tratamiento: el de declararlos prohibidos, ilícitos, contrarios a la ley. De ahí se deriva la triple consecuencia de que: a) los actos jurídicos que originan estas limitaciones son nulos; b) las actuaciones prohibidas deben ser eliminadas inmediatamente, mediante su cesación; c) sus autores podrán ser sancionados en la vía administrativa, e incluso en las vías civil y penal».

Este conjunto de medidas restauradoras admite numerosas variantes y diferentes aplicaciones, según el sistema legislativo considerado. Cabría decir en efecto, que el Derecho de las limitaciones de la competencias da lugar a diversos tipos legislativos, según la extensión y efectividad y el carácter más o menos absoluto que en cada uno de ellos tiene la prohibición de las prácticas restrictivas y monopolísticas.

En el sistema más severo y extremado, la prohibición alcanza a toda clase de prácticas y a cualquier tipo de posiciones monopolísticas, que quedan declaradas ilícitas *per se*, con independencia de los efectos que produzcan en relación con la economía nacional. Es la característica esencial del régimen norteamericano de leyes *antitrust*, en que la prohibición, en principio, es incondicionada y absoluta, aunque de hecho resulte paliada por los criterios de interpretación y aplicación (*rule of reason*).

En las diferentes legislaciones se ve una constante que es la de prohibir los actos o conductas que atenten contra la libre competencia como lo analizamos a continuación.

El sector del ordenamiento jurídico dirigido a la represión de las prácticas restrictivas de la competencia tiene recién un siglo de antigüedad en los países como Canadá y Estados Unidos. Fue en Canadá donde en 1889 se promulgó la primera ley específicamente dirigida a reprimir las restricciones de la competencia, siguiéndole al año siguiente los Estados Unidos de Norteamérica con la promulgación de la *Sherman Act*. En Europa en cambio no fue sino hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial en que se promulgaron normas para proteger la competencia.

La *Sherman Act* es la base de la legislación norteamericana en materia de protección de la competencia. La efectividad práctica de la *Sherman Act* no tuvo los resultados previstos, pudiéndose notar esto en la aplicación jurisprudencial. Ante esta situación fueron promulgadas en 1914 dos importantes disposiciones para complementarla, la *Clayton Act* y la *Federal Trade Conmission Act*. Con estas disposiciones lo que se perseguía era reforzar la efectividad de la legislación vigente ya que introducía la prohibición de ciertas prácticas como discriminación de precios, contratos ligados, concentraciones, etc. Sin embargo a lo

largo de su existencia, estas tres disposiciones han sido objeto de profundas modificaciones.

En la legislación norteamericana, que es un sistema bastante severo y extremado, la *prohibición* alcanza a toda clase de prácticas y a cualquier tipo de posiciones monopolísticas, que quedan declaradas ilícitas *per se*, con independencia de los efectos que produzcan en relación con la economía nacional.

La regulación fundamental se encuentra en la sección 1 de la *Sherman Act*, conforme a la cual «todo contrato, combinación en forma de *trust* o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se *declara ilegal* por la presente ley». La *Clayton Act* completa la prohibición de la Sección 1° de la *Sherman Act* mediante la prohibición de determinados tipos de actuación como discriminaciones, contratos ligados, etc.

La *Sherman Act* prohíbe estas conductas a las personas capaces de asumir determinadas obligaciones, personas que están en el campo de la producción y distribución de bienes y servicios.

La aplicación de la *Sherman Act* a las prácticas colusorias se encuentra en gran parte dentro de la denominada «*per se condemnation theory*», esto implica que, constatada la existencia de un determinado acuerdo tendiente a restringir la competencia, la sanción legal debe recaer sobre tal práctica inexorablemente, sin considerar si en ella concurren circunstancias que la hagan «razonable». Así han opinado los tribunales americanos al respecto de los acuerdos de fijación de precios, reparto de mercados y frecuentemente también en aquellos acuerdos relativos a limitaciones de producción y ventas. Existe una tendencia a tratar las prácticas colusorias con la «*per-se condemnation theory*». Podemos decir que la legislación norteamericana sigue principalmente el criterio de la prohibición.

Veamos ahora el desarrollo con respecto a las legislaciones europeas. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se promulgaron normas protectoras de la libre competencia. Esto ocurrió en Francia, Inglaterra, Bélgica, Holanda, España, etc.

La *legislación inglesa* abandona el principio de la prohibición incondicional, aplicando la que denomina Garrigues la teoría del abuso. «No se reputan, en efecto, ilícitos en sí mismos los monopolios, lo que se *prohíbe* es el abuso de las posiciones dominantes logradas. La prohibición queda condicionada a los efectos perjudiciales que produzcan las prácticas o actuaciones limitativas. Por eso se consideran exceptuadas, en el propio texto de las leyes, aquellas que lejos de causar un perjuicio a la economía nacional, se manifiestan como beneficiosas; por su finalidad o sus resultados. Del mismo modo, lo que se prohíbe es explotar las posiciones dominantes en daño del interés general o de otro competidor. Con razón ha señalado Garrigues que en esa concepción late ya la idea de que el monopolio no es necesariamente un mal; lo que implica en cierto modo la crisis de la concepción clásica[599]».

La *legislación francesa* en el artículo 59 de la Ordenanza de 1945, *prohíbe* las «ententes» que son consideradas como acciones concertadas, convenciones, que pueden ser tanto expresas o tácitas, coaliciones bajo cualquier forma o por cualquier causa que sea que tengan

[599] BAYLOS CORROZA (1993). *Op. cit.*, p. 289.

por objeto o puedan tener por efecto impedir, restringir o falsear la competencia. Aunque fundamentada originariamente sobre los precios, recoge el legislador francés una prohibición general de los conciertos restrictivos de la competencia, pero establece en el artículo 59 la posibilidad de que no se aplique la prohibición, si los acuerdos dan lugar a consecuencias beneficiosas, tales como un fomento del proceso económico mediante el aumento de la productividad[600].

También la legislación francesa recoge la prohibición de la posición dominante que tenga por objeto o puedan tener el efecto de poner trabas al funcionamiento normal del mercado y, declara en su artículo 59 también la posibilidad de exceptuación. En la actualidad no existe regulación alguna de las concentraciones de empresas.

Otra legislación que se pronuncia sobre las prohibiciones es la legislación belga protectora de la libre competencia Se encuentra en la Ley del 27 de mayo de 1960.

La *ley belga* no prohíbe los acuerdos restrictivos de la competencia celebrados entre empresas ni la situación de monopolio, sino solamente sanciona tales supuestos cuando se revelan dañosos o cuando se crean abusos en el sentido indicado por el artículo 2 de dicha ley[601].

En la *legislación española* encontramos la ley 16/1989 del 17 de julio de 1989. Esta norma de Defensa de la Competencia señala:

> «Conductas prohibidas: Existen tres grandes grupos de prácticas o conductas prohibidas, a saber:
>
> - Aquellas que resulten de acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que puedan limitar la competencia mediante la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto del mercado, entre otras formas (Art. 1). Tales acuerdos son nulos de pleno derecho. Existen, sin embargo, supuestos en los que tales acuerdos no son ilícitos, bien por autorización legal o por acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia.
>
> - Las consistentes en el abuso de la posición dominante que disfruta una empresa o grupo de empresas, que puede tener lugar, entre otras formas, mediante la imposición de precios o la limitación de la producción por parte de la empresa dominante (Art. 6). Téngase en cuenta que lo prohibido no es disfrutar de "posición dominante" sino el "abusar" de dicha posición.
>
> - Actos de competencia desleal que falseen la competencia y afecten al interés público (Art. 7)».

La promulgación en España de una ley de represión de las prácticas restrictivas significó que este país se incorporó a la corriente de política económica común a la mayoría de los países europeos, la cual es plenamente coherente con el mantenimiento y consolidación de un sistema económico basado en la libre empresa y el mercado.

En el *Tratado de Roma* se declararon *prohibidas* dos clases de actuaciones restrictivas de la competencia; por un lado, los acuerdos, asociaciones y prácticas concertadas entre empresas que persigan la limitación de la competencia; por otro, las prácticas individuales o con-

600 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, pp. 86-87.

601 *Ibidem*, pp. 80-81.

certadas, que representen la explotación abusiva de una posición dominante. A las primeras se refiere el artículo 85 y a las segundas, el artículo 86[602].

a) Prohibición de las restricciones nacidas de la colusión

El *Glosario de términos de Economía Industrial y Derecho de la Competencia* al referirse a la **colusión** señala:

> «Se entiende por colusión cualquier coalición, asociación fraudulenta o acuerdo entre vendedores cuyo objetivo sea subir los precios o imponerlos y reducir la producción para acrecentar los beneficios. A diferencia del cártel, la colusión no exige necesariamente un acuerdo formal, ya sea declarado u oculto, entre los miembros. Se observará sin embargo que los efectos económicos de la colusión y de la entente o del cártel son idénticos y que, en su uso, estos términos se emplean a menudo el uno por el otro.
>
> La colusión entre empresas con objeto de subir o de imponer los precios y de reducir la producción se considera, en la mayor parte de los países, como la infracción más grave de la reglamentación de la competencia. Desde el punto de vista de sus modalidades, la colusión manifiesta la fecundidad de la imaginación del ser humano. Puede revestir la forma de un *gentlement's agreement*, acuerdo informal en el que el respeto mutuo, las convenciones sociales y los vínculos y contactos personales bastan para asegurar la puesta en práctica de los precios determinados de común acuerdo y de las prácticas mercantiles unidas a ello. La colusión es en general más fácil si los productores son poco numerosos y fabrican productos homogéneos, pero se ha podido asimismo comprobar casos de acuerdos sobre los precios para la venta de productos complejos.
>
> Por ejemplo, en los Estados Unidos se había incluido un acuerdo sobre los precios en la industria de material eléctrico entre 29 sociedades independientes y que vendían productos tan diferentes desde un punto de vista técnico como generadores de turbina, transformadores, conmutadores, aisladores, reguladores y condensadores. Asimismo, por medio de un acuerdo referente a las especificaciones y a las normas de los productos, los siderúrgicos americanos han conseguido entenderse entre sí durante un cierto tiempo. En un asunto de ofertas concertadas para una licitación, el turno para la presentación de la oferta más baja se organizaba en función al ciclo lunar. En otros casos incluso, la colusión consistía en acuerdos de reparto del mercado.
>
> La colusión no requiere necesariamente un acuerdo o una comunicación explícita entre las empresas. En situación de oligopolio, las empresas tienen tendencia a ser interdependientes en sus decisiones de precios y de producción, de manera que la actuación de la firma repercute en las de la otra u otras firmas y ocasiona una contramedida. En estas condiciones, las firmas de oligopolio tendrán en cuenta las actuaciones de sus competidores y coordinarán sus actividades como si hubieran constituido una entente, sin haber, no obstante, concluido un acuerdo explícito o conocido por terceros. Para calificar tal coordinación, se habla a menudo de colusión tácita o de paralelismo deliberado de los comportamientos...»[603].

El artículo 85 del Tratado de Roma prohíbe los «acuerdos entre empresas, todas las decisiones de las asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que puedan

602 BAYLOS CORROZA (1993). *Op. cit.*, p. 301.

603 KHEMANI, R.S. *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia.* Madrid: Ediciones Mundi-Prensa, 1995, p. 20.

perjudicar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto impedir o falsear la competencia dentro del Mercado Común».

Este artículo prohíbe la coordinación voluntaria de dos o más partes, es decir, acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas. La Comisión y el Tribunal Europeo deberán evaluar en cada caso concreto si la coordinación entre dos voluntades estará dentro de la terminología del artículo 85. La prohibición no es con relación al acuerdo de voluntades sino si estos acuerdos se dirigen contra la competencia. «La competencia es entendida como medio para conseguir un fin que apunta a incrementar la productividad y la competitividad de la economía, superar el cambio de estructuras y asegurar los intereses de los consumidores[604]». Se busca amparar el bien jurídico protegido es decir una competencia eficaz.

En la doctrina y jurisprudencia de la Comunidad Europea parece haberse impuesto la diferenciación entre empresa y persona jurídica. Emmerich citado por Manuel Abanto dice: «son empresas o asociaciones de empresas toda unidad económica, independientemente de su forma jurídica y de la forma de su financiación, y sin que importe la ausencia de una intención de efectuar ganancias o de la capacidad jurídica según el Derecho nacional. Este concepto comprende no solamente a las empresas privadas, sino también a las públicas, e incluso a las actividades soberanas de los estados miembros o a consorcios que forma una unidad económica»[605].

En especial, este artículo contiene una enumeración meramente enunciativa de los distintos supuestos más característicos de esta clase de actuaciones restrictivas, mencionando los cinco siguientes:

a. Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.

b. Limitar o controlar la producción, el mercado, el derecho técnico o las inversiones.

c. Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.

d. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

e. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (Art. 85.1).

Sin embargo, el Artículo 85 del Tratado de Roma, incluye en su inciso 3 la posibilidad que la prohibición allí prevista sea dejada sin efecto si un convenio, decisión o práctica contribuye a mejorar la producción o distribución de bienes o a promover el progreso técnico o económico, que permitan gozar a los consumidores de una participación justa en los beneficios resultantes.

604 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 210.

605 *Ibidem*, p. 210.

b) Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado.

La **prohibición** del abuso de posición dominante en el mercado es recogida en el Art. 86 del Tratado. Si bien cabe resaltar respecto a la GWB alemana la diferencia que el Art. 86 no reconoce definición alguna de posición dominante. La aplicación de la prohibición de abuso de dominio en el mercado ha tenido una intensidad bastante menor que la de la prohibición del Art. 85; no obstante, es conveniente resaltar que a través de la prohibición del abuso de posición dominante se introduce, en el marco de las reglas protectoras de la libre competencia, en la CEE una vía hacia el control de las concentraciones.

Las empresas dominantes en el mercado, no deben aprovechar abusivamente este poder. Abanto Vásquez opina que «el control en la Comunidad Europea es más estricto que en el Derecho *antitrust* norteamericano, porque en la evaluación de las acciones no juega ningún papel el aumento de la productividad a diferencia del Derecho norteamericano, se persigue en el derecho europeo las discriminaciones contra particulares de otros Estados miembros, las prohibiciones de exportación o las restricciones de importaciones paralelas y las fijaciones diferenciadas de precios, porque así lo exige la finalidad de lograr la integración del mercado comunitario que subyace al Artículo 86 del Tratado»[409].

Las normas del Tratado de Roma y la ley de Estados Unidos señalan que una posición dominante es legal. La empresa que tiene una posición dominante tiene una responsabilidad especial la cual es no permitir que su conducta perjudique la competencia. Es decir no debe abusar de su posición privilegiada en el mercado.

El Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) cuyo objetivo principal es la creación de un área de libre comercio entre Canadá, México y Estados Unidos. El Capítulo XV en sus artículos 1501, 1502, 1503 y 1504 trata sobre la competencia.

El Art. 1501 establece que «las partes pueden adoptar o mantener medidas que prohiben conductas anticompetitivas y tomar acciones al respecto».

Estados Unidos, Canadá y México tienen leyes de competencia relativamente similares: los tres países prohiben la fijación de precios, adoptan el enfoque de la «sana crítica», cuando esta es necesaria. Todas prohiben fusiones que pueden tener resultados anticompetitivos y significativos, colocando mecanismos de notificación previa antes de efectuarse los procesos de fusión los tres otorgan al menos indemnizaciones individuales a las firmas y personas perjudicadas.

Gerald E. Meyerman en su intervención en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial expresó que los países del *Mercosur* aprobaron un Protocolo para la Defensa de la Competencia, el cual hace referencia explícita a conductas anticompetitivas que deben *ser prohibidas* a nivel nacional. El Protocolo de 1996 nace de la Decisión 21/94 del Congreso del Mercosur, fechada a finales de 1994 y titulada «Elementos Básicos de Defensa de la Competencia en el Mercosur».[607]

Este documento fue destinado a armonizar la legislación nacional en la región, facilitando la coordinación de acciones con las autoridades nacionales de competencia. Tam-

606 *Ibidem*, p. 226.

607 MEYERMAN, Gerald. *La Legislación sobre Competencia: Una breve introducción*. Colombia, Abril 1997.

bién fue diseñado para enfrentar las conductas anticompetitivas que tienen un significado amplio en el Mercosur. El Protocolo prohíbe acuerdos anticompetitivos incluyendo acuerdos de fijación de precios o restricciones de producción, manipulación de mercados y colusión en licitaciones; también trata de las ventas atadas, las negativas a negociar, y el mantenimiento de los precios de reventa y conductas similares.

En *Colombia* el Régimen General de la Libre Competencia está regulado por 2 normas por: la Ley 155 de 1959, sus modificaciones y (derechos reglamentarios) y, por el Decreto 2.153 de 1992.

En el Régimen General de la Libre Competencia imperante en Colombia encontramos dos métodos fundamentales de análisis de las conductas, métodos que siguen la tendencia norteamericana, esto es la Regla de la Razón y la regla *Per-Se*.

En Colombia la Regla de la Razón se aplica en casos de conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación, tales como acuerdos, actos anticompetitivos, o formas de abuso de posición dominante en el mercado. Estas conductas caen bajo el rubro de prohibiciones generales contenidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

Estas normas jurídicas colombianas señalan lo siguiente:

«Artículo N° 1 de la Ley 155 de 1959

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general».

Artículo N° 46 del Decreto 2153 de 1992

En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito.

Como se puede observar, la Ley 155 de 1959 prohíbe «...toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos». Por su parte, el Decreto 2153 de 1992 prohibe «...las conductas que afectan la libre competencia en los mercados...». Este es el reconocimiento del legislador, que los participantes en el mercado pueden incurrir en prácticas anticompetitivas que no fueron previstas por el legislador, caso en el cual es necesario tener un mecanismo para poder sancionarlas, como la prohibición general.

En el caso del Perú, la Constitución Política vigente desde 1993, declara expresamente que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. El Estado Peruano garantiza la libertad de trabajo y empresa, reconoce el pluralismo económico y combate toda práctica que limite la libre competencia y el abuso de posición dominante.

Estas libertades constitucionales y más específicamente el Derecho de la Libre Competencia Económica implica dos aspectos fundamentales: por una parte garantiza a las personas que entran en competencia la libertad de concurrir al mercado para obtener una posición y de otra parte garantiza a los consumidores escoger los mejores productos a los precios más convenientes. Estas dos situaciones solo pueden darse en un ambiente de libre competencia.

El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 establece las prohibiciones sobre las conductas que contravienen los bienes jurídicos protegidos por nuestra Constitución.

Según Gerald E. Meyerman[608], el más común de los objetivos citados por las legislaciones del mundo sobre libre competencia es el mantenimiento del proceso competitivo y la protección o promoción de la competencia efectiva, considerados como sinónimos de la eliminación o prevención de restricciones injustificadas a la competencia; objetivos que generalmente van acompañados de otros como son la protección de la pequeña empresa, del sistema de la libre empresa, el mantenimiento de la justicia y la honestidad en el mercado y el control de la inflación.

Es por ello que los países que defienden la libre competencia tienen en sus legislaciones sobre competencia disposiciones que prohiben **«prácticas, acuerdos, decisiones, que limiten de alguna manera la libre competencia y además la prohibición del abuso de una posición de dominio.**

(...) y serán sancionados...»

Sancionar quiere decir en el lenguaje coloquial, como lo señala el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*[609], lo siguiente:

> «dar fuerza de ley a una disposición. Autorizar o aprobar cualquier acto, uso o costumbre. Aplicar una sanción o castigo».

El significado literal acorde al *Diccionario Aristos* es:

> Sanción- Estatuto o ley. Pena que la ley establece para el que la infringe. Mal derivado de una culpa o yerro y que es como su castigo. Autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre.
>
> Sancionar: Dar fuerza de ley a una disposición. Autorizar o aprobar cualquier acto, uso o costumbre. Aplicar una sanción o castigo.
>
> Sanciones relativas al Derecho Administrativo. Tienen carácter disciplinario y son principalmente, la exoneración, la cesantía, la descalificación o degradación, la suspensión, la amonestación, la multa, etc.

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala, con respecto a la **sanción**, lo siguiente:

> «En sus orígenes la sanción tuvo un sentido prevalentemente ético-religioso. Significó, a la vez, la pena o la recompensa instituidas para castigar una acción mala o para premiar una buena.

608 *Ibidem.*

609 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1839.

El posterior desarrollo del concepto ubica a éste también en un plano jurídico. Y así la sanción llega a constituirse en una garantía para el cumplimiento por parte de los hombres, de los deberes instituidos por la Religión, la Moral y el Derecho.

Más tarde, cuando el formalismo romano irrumpió en el ámbito de las ideas jurídicas y jusfilosóficas se aplicó también el vocablo para designar con él, al acto de pactar una alianza. Y a partir de entonces hasta el proceso de depuración de los conceptos jurídicos —operado con posterioridad a la difusión de la filosofía kantiana— la expresión tuvo un doble de significado. Por un lado, de acuerdo a su sentido más antiguo, aludió al castigo o al premio retributivo de las malas y buenas acciones. Por otro lado extendiéndose aún más el nuevo significado, expresó al acto mismo de establecer un precepto moral, uno jurídico o uno religioso, confiriéndole carácter obligatorio (...).

En la moderna doctrina moral la sanción representa la efectividad de la ley del deber. El hombre, consciente y libre, merece o desmerece ante si y ante sus semejantes por el carácter intrínseco de sus voliciones referidas al cumplimiento o incumplimiento de sus deberes éticos haciéndose por ello acreedor a un premio o un castigo (...).

La filosofía contemporánea ha restringido por una parte, el significado del vocablo sanción al considerarlo referido prevalentemente y aún exclusivamente al castigo. Y ha ampliado, por una parte, la esfera operativa de la sanción misma a casi todos los órdenes normativos de la conducta (...).

La teoría jurídica confiere al vocablo **sanción** dos acepciones actualmente bien definidas. En el concepto más generalizado la primera de ellas significa la pena o castigo normativamente establecido que debe aplicarse a quien comete una ilicitud. Y aun cuando pocos autores sostienen la existencia de sanciones premiales en el Derecho positivo, lo cierto es que se ha reservado el uso del término sanción para aludir con él únicamente a la pena instituida, toda vez que las recompensas que ciertas normas jurídicas establecen como premio a determinados actos no son comúnmente individualizadas con el nombre de sanción.

La segunda acepción refiérese al acto mediante el cual un legislador crea, en la esfera de las funciones que le asigna el ordenamiento jurídico, una norma de Derecho positivo (ley)...»[610].

Cabanellas[611] define el término sancionar como:

«Conceder fuerza de ley a una disposición, por declaración de quien tiene para ello facultades o se las irroga; y más especialmente, por la firma de los actos legislativos del Parlamento por el jefe del Estado. Aprobar cualquier costumbre, uso, práctica o acto. Autorizar el proceder de los inferiores. Penar, castigar. Esta última y necesaria acepción, técnica y popular siempre, fue resistida largamente por los académicos y anticuados expositores; pero ha sido ya 'sancionada' oficialmente»

Para Pedro Flores Polo:

«Sancionar significa: Proceder a una sanción. Imponer una sanción. Castigar. Reprimir.

Sanción: En términos generales, ley, reglamento, estatuto. Aprobación. Autorización. Pena por un delito o falta. Medida punitiva, en sentido amplio»[612].

610 OMEBA (1980). *Op. cit.*, pp. 159-161.

611 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 294.

612 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 474.

Existen varias posiciones sobre lo que se entiende por bien jurídico protegido, objeto de protección constitucional como lo hemos analizado en el capítulo pertinente. El Estado desea sancionar al conjunto de actividades que atentan contra la economía en su totalidad, entendida ésta como la protección de los intereses de un número indeterminado de personas. Existe un orden económico que el Estado desea resguardar y proteger. Lo que se pretende es sancionar los delitos que atentan contra el orden económico. La economía como cualquier sistema social y científico, ha sido creada por la mente humana, y por consiguiente es en esencia un fenómeno cultural y social particular en su expresión primaria, y que no podría haberse logrado, al punto de constituir un eficaz instrumento de crecimiento para cualquier sociedad, si es que paralelamente a su configuración y desarrollo científico no existiera un marco jurídico dentro del cual se incluyan pautas específicas para su normal y adecuado desenvolvimiento.

Manuel Abanto señala varias formas de sanción:

«Sanciones y otras medidas administrativas:

Las multas pecuniarias son consideradas como sanciones administrativas y contravencionales de importantes efectos intimidatorios, porque se aplican con más rapidez, exigen menos requisitos estrictos para su imposición y pueden alcanzar fácilmente niveles mayores que las multas penales. De esta manera se puede superar directa o indirectamente y de manera intimidatoria la ventaja económica del ilícito sin tropezar con una gran resistencia de los afectados y la generalidad, pues las sanciones administrativas no presentan una naturaleza estigmatizante. Precisamente por ello, la básica recesión administrativa resulta indiscutible, por lo menos en el ámbito de las restricciones de la competencia. El problema está en saber cuál es el monto que estas multas deben tener (...).

También se suele prever medidas accesorias contra la empresa o los individuos para reforzar la intimidación destacar el carácter injusto de las prácticas. Son usuales la disolución de la empresa, la clausura de un establecimiento, la prohibición temporal de ejercer el negocio que propició el ilícito, la exclusión de la empresa de futuros contratos con el Estado. Pero también se recomienda, por ejemplo, la prohibición de un reintegro directo o indirecto de la empresa a favor del autor condenado, la prohibición temporal de ejercer cargos elevados en la empresa, la imputación de la responsabilidad penal de los directivos por hechos defectuosos cometidos por sus subordinados, y otros. Igualmente puede pensarse en establecer un sistema de recompensas para empresas y empleados que se conduzcan de conformidad con la ley...»[613].

Para Cabanellas:

«...los efectos jurídicos de las conductas prohibidas por la legislación regulatoria de la competencia, éstos se amplían marcadamente, pues además de las sanciones mediante las que se castigan los actos configurativos de delitos, se prevén sanciones administrativas, medidas preventivas de distinta especie, compromisos entre los imputados y la autoridad de aplicación, acciones de dados y perjuicios, e implícitamente, nulidades...»[614].

Se sanciona en un sentido amplio los delitos que atentan contra el orden económico. El Derecho Penal Económico protege la integridad del orden que se estima necesario como un eficaz instrumento de crecimiento para cualquier sociedad, así cualquier conduc-

613 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 90, 93.

614 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 747.

ta que perjudique este orden, atenta contra el equilibrio indispensable del sistema económico.

Dentro de este orden económico protegido se tutela la libertad de empresa, la libertad de asociación, la libertad de contratar(...) y específicamente la libertad de competencia.

Por lo tanto el bien jurídico tutelable, que requiere de protección jurídica, es la «libertad de competencia» y esta está directamente referida a valores constitucionales. Manuel Abanto[615] nos dice: «Este es el componente individual del bien jurídico que lo distingue de los llamados bienes jurídicos "supraindividuales" destinados fundamentalmente a la protección de instituciones. Pero este bien jurídico individual denominado "libertad de competencia" no debe ser entendido de manera restringida. En la medida en que el bien jurídico "libertad de competencia" es entendido como un valor diferente de los "objetos de acción" que contiene, tiene también un contenido supraindividual que lo hace compatible con las concepciones dominantes»(...). El bien jurídico es el valor o interés protegido por las leyes (penales) y reconocido por el ordenamiento constitucional de valores(...). El "objeto de la acción" es aquel bien o persona concreta sobre el cual recae la lesión o la puesta en peligro de la conducta (delictiva)[616].

El comportamiento punible consiste en infringir la ley de la materia, abusando de la posición monopólica u oligopólica en el mercado, o, en participar en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

El bien jurídico protegido tiene su razón de ser en valores fundamentales. Por lo tanto las afecciones del bien jurídico son objeto de un merecimiento de pena. Es necesario definir cuales son las conductas que afectan al bien jurídico «libre competencia» y determinar qué conducta produce un atentado grave contra las libertades tuteladas relacionadas con el bien jurídico protegido.

Abanto señala que hay conductas que perjudican la competencia, pero no afectan la libertad del individuo de manera inmediata y por ello no alcanza el carácter de merecedor de pena pues, en todo caso puede ser calificada como ilícito contravencional.

Es importante verificar la gravedad de la conducta y cómo esta ha afectado al bien jurídico tutelado. La afección tiene que ser grave, tiene que existir una fuerte limitación de la libertad económica y por lo tanto la competencia es total o parcialmente limitada.

Cesare Pedrazzi «parte del presupuesto que el objeto de la represión penal solo pueden ser conductas socialmente nocivas, incompatibles con la ordenada convivencia colectiva. La intervención penal no puede afectar a simples modos de ser de la persona, aunque sean socialmente molestos, ni tampoco a la mera violación de las pautas morales dominantes»[617].

Luis Lamas agrega que por la manera ingeniosa y complicada como se llevan a cabo la gran mayoría de los delitos económicos, «hace que resulten muchas veces complejo en-

615 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 37.

616 *Ibidem*, p. 38.

617 PEDRAZZI, Cesare. «El Bien Jurídico en los Delitos Económicos». En: *Gaceta Jurídica*. s/f.

tenderlos adecuadamente como tales. De allí, que se requieren conocimientos especializados sobre materias específicas muchas veces distantes, ajenas y disímiles a los conocimientos circunscritos al quehacer jurídico»[618].

Es la Comisión de la Libre Competencia del Indecopi la que debe estimar si el responsable actuó dolosamente y si el perjuicio que causó fue de tal naturaleza que ha generado graves consecuencias para el interés económico general. De ser así procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial.

La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial por infracción del Art. 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión.

Este artículo del Código Penal señala textualmente:

> Artículo 232.- «El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica y oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4».

Con respecto a la figura del abuso de la llamada posición dominante, como en lo relativo a las prácticas restrictivas de competencia, a las que se refiere el artículo 232 del Código Penal, para que se configure el delito de abuso de poder o las prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad productiva es necesario que previamente se haya verificado la infracción de la ley específica de la materia por las autoridades administrativas correspondientes.

Si bien el D. Leg. 701 señala claramente cuáles son las conductas relacionadas con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, es la Comisión la que debe analizar, caso por caso, el mérito a la existencia del ilícito y determinar el merecimiento y necesidad de pena privativa de la libertad.

Pedrazzi nos dice al respecto:

> «El Derecho penal económico representa probablemente el sector del ordenamiento penal en el que más se advierte la necesidad de un instrumento crítico, apto para valorar las decisiones del legislador. El intervencionismo del Estado contemporáneo en el campo económico, exigido por el sensacional desarrollo de la economía moderna y por los logros de la revolución industrial (progreso tecnológico y complejidad de los mecanismos financieros, urbanismo y consumo de masas) ha contribuido más que ningún otro factor a la proliferación de leyes penales[619]».

Existen casos en que se comprueba la existencia de una restricción de la libre competencia, pero la situación no da lugar a una necesidad de sanción penal.

Es necesario determinar que las acciones que restringen la libre competencia o el abuso de una posición dominante causen *graves* consecuencias para el interés económico general.

---

618 LAMAS, Luis. «La Protección Penal de las Relaciones Económicas». En: *Gaceta Jurídica*.s/f.

619 PEDRAZZI (s/f). *Op. cit.*

No se trata de tutelar jurídicamente un interés individual, como merecedor de sanción, sino de tutelar el interés económico general, se trata de buscar un punto de equilibrio, de crear formas de protección que tengan en cuenta los intereses del público consumidor, es decir tener en cuenta los intereses de todos. El legislador debe lograr un equilibrio de intereses, Pedrazzi agrega: «corresponde al legislador penal una misión particularmente ardua: delimitar una serie de bienes jurídicos que resulten suficientemente inteligibles a pesar de la complejidad del contexto socio-económico; y precisar la tutela con el fin de evitar excesos represivos que tendrán efectos paralizadores del desarrollo económico e incluso, llevarían a la insolvencia generalizada de la ley»[620].

Así como hemos notado una evolución del bien jurídico protegido de los intereses particulares hacia el interés económico general, protegiéndose en la Constitución los intereses colectivos, existe una evolución en la tutela penal, ya que ambos, bien jurídico protegido y sanción penal, se corresponden. La función primaria del derecho penal económico es la protección de la «constitución económica».

> «La mayoría de veces los comportamientos que tienen merecimiento de pena son comportamientos unilaterales, que se dirigen tanto en contra de competidores como también de proveedores y consumidores, por eso, se afirma que operan vertical y horizontalmente»[621].

El delito se consuma con el abuso de posición monopólica u oligopólica en el mercado. No se exige en realidad la distorsión de la libre competencia, basta con la finalidad e intención delictiva.

Por lo tanto podemos decir que los efectos jurídicos de las conductas o actos prohibidos por la legislación regulatoria de la competencia comprende sanciones mediante las cuales se castigan los actos configurativos de delitos, contemplándose además sanciones administrativas y sanciones pecuniarias.

En cuanto a estos últimos, la Comisión de Libre Competencia tiene la potestad de imponer a los infractores, esto es, a las personas que afecten el bien jurídico tutelado, fuertes sanciones pecuniarias. Estas sanciones pecuniarias, como es obvio, son de distinto monto, dependiendo de si la sanción es calificada de leve, grave o muy grave. Para esta determinación la Comisión deberá considerar los siguientes criterios:

a. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
b. La dimensión del mercado afectado.
c. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
d. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre todas partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
e. La duración de la restricción de la competencia.
f. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

620 *Ibidem.*

621 *Ibidem.*

El órgano encargado de dar cumplimiento a las disposiciones de la ley y de velar por el cumplimiento de ésta es la Comisión Multisectorial de Libre Competencia, la cual además de aplicar las sanciones correspondientes contempladas expresamente a la Ley, emite opiniones relativas a conductas a ser realizadas en el futuro. Respecto a las opiniones referidas a conductas futuras la Comisión adopta un rol o función preventivo. Esta prevención se realiza a través de Opiniones y Recomendaciones.

Manuel Abanto afirma que las multas pecuniarias son consideradas sanciones administrativas, con importantes efectos intimidatorios porque se aplican con rapidez, exigen menos requisitos para su imposición y pueden alcanzar fácilmente niveles mayores que las multas provenientes de acciones penales.

Sin embargo, debemos expresar que cuando se debe sancionar penalmente por delitos económicos, las sanciones resultan más leves que cuando se trata de delitos comunes. La aplicación de estas medidas penales cumplen un papel disuasivo o de prevención, evitando que se lleven a cabo conductas que van a ser penadas.

La norma penal asume una función sancionadora, donde el juez tiene la función de delimitar y tipificar cada caso concreto.

En el proceso de competencia confrontamos una clara manifestación del intervencionismo del Estado en la economía en base al orden económico moderno. «El intervencionismo económico del Estado moderno se efectúa sobre todo por medio de instrumentos administrativos y, en particular, mediante la creación de organismos encargados de determinados sectores de la actividad económica...»[622].

Veamos algunos ejemplos de la potestad sancionadora del Estado en el Derecho Comparado.

El sistema norteamericano señala como sanciones:

En la *Sherman Act* de 1890 podemos leer:

«Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or «conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy declare to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding one million dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollars, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court»[623].

Como podemos ver la norma califica de *illegal* o ilegal, contrario a la ley penal o violación a la ley la conducta y es un *felony* o delito que es penado con una *fine* o multa y con *imprisonment* o pena privativa de la libertad.

La Norma continúa:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof shall be punished by fine not exceeding one mil-

622 *Ibidem.*

623 Sherman Act. En: ABANTO VÁSQUEZ (1997). Op. cit., p. 415.

lion dollars if a corporation, or, if any other person, one hundred thousand dollar, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Como vemos mas que una norma civil el *Sherman Act* que dio origen a todo el sistema de defensa de la libre competencia, es una norma penal.

En Estados Unidos el término utilizado para calificar conductas anticompetitivas es *ilegal* a diferencia del peruano que utiliza el termino prohibido. Asimismo el *Sherman Act* utiliza un sistema de prevención y asignación de jurisdicción.

> «The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this act; an it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings, may be by way of petition setting forth the case and praying that such be enjoined or otherwise prohibited. When the...»[624].

2.3.2. Actos y Conductas

No cualquier hecho da lugar a una relación jurídica. Estos tienen significancia jurídica sólo cuando se derivan de la ley o de un negocio jurídico. Como sabemos hay hechos naturales o hechos humanos que no interesan al Derecho tales como la salida y puesta del sol o la celebración de nuestro onomástico. También hay hechos que en principio no entran en el marco jurídico, pero que pueden tener connotación de juridicidad dadas ciertas circunstancias[625].

Para abordar este aspecto empecemos analizando lo que el diccionario de la Real Academia[626] nos dice sobre el término "hecho". La Real Academia considera como "hecho" a la acción u obra. Cosa que sucede.

El jurista peruano Pedro Flores Polo define el término "hecho" de la siguiente manera:

> «... En su sentido más amplio, toda acción material del hombre y todo acontecimiento exterior. En materia de responsabilidad —dice Capitant— se usa la expresión en ciertos casos como sinónimo de culpa, especialmente para referirse a la acción culpable positiva, por oposición a la negligencia o imprudencia, que reviste carácter de abstención u omisión. En el aspecto procesal, constituye el concepto que generalmente se opone al derecho, porque mientras el "punto de hecho" pone en juego que ha de ser probado, el "punto de derecho" tiene como finalidad conocer la regla de Derecho aplicable al hecho, una vez probado éste. Tanto en lo civil como en lo penal, los hechos merecen indudable importancia, porque de ellos se derivan derechos, obligaciones, consecuencias y responsabilidades. Por ello, Ossorio sostiene que todas las normas de Derecho se aplican sobre los hechos»[627].

Guillermo Cabanellas amplia el concepto al definir hecho como:

> **Hecho**. Acción. Acto humano. Obra. Empresa. Sumo, acontecimiento. Asunto, materia. Caso que es objeto de una causa o litigio.

---

624 *Ibidem.*, p. 415.

625 FLORES POLO, Pedro. *Op. cit.*, p. 27.

626 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1090.

627 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 27.

Con valor adjetivo: realizado, efectuado. Formado, experimentado. Contrahecho, Deshecho, Malhecho.

1. Aspecto general

Cuando de **hecho** se habla, se está unas veces ante un fenómeno natural, como un huracán que derriba casas o un terremoto que desploma, como castillo de naipes, a una ciudad. En otras ocasiones se trata de un acto del hombre, aislado, pero que afecta a otro; así, hacer un testamento que modifica la sucesión legal intestada. Sin embargo, por lo común, se está ante acciones bilaterales o de mayor amplitud en los nexos, como las negociaciones y el cierre de un trato.

El hecho tiende a interpretarse como expresión material de la conducta humana, plasmada en algo visible, aunque no siempre perdurable; como al proferir la injuria o al aceptar verbalmente una propuesta.

La universalidad de lo jurídico lleva a que escasos hechos no penetren en la esfera del *Derecho*; aun cuando aquéllos y éste tiendan a contraponerse en lo conceptual, pese a su alianza en la vida y en la ley. Puede así comprobarse desde los *hechos* más simples y reiterados: el levantarse y el acostarse, regulados en la mayoría por sus trabajos y otros deberes; las comidas, fruto de los ingresos obtenidos y que representan innumerables actos de producción y de adquisición lucrativas; las expansiones afectivas, que inician o consuman el matrimonio o que conducen a expresiones antijurídicas y hasta delictivas, como el adulterio y la violación.

En la órbita procesal, con excepción de las cuestiones *de puro derecho,* es raro que a quien favorezca la prueba de los *hechos litigiosos*, no sea el vencedor del juicio, a menos de circunstancias obstativas como la usurpación que arrebata un dominio indolente.

2. Enfoques técnicos

Aficionado a definir, no podía faltar en el Código civil argentino un concepto de *hechos:* «todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones» (art. 896).

Según Escriche, esta voz, aisladamente tomada, tiene en jurisprudencia diversas acepciones que pueden concretarse en la siguiente forma:

«a) Un hecho puede ser objeto de una obligación, ya que podemos obligarnos por medio de un contrato a hacer o dejar de hacer una cosa. Para que la obligación resulte válida se precisa que el hecho sea: 1° posible; 2° no contrario a las leyes ni a las buenas costumbres; 3° que esté determinado y preciso; 4° que haya un interés apreciable para la persona que haya contraído la obligación de ejecutarlo; esto es, una contraprestación de la otra parte.

b) Los hechos no solamente pueden ser objeto de las obligaciones, sino también causa u origen de ellas.

c) La realización de un hecho no puede ser impuesta, ni siquiera forzada por la persona a la prestación, y el que se ha obligado a prestar un *hecho* se reduce a la satisfacción de daños y perjuicios cuando se resiste a ejecutarlo.

d) En razón a la extensión que se concede dentro del Derecho clásico al de propiedad, cada uno puede hacer sobre su fundo lo que quisiere; salvo las limitaciones que surgen de no causar daños ni perjuicios a los derechos de un tercero.

e) En ciertos casos, la palabra hecho significa el caso o la especie de que se trata en una discusión o litigio, en cuyo caso el hecho es la exposición de las circunstancias de que se compone el negocio contencioso. La exposición de los *hechos* debe preceder a la de los fundamentos jurídicos; puesto que las normas rigen de modo tan diverso como las situaciones reales o robadas»[628].

Para Amado Ezaine hecho significa:

«...En su sentido más amplio, toda acción material del hombre y todo acontecimiento exterior. En materia de responsabilidad dice Capitant se usa la expresión en ciertos casos como sinónimo de culpa, especialmente para referirse a la acción culpable positiva, por oposición. a la negligencia o imprudencia, que reviste carácter de abstención u omisión. En el aspecto procesal, constituye el concepto que generalmente se opone al derecho porque mientras el "punto de hecho" pone en juego que ha de ser probado, el "punto de derecho" tiene como finalidad conocer la regla de Derecho aplicable al hecho, una vez probado éste. Tanto en lo civil como en lo penal, los hechos merecen indudable importancia, por que de ello se derivan derechos, obligaciones, consecuencias y responsabilidades»[629].

Si por el contrario, el hecho jurídico crea, modifica, o extingue una posición jurídica para una persona sin relación directa con otra, habrá una situación jurídica, pero no necesariamente una relación jurídica.

En el ámbito del Derecho privado son los negocios y los actos (voluntarios o involuntarios, lícitos o no) los que estatuyen obligaciones y los límites de las facultades del poder crear y disponer de derechos y deberes.

En este sentido el hecho jurídico es tratado en el diccionario de la Real Academia como aquel que genera consecuencias jurídicas.

«Hecho Jurídico: El que tiene consecuencias jurídicas»[630].

Continuando con el análisis exégetico del término, Pedro Flores Polo define al hecho jurídico como:

«...El que produce un efecto de derecho, sin que tal efecto haya sido querido. Por ejemplo, el accidente causado a un tercero por torpeza. Se opone al acto jurídico, que se caracteriza por ser manifestación de voluntad con la finalidad de producir un efecto de derecho. Evento constituido por una acción u omisión humana, involuntaria o voluntaria (en cuyo caso se le denomina acto jurídico), o por una circunstancia de la naturaleza, que crea, modifica o extingue derechos»[631].

Por otro lado Cabanellas define a los hechos jurídicos:

«...**Hecho Jurídico**. Fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, adquisición, modificación, conservación, transmisión o extinción de los derechos u obligaciones.

---

628 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 293.

629 EZAINE, Amado. *Op. cit.*, s/f, p. 276.

630 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1090.

631 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 27.

1. Deslinde. No ha de confundirse el *acto jurídico (v.)* con el *hecho jurídico.* Así, el Cód. Civ. arg., dado a las definición inserta en su art. 896 una del *hecho jurídico* muy similar a la que antecede, mientras que los *actos jurídicos* los caracteriza de este modo en su art. 944: "Acto, voluntario lícito, que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos". Existiendo en toda relación un sujeto y un objeto, el nexo o lazo entre uno y otro es el *hecho jurídico,* que puede proceder de causas independientes de la voluntad humana o de ésta; el acto jurídico, en cambio, debe ser resultado de la voluntad del hombre.

2. Clases. Los hechos humanos son voluntarios o *involuntarios.* Se juzgan voluntarios si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. El codificador argentino dice en nota: "Los hechos, como objetos de derechos y de los actos jurídicos, son siempre actos humanos, positivos o negativos, acciones u omisiones. Los hechos, causa productiva de derechos, pueden ser actos humanos o actos externos en que la voluntad no tenga parte. Los *hechos humanos* no son los únicos generadores o destructores de derechos. Pues que hay numerosos e importantes derechos que se adquieren, o se pierden, sólo por el mero efecto de otros *hechos,* que no son acciones u omisiones voluntarias o involuntarias, que llamamos *hechos externos,* y que podían llamarse *hechos accidentales, o hechos de la naturaleza,* como son los terremotos, tempestades; que hacen perder muchas veces los derechos constituidos por obligaciones o contratos; o como son los que hacen adquirir derechos, tales como las accesiones naturales, la sucesión *ab-intestato,* cuya causa productiva de derechos es *el hecho* del fallecimiento de la persona a que se sucede, o como son también los derechos que se derivan del nacimiento."

Los hechos jurídicos se dividen en *lícitos o ilícitos,* según originen relaciones civiles o responsabilidades simplemente pecuniarias o también criminales; en *positivos, o negativos,* según consistan en una acción o en una omisión, con las dudas que para la *tolerancia* se plantean entre una y otra clase, ya que no siempre es pura abstención; en *potestativos,* como el matrimonio, u *obligatorios,* como la indemnización por el daño; naturales, como el nacimiento y la muerte, o voluntarios, como la contratación; fortuitos, como una inundación, y *necesarios,* como la precedencia que para la viudez significa el matrimonio.

Efectos. Acerca de las resultas de los *hechos jurídicos,* el legislador argentino declara: "Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas se llaman en este Código *consecuencias inmediatas.* Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman *consecuencias casuales*" (artículo 901). "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos" (art. 902). (v. Consecuencia de los hechos.)»[632].

El hecho jurídico según Amado Ezaine es:

«...El que produce un efecto en el derecho, sin que tal efecto haya sido querido (Capitant). Por ejemplo, el accidente causado a un tercero por torpeza. Se opone al acto jurídico, que se caracteriza por ser manifestación de voluntad con la finalidad de producir un efecto de derecho.

Evento constituido por una acción u omisión humana, involuntaria o voluntaria (en cuyo caso se denomina acto jurídico), o por una circunstancia de la naturaleza, que crea, modifica o extingue derechos...»[633].

---

632 CABANELLAS (1989). *Op. cit.,* p. 243.

633 EZAINE (s/f). *Op. cit.,* pp. 276-277.

La doctrina ha calificado el origen de los hechos jurídicos en tres grandes fuentes:

a. Hechos Naturales

Guillermo Cabanellas define a los hechos naturales como :

> «Aquel proveniente de la naturaleza, el que no es humano y, en ciertas sutilezas, el que tampoco es hecho por los animales»[634].

Son los hechos que se producen independientemente de la voluntad humana, cuya causa radica en fenómenos de la naturaleza. La causa de su producción debe ser considerada necesariamente para su calificación y sus efectos juzgarse para ser tenidos o no como jurídicos.

> «Si el hecho da lugar a una adquisición, modificación o extinción de un derecho será necesariamente un hecho jurídico. Por el contrario será irrelevante al Derecho si no produce ninguna consecuencia jurídica»[635].

Sin embargo, existen hechos naturales en los que intervienen la voluntad de la persona y por lo tanto producen consecuencias jurídicas. La fuente directa de este hecho jurídico es un hecho natural como por ejemplo, el desborde de un canal que suministra agua en varias propiedades por la falta de limpieza de éste.

Dentro de los hechos naturales hay uno que reviste particular importancia. Nos referimos al transcurso del tiempo. El devenir del tiempo no siempre genera efectos jurídicos y, en ocasiones, requiere la concurrencia de otros hechos. El simple transcurso del tiempo puede acarrear consecuencias de derecho como ocurre con la prescripción extintiva, la caducidad, el silencio administrativo, que es la falta de actividad por un plazo determinado que conlleva efectos positivos o negativos.

b. Hechos Legales

El ordenamiento positivo siempre es causa de efectos jurídicos. La ley es producto de consecuencias jurídicas, modificando la situación preexistente, (cuando, por ejemplo, lo que era comerciable deja de serlo).

c. Hechos Humanos

Los hechos humanos se clasifican en voluntarios e involuntarios.

Son hechos *voluntarios* según la Real Academia de Lengua Española: «Dícese del acto que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquella. Que se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber»[636] y la *Enciclopedia Omeba* define a los hechos voluntarios como: «...Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad...»[637].

---

634 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 247.

635 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico.* Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1985.

636 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 2105.

637 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 380.

Así pues hecho voluntario «es aquel hecho querido, es decir, realizado intencionalmente, aunque no necesariamente los efectos que se obtengan hayan sido previstos por el agente para modificar la situación jurídica anterior»[638]. El hecho humano realizado con intención, deseado, jurídicamente constituye un hecho voluntario.

Son hechos involuntarios aquellos actos que según la Real Academia de la Lengua Española se realizan sin voluntad.

La *Enciclopedia jurídica Omeba* los define como:

«...Se trata de los actos celebrados sin discernimiento, es decir, sin la aptitud de razonar (por menores impúberes en caso de actos lícitos o en casos ilícitos, por menores de diez años; asimismo, los practicados u otorgados por dementes que no se hallen en intervalos lúcidos, o personas que estuvieren privadas temporalmente del uso de su razón).

Se trata también de los actos celebrados o ejecutados sin intención, es decir, sin el propósito de otorgar tal acto, como son los practicados por error o ignorancia, ya sean estas las circunstancias espontáneas o provocadas.

Por último, los actos celebrados sin libertad, es decir sin la opción del sujeto para elegir sus determinaciones en el campo del derecho, por razón de fuerza o intimidación...»[639].

Así pues los hechos involuntarios son aquellos que se derivan de una conducta humana no deseada y que ha sido ejecutada sin discernimiento, de suerte, que los efectos jurídicos que produce vienen asignados por la ley, esto es, son independientes de la voluntad.

El diccionario Aristos define como **Acto**:

Acto: Hecho o acción. Hecho público solemne. Cada una de las partes principales en que se dividen las obras escénicas.

Por otro lado Otamendi señala:

«Dije antes que para el art. 1 poco importa cuál sea la forma jurídica que adopten las partes ya que lo punible es la realización, la comisión del acto restrictivo»[640].

El art. 1 de la ley 22.262 argentina castiga la realización del acto que restringe la competencia, pero en el acuerdo que la instrumentalizó.

Carece entonces de sentido la discusión que se plantea en los países en que rigen aquellas normas en cuanto a que si lo que se castiga es el sujeto del acuerdo o el efecto del mismo. No construye una violación la mera ejecución del contrato que no ha sido puesto en práctica por las partes. No se castiga el acto restrictivo potencial, sino el actual. El acuerdo escrito restrictivo será una prueba importante, quizá determinante de la estancia de la restricción, pero no un ilícito en sí mismo para el art. 1 de la ley argentina.

Tampoco importa determinar si las partes tuvieron o no la intención de restringir la competencia, basta con que la restricción exista para que se aplique el art. 1.

638 MAZEAUD (s/f). *Op. cit.*, p. 397.

639 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 380.

640 OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*, p. 106-107.

Los actos restrictivos de la competencia pueden ser de una variedad infinita. Pueden ser acuerdos horizontales, como el reparto de mercados entre competidores, o verticales como el acuerdo sobre precios de reventa efectuado entre fabricante y vendedor.

Las restricciones pueden tender a impedir la entrada de nuevos competidores o a eliminar a los existentes, o bien evitar la competencia entre los competidores. Las normas y la jurisprudencia de las cortes de los Estados Unidos de Norteamérica y del Mercado Común Europeo son riquísimas en cuanto al tratamiento de las conductas que restringen la competencia.

Veamos el acto jurídico, según la Real Academia de la Lengua Española:

Acto[641]: «Hecho o acción. Hecho público o solemne».

Jurídico[642]: «Que atañe al derecho o se ajusta a él».

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* define al acto jurídico como:

«...toda manifestación de voluntad que crea o produce efectos jurídicos...»[643].

Y la *Enciclopedia Jurídica Omeba* define al acto jurídico como:

«El acto jurídico es, por tanto, el instrumento ordinario a que recurren las personas para regir por sí mismas sus intereses (económicos o de otra índole) dentro de los límites de la ley. Pero como su concepción —quizás por ser de formación relativamente reciente— no ofrece aún bastante precisión, muchos códigos, algunos dictados en este siglo, prescinden de él en sus sistematizaciones y establecen las reglas generales alrededor de los contratos y testamentos: (...) a veces con el negocio jurídico quedando el de "acto jurídico o de derecho" para designar el género de los actos eficaces, sean lícitos o ilícitos.

Según esta última concepción, por tanto, los actos (o negocios) jurídicos constituyen solamente una especie de actos voluntarios y lícitos: como dice el código argentino, son los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos...»[644].

El acto jurídico es una manifestación de voluntad destinada a generar efectos jurídicos que pueden ser amparados por el Derecho Objetivo.

Como lo sostiene León Barandiarán, el acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico. Ennecerus precisa que hecho jurídico es el hecho que tiene importancia o eficacia jurídica y que por sí o junto con otros determina un efecto jurídico.

Este autor señala que:

«El acto jurídico es todo hecho jurídico, voluntario, lícito y de efecto querido por el autor, que va a crear situaciones jurídicas: declarar, modificar, constituir y extinguir derechos, generando las correspondientes obligaciones»[645].

641 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 35.

642 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1214.

643 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 41.

644 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 381.

645 LEÓN BARANDIARÁN (s/f). *Op. cit.*, p. 4.

Los actos jurídicos son hechos voluntarios por excelencia, dependientes de la manifestación libre y espontánea del sujeto de derecho.

El acto jurídico, como dice Guillermo Lohmann[646], es un acto voluntario y lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas; crear, modificar, transferir derechos, debiendo provenir de una expresión de voluntad.

Asimismo, el mismo autor expresa que «hecho jurídico es por lo tanto, aquél suceso o situación o conjunto de ellos, que condicionan el supuesto de derecho o hipótesis jurídica y que en virtud de ello tiene la eficacia jurídica. O dicho de otro modo, es hecho jurídico aquel que, de una u otra manera, es fuente de derecho, fuente en el sentido que provoca una respuesta jurídica. Hay entre el hecho y la norma una relación de causalidad, no natural sino jurídica».

En el acto jurídico y según la terminología usada en nuestro Código Civil se distinguen tres elementos:

La Voluntariedad

La voluntad es según el *Diccionario de la Lengua Española*:

> «... Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa. Acto con que la potencia volitiva admite o rehuye una cosa, queriéndola, aborreciéndola y repugnándola...»[647].

> «Para la doctrina moderna, la voluntad es el primer motor del acto jurídico sólo cuando tenga por finalidad atender a regular intereses práctico-sociales y es por ello que se crean las obligaciones entre los individuos y de alguna manera se incide sobre la situación jurídica de los bienes que poseen o administran, siempre de acuerdo a la intención de los declarantes. La manifestación de la voluntad, por consiguiente responde a un querer algo y sin esa exteriorización volitiva, ese querer no da origen a un acto jurídico(...) "Lo jurídico a nuestro entender, debe estar determinado por las consecuencias del acto prescindiendo si derivan o no de una intención"»[648].

Por lo tanto en el hecho jurídico es importante que la manifestación de la voluntad se exteriorice pues esta manifestación es la que permite conformar el acto jurídico.

El hecho jurídico voluntario para ser factor decisivo en la determinación conceptual del acto jurídico requiere necesariamente de la licitud y de la exteriorización de la voluntad. La manifestación, como exteriorización consciente de la voluntad del sujeto, es la que permite conformar el acto jurídico, al cual debe comprender el de generar un efecto jurídico que debe ser querido y que responda a la voluntad interna del sujeto.

Obtención de un determinado resultado

> «Las acciones del hombre provocan consecuencias jurídicas no sólo porque en ellas exista intención expresa con la declaración de voluntad, sino sobre todo porque los efectos jurídi-

646 LOHMANN LUCA DE TENA (1994). *Op. cit.*, p. 33.

647 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 2105.

648 LOHMANN LUCA DE TENA (1994). *Op. cit.*, p. 36.

cos son reconocidos por el Derecho, incluso de manera totalmente independiente de la voluntad del acto»[649].

Fin lícito

La licitud es un elemento fundamental para la validez del acto jurídico. En este sentido para la Real Academia de la Lengua Española el acto jurídico debe ser:

«...Justo, permitido, según justicia y razón. Que es de la ley o calidad debida...»[650].

Como tercer elemento se contempla la licitud del acto, es decir que este acto debe adecuarse a un orden jurídico, por lo tanto su realización afecta las relaciones entre los individuos pero dentro de una validez legal pre-establecida generando relaciones jurídicas.

Sin embargo, en opinión de Kelsen «cuando el hecho es voluntario, sea o no contrario a Derecho, la moderna doctrina le llama acto jurídico. En este sentido el acto ilícito, que durante tanto tiempo se ha considerado como no jurídico, sí lo es»[651].

Se requiere la capacidad del agente, la licitud de la causa, la posibilidad del objeto y en algunos casos también licitud y la observancia de la formalidad que expresamente fuera señalada por la ley.

En cuanto el agente capaz podemos afirmar que el concepto se refiere a la capacidad de ejercicio pues sólo la persona que goza de esta capacidad puede prestar un consentimiento válido, es la posibilidad de la persona de ser sujeto de derechos y obligaciones, de ser parte de las relaciones jurídicas. La persona utiliza su voluntad para producir efectos jurídicos válidos, se responsabiliza directamente por su conducta.

Un segundo elemento que debemos considerar es que el objeto sea física y jurídicamente posible. Podemos afirmar que el legislador se refiere a que el objeto sea de realización posible de acuerdo con las leyes de la naturaleza.

Guillermo Lohmann señala que la imposibilidad física debe ser absoluta tanto de bienes como de conductas. «...La imposibilidad física de los bienes se centra en un existir o no existir y la de las conductas en poder comportarse de un modo determinado. Por eso la imposibilidad respecto de los bienes puede mirar hacia atrás (venta de una cosa desaparecida o destruida); pero la imposibilidad de la conducta siempre apunta hacia el futuro, como un deber»[652]. Con respecto a la posibilidad jurídica el mismo autor comenta que la licitud se apoya en un criterio valorativo y la posibilidad jurídica radica en la naturaleza de las instituciones jurídicas.

Como sabemos un acto jurídico requiere, para su validez una cierta formalidad que estipula el derecho objetivo. Existe para los actos una forma presente que debe cumplirse para dar validez a cada acto. La observancia de formas previamente establecidas configura el último elemento a tener en cuenta en el acto jurídico. Cuando el derecho no señala ninguna forma, los interesados pueden usar cualquiera que juzguen necesaria.

---

649 *Ibidem*, pp. 37-38.

650 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1255.

651 KELSEN, H. *El Hecho Jurídico*. p. 67.

652 LOHMANN LUCA DE TENA (1994). *Op. cit.*, p. 38.

Cualquier conducta humana voluntaria con relevancia jurídica es un acto jurídico. Por la misma razón que el hecho jurídico es tal desde que se producen efectos que interesan al Derecho. Para León Barandiarán: «La palabra "acto" es indicativa de una determinación de voluntad»[653].

Fernando Vidal afirma «el acto jurídico es un hecho jurídico, voluntario, lícito, con manifestaciones de la voluntad y efectos jurídicos que responden a la intención del sujeto en conformidad con el Derecho Objetivo»[654].

Messineo, el máximo representante de la doctrina italiana que sigue la corriente alemana, hace una diferenciación entre acto jurídico y negocio jurídico.

Él señala que:

> «Acto Jurídico: Es un acto humano, realizado conscientemente, del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado y tal resultado es tomado en consideración por el derecho; este acto puede ser licito o ilícito»[655].

Vidal Ramírez afirma: «El negocio jurídico es una especie de acto jurídico que consiste en una declaración de voluntad o varias, dirigidas a la producción de determinados efectos jurídicos que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza en los límites de la correspondencia o coherencia, entre los efectos o la voluntad que los persigue, y siempre que se trata de efectos lícitos»[656].

El negocio jurídico, afirma Guillermo Lohmann, «puede ser conceptuado como la declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado que, por sí o en unión de otros hechos, estarán encaminados a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, una proyección de la voluntad sobre el ámbito del Derecho. De esta manera, el Derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico»[657].

Los actos jurídicos pueden clasificarse en Actos Unilaterales y Bilaterales.

Si para la formación del acto jurídico basta una sola declaración de voluntad el acto es unilateral. Si se requiere de la conjunción o confluencia de dos declaraciones, el acto es bilateral.

El término acto unilateral acorde al diccionario de la Real Academia es:

> «Unilateral: Se dice de lo que se refiere o se circunscribe solamente a una parte o a un aspecto de alguna cosa»[658].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* lo define como:

---

653 LEÓN BARANDIARÁN (s/f). *Op. cit.*, p. 6.

654 VIDAL RAMÍREZ (1985). *Op. cit.*, p. 31.

655 *Ibidem*, p. 34.

656 *Ibidem*, p. 34.

657 LOHMANN LUCA DE TENA (1994). *Op. cit.*, p. 46.

658 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 2047.

«Unilateral: Relativo a una sola parte, a un solo lado (decisión unilateral). Que considera la cosa desde un solo punto de vista...»[659].

En este sentido el acto o contrato será unilateral cuando:

«...contrato que solo crea obligaciones a una de las partes, aunque necesita el acuerdo del beneficiario...»[660].

El acto unilateral puede ser simple o complejo. Es simple si se forma con una declaración singular. Es complejo cuando en la formación del acto intervienen varias voluntades individuales, todas orientadas en un mismo sentido.

Por otro lado el acto será bilateral cuando:

«Bilateral: Dícese de lo que se refiere a ambas partes o aspectos de una cosa, de un organismo, etc.(...).

Dícese del contrato en virtud del cual se crean obligaciones entre ambas partes...»[661].

El *Diccionario de la Real Academia* lo define como:

«Bilateral: Perteneciente o relativo a los dos lados, partes o aspectos que se consideran...»[662].

El acto o contrato bilateral según Amado Ezaine es: «En el derecho, esta palabra se aplica a los contratos y obligaciones donde concurren dos voluntades, como mínimo, obligándose recíprocamente, una respecto de la otra»[663].

Actos Formales y No Formales

La real academia de la lengua española define a los actos formales como:

«Formal: Perteneciente o relativo a la forma. En este sentido se contrapone a esencial. Que tiene formalidad.

Formalidad: Exactitud, puntualidad y consecuencia en las acciones. Cada uno de los requisitos para ejecutar una cosa...»[664].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* lo define como:

«Formal: Relativo a la forma Que tiene formalidad: persona formal. Expreso, preciso, determinado: compromiso formal.

Formalidad: Exactitud, puntualidad y consecuencia en las acciones. Requisito indispensable para algunas cosa. Seriedad, compostura. Norma de comportamiento en la ejecución de ciertos actos públicos. Operación de la que la ley hace depender la validez de un acto o el cumplimiento de una obligación...»[665].

Jurídicamente Pedro Flores Polo lo define como:

---

659 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 1009.

660 *Ibidem*, p. 1009.

661 *Ibidem*, p. 157.

662 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 291.

663 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, pp. 276-277.

664 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 985.

665 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 459.

«Formal: Relativo a la forma. Se contrapone a lo esencial, según la definición académica.

Formalidad: Requisito exigido para un acto jurídico. Trámite de escasa importancia en un juicio o expediente administrativo»[666].

Guillermo Cabanellas lo define como:

«Formal: Expreso o determinado; como contrapuesto a tácito o presunto. Que tiene formalidad o seriedad; ya por cumplir su palabra o compromiso, ya por observar las reglas de la buena conducta...»[667].

Acto Formal: «Aquel cuya validez depende siempre del cumplimiento de las prescripciones, formas o solemnidades impuestas por ley»[668].

Acto No Formal: «El exento de forma legal y entregado, por tanto, en su constitución y prueba a lo que las partes quieran. El meramente consensual. En las negociaciones internacionales y declaraciones gubernamentales, la actuación o fórmula que no corresponde a lo oficial o definitivo»[669].

Con respecto a la forma de los actos jurídicos la *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala lo siguiente:

«Los actos asumen distintas formas, según las exigencias del orden jurídico, la convención de las partes o la propia voluntad de los autores de la declaración, para que tengan validez o existan como tales y también para que puedan ser probados(...).

La forma de todo acto o negocio jurídico se concreta en los "medios" con los que la voluntad se exterioriza, en procura de una finalidad en el campo del derecho. Toda declaración de voluntad tiene en este sentido una forma. En lo más elemental puede concebirse una seña con significado jurídico, según quien la emita, quien la reciba y el ámbito negocial de que se trate o simplemente, la mínima expresión verbal que puede configurar una voluntad vinculante...»[670].

La distinción radica según la ley prescriba o no formalidades para la celebración del acto jurídico. La ley precisa para determinados actos el que éstos revistan de una formalidad.

Actos Nominados e Innominados

Los actos nominados son actos que están previstos en la ley y tienen un régimen legal determinado.

También se pueden establecer otras calificaciones como actos simples y compuestos, actos principales y accesorios, actos patrimoniales y extra-patrimoniales, actos de disposición, de obligación y de administración, actos onerosos y gratuitos, actos conmutativos y aleatorios, actos de ejecución inmediata y de ejecución continuada.

---

666 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 603.

667 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 97.

668 *Ibidem*, p. 142.

669 *Ibidem*, p. 146.

670 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 461.

Habiendo analizado lo referente a los distintos actos veamos ahora el término conducta:

Para el *Diccionario de la Real Academia* son **conductas**:

«conducta: Porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones»[671].

Con respecto a las conductas y su relación con las acciones concertadas:

Utilizamos la expresión de actos anticompetitivos para aquellas conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia. «La expresión es repetidamente usada en la Exposición de Motivos (Análisis del Articulado, 1 y 15). En otras leyes también se utilizan expresiones simples en relación con este tipo de actos; así, en la ley alemana contra las Restricciones a la Competencia, se habla de restringir la competencia (art. l). Sin perjuicio de la existencia de otras figuras punibles, también puede encontrarse en la legislación estadounidense un concepto comprensivo del tipo de conductas antes mencionado, como es el de «restringir el comercio», incluido en el art. 1 de la ley Sherman[672].

Los actos y/o conductas en el derecho de la libre competencia deben ser actos que no contravengan las reglas reguladoras de la competencia en la normatividad de cada país y de cada organismo internacional. Los actos y/o conductas practicadas por personas y/o empresas deben permitir el libre desenvolvimiento de la actividad económica, sin que el ejercicio de la misma, conduzca a situaciones de mercado no deseables para los consumidores y para el interés general.

Los actos y/o conductas que una empresa realice no deben constituir un abuso de su posición de dominio en el mercado ni tampoco pueden realizarse actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia.

«relacionados con actividades económicas»

La **actividad económica** es definida por el diccionario económico y financiero como el:

«...Conjunto de actos realizados por los hombres para satisfacer sus necesidades mediante la producción y el intercambio de bienes y servicios.

La definición de la actividad económica está ligada estrechamente a la propia economía. Los bienes y servicios solo son económicos si son útiles y raros.

Cualquier actividad se convierte en económica cuando tiene por objeto la producción o intercambio de bienes y servicios que son considerados en general como útiles y escasos.

El desarrollo de la economía va unido a la especialización cada vez mayor de las actividades. Al mismo tiempo, empujados por las necesidades naturales o profesionales, los hombres que ejercen igual tipo de actividad tratan de reunirse y agruparse.

Dicha evolución explica por que razón "actividad" es la expresión que se utiliza con más frecuencia en un sentido sectorial. En el momento actual, cuando hablamos de "actividad económica" pensamos, en general, sobre cierta categoría específica y limitada de actividades:

671 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 535.

672 OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*

actividades agrícolas, actividades mineras, actividades artesanales, actividades industriales, actividades de exportación, actividades de las profesiones liberales, etc.

La ciencia económica agrupa estas categorías de actividades múltiples en tres grandes sectores: actividades primarias, secundarias y terciarias.

Pero la palabra **"actividad"** se utiliza también en un sentido global. Sirve entonces para calificar el ritmo y el volumen del conjunto de la vida económica durante el periodo dado en una entidad territorial específica.

El nivel de dicha actividad y su evolución a corto plazo constituyen lo que denominamos coyuntura. El estudio de la coyuntura se ha convertido en uno de los aspectos más importantes de la información económica. Se explica así el desarrollo actual de los medios de observación y vigilancia estadística...»[673].

«que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado»

La posición dominante en el derecho de competencia está en íntima relación con la concentración del poder económico en el mercado y el derecho ofrece respuestas jurídicas del uso y abuso de esta posición de dominio, al regular sus efectos y señalar las conductas prohibidas.

El control del poder económico de las empresas en el mercado puede ejercerse de dos maneras distintas: «en primer lugar, se puede establecer un sistema que permita mantener el poder económico de la empresa a un nivel tal que pueda ser controlado directamente por la propia dinámica de la competencia y de las fuerzas del mercado, o en segundo lugar, se puede introducir un sistema de control que impida que el poder concentrado sea utilizado en un sentido perjudicial»[674].

Los dos sistemas jurídicos empleados frente al abuso de la posición dominante en el mercado responden a la concentración del poder económico.

El sistema adoptado por la legislación de los Estados Unidos consiste en prohibir las concentraciones de este poder económico, permitiendo a las autoridades disponer la desinversión de las correspondientes empresas cuando afectan el mantenimiento de una libre competencia.

En cambio la legislación de la Unión Europea cuando enfrenta esta situación considera lícitas en sí la existencia de una posición dominante y el ejercicio regular que se deriva de tal posición, reprimiendo únicamente las *conductas* que, basadas en tales posiciones puedan calificarse como abusivas.

El antecedente directo de las normas incluidas en el artículo 86 del Tratado de Roma puede encontrarse en el artículo 66 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en el cual se trata el problema del monopolio no desde la perspectiva de la prohibición del monopolio sino analizando el poder de mercado resultante.

En la legislación estadounidense más centrada en un análisis estructural del problema se ha abocado a prohibir las concentraciones económicas por lo que la figura de abuso de

673 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 26.

674 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 99.

posición dominante no se puede encontrar. Las normas estadounidenses en cuanto a la materia de monopolización buscan evitar la formación de concentraciones económicas que otorguen a las empresas una posición que les permita actuar eliminando a otros competidores. La legislación estadounidense no fija su atención en la conducta del abuso pues frente a una concentración, el sistema legal interviene para disolver o separar las estructuras monopólicas, aún cuando esta concentración no produzca en sí efectos negativos en el mercado.

El sistema jurídico americano requiere de pase previo para las fusiones y además puede ordenar escisiones y desinversiones. La razón principal es la teoría que una estructura asimétrica de poder genera concentraciones que de por sí destruyen a la competencia.

Esta perspectiva es válida en mercados consolidados pero impensable en mercados pequeños de países en vías de desarrollo.

Es necesario conocer la situación histórica de Estados Unidos a finales del siglo XIX para poder comprender la repulsa contra las concentraciones económicas, es decir, el monopolio.

A fines del siglo XIX los empresarios de las industrias ferrocarrileras, petroleras y financieras habían conseguido establecer gigantescas compañías de *holdings*, las cuales obtuvieron posiciones monopolísticas dedicándose agresivamente a destruir la competencia y colocando en riesgo a la pequeña y mediana empresa. Esta situación llegó a tal extremo que el publico comenzó a pensar que el fin de la unión americana estaba próximo. Por otro lado la revolución industrial se hallaba en pleno apogeo lo que se sumaba a las protestas contra las injusticias de la industrialización, y las protestas en las zonas agrícolas por la caída de los precios del trigo.

Como bien lo señala Almonacid y García Lozada «...la formación de grandes grupos industriales que afectó en buena medida al sector agrícola, creando en éste intensos temores sobre la influencia económica y social de aquéllos, fue la causa del surgimiento de las leyes antitrust en los Estados Unidos»[675].

La ley Sherman estuvo inspirada desde sus orígenes por criterios económicos y sociales. Dentro de los primeros estaba el incentivar la producción dentro de un mercado competitivo siendo este mercado el principal regulador de los precios y la producción, asegurar la eficacia de la asignación de recursos entre los diferentes sectores económicos permitiendo una justa distribución de riqueza. Dentro de los criterios sociales el de la descentralización del poder económico, la búsqueda del bienestar general y el estímulo de todos los agentes económicos en la participación del proceso productivo.

Bajo la ley Sherman el monopolio es considerado una modalidad anticompetitiva que afecta la dimensión estructural de la competencia, pues reduce el número de competidores y crea un costo social al distorsionar el mercado. Para poder determinar si existe una conducta ilegal prevista en la Sección 2 de la Ley Sherman lo primero que el órgano regulador debe verificar es si la empresa investigada constituye un monopolio en un determinado mercado. El Departamento de Justicia americano ha desarrollado una serie de metodológías para analizar cuando una empresa es considerada monopólica o no. En este análisis se

675 *Ibidem*, p. 100.

toma en consideración el mercado relevante, el tipo de producto y su elasticidad, la existencia de productos sustitutos cercanos, el número de competidores así como la posibilidad de entrada al mercado de nuevos competidores y el porcentaje de participación de cada competidor, todo ello con la finalidad de determinar si la empresa ocupa una posición monopólica.

Acorde a este análisis debemos señalar que la sola presencia del monopolio en un determinado mercado no indica la comisión del ilícito, ya que según la jurisprudencia estadounidense es requisito que el resultado venga acompañado de la intención culpable, es decir, de una conducta punible por lo que debemos precisar que no se puede condenar *per se* la existencia de un monopolio.

Como señala Amonacid y García Lozada: «En el caso del monopolio (estructura) las intenciones monopolistas de la firma se pueden manifestar a través tanto de sus actuaciones especiales como de su comportamiento global o general (conducta). Cuando una empresa ha consolidado un monopolio y se demuestra que con base en el poder que esta estructura le otorga ha explotado al público cobrando precios excesivos o ha dejado fuera del negocio a los pequeños competidores, no es necesario investigar más respecto a su intención de monopolizar. En tal situación los actos de monopolización se concretan directamente en el hecho que la empresa haga uso del poder monopólico del que disfruta. Incluso si el monopolio no está acompañado de actos particulares y especiales en los cuales se manifiesten las intenciones de explotación o restricción, la política y el comportamiento global de la firma pueden bastar para dar pie a descubrir la intención de monopolización del mercado»[676].

Podemos afirmar que para que la legislación estadounidense sancione, bajo el imperio de la Sección 2 de la Ley Sherman, se requieren dos elementos: la presencia de un monopolio y por otra parte el ejercicio de poder monopólico. Es allí donde se revela la intención de monopolizar (poder para explotar con base en los precios o para excluir a competidores). Se debe demostrar la intención dolosa de la empresa que mantiene un monopolio para determinar la ilicitud de la conducta.

Podemos encontrarnos con empresas que tienen una posición monopólica que no caerían dentro de los supuestos de ilicitud de la Sección 2 de la Ley Sherman. ¿Cuáles son estos casos? En primer lugar hay empresas que tienen una posición monopolica que no puede ser calificada de ilegal pues la obtuvieron por superior gerencia, tecnología, productos. Es el caso de una empresa que lanza al mercado un producto de mejor calidad y precio lo que provoca que la empresa se consolide como líder en el mercado. Esta situación de ninguna manera se la puede asociar a la intención de monopolizar. Por el contrario está relacionada con criterios de incremento de productividad y eficacia y es el resultado del libre juego de competencia que propugna el modelo del mercado.

> «La sección 2 de la Ley Sherman está orientada a que los monopolios existentes se consoliden legalmente y pretende que su formación, existencia, acrecentamiento y perduración en el tiempo quede sometida siempre a la dinámica propia de las fuerzas del mercado; por eso es un ilícito que el monopolista use el poder que su propia estructura de mercado le

676 *Ibidem*, p. 116.

otorga, como escudo para impedir el sometimiento del monopolio a la dinámica propia del mercado»[677].

Podemos concluir que la legislación estadounidense no hace referencia a la figura jurídica del abuso de la posición dominante sino que la ilicitud se presenta en la conjunción de elementos de la concentración del poder económico, es decir, el monopolio, y las prácticas que restrinjan la competencia.

Lo que se pretende no es prohibir los monopolios ni erradicarlos sino impedir que esos monopolios se formen y se mantengan pues ello les abre las puertas al uso de prácticas restrictivas contra los demás competidores.

Distinta es la perspectiva del derecho comunitario europeo. Aquí predomina la figura jurídica del abuso de posición dominante. Esta figura surge del artículo 86 del Tratado de Roma.

Podemos encontrar los antecedentes legislativos de la figura de abuso de posición de dominio, consignada en el artículo 86 del Tratado de Roma del derecho comunitario europeo, en el artículo 66, apartados 1 al 6 del Tratado CECA (Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero) en los cuales se estableció el control de concentraciones empresariales. Estos controles tenían que ver con medidas preventivas pues se requería de una autorización otorgada por la autoridad competente para concentraciones económicas. El control de los conglomerados empresariales tuvo mucha acogida en Europa pues se consideraba que reduciendo el tamaño y poder de éstos se podría evitar el surgimiento de una nueva guerra mundial.

Sin embargo, en el Tratado de la Comunidad Económica Europea el legislador no incluye precepto alguno con relación a concentraciones económicas. Esto debido a que el contexto histórico es muy distinto al que era durante la suscripción del Tratado CECA de fecha 18 de abril de 1951.

El mercado europeo a la suscripción del Tratado de Roma requería motivar la formación de grandes empresas, de dimensiones de escala óptimas, para poder enfrentarse mundialmente con las grandes empresas norteamericanas y japonesas en una competencia global.

Almonacid Sierra y García Lozada señalan:

«El legislador comunitario, en su tarea conformadora del peculiar sistema de libre competencia europeo, consagró en el Tratado CEE una doble respuesta: para el supuesto de la concentración de empresas optó por el vacío normativo, en tanto que en materia de posición dominante acoge su permisibilidad, prohibiendo y sancionando solamente su abuso, es decir, la conducta desviada basada en el poder de tal posición(...). ...el ilícito abusivo bajo el artículo 86 es, pues, un ilícito de conducta que debe ser forjado con materiales estrictamente jurídicos, ocupando un lugar central dentro del sistema protector de la libre competencia establecido en el precepto la relación de causalidad entre la posición dominante y el abuso»[678].

677 *Ibidem*, P. 124.

678 *Ibidem*, p. 124.

Para el artículo 86 del Tratado de Roma no es importante el tamaño de las empresas, la división del mercado entre los distintos competidores (su estructura), ni tampoco las concentraciones ni los monopolios. Lo que sí es importante es el abuso que pueda ejercer cualquier empresa de esa posición de dominio y que dé lugar a consecuencias económicas perjudiciales para el funcionamiento integral del mercado. No se evita los monopolios o las expansiones agresivas siempre que no dañen la eficiencia del mercado creando distorsiones al mismo. Las empresas que se fusionan sin presiones y por acuerdo mutuo o la empresa absorbida pacíficamente son concentraciones que la comunidad europea acepta y que no caen bajo la tipificación del artículo 86.

Podemos afirmar que para que una empresa incurra en los supuestos punibles del artículo 86 del Tratado CEE tiene que 1) ser una empresa que tenga una posición de dominio, 2) que abuse de su posición y 3) que dicho abuso afecte el comercio entre los Estados Miembros.

El concepto de dominio del mercado esta estrechamente vinculado con el concepto de un mercado relevante dominado por una empresa. Este concepto vincula la idea de posición y ejercicio de poder en un mercado.

Asimismo se relaciona con una posición de poder económico efectiva. Este poder permite a la empresa «evitar que se mantenga una competencia efectiva en el mercado de que se trata, por contar con la posibilidad de conducirse en forma independiente de sus consumidores, clientes y en última instancia, de sus competidores»[679]. En la Unión Europea se ha sostenido que la posición dominante en el mercado es «una posición de fortaleza económica de que disfruta una empresa, que le permite prevenir que se le haga competencia efectiva dentro del mercado relevante, dándole a dicha empresa el poder para conducirse en gran medida, con independencia de sus competidores, clientes y por último, de sus consumidores»[680].

Los dos modelos de regulación del poder económico en el mercado (americano y europeo) reconocen que la libre competencia no se presenta de forma regular y plena en los mercados debido a que en los mismos existe la tendencia a la configuración de estructuras de concentración de poder económico que limitan o anulan el número de competidores existentes (monopolio y oligopolio) y también al hecho que algunos de los competidores logran un grado preponderante de concentración de poder económico en el correspondiente mercado, el cual utilizan luego para impedir el acceso a éste de nuevos oferentes o para mantener un control unilateral sobre las condiciones del mercado (abuso de la posición dominante).

Habiéndonos referido a los modelos americanos y europeos analicemos a continuación el concepto en la normatividad peruana.

El concepto de abuso de posición dominante en la legislación peruana es abordado de manera diferente. Hasta 1968 los distintos gobiernos favorecían determinadas empresas pertenecientes a grupos de poder tradicional los que recibían ventajas directas o indirectas del Estado en lo que se conoce como una economía mercantilista. A partir de 1968 y bajo

679 ALMONACID SIERRA, Juan Jorge. *Principios Orientadores para la represión del Abuso de la Posición Dominante en el Mercado Colombiano.* s/f.

680 *Ibidem.*

el gobierno militar del general Velasco se emprendió una política de expropiaciones y confiscaciones tanto de compañías nacionales como extranjeras. Al mismo tiempo el Estado adoptó un rol protagónico en la actividad empresarial creando monopolios estatales, estableciendo un estricto control de precios, a pesar de que la Constitución peruana de 1933 había declarado prohibidos, con carácter general, a los monopolios. Esta profunda distorsión del mercado afectó la eficiencia y competitividad de la economía peruana. En algunos sectores como el agroindustrial detuvo el desarrollo y postró al sector; 40 años después todavía la industria agrícola no se recupera. La Constitución de 1979 señalaba el mismo principio de prohibir los monopolios. Esta prohibición era absoluta en cuanto a los monopolios privados. En cambio se permitía excepcionalmente la creación de monopolios legales por causa de interés social. Con la caída del gobierno militar y el retorno a la democracia en 1980 se inició tímidamente una política de eliminación de los monopolios estatales dando cumplimiento a la Constitución.

Sin embargo, se sentía la necesidad de contar con una nueva política antimonopólica. En 1981 se promulgó el Decreto Legislativo N° 123 «Ley sobre Delitos Económicos». Asimismo se promulgó el Decreto Supremo N° 407-85-EF del 5 de noviembre de 1985, el cual sometía a control de precios a las empresas con posición dominante en el mercado que tuvieran una participación en el mercado de 75 % al 100%.

Estas medidas no lograron desarmar la pesada estructura estatista de la economía peruana, ni liberar la economía, la que siguió protegiendo a grupos empresariales, con altos aranceles que cerraban el ingreso de potenciales competidores externos y se siguió viviendo de prebendas del gobierno. Esta situación continuó agravándose en el periodo 1985-1990 donde el heterodoxo gobierno de Alan García generó hiperinflación y el aislamiento del país en el mercado mundial, además de controles, subsidios y monopolios estatales.

En 1990 el gobierno de Alberto Fujimori promulgó el Decreto Supremo N° 296-90-EF en mérito del cual se prohibía el abuso de posición dominante en el mercado y las acciones colusorias. En abril de 1991 fue publicado el Código Penal que en su artículo 232 sanciona el «abuso del poder económico»[681]. El tipo penal es muy amplio y remite expresamente a la ley especial. El abuso de posición monopólica u oligopolística en el mercado y las conductas y acuerdos restrictivos que tengan el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia son sancionados con penas privativas de libertad de dos a seis años, así como con una pena pecuniaria de 180 a 365 días-multa e inhabilitación para obtener mandatos, cargo, empleo o comisión de carácter público y para ejercer profesión, comercio, arte o industria.

El 7 de noviembre de 1991 el gobierno promulga el Decreto Legislativo N° 701 «Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia». En su artículo 3° se prohíbe y por lo tanto se sanciona dos tipos de infracciones. La primera está vinculada al abuso de posición dominante en el mercado y la segunda se refiere a las prác-

681 El artículo 232 del Código Penal dice: «El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4».

ticas que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia. ¿Qué significa la posición dominante en el mercado peruano?

El Decreto Legislativo N° 701 en su artículo cuarto señala la definición de abuso de posición de dominio:

> «Una empresa tiene una posición dominante cuando puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes y servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución»[682].

En nuestra legislación la posición dominante en el mercado no se sanciona ni se prohíbe. Lo que no se acepta es el abuso que se haga de esta posición dominante. Nuestro ordenamiento legal reconoce el monopolio y en general la concentración de poder económico como un hecho económico y jurídico producto del propio sistema de competencia.

Nuestra legislación sigue la misma orientación de la legislación europea cuando acepta como lícita la posición dominante en el mercado, reprimiendo únicamente cuando esta posición se torna conducta abusiva.

No existe abuso por el simple hecho de ocupar una posición dominante en el mercado. Una empresa no puede ser sancionada por el solo hecho de ser un monopolio. No se pretende prohibir los monopolios sino que estos se mantengan utilizando prácticas restrictivas bloqueando el ingreso de nuevos competidores o eliminando o excluyendo a los actuales.

En la Resolución 0117-1997/TDC-Indecopi[683] en la cual el denunciante es Fundición de Metales Bera del Perú S.A. (Bera) y el denunciado Minsur S.A. (Minsur) se señaló que para declarar fundada la denuncia se debe acreditar:

(i) que Minsur goza de una posición de dominio en el mercado;

(ii) que Minsur está abusando de dicha posición y,

(iii) verificándose las dos hipótesis anteriores, que su negativa de venta es injustificada.

Adicionalmente, el tribunal señaló que de acuerdo con la Constitución Política del Perú, corresponde al Estado estimular la libertad de empresa, comercio e industria y garantizar la libertad de contratar. Igualmente, se señaló que el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería establece que la comercialización de productos minerales es libre, independientemente de los mercados a los cuales se acceda. Asimismo, que la empresa cuenta con un Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión Minera celebrado con el Estado, el cual le garantiza libertad de comercialización.

Minsur destacó que para efectos de determinar si una empresa goza de una posición de dominio, debe tenerse presente tres criterios: (i) criterio estructural (capacidad de compe-

---

682 Decreto Legislativo N° 701. Artículo 4.

683 INDECOPI. «Resolución 0117-1997/TDC-Indecopi. Expediente 022-95-CLC». En: *Compendio de Jurisprudencia. Sala de Defensa de la Competencia.* Tomo I, Lima: INDECOPI, Sello Editorial, 1997, p. 534.

tencia, magnitud frente a las otras empresas), (ii) criterio de comportamiento (como se explota la posición de dominio) y (iii) criterio del resultado (beneficios). Asimismo, precisó que para efectos de determinar la existencia de una posición de dominio debe delimitarse el mercado relevante, toda vez que una empresa goza de posición de dominio cuando en el mercado que corresponda no está expuesta a ninguna clase de competencia significativa[684].

Sin embargo, en la legislación colombiana se ha optado por prohibir, incluso a nivel constitucional, el establecimiento de monopolios, (a excepción de los que son creados por el Estado). Se considera que el establecimiento de monopolios tiene necesariamente que influir en los precios, traduciéndose en perjuicio para consumidores y productores. Podemos considerar que la posición dominante en el mercado se presenta cuando dentro de una determinada plaza entra un productor de bienes o servicios a competir de una forma tan fuerte que desplaza a los pequeños o medianos productores de esos mismos bienes o servicios y los obliga en ciertas ocasiones a desplazar su actividad o a intervenir en el mercado conforme a las leyes fácticas establecidas por el monopolio. Esto constituye una perfecta forma de posición dominante puesto que no da margen para que intervinientes diferentes a ellos, participen de forma equitativa en el mercado.

Cabe preguntarnos ¿qué es el abuso? Christopher Bellamy lo aclara cuando nos dice que «el **abuso** es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia»[685].

Alfredo Bullard contribuye a la discusión doctrinaria sobre el tema cuando se pregunta cómo distinguir las supuestas prácticas ilegales (negativas a contratar, precios por debajo de los costos o discriminación de precios y condiciones) de una competencia agresiva en el mercado. Bullard afirma:

> «Las empresas buscan siempre incrementar su porcentaje de participación en el mercado. Pero ese deseo lleva implícito el de reducir la participación de sus competidores o incluso sacarlos del mercado. Y lleva también implícito el no perder participación, lo que incluye frenar el crecimiento de los competidores o incluso evitar su entrada al mercado»[686].

Los empresarios desean conquistar cada vez una mayor participación en el mercado. Al aumentar su nivel de participación de mercado aumentan su volumen de ventas, producen y venden más. Por ello el deseo continuo de crecer pues el tamaño permite ahorros producto de economías de escala. La reducción de costos mejora precios y ello a su vez aumenta la participación de mercado creándose un círculo virtuoso. Como podemos observar la eficiencia se traduce en una mayor rentabilidad para los accionistas.

---

684 INDECOPI (1999). *Op. cit.*, p. 534

685 BELLAMY y CHILD (1978). *Op. cit.*, p. 532.

686 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el Dilema. Las Prácticas predatorias y el Abuso de Dominio.* s/f d.

La normatividad reguladora del mercado señala que la competencia agresiva en el mercado no se castiga. Muy por el contrario se estimula. Se incentiva la competencia para generar rentabilidad que se traduce en eficiencia. La posición dominante es una situación a la que se puede llegar cuando una empresa desarrolla su productividad al máximo con criterios de eficiencia, investigación y desarrollo, políticas administrativas modernas y coyunturas favorables. Son múltiples las razones que pueden explicar el predominio de una empresa o su posterior caída.

Lo que se castiga en la mayoría de los ordenamientos legales es la utilización de prácticas predatorias para lograr el predominio sobre la competencia. Estas prácticas son consideradas una modalidad del abuso de posición de dominio. Cuando el empresario despliega toda una estrategia (conducta agresiva) tendiente a eliminar a sus competidores mediante conductas ilegales como la venta por debajo de los costos con la única finalidad de quebrar a la competencia, adueñarse del mercado y luego cobrar precios super competitivos o monopólicos que le permitan recuperar las pérdidas originadas por los precios predatorios.

Como hemos señalado en nuestro ordenamiento legal no se considera infracción la posición dominante. La posición dominante o la concentración de poder en el mercado o ser un monopolio no es considerado punible. Lo que si está prohibido y amerita sanción son los actos o conductas relacionados con actividades económicas, que constituyen un *abuso* de una posición de dominio en el mercado.

Así pues, a diferencia del sistema americano que plantea 2 vértices de análisis, a saber: estructura y conductas. En nuestro ordenamiento solo se contempla el aspecto conducta.

Fernando Montoya Mateus señala:

> «La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo todos (ofertantes y demandantes) son "tomadores" de precios y de condiciones»[687].

> «La posición dominante es una práctica colectiva o individual, que se concreta en la expansión y decadencia del mercado, en la organización de la empresa o empresas, o sobre todo, en su poder económico global, así como en una implantación en diferentes mercados; todos estos elementos colocan a la empresa en posición de sustraerse a la competencia. El abuso de la posición dominante consiste casi siempre en la desviación de la clientela»[688].

Es interesante la definición que brinda el Tribunal de la Comunidad Europea el cual define el Abuso de posición dominante de la siguiente manera:

> «El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimien-

687 MONTOYA MATEUS, Fernando. «Derecho Comercial y Libre Empresa». p. 135. Citado por Vergara, Manuel Ignacio. *Abuso de la Posición Dominante en el Mercado.* p. 241.

688 *Ibidem,* p. 241.

to del grado de competencia aún existente en el mercado o en el incremento de tal competencia»[689].

La empresa que tiene una posición de dominio en un mercado es sujeto de estudio por los organismos reguladores para establecer si está realizando o llevando a cabo conductas que, sean abusivas y contrarias al interés económico general, comparando estas conductas con las que la empresa tendría en un mercado donde existe competencia efectiva.

Debemos inferir que la prohibición del abuso de una posición de dominio sólo puede tener efecto cuando la empresa no está sujeta a una competencia real en el mercado por el tamaño y control del mercado en el cual actúa. Esta competencia puede lograrse de modos diversos, siendo el más efectivo el abrir la economía a la competencia mundial eliminando las trabas arancelarias y pararancelarias. En cambio las normas que prohiben la restricción o distorsión de la competencia por prácticas colusorias se aplican a todo tipo de empresas las que pueden actuar en un mercado de libre competencia.

Las normas sobre la Posición Dominante en el mercado completan el sistema regulador de Libre Competencia, pues estas normas controlan la conducta de las empresas que al no estar expuestas a una competencia efectiva, no son susceptibles de control mediante normas dirigidas a controlar las conductas lesivas de la libre competencia.

«que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia»

Iniciamos nuestro análisis de estos términos con la definición usual:

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* lo define como:

«limitar: Poner límites a una acción o a una cosa; por ejemplo un terreno. Acortar, ceñir, restringir. Fijar la mayor extensión que puede tener la jurisdicción, la autoridad o los derechos y facultades de uno...»[690].

Y para Cabanellas **limitación** significa:

«La limitación haría referencia a aspectos de la competencia susceptibles de cualificación; por ejemplo, cuando se fijaren topes a las fluctuaciones de precios o fronteras territoriales a la concurrencia. Así, Otamendi observa que: "Se ha explicado que se impide la competencia en caso de su eliminación total, que existe una restricción cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia o que se limita cuantitativamente (...). Dado que, conforme, se indicó precedentemente, las limitaciones cuantitativas sólo tienen relevancia en cuanto afectan a los elementos cualitativos que hacen a la esencia de la competencia, la distinción entre restricción y limitación carece de contenido práctico. La limitación y la restricción se caracterizarían, por lo tanto, en la existencia de un determinado fenómeno económico, la competencia, cuya intensidad, determinable a través de distintas gradaciones, sufriría una disminución"»[691].

Veamos el término restringir, este significa limitar ceñir, circunscribir, reducir, circunscribir, reducir, coartar. Restriñir.

689 Caso Hoffmann vs. La Roche.

690 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1259.

691 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 248.

Según Otamendi:

«se restringe la competencia cuando la contraparte es forzada a adquirir, o a vender, en condiciones que no aceptaría de tener otras posibilidades de elección.

En otras palabras, la esencia de la competencia es liberar al comprador del poder monopólico permitiéndole el acceso a fuentes alternativas del producto.

La restricción permite a quien la ejerce realizar la transacción en condiciones más favorables para él, que las que podría lograr en un mercado competitivo.

Se ha explicado que se impide la competencia en caso de su eliminación total: que existe una restricción cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia o que se limita cuantitativamente y que hay una distorsión cuando se coloca a los competidores en condiciones competitivas desiguales»[692].

Guillermo Cabanellas al comentar el término restringir nos dice:

«el concepto de restringir engloba a los de limitar y distorsionar y que, por lo tanto, estos dos son sobreabundantes. Hemos expuesto[693] las razones por las que consideramos que tal absorción no es posible. La triple figura utilizada por la L.D.C. (Ley de Defensa de la Competencia Argentina) responde, justamente, al peligro de que la no utilización de un concepto tal como el de distorsión dejaría a ciertas conductas anticompetitivas fuera del marco de la prohibición legal. La unificación de las tres figuras es posible, pero utilizando concepto ajenos a los empleados en el texto del art. 1 de la L.D.C.»[694].

En cuanto al término distorsionar encontramos que el *Diccionario Aristos* lo define como:

Distorsionar: Torsión o torcedura más o menos violenta.

Y el *Diccionario de la Real Academia* lo define como:

«distorsionar: Causar distorsión.

Distorsión: Torsión, torcedura. Deformación de imágenes, sonidos, señales, etc. Producida en su transmisión o reproducción (...) Acción de torcer o desequilibrar la disposición de figuras en general o de elementos artísticos o de presentar o interpretar hechos, intenciones, etc., deformándolos de modo intencionado..»[695].

Si deseamos una visión económica del termino debemos recurrir al *Diccionario Económico Financiero* el cual define distorsión como:

---

692 OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*, p. 249.

693 «... hay una distorsión cuando se coloca a los competidores en condiciones competitivas desiguales». A nuestro entender, el ámbito de esa figura, como se indica en el texto, es más amplio, pues su propósito es el de englobar aquellos actos que no suponen una pérdida de intensidad (restricción, limitación) respecto de los fenómenos económicos generalmente calificados como competencia, sino su sustitución por otros que, aun teniendo carácter competitivo, se alejan de las prácticas normales tuteladas por la L.D.C. Así, no solo las discriminaciones son una forma de distorsión, sino prácticas como la imposición de condiciones de reventa, la oferta de prestaciones accesorias en condiciones especiales, como medio para eludir la competencia de precios, etc.».

694 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 248.

695 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 765.

«Deformación de una estructura económica: Desfase en las magnitudes económicas cuya evolución respectiva tiende a satisfacer una cierta relación.

La distorsión constituye un concepto relativo en la medida en que se refiere a un desequilibrio en relación con una estructura deseada.

Cuando se habla por ejemplo de la distorsión en el desarrollo de la agricultura y de la industria, se hace referencia implícita a cierta estructura económica que comporta una distribución dada de los factores de producción entre los sectores primario y secundario, respecto a la cual se comprueba la deformación. De igual forma, al hablar de la distorsión de la evolución de los precios y salarios, se estima que su alza respectiva modifica o altera en uno y otro sentido una evolución deseable del poder adquisitivo.

Con relación a este punto de vista, los fenómenos de distorsión no dejan de tener una base objetiva que es precisamente el desfase entre la evolución relativa de dos o varias magnitudes económicas. Estos forman parte integrante del carácter dinámico de los fenómenos económicos»[696].

En los últimos 100 años la normatividad regulatoria de la libre competencia ha tenido una gran variedad de objetivos a proteger, tales como, las pequeñas y medianas empresas, los consumidores, los demás competidores, la transparencia y eficacia del mercado. La ley protectora de la libre competencia es flexible y evoluciona en el tiempo reflejando los distintos intereses predominantes en cada periodo, adaptándose a las circunstancias económico-sociales del momento. Es así como la protección que el ordenamiento jurídico tradicional concedió a la competencia se limitó al reconocimiento y tutela a favor del empresario en relación con sus derechos subjetivos absolutos sobre bienes de propiedad industrial de la empresa frente a la usurpación de terceros competidores así como a la garantía de la libre iniciativa económica privada frente a las injerencias del propio Estado.

Juan Ignacio Font nos dice: «En los últimos veinte años esta concepción individualista y abstracta de la libre competencia ha venido siendo objeto de duras críticas en un contexto socioeconómico en el que el empresario, la empresa y los modos de ejercitar la actividad empresarial adquieren una nueva dimensión dinámica y social»[697].

Actualmente la doctrina reconoce que el objetivo principal debe ser la eficiencia económica del mercado para el beneficio y bienestar del consumidor.

La primera obligación del Estado es asegurar el funcionamiento de la competencia porque sin competencia no puede crearse un verdadero mercado. En los mercados reales, es decir, en los mercados competitivos, los empresarios ofertantes se esfuerzan por satisfacer al consumidor ofreciéndole un óptimo producto en cuanto a la relación precio calidad. Cuando no hay competencia los empresarios fabricantes pueden abusar del consumidor sin riesgo de perderlo, porque este no tiene opciones, dado que no hay terceros que se lleven el negocio.

La competencia comprende tanto la normativa como las políticas dirigidas a asegurar el correcto funcionamiento de los mercados nacionales e internacionales.

---

696 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 543.

697 FONT GALÁN (1987). *Op. cit.*, p. 115.

Luis Tineo expresa que «el objeto básico establecido en las leyes de competencia de la región es la promoción y protección de la libre competencia. La competencia se asume como el medio más eficiente de distribución de recursos y, en consecuencia como el instrumento que garantiza mayores beneficios para los consumidores en términos de variedad, calidad y precio de los bienes y servicios»[698].

En la actualidad todos los sistemas legales reconocen el rango de bien jurídico protegido a la competencia, pues esta constituye el medio ideal para la realización de fines antes considerados como bienes jurídicos independientemente merecedores de protección directa (bienestar económico, libertad de empresa y consumidores). El bien jurídico «libertad de competencia» engloba todos estos fines, pero de todo esto, es el elemento «libertad de actividad económica» el más importante y el que sirve como medida delimitante con respecto a otros ilícitos.

Así podemos decir que los objetivos principales de la ley de competencia son 2: la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, sin dejar fuera de la protección al proceso mismo de la competencia. No olvidemos que es el proceso de competencia el que es objeto de la protección y no los competidores.

Manuel Abanto[699] afirma: «El bien jurídico libertad de competencia engloba bienestar económico, libertad de empresas, consumidores, pero de todos estos, es el elemento libertad de la actividad económica él más importante y el que sirve como medida delimitante con respecto a otros ilícitos».

Pese a los numerosos experimentos sociales ensayados en la última década, no se conoce ningún proceso alternativo al de libre mercado capaz de mejorar los logros alcanzados en una situación de libre competencia.

Cuando esta competencia es interferida, esto es, perturbada, se produce una situación inferior a la situación conseguida en un mercado libre.

Friedrich Hayek señala: «Lo esencial es advertir que un espíritu empresarial desarrollado es, a la vez, resultado y condición de un elevado esfuerzo competitivo y que, para incrementar el nivel de competencia, no se conoce método alternativo alguno al de permitir el acceso a las correspondientes oportunidades a cuantos de las mismas deseen hacer uso»[700].

El Derecho de la defensa de la libre competencia esta conformada por el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial con la finalidad que prevalezca en el mercado el principio de competencia y que la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección.

El Estado debe intervenir defendiendo los intereses generales del país y de la comunidad de competidores y consumidores así como protegiendo el interés público al lograr una situación eficiente de producción y distribución de bienes. El rol del Estado apunta a que el

---

698 TINEO, Luis. «Convergencias y Divergencias de las Políticas de Competencia a Nivel Hemisférico». Exposición desarrollada en el *Seminario Internacional en Cartagena de Indias*. Colombia, marzo 1998.

699 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 356.

700 HAYEK, Friedrich. Volumen III. Unión Editorial, p. 137.

sistema económico esté regido por la soberanía del consumidor, y que este obtenga una más adecuada satisfacción de sus necesidades de bienes y servicios.

La función individual se cumple en la tutela del desarrollo de la personalidad en el campo de la economía, es decir, como una manifestación de la libertad económica. Es función del Estado tutelar los intereses privados que resulten lesionados por las restricciones o limitaciones a la competencia creados por los competidores.

Es importante vigilar la conducta de los competidores pues su comportamiento puede derivar en limitaciones de la competencia. En un mercado en el cual las empresas fabrican un sinnúmero de productos, los competidores se influyen recíprocamente. De allí que la libre competencia implica la existencia de un mercado de empresas ofertantes que actúan en interrelación permanente. Es innegable la influencia que se ejercen mutuamente en cuanto política de precios, calidad de los productos, la forma cómo ingresan al mercado, el tipo de estrategia de marketing que desarrolla y la política de compra y venta de los bienes y finalmente la distribución de los productos. Si bien cada una de las empresas es libre de formular su estrategia no puede olvidar que no esta sola en el mercado. Si una empresa eleva sus precios sin agregar valor, perderá mercado a favor de su competencia. Si el líder baja precios esto obliga al resto a seguirlo a costo de desaparecer. La clave es pues segmentar y diferenciarse creando valor específico para nuestro mercado.

Este modelo queda alterado cuando 2 o más empresas acuerdan una política restrictiva común. Esta limitación o restricción se refiere a la conducta de las empresas pues estos acuerdos pueden distorsionar la competencia a través de convenios, decisiones o conductas donde limitan su nivel de competencia al cesar la conquista de mercados por división de los mismos, detener la innovación y tecnología al fijar precios comunes etc., lo que desincentiva la mejora continua[701].

---

[701] Las Restricciones a la libre competencia pueden ser horizontales o verticales:

Restricciones Horizontales

Se puede definir como restricción horizontal los acuerdos entre dos o más competidores los que actuando conjuntamente generan una restricción del comercio.

a. Acuerdo: Tiene que existir algún tipo de contrato, convenio, combinación, acto o conspiración, que debe acreditarse entre los competidores. Aun si el acuerdo no es expreso este puede ser inferido por conductas (analizar el paralelismo consciente de precios).

b. Propósito anticompetitivo - La violaciones *per se*: Si se puede asumir un acuerdo. ¿Cuál es el propósito del acuerdo?, ¿Cómo han caracterizado o tipificado esta conducta o propósito las Cortes? Aun sin un propósito es anticompetitivo ¿Cuál ha sido el efecto? Es *per se* ilegal, por ser una concertación horizontal de precios, división de mercados, boicot grupal, etc.

c. La regla de la razón - Si el acuerdo no es *per se* ilegal. Si el acuerdo no está tipificado como ilegal *per se*. Es, pese a ello, una conducta que tiene efectos adversos en la competencia. Para ello se aplicará la regla de la razón.

   1. ¿Cuáles son los efectos anticompetitivos que resultan de la conducta bajo estudio?, ¿si no hay ninguno, existen riesgos de efectos anticompetitivos futuros?, ¿qué tan grande es el riesgo?
   2. Existen virtudes procompetitivas en la conducta. Perfecciona el mercados o provee de eficiencias integrativas. ¿Qué tan significativos son estos efectos positivos?
      ¿Existen medios alternativos, menos restrictivos a la competencia, qué pueden lograr las mismas metas?

Restricciones Verticales

Como sabemos las restricciones horizontales son conductas fruto de acuerdos que llevan a cabo empresas ubicadas en un mismo nivel de la cadena de producción o distribución, es decir, entre competidores.

Las restricciones verticales se diferencian de las horizontales en que los acuerdos se llevan a cabo en diferentes niveles del proceso de distribución. No son pues arreglos entre competidores directos.

Para sostener su ilegalidad se requiere de un mayor análisis. Por esta razón las Cortes son más flexibles al analizar las conductas que generan restricciones verticales aplicando generalmente la regla de la razón, lo que implica una evaluación entre el daño causado por la conducta y los beneficios de la misma, en cuanto su efecto procompetitivo o eficiencia.

Sin embargo, existen algunas conductas que todavía son consideradas ilegales per se. Veamos estas a continuación:

1. Concertación sobre el precio mínimo de reventa.-

   Esta conducta esta regulada por la sección 1 del *Sherman Act* en la legislación americana la que la considera contraparte vertical a la concertación horizontal de precios.

   Un caso ilustra esta conducta. Una empresa fabricante de medicamentos obliga a su distribuidor mayorista a vender a precios preestablecidos o fijados por esta o aquellos casos en los cuales se obliga a los distribuidores a vender, por ejemplo, equipos de computo a un precio no inferior al señalado por el fabricante.

   Cabe preguntarnos: ¿Por qué un fabricante adoptaría una conducta como la señalada?

   Las razones pueden ser: 1). Que el precio mínimo equivale a una señal de posicionamiento en función de la calidad del producto, ó 2). Se quiere proteger los márgenes de utilidad de los distribuidores para que estos puedan dar a los clientes un mejor servicio; 3). Ser un mecanismo para impedir que algunos distribuidores se aprovechen de otros (*free riding*) descontando sus precios, pues los primeros han incurrido en gastos de promoción y publicidad y no ellos.

   Desde un punto de vista económico el requerimiento de un fabricante a sus distribuidores para que vendan a un precio mínimo no tiene sentido.

   La razón es que la firma fabricante se verá perjudicada pues no podemos olvidar la presencia de otros fabricantes en el mercado los que tomarán ventaja de estos mayores precios para vender más.

   ¿En dónde radica el problema social?. Que la medida se origine por la presión de poderosos distribuidores, los que presionan al fabricante para que imponga tal política y evitar con ello la competencia a nivel de la distribución. Si un conjunto de distribuidores logra éxito, por su dominio de los canales, entonces hoy será Dell Computers, mañana IBM, luego Apple y a través de este mecanismo lograrán suprimir la competencia. Son pues los distribuidores los que realmente se benefician con la medida restrictiva.

   Los distribuidores pueden usar el precio mínimo de reventa como una herramienta para coludirse entre ellos (cartel). Cada fabricante exigirá que los demás fabricantes también lo hagan y si esto sucede entonces nos hallaremos frente a un caso equivalente de concertación horizontal de precios.

   Debido a que el problema económico en las restricciones verticales no es el mismo que en las restricciones horizontales se aplica la regla de la razón.

   El caso Colgate marca un hito jurisprudencial pues redujo el alcances de la prohibición al señalar que cualquier firma tiene el derecho de finiquitar una relación con su distribuidor, sea este mayorista o minorista.

   Si una compañía declara públicamente que no realizará más negocios con cualquiera que no venda acorde a su política de ventas, su conducta no es ilegal. Para que se presente una restricción vertical tiene que existir un acuerdo y las declaraciones de la firma son una decisión unilateral. En el caso bajo comentario, la firma Colgate, manifestó que si los demás no vendían acorde a sus políticas en cuanto precios no volvería a suministrar mercaderías. Si bien la conducta afecta los precios de reventa, esto es la consecuencia de una política unilateral pues no requiere de aceptación o del compromiso de otra empresa.

   Las Cortes también consideran una excepción válida la figura de la consignación. En este contrato el vendedor retiene el título de propiedad sobre los bienes y la firma distribuidora actúa exclu-

Al respecto comenta Galán Corona: «La competencia puede restringirse asimismo afectando el aspecto estructural de la misma. Este es el caso de las concentraciones de empresas, que, si bien no son prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LRR), (legislación argentina) otros ordenamientos sí lo consideran bajo determinadas condiciones como restricciones de la competencia. En el supuesto de una concentración de empresas se disminuye el número de empresas actuantes en un mercado, con la cual puede llegarse a

---

sivamente como agente vendedor del principal, esto es, el fabricante. Esta regla se estableció a través del caso General Electric.

Ambas situaciones (Colgate y General Electric) fueron modificadas por una decisión posterior de las Cortes en el conocido caso Park Davis. En este caso dos centros de venta al por menor anunciaron precios de medicamentos sumamente rebajados. Park Davis, como respuesta inmediata al anuncio, paralizó sus suministros y además presionó a los vendedores mayoristas para que informaran a sus clientes minoristas que se abstuvieran de continuar con las relaciones comerciales con estas tiendas de descuento.

El uso de diversas técnicas de coerción, así como el proceso interactivo de negociación entre diversas firmas y niveles, determinó que las Cortes decidieran que se hallaban frente a un caso de actividad multifirma y por lo tanto frente a una conducta restrictiva, a saber, la de mantenimiento de precios mínimos de reventa.

El caso Park Davis ilustra como la regla Colgate no sirve siempre de defensa, máxime si se presentan coordinaciones con terceros o presiones de estos terceros al agraviado.

Incluso el argumento de la consignación ha sido cuestionado. Cuando se esgrime este argumento se debe ser cuidadoso tanto en el monto involucrado como en el tamaño de la operación.

La Corte descartó el argumento de una compañía petrolera la que señalaba ser dueña de todo el petróleo que existía en los camiones cisterna y consideró que de lo que se trataba era más bien de un caso de mantenimiento de precios mínimos de reventa y por ello era de aplicación la regla *per se*. En general no existe una clara defensa frente a la acusación de precios mínimos de reventa.

Si esto es así, ¿qué podemos decir sobre los precios máximos de reventa?

La pregunta es la siguiente: ¿Qué sucede si un fabricante dice a su distribuidor: No debes vender por encima de X dólares?

¿Son las restricciones verticales tratadas de la misma forma que las horizontales?

No lo son y ello debido a diferentes razones. Señalaremos algunas.

Si en un territorio con clientes determinados se elevan los precios por encima de lo que el mercado puede o desea pagar, la empresa que más pierde es la del fabricante pues los clientes pueden adquirir productos de otras marcas, es decir, productos de otros fabricantes.

El consumidor final no se perjudica pues el fabricante tendrá que bajar sus precios al siguiente nivel, bajo riesgo de perder mercado. Al bajar los precios se venden más bienes y el consumidor se beneficia.

Cuando las Cortes enfrentan un caso de precios máximos aplican la regla de la razón. Esto es una excepción a la regla general que señala que los precios concertados son *per se* ilegales.

Es la restricción impuesta entre compañías que no son competidores directos y que actúan en diferentes niveles del proceso productivo (fabricante, distribuidor, minorista).

1. Relaciones: ¿Qué relaciones existen entre la parte contratante que impone la restricción y la que la sufre?
2. El efecto anticompetitivo: ¿Cuál es el propósito o efecto de la restricción?, ¿Han tipificado las Cortes esta conducta?
   - ¿Es el objeto de la actividad uno que las cortes generalmente aceptarán?
   - ¿Es el objeto de la actividad restrictiva *per se* ilegal (Ej. Mantenimiento de precios de reventa)?
   - Si no es *per se* ilegal, ¿tiene la conducta un efecto adverso en la competencia?, ¿se obstaculiza el ingreso al mercado?
   - ¿Existen defensas posibles?

una situación de monopolio o a la creación de una posición de dominio en el mercado, limitándose las posibles opciones de los clientes o suministradores y reduciéndose en consecuencia el riesgo de la pérdida de la clientela»[702].

Podemos señalar que existen restricciones de la competencia que surgen de la conducta de las empresas y restricciones que se presentan por la estructura del mercado. En cuanto a las restricciones que surgen de la conducta empresarial podemos resaltar que estas se encuentran reguladas como prácticas prohibidas y consignadas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 y en cuanto las que surgen de la estructura debemos referirnos a las concentraciones empresariales (acuerdos relativos a la integración de la propiedad y acuerdos de control de las gestiones entre empresas competidoras). Aquí se enmarcan las operaciones de fusión, adquisición o constitución de empresas conjuntas o *joint ventures* y la posición de dominio en el mercado.

Las leyes sobre defensa de la competencia prohiben aquellas conductas que limiten, restrinjan, afecten o distorsionen la competencia, así como las prácticas monopolísticas. A partir de esta prohibición general, las leyes de cada país establecen una lista de prohibiciones enumerativa sobre conductas específicas.

Por ello es conveniente precisar y delimitar cada uno de estos conceptos.

Guillermo Cabanellas señala que la legislación sobre la Libre Competencia protege una forma de comportamiento económico, un marco de conductas relacionadas con la producción de bienes y servicios. Este marco de comportamiento no es definido claramente, muy por el contrario no es ni siquiera definido. Los conceptos de limitar, restringir, distorsionar la competencia requieren para su aplicación casos concretos.

Algunas veces las empresas pueden entrar en acuerdos, con el fin de excluir o perjudicar la competencia. Estas conductas pueden ser bilaterales si se trata de acuerdos entre empresas independientes o unilaterales si se trata de conductas realizadas por un solo sujeto en uso de una posición de dominio o monopólica. Las prácticas bilaterales pueden ser de tipo horizontal o vertical. Podemos sin embargo resumir diciendo que las conductas horizontales comprenden aquellos acuerdos de cooperación entre empresas pertenecientes al mismo mercado, con el fin de restringir la producción y determinar los precios y otras condiciones del mercado, en cambio las conductas verticales se refieren a los acuerdos entre productores y distribuidores respecto a las condiciones de reventa o suministro de bienes y servicios.

Se puede, por ejemplo, perjudicar la competencia acordando poner obstáculos a aquellas empresas que desean entrar al mercado. El ingreso de nuevos competidores plantea una amenaza para las empresas que están compitiendo confortablemente. La amenaza del ingreso de nuevas empresas: precios más bajos, mejoramiento de la calidad del producto, implementación de nueva tecnología, atractivos en la publicidad, mejor distribución del producto, etc. No cualquier decisión unilateral que perjudique la entrada de nuevos competidores al mercado es considerada una forma de perjudicar la libre competencia. Estas estrategias de retención son agresivas pero lícitas en el ámbito concurrencial. En general el mercado que logro o protejo lo hago a expensas de la competencia la que resulta perjudi-

[702] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 45.

cada. Como vemos, es necesario señalar que no toda decisión es considerada transgresora de la libre competencia pues pueden existir acuerdos entre competidores para establecer estándares de calidad o para mejorar el funcionamiento de un mercado o intercambios de opinión que tienen como único objeto experiencias de carácter general, así como acuerdos sobre la gestión técnica de empresas. Lo que está prohibido son aquellos acuerdos que limiten, restringen o perjudiquen la competencia. Como hemos expresado el objetivo principal de la ley de competencia es la eficiencia económica y el bienestar del consumidor por lo tanto todo acto o conducta que limite, restrinja o distorsione la competencia está prohibido y será sancionado. Por ello cabe distinguir entre competir y competir ilícitamente. Los acuerdos que resten o perjudiquen la eficiencia del mercado y dañen a los consumidores en última instancia son ilegales.

Para Otamendi la limitación hace referencia a aspectos de la competencia susceptibles de cuantificación; por ejemplo, cuando se fijan topes a las fluctuaciones de precios o fronteras territoriales a la concurrencia. Así, Otamendi observa que: «Se ha explicado que se impide la competencia en caso de su eliminación total; que existe una restricción cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia o que se limita cuantitativamente (...)»[703].

Las limitaciones cuantitativas sólo tienen relevancia en cuanto afectan a los elementos cualitativos que hacen a la esencia de la competencia. La distinción entre restricción y limitación carece de contenido práctico. La limitación se caracteriza, por lo tanto, por la existencia de un determinado fenómeno económico, que conocemos como competencia, cuya intensidad, es determinable a través de las distintas graduaciones y que sufre una disminución.

Siguiendo el planteamiento de Otamendi, Guillermo Cabanellas[704] considera que el concepto de restringir engloba los de limitar y distorsionar y que, por lo tanto, estos dos son sobreabundantes.

La triple figura utilizada por la L.D.C., responde, justamente, al peligro que la no utilización de un concepto tal como el de distorsión deje a ciertas conductas anticompetitivas fuera del marco de la prohibición legal.

> «La triple formulación que reciben en el artículo 1 de la LDC los actos anticompetitivas (limitar, restringir, distorsionar) ha sido tomada del artículo 85 del Tratado de Roma. Dado que la competencia no es un elemento cuantificable, los conceptos de limitación y restricción, de por sí similares en muchos aspectos, no suponen la existencia de un parámetro mensurable cardinalmente, susceptible, en consecuencia, de sufrir reducciones en su intensidad, tamaño u otras medidas igualmente cuantificables»[705].

Otamendi observa que «se ha explicado que se impide la competencia en caso de su eliminación total; que existe una restricción cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia o que se limita cuantitativamente. Dado que, conforme se indicó precedentemente, las limitaciones cuantitativas que hacen a la esencia de la competencia, la distinción entre restricción y limitación carece de contenido práctico.

---

703 OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*, p. 248.

704 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 248.

705 *Ibidem*, p. 247.

La limitación y la restricción se caracterizarían, por lo tanto, por la existencia de un determinado fenómeno económico, la competencia, cuya intensidad, determinable a través de distintas graduaciones, sufriría una disminución. En cuanto a la distorsión de la competencia, tal figura supone una imagen a priori de la concurrencia, que se vería modificada de manera de resultar una conducta o conjunto de conductas diferentes de esa imagen»[706].

Hay mayor flexibilidad de la legislación comunitaria europea, al admitir la validez de conductas anticompetitivas en caso que estas sean favorables al progreso técnico y económico y al no incluir estas en la categoría de infracciones *per se*.

En el Derecho *Antitrust* estadounidense estos conceptos los encontramos en la sección 1° de la *Sherman Act* conforme a la cual «todo contrato, combinación en forma de *trust* o de otra forma, o conspiración, que *restrinja* el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley». Se sanciona penalmente las restricciones de la competencia que surjan de acuerdos. No olvidemos que la *Sherman Act* es una norma o estatuto penal.

Bellamy y Child dicen «en los Estados Unidos, por ejemplo, la cuestión de lo que es o no es una restricción del comercio prohibida según la ley Sherman ha surgido de un extenso desarrollo jurisprudencial sobre la distinción entre restricciones de la competencia que son ilegales por sí mismas (como fijación de precios y reparto de mercados) y aquellas que solamente son ilegales si restringen la competencia hasta un grado no razonable. Es la denominada *rule of reason* que puede traducirse por «regla de la restricción razonable»[707].

En el Derecho *Antitrust* de los Estados Unidos se considera que existe una infracción *per se* cuando se prueba una determinada conducta de las partes sujetas a investigación. Por ejemplo, el haber efectuado un acuerdo para fijar conjuntamente precios. No es necesario efectuar análisis adicional alguno sobre los motivos de tal conducta, sus causas o efectos a fin de determinar su ilicitud y sanción respectiva.

La regla *per se* se aplica a lo que se conoce como restricciones desnudas, evidentes o explícitas.

Esto implica que constatada la existencia de un determinado acuerdo que tiende a restringir la competencia, la sanción legal debe recaer sobre tal práctica sin considerar si existen circunstancias atenuantes o positivas que la justifiquen. Esta teoría llamada «*per se condemnation theory*» es aplicable, según los tribunales americanos, a los acuerdos que tienen que ver con la fijación de precios, reparto de mercados y también a los acuerdos relativos a la limitación de la producción y las ventas, pues a través de este acuerdo se persigue indirectamente el manejo de los precios. También caen en esta categoría los acuerdos entre firmas postoras en cuanto sus ofertas en concursos de precios y licitaciones.

Estas restricciones están en relación con la conducta de las empresas. En cuanto restricciones estructurales la sección 2 de la *Sherman Act* declara ilegal la monopolización o intento de monopolizar cualquier parte del comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeras. Es necesario precisar que los tribunales norteamericanos no prohíben el monopolio en sí sino que prohíben ciertas conductas de las empresas con poder de

706 *Ibidem*, p. 248.

707 BELLAMY y CHILD (1978). *Op. cit.*, p. 97.

monopolio. «... lo que constituye la infracción es la búsqueda consciente del monopolio...». Citando el caso Alcoa «no basta la simple voluntad de conseguir el monopolio, sino que hay que atender a los métodos utilizados, y en este sentido estima que el empleo de métodos que serían absolutamente correctos para empresas sin dominio en el mercado, practicados por una empresa con tal dominio, limita las posibilidades de los competidores y perpetua su dominio, por lo que son sancionables a la luz de la sección 2 de la *Sherman Act*».

Veamos a continuación el tratamiento del tema en el Derecho de la Comunidad Europea. Aquí se puede hablar de posibles interpretaciones de la definición de «restricción de la competencia» tal como figura en el artículo 85.1. Bellamy y Child[708] nos dicen que la primera es entender la prohibición del artículo 85.1 en un sentido amplio y general que permite las restricciones de la competencia sólo a través de exenciones individuales o en bloque, según lo que establece el artículo 85.3. Siguiendo esta interpretación amplia, casi toda restricción entre las partes se consideraría comprendida en el artículo 85.1 y sólo serán permitidos las que alude al articulo 85.3. Estos autores dicen «... existe, sin embargo, una segunda interpretación que requiere una cierta aplicación de la "regla de la restricción razonable". En esta segunda interpretación se considera que no toda "restricción" es necesariamente una restricción de la competencia en el sentido del artículo 85.1». Esta segunda interpretación evita la necesidad de obtener una exención del artículo 85.3 excluyendo determinados acuerdos aparentemente «restrictivos» del ámbito del artículo 85.1. La complejidad de lo que se entiende por restricción de la competencia en el derecho comunitario, radica en que la Comisión y el Tribunal han aplicado estas dos interpretaciones en momentos distintos por lo que no existe una tendencia unitaria respecto a lo que puede entenderse qué es «una restricción de la competencia». Sin embargo, al igual que en el derecho americano y la mayoría de los sistemas legales que tratan del derecho de la competencia es claro que los cárteles que se crean para fijar precios o repartir mercados son acuerdos que restringen la competencia y por ello ilegales *per se*. Existen otros acuerdos que no son tan claros y la Comisión o el Tribunal realizan una interpretación de lo que significa la restricción. En este sentido nos permitimos transcribir del libro de Bellamy y Child parte de la sentencia del Tribunal en el proceso de Technique Minière decidido en 1966.

> «El caso trataba de un acuerdo por el que una compañía francesa (Technique Minière) obtenía el derecho exclusivo de vender en Francia determinadas máquinas de nivelar, fabricadas por una compañía alemana (Maschinenbau Ulm) y se obligaba a no vender máquinas que hicieran la competencia a la primera. La compañía francesa quiso renegociar el acuerdo en el momento de pagar las máquinas, en base a que el contrato contravenía el artículo 85,1. No obstante, no había "una protección territorial absoluta" y no se impedían las importaciones paralelas. Al resolver una cuestión prejudicial a tenor del artículo 177 del Tratado CEE, el Tribunal rechazó la alegación de la Comisión de que la restricción aceptada por Maschinenbau Ulm de no competir con Technique Miniére necesariamente comportaba una "restricción de la competencia" prohibida. El Tribunal señaló que los acuerdos concediendo una exclusiva de venta no restringían "por su propia naturaleza" la competencia protegida por el artículo 85.

[708] *Ibidem*, p. 98.

Considerando en fin que, para que le alcance la prohibición del artículo 85, párrafo 1, el acuerdo litigioso debe tener "por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común", que el carácter no cumulativo, sino alternativo de tal condición, que resulte de la conjunción "o", conduce "en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, teniendo en cuenta el contexto económico en el que debe ser aplicado". Que las alteraciones del juego de la competencia, contempladas en el artículo 85, párrafo 1, deben resultar de todas o de parte de las cláusulas del propio acuerdo, que en caso de que el análisis de tales cláusulas no revelara un grado suficiente de nocividad respecto a la competencia, convendría entonces examinar los efectos del acuerdo y, para que le afecte la prohibición, exigir la reunión de aquellos elementos de los que resulte que el juego de la competencia ha sido, en efecto, ya impedido, ya restringido o falseado de modo sensible; que el juego de la competencia de que se trate debe entenderse en el contexto real en que hubiera tenido lugar en ausencia del litigio; que en particular la alteración de la competencia puede ponerse en duda si tal acuerdo resulta precisamente necesario para la penetración de una empresa en una zona en la que no estaba presente; que por ello, para apreciar si un contrato con una cláusula "concediendo un derecho exclusivo de venta" deba ser considerado como prohibido por su objeto o por su efecto, hay que considerar en particular la naturaleza y la cantidad limitada o no de los productos que sean el objeto del acuerdo, la situación e importancia del concedente y concesionario en el mercado de los productos de que se trate, el carácter aislado del acuerdo litigioso o, por el contrario, su lugar en un conjunto de acuerdos, el vigor de las cláusulas destinadas a proteger la exclusiva o, por el contrario, las posibilidades dejadas a otras corrientes comerciales sobre los mismos productos por medio de reexportaciones e importaciones paralelas»[709].

En este caso el Tribunal rechazó claramente una interpretación «*per se*» sugerida por la Comisión y se decidió a favor de una «regla de restricción razonable» o regla de la razón.

De este caso se pueden inferir las siguientes conclusiones:

1. Al decidir si el artículo 85,1 es de aplicación, primero es necesario considerar «el objeto» del acuerdo.
2. La concesión de un derecho exclusivo de venta no tiene por su propia naturaleza el «objeto» de restringir la competencia, al menos cuando el derecho exclusivo es necesario para la penetración por parte de la empresa en un nuevo mercado.
3. Si el «objeto» del acuerdo no restringe la competencia por su propia naturaleza, hay que considerar luego el «efecto» del acuerdo sobre la competencia teniendo en cuenta el contexto económico completo en el que el acuerdo opera.
4. Para juzgar el «efecto» del acuerdo debe tenerse en cuenta la competencia que habría en ausencia del acuerdo de que se trate.
5. Ha de demostrarse que el efecto sobre la competencia sea apreciable.
6. Entre los factores relevantes para determinar si el acuerdo afecta a la competencia de una manera apreciable hay que incluir en particular, a) las cuotas de mercado de las partes en el mercado relevante; b) si el acuerdo es único o forma parte de un conjunto de acuerdos similares; c) si el acuerdo impide la posibilidad de importaciones paralelas.

[709] *Ibidem.*, p. 100.

De lo analizado concluimos que hay dos sistemas: El que hemos llamado *sistema de control a posteriori*, por ejemplo, el de Francia o el de Estados Unidos (a excepción de las restricciones que tienen influencia sobre los precios), en virtud de las cuales las empresas mismas juzgan si el acuerdo cae o no dentro de la prohibición, y, como son ellas las que libremente lo juzgan, asumen las consecuencias, de poner o no en práctica el acuerdo que luego puede ser declarado ilícito. Las autoridades administrativas se limitan a vigilar que no se pongan en funcionamiento acuerdos prohibidos y cuando conocen estos acuerdos... declaran la nulidad del mismo e imponen la sanción respectiva.

En este sistema los acuerdos se juzgan por sus efectos en el mercado. Los esfuerzos están concentrados solamente en las verdaderas restricciones perjudiciales a la competencia. El inconveniente de este sistema es que las personas no saben si el acuerdo que han llevado a la práctica es o no legal hasta que no se produce la decisión de la autoridad administrativa.

> «Frente a este sistema encontramos *el sistema a priori* que es el que se sigue en Alemania y en el Tratado de Roma. Estas normas prohiben directamente las fuentes que dan lugar a tales prácticas».

Con respecto al sistema *a priori* Cabanellas expresa: «La limitación y la restricción se caracterizarían, por la existencia de un determinado fenómeno económico, la competencia, cuya intensidad, determinable a través de distintas graduaciones sufriría una disminución. En cuanto a la distorsión de la competencia, tal figura supone una imagen *a priori* de la concurrencia, que se vería modificada de manera de resultar una conducta o conjunto de conductas diferentes de esa imagen»[710].

El artículo 3 del Decreto 701 norma regulatoria de la libre competencia en el Perú no sigue un criterio preventivo, sino reactivo y represivo. La legislación peruana no castiga con nulidad la fuente de donde nacen las prácticas colusorias, sino cuando estas prácticas limiten, restrinjan o distorsionen la competencia y en adición se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional. Nuestra legislación ha negado la sanción *a priori*, no aplicando la sanción de nulidad a los acuerdos, convenios, decisiones que aún teniendo por finalidad impedir, falsear o limitar la competencia, no generan perjuicios para el interés económico general.

Ambos sistemas presentan ventajas y desventajas. En el sistema de control *a priori* se puede proceder contra los convenios o acuerdos que tuvieran por objeto una restricción de la competencia, sin necesidad que ésta restricción se lleve a la práctica, evitando las consecuencias nocivas de la aplicación de prácticas colusorias en el mercado, pero, por otra parte se frena el libre albedrío, la independencia, la libertad de los agentes económicos que participan en el mercado y que muchas veces para que éste funcione, para que sea dinámico, sea agresivo, se realizan acuerdos que pueden restringir la competencia pero que produce un mayor beneficio al mercado que si el acuerdo no se hubiese adoptado. Por otra parte las legislaciones que tienen el sistema de control a posteriori permiten a las empresas llegar a todo tipo de acuerdos pero sólo sancionan a aquellos que cumplen con los supuestos establecidos en las disposiciones legales de cada ordenamiento jurídico. La desventaja es que el poder sancionatorio funcione cuando los efectos nocivos de tales acuer-

710 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 248.

dos ya se han producido, provocando la restricción de la competencia en el mercado, daños que pueden ser irremediables.

En los actos de Competencia Desleal se utiliza la expresión «Falsear» que es una expresión que se adapta mejor a los actos de competencia desleal. En cambio cuando utilizamos términos como Impedir o Restringir la competencia, hacemos referencia a la libre competencia. Hay limitación de la Libre Competencia cuando impedimos a otra persona o empresa el ejercicio de una actividad determinada.

La ley prohíbe las prácticas restrictivas derivadas de convenios, decisiones, o conductas conscientemente paralelas. En otros casos la actividad está permitida en su conjunto, pero en algunas de sus modalidades particulares la competencia está limitada.

Los ataques contra agentes del mercado o contra las instituciones que fomentan la competencia constituyen prácticas restrictivas de la competencia que en forma de conductas prohibidas atentan contra la validez del bien jurídico.

Abanto nos dice:

> «Atentados contra la eficiencia funcional de un mecanismo tan esencial de la vida económica como la competencia causan distorsiones económicas y peligros para la macroeconomía. Precisamente estos atentados son "afecciones" contra el bien jurídico "libre competencia", las que, debido al carácter valorativo de lo afectado, no tienen por que implicar siempre directamente un menoscabo de intereses individuales»[711].

Entre los objetivos del Decreto Legislativo 701 se encuentran los de definir «las conductas reprimidas por su virtualidad para limitar, restringir o distorsionar la competencia. Y elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar, de modo cabal, el correcto funcionamiento de los mercados».

La lesión a la libre competencia no alcanza a constituir un perjuicio para los valores protegidos por el Decreto Legislativo, siendo necesario que se configure un daño respecto de elementos más amplios del sistema económico.

Como dice Friedrich Hayek: «Lo nocivo no es el fenómeno del monopolio en sí, sino la limitación de la competencia que puede acompañar al mismo. De manera general, por lo tanto, cabe afirmar que lo que es lesivo, para la colectividad no es la existencia de aquellos monopolios que son consecuencia de una mayor eficacia empresarial, o bien del exclusivo control de determinados recursos limitados, sino la posibilidad de mantener dicha privilegiada posición una vez desaparecidas las causas que la produjeron. Ello deriva sobre todo de la circunstancia de que el monopolista está en posición de utilizar su ventajosa situación, no solo para establecer un precio único aplicable a toda su clientela, sino también para discriminar entre los distintos consumidores en base a los precios a cada uno de ellos demandados...»[712].

Alfonso Miranda[713] afirma que en la actualidad la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o

---

711 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 39.

712 HAYEK, Friedrich. Volumen III. Unión Editorial, p. 151.

713 MIRANDA LONDOÑO (s/f). *Op. cit.*,pp. 52-70.

contraproducentes pero pretenden controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de posición dominante en el mercado. Lo que se pretende no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos ni la erradicación de todos los existentes sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a las prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la relación de este tipo de prácticas.

«...de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional»

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define el término **perjuicio** como: «Efecto de perjudicar o perjudicarse. Ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que debe indemnizar, además del daño o detrimento material causado por modo directo»[714].

El «Perjuicio al Consumidor» es un elemento usualmente dejado de lado al momento de evaluar una conducta atentatoria de la libre Competencia. En efecto, el art. 3 del D.L. 701 consagra, lo que se conoce en la doctrina como la «regla de la razón» o «*Rule of reason*»[715]. Dicho artículo señala «Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con

---

[714] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1578.

[715] **Regla de la Razón**

Existen casos en los cuales una concertación entre competidores puede tener efectos procompetitivos, sea porque ayuda a ordenar el mercado o porque existe un reducido peligro de concertar precios. En el famoso caso del *Chicago Board of Trade*, la bolsa de productos de Chicago señaló que el precio de la cotización del trigo que arribara a la ciudad, desde el cierre de la bolsa hasta su apertura, sería el último fijado en rueda y que ese precio sería además el de apertura. Las Cortes señalaron que no sólo era muy pequeña la cantidad de trigo que podía llegar en la noche sino que el orden logrado en el mercado permitiría a un mayor número de firmas participar en el intercambio comercial y con ello se generaría mayor competencia de precios.

En el caso *Chicago Board of Trade* las Cortes aplicaron la regla de la razón, porque el daño al mercado era tan pequeño que, por lejos, los beneficios excedían cualquier perjuicio que la restricción pudiera crear.

Otro caso importante de la jurisprudencia americana es el de BMI-CBS. El acuerdo celebrado entre las firmas tenía por objeto licenciar en forma general los derechos de autor. Esta licencia general (*blanket licence*) hacía posible la transacción pues era virtualmente imposible licenciar disco por disco. Este es otro caso en el cual se aplica la regla de la razón pues de no existir este tipo de acuerdo no sería posible que se realice el contrato o se produzca el bien o servicio.

Otro caso de regla de la razón es el de las patentes. Ninguna firma incurriría en el gasto y en el riesgo de crear un producto costoso desde un punto de vista tecnológico si no pudiera, en determinados casos, realizar licencias cruzadas o sub-licenciar a otras firmas y evitar además con la garantía que están licencias no se otorguen a terceros.

También se aplica la regla de la razón en aquellos casos en los cuales las firmas acuerdan las reglas que los van a gobernar. Por ejemplo, el tamaño de las canchas de fútbol o las reglas del juego de béisbol. Sin embargo no es lo mismo si las firmas concertan una misma tarifa de salarios para los jugadores de los diferentes equipos, o cuanto pagar por hora por la transmisión de todos los juegos. No se puede acordar tarifa plana uniforme, cuando debe primar la competencia entre los canales de televisión en función del interés del público por determinados equipos. No por ello dejará de aplicarse la regla de la razón.

¿Cuál es la metodología para la aplicación de la regla de la razón?

1. En primer lugar debemos determinar y cuantificar el daño real o potencial al proceso competitivo, creado por la conducta o acuerdo restrictivo.

las normas de la presente ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional»[716].

Si bien la frase interés económico general no es particularmente clara, considero que no se trata, o en todo caso no se debe tratar, de una cuestión teórica que apunta a considerar el sistema económico como entidad abstracta, sino a un asunto absolutamente práctico, como es el perjuicio al consumidor como consecuencia del accionar de las empresas. En efecto, siendo la economía la interacción de ofertantes y consumidores, un perjuicio causado al interés económico por culpa de uno o más ofertantes no puede materializarse en alguien que no sea su contraparte, es decir, los consumidores. Lo anterior no implica que no puedan haber perjuicios a otros ofertantes o competidores de quien efectúa la práctica ilícita. Sin embargo, el asunto radica en que el daño a los competidores debe tener como consecuencia también alguna desventaja a los consumidores.

Es evidente, que el hecho que se requiera de un perjuicio a los consumidores no significa que tiene que producirse un aumento de precios al consumidor. El perjuicio puede ser a mediano o largo plazo.

En la legislación argentina las prohibiciones mencionadas en el Artículo 1[717] de la Ley por si sola no configuran actos sancionados. Es requisito que «generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional». Relaciona los actos con conductas prohibidas con el sistema económico.

La ley peruana presupone la efectiva lesión del bien jurídico protegido que es el interés económico general. Sin embargo cabe señalar que no se trata de una cuestión teórica, de una lesión en abstracto, sino por el contrario es un asunto eminentemente práctico. La lesión de la libre competencia por si sola no es suficiente, es necesario que el interés económico general haya sufrido perjuicios. Es necesario una comprobación de una lesión en el bien jurídico protegido.

En las legislaciones sudamericanas se tiende a reconocer varios bienes jurídicos tutelados al mismo tiempo: el interés de los consumidores, el bienestar general, la competencia, el ordenamiento económico general, etc. Aquí aparecen contradicciones sobre todo cuando se trata de armonizar la teoría de bien jurídico con los correspondientes textos legales. La ley argentina, por ejemplo, se titula «Ley de Defensa de la Competencia», pero exige al mismo tiempo que las restricciones de la competencia sean idóneas para lesionar el «interés económico general».

---

2. Analizar el tamaño de la empresa y la influencia que esta tiene en un mercado determinado.
3. Analizar la conducta para decidir si la misma es *per se* ilegal. Si no se trata de un tipo de conducta restrictiva expresa *per se* ilegal entonces procede aplicar la regla de la razón.

716 Artículo 1: Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

717 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 353-354.

La ley peruana recepciona la técnica argentina, pero presupone la efectiva lesión del interés protegido: «... de modo que se generen perjuicios para el interés económico general...». Por ello, una lesión de la competencia por sí sola no puede ser suficiente para realizar los tipos correspondientes. Entonces, la aplicación de las prohibiciones de la ley peruana sería más impracticable aún que las argentinas, pues mientras estas suponen la ya complicada comprobación de un peligro para el interés económico general (art. 1 de la ley 22.262), aquéllas exigen la verificación de una **lesión** del bien jurídico (art. 3 del D. Leg. 701).

> «Este elemento es parte integrante de los tipos específicos de los arts. 5 y 6 de la ley peruana, junto con los demás elementos típicos para la verificación de una práctica restrictiva de la competencia.
>
> Ese concepto sólo puede ser normativo, en ese sentido de una grave lesión o puesta en peligro de los objetos del bien jurídico (un proceso competitivo concreto o la libertad de actuación o elección de competidores o consumidores concretos). Es de desear que esta concepción sea formulada de la manera más clara posible en las resoluciones de la Comisión, la cual parece compartir esta opinión, pese a no haber encontrado hasta ahora una formulación más exacta»[718].

Como señala Manuel Abanto Vásquez, «la Comisión de Libre Competencia no exige hasta ahora que se verifique un daño económico concreto, sino solamente que se den los elementos previstos en los tipos correspondientes, es decir la afección del proceso competitivo y con ello la de la libre de competencia de todos los participantes en el mercado»[719].

Queda claro que debe haber una lesión al interés económico general y que produzca un perjuicio. Al lesionarse el bien jurídico protegido se altera de alguna manera el funcionamiento del mercado. Sin embargo esta situación por si sola no es sancionable, lo que se sanciona es el perjuicio al consumidor.

Resulta que conductas que parecen ser anticompetitivas, en última instancia, lejos de producir un perjuicio para el consumidor son beneficiosas para la comunidad. Cuando dos empresas se fusionan se genera una concentración de mercado. Esto puede disminuir la intensidad de las fuerzas competitivas en un sector, pero al mismo tiempo esta concentración eleva la productividad a través de economías de escala logradas en la nueva empresa.

Cada caso en particular debe ser analizado, considerar los hechos particulares y circunstancias propias con la finalidad de poder determinar si el acto o conducta es o no beneficiosa para el interés económico general.

Como dice Guillermo Cabanellas: «Esta dificultad no puede, en general, ser resuelta mediante la limitación de las figuras relativas a la competencia, de manera tal que queden excluidas de las correspondientes prohibiciones los diferentes tipos de conductas que resulten favorables al interés económico general, salvo que a tales efectos se utilice una fórmula amplia y relativamente vaga que haga mención, directa o indirectamente, de éste. Así, no sería posible tutelar adecuadamente dicho interés excluyendo de la prohibición legal a las conductas que resulten en un aumento de la productividad, pues debe haber otros elementos que hagan a tal interés, por ejemplo el mantenimiento del empleo en una

---

718 *Ibidem*, p. 354.

719 CABANELLAS, Guillermo. *Op. cit.*, p. 178.

zona deprimida, y por otra parte, puede ocurrir que el aumento de la productividad sea de escasa trascendencia frente al perjuicio ocasionado a la competencia...»[720].

Guillermo Cabanellas señala:

«El artículo requiere que las conductas consideradas sean de naturaleza económica y que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Con la potencialidad de un perjuicio se hace referencia a un peligro concreto razonablemente determinable en cada caso particular y no a la mera posibilidad lógica y abstracta de lesión; y con la afectación del interés económico general se deja en claro que es él el que sufre al trabarse el fundamento de un mercado, de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad»[721].

Continua señalando:

«...Siempre será necesario, sin embargo que exista algún tipo de efecto negativo sobre la competencia, a fin que se configuren los extremos previstos en el artículo 1 de la LDC y consiguientemente del artículo 41 de la misma ley»[722].

Jorge Otamendi señala:

«...La ley no castiga en su artículo 1 otra cosa que la restricción efectiva no la tentativa, no el acto fallido...»[723].

«...El artículo 1 nos dice que no hay en esta ley ninguna conducta por sí ilegal. Cada caso debe ser analizado y en atención a los factores particulares que lo rodeen establecer si la conducta es o no beneficiosa para la comunidad»[724].

Una determinada conducta por sí sola no es sancionable. Puede darse el caso que una conducta en una circunstancia especial sea objeto de sanción y la misma conducta bajo circunstancias distintas esté exenta de punibilidad. El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 consagra la «regla de la razón» o «*rule of reason*» como se le conoce en la doctrina anglosajona.

Es claro que en aquellos casos de restricciones expresas o *naked restrains* la conclusión de ambos sistemas (*per se* y *rule of reason*) será la misma pues siempre se las considera nocivas. Sin embargo esta aproximación reconoce la evaluación de la metodología y doctrina que privilegia la *rule of reason* en el análisis de las infracciones a la libre competencia.

Muchas veces una conducta produce perjuicio en el mercado donde se genera el hecho y no en el interés económico general. Todo concepto de libre competencia esta íntimamente relacionado al concepto de mercado y éste a su vez al mercado relevante. Es así que lo que se determinaría es que la conducta analizada haya generado perjuicios.

Abanto Vásquez dice: «Lo que debe analizarse es si el interés económico general de la comunidad que se nutre de ese mercado es afectado, y no el interés económico general del

720 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 178.

721 *Ibidem*, p. 287.

722 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 287.

723 OTAMENDI, Jorge. «El Interés Económico General y el artículo 5 en la Ley 22.262» En: *Revista La ley*, s/f b, p. 960.

724 *Ibidem*, p. 912.

país. Se debe considerar que el perjuicio necesariamente debe recaer en el perjuicio a los consumidores de un mercado específico»[725]. De no ser así se transformaría en letra muerta el texto de la ley ya que la mayoría de las restricciones bien pueden no afectar en gran medida el bienestar de la población de todo el país.

Por lo tanto es necesario analizar el perjuicio ocasionado en el mercado relevante atendiendo las consecuencias de la conducta con respecto a los consumidores involucrados. Con respecto a este punto Otamendi[726] señala:

> «La referencia al interés económico general supera claramente la estrechez de las interpretaciones que pretenden limitar el bien jurídico protegido a los intereses de los ofertantes o adquirientes de la cadena de producción o intercambio de bienes, para acoger bajo su protección también a los intereses de los consumidores. Cuando los prejuicios son menores que los beneficios no podemos hablar que la distensión o restricción de la libre competencia sea contraria al interés económico general. En el balance de las ventajas y desventajas producidas al proceso competitivo debe analizarse si los beneficios que resultan de esa conducta son superiores a los perjuicios que ocasiona, de ser así la conducta analizada no puede considerarse como generadora de perjuicios para el interés económico... Quedan fuera entonces los conductas que aún cuando importan una restricción, como son el contrato de exclusividad o el de aprovisionamiento, el beneficio que se deriva de ellas, es mayor que el daño que causa la restricción. Con este precepto la ley nos dice que no hay actos ilegales *per se*».

Por otra parte se hace necesario señalar que «el interés económico general» precisado en la disposición que estamos analizando no sólo se refiere a una situación de producción de bienes y servicios sino que la expresión «interés económico general» engloba conductas o situaciones que van más allá del sólo hecho del aspecto productivo y que implica un mejoramiento en las condiciones del mercado, una mejor calidad de vida, mejor protección al medio ambiente, mejores condiciones laborales, una disminución en el desempleo.

El sentido concreto que se dé al concepto de interés económico general requiere, entre otros elementos, un juicio de valor sobre cuales son las metas a que debe aspirar la sociedad en el campo de la producción e intercambio de bienes y servicios, y juicios fácticos relativos a los efectos que cabe esperar de determinadas conductas económicas. Así, desde el punto de vista valorativo, una conducta puede ser considerada conveniente porque permite una más igualitaria distribución del ingreso, aun cuando inhiba el crecimiento del producto nacional; desde el ángulo fáctico, puede, por ejemplo, argumentarse que una oferta excesivamente atomizada no se presta a que las distintas empresas que la conforman realicen inversiones destinadas a mejoras técnicas. Este tipo de premisas, en las que implícita o explícitamente deben basarse la evaluación del interés económico general, no debería estar sujeta a revisión judicial.

Otamendi señala:

> «Cuando se habla de interés económico general debe necesariamente medirse el mismo dentro del mercado en el que tiene lugar la conducta restrictiva y lo que debe analizarse es si el interés económico general de la comunidad que se nutre de ese mercado es afectado y no el interés económico general del país (...).

---

725 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 355.

726 OTAMENDI (s/f b). *Op. cit.*, p. 712.

> ...una restricción no es contraria al interés económico general cuando los beneficios que resulten de esa conducta para el proceso competitivo son mayores que los daños que ocasiona. En otras palabras cuando la eliminación de la práctica significaría destruir un elemento, un instrumento de la competencia...»[727].

Por lo tanto podemos estar ante un acto o conducta que notoriamente restrinja la competencia pero si no es contraria al interés económico general, no es un acto castigado por la ley. El interés económico general estará afectado si de la conducta que se analiza resulta que los perjuicios que resultan son mayores de los beneficios. Citando nuevamente a Cabanellas[728], respecto a este punto expresa «con la afectación del interés económico general se deja en claro que es él que sufre al trabarse el funcionamiento de un mercado, de suerte que quedan a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad».

Y citando nuevamente a Otamendi[729]: «Es importante recordar siempre que el bien jurídico protegido por esta ley es la competencia, es decir, el libre juego de la oferta y la demanda: para que el beneficiario sea el público consumidor quien en definitiva comprará artículos con la mejor calidad al más bajo precio posible. Esta ley no tiene por objeto primordial la defensa del competidor aunque en algún caso la eliminación de la práctica restrictiva lo beneficie».

En cuanto a la legislación del derecho comunitario podemos señalar que: este derecho de la libre competencia sólo se aplica cuando las medidas restrictivas afectan el comercio entre varios Estados miembros de la C.E.E. Las restricciones de la competencia que afectan el comercio entre un Estado miembro y terceros países, en general, no incurren en la prohibición del artículo 85. Sin embargo, es posible que una restricción que produzca efectos indirectos en el comercio intracomunitario incurriría en la prohibición del artículo 85. O sea lo que se afecta es el comercio entre los países miembros. El concepto de interés económico general no es utilizado expresamente por el Tratado de Roma pero en el mismo artículo 85, inciso 3 autoriza a reconocer la validez de las conductas anticompetitivas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a promover el progreso técnico o económico, y que permiten a los consumidores gozar de una participación equitativa en el beneficio resultante, siempre que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no fueron imprescindibles para alcanzar tales objetivos y que no ofrezcan a dichas empresas, la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de la producción afectada. En realidad el Tratado de Roma no utiliza la expresión «interés económico general» pero en el tercer apartado del inciso 3 se da una explicación clara, extensa de lo que podría entenderse por bienestar económico general. El término comercio debe entenderse no sólo como un intercambio de mercaderías, sino también la producción, distribución y prestación de servicios. El perjuicio asimismo no siempre deberá ser ocasionado en ese momento, puede éste darse en el futuro por lo que el artículo 85 del Tratado de Roma utiliza la expresión «puede perjudicar». Si el perjuicio o la afectación del comercio no se produce entre los Estados miembros será de aplicación el derecho nacional del Estado miembro donde se produjeron los efectos del acuerdo.

---

727 *Ibidem*, p. 912.

728 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 179.

729 OTAMENDI (s/f b). *Op. cit.*

2.4. POSICIÓN DE DOMINIO

Artículo 4°.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

«Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado»

La libre competencia económica es un principio consagrado en casi todas las legislaciones del mundo. Sin embargo, el mismo sistema de libertad de competencia trae sus propias distorsiones.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define **libertad económica** como:

«Libertad: Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos...»[730].

«Económica: Perteneciente o relativo a la economía.

Economía: Administración recta y correcta de los bienes. Riqueza pública, conjunto de ejercicios y de intereses económicos...»[731].

Por otro lado el *Diccionario Económico y Financiero* la define como:

«...Ausencia de restricción

La libertad económica constituye el fundamento filosófico del liberalismo, su expresión jurídica esencial reside en la libertad de los contratos, por ejemplo el Código civil francés, la define al estipular que los acuerdos legalmente concluidos tienen fuerza de ley para las partes contratantes.

Históricamente la implantación de la libertad económica ha ido de la mano con la aparición y desarrollo del capitalismo que ha roto progresivamente las trabas que el sistema feudal representaba para la iniciativa individual. A despecho de estas afirmaciones o de las esperanzas de ciertos teóricos, la libertad económica no ha tenido en la práctica jamás otro contenido que cierto número de derechos definidos más o menos restrictivamente mediante la legislación(...).

La libertad económica es por tanto una noción relativa, variable según el punto de vista desde el cual se analiza y el contenido que en consecuencia se concede. En la medida en que la acepción más fácilmente admitida de libertad económica se refiere a las posibilidades que se ofrecen en la iniciativa individual, el ámbito de la libertad económica se ha visto disminuido durante el siglo XX»[732].

---

730 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1253.

731 *Ibidem*, p. 787.

732 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, pp. 874-875.

La libertad económica permite a una empresa poder utilizar todos los avances tecnológicos que estén a su alcance, logrando atraer cada vez más consumidores sacando del mercado a otros competidores los cuales ofrecen productos que no son tan solicitados. El competidor que aplica tecnología de punta, que ofrece mejores precios y que puede llegar a un mayor número de consumidores, por la mejor red de distribución que utiliza es el que está en una posición de lograr una concentración mayor de mercado. Esta concentración de riqueza y el inmenso poder que por lo general ésta concentración trae consigo conduce a las empresas a una posición dominante en el mercado. La posición dominante no es perseguida ni considerada ilícita por los ordenamientos legales. Lo que no se acepta es el abuso de la posición de dominio.

2.4.1. Concepto de empresa

Se entiende que una o varias empresas:

El *Diccionario de la Lengua Española* define a la **empresa** como:

«Empresa: Acción ardua y dificultosa que valerosamente se comienza. Cierto símbolo o figura enigmática que alude a lo que se intenta conseguir o denota alguna prenda de la que se hace alarde, para cuya mayor inteligencia se añade comúnmente alguna palabra o mote. Intento o designio de hacer alguna cosa. Casa o sociedad mercantil o industrial fundada para emprender o llevar a cabo construcciones, negocios o proyectos de importancia. Obra o designio llevado a efecto, en especial cuando en él intervienen varias personas. Entidad integrada por el capital y el trabajo, como factores de la producción, y dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios generalmente con fines lucrativos y con la consiguiente responsabilidad»[733].

El *Diccionario Larousse* define empresa como:

«Empresa: Acción de emprender y cosa que se emprende. Símbolo o figura enigmática. Obra o designio llevado a efecto, en especial cuando intervienen varias personas. Conjunto de actividades, bienes patrimoniales y relaciones de hecho. Unidad económica de producción de bienes y servicios»[734].

En términos más específicos Cabanellas, en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, define empresa como:

«EMPRESA.- Acción o propósito difícil e incierto, que requiere esforzado comienzo. En general, designio, finalidad, intención. Plan, proyecto. Procedimiento ejecutivo del propósito. En los tiempos caballerescos, por *empresa o divisa* (v.) se entendía el signo o símbolo pintado en el escudo o recamado en la sobrevesta por medio de emblemas, motes, letras: o figuras.

En acepciones más específicas en lo jurídico y laboral, asociación científica, industrial o de otra índole, creada para realizar obras materiales, negocios o proyectos de importancia, concurriendo de manera común a los gastos que origina y participando también todos sus miembros de las ventajas que reporte. Casa o sociedad mercantil. Unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue la obtención de beneficio, a través de la explotación de la riqueza, de la publicidad, el crédito u otra actividad económica. Organización de

733 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 814.

734 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 380.

personal, capital y trabajo, con una finalidad lucrativa; ya sea de carácter privado, en que persigue la obtención de un lucro para los socios o los accionistas; o de carácter oficial, en que se propone realizar un servicio público o cumplir otra finalidad beneficiosa para el interés general.

I. *Empresa y establecimiento. Empresa,* del latín *in -prehensa,* con el significado directo de toma o conquista, es definida por Boucraut como un organismo o agrupación organizada, jerarquizada, de hombres ligados entre sí por diversos vínculos, como el salario o el contrato de sociedad, que colaboran en la realización de un fin determinado. Ese grupo posee casi siempre duración independiente de sus integrantes, por contar con personalidad diferente de los individuos que lo componen.

Una terminología poco precisa confunde a veces las nociones de *establecimiento* (v.) y *empresa,* distintas y con reglas de aplicación diferentes: mientras que la *empresa* se considera sobre todo por otras ramas del Derecho, como el Mercantil, la noción de *establecimiento* se encuentra colocada en el primer plano del Derecho Laboral. Dentro de tal posición, el *establecimiento* se define como una "reunión de varias personas que trabajan juntas de manera permanente, en un lugar determinado, bajo la dirección de uno o varios representantes de una misma razón social". También ha sido caracterizado por Durand y Jaussaud, como "el conjunto permanente que trabaja en un mismo lugar y depende de un mismo patrono o de la misma sociedad". En tales conceptos, la *palabra lugar* no se emplea en el sentido de ciudad, sino en el de fábrica o local.

Al elemento técnico que ofrece la noción de *establecimiento,* y que consiste en el cumplimiento de la actividad productora, el concepto de *empresa* agrega el fin económico que el empresario pretende. "El jefe de *empresa,* que asume el riesgo de la actividad económica, no se confunde necesariamente con el jefe del *establecimiento.* La *empresa* y el *establecimiento* se distinguen, sobre todo cuando la actividad del empresario toma cierta amplitud. Una misma *empresa* (banco, gran almacén) puede componerse de varios *establecimientos;* cada *establecimiento* forma entonces una pequeña sociedad particular, pero desprovista de la independencia jurídica y económica que caracteriza a la *empresa*", en palabras de los autores antes citados. No obstante, no se da la contraria; es decir, que un *establecimiento* se diversifique en varias *empresas;* aunque varias distintas pueden compartir un local.

Un problema de difícil solución se plantea cuando una *empresa* se compone de varios *establecimientos,* para determinar si las relaciones de trabajo se forman en el seno del *establecimiento* o en el interior de la *empresa.* La solución se debe buscar, en primer término, en la voluntad de las partes; por ejemplo, si ésta ha consistido en la prestación de los servicios en un solo *establecimiento,* por cuanto sus tareas figuran en los cuadros de éste; mientras que los empleados superiores están ligados a la *empresa.* Esta distinción, que no se debe concebir de manera muy absoluta, da un nuevo valor a los conceptos de *establecimiento* y de *empresa.*

En definitiva, hay que no confundir el continente: la «*empresa*» con el contenido: la fábrica o *establecimiento.* La primera nota esencial distintiva está en que la *empresa* se concibe como unidad económica, en cambio el *establecimiento* se califica como unidad técnica, y es generalmente "el lugar donde se ejecuta determinado trabajo, para cierta función y bajo dirección única", según Ripert. *Así* se concibe la *empresa* como elemento productor o dinámico; en tanto que el *establecimiento* es el lugar físico donde tiene su asiento la organización que constituye la *empresa.*

En las modernas *empresas,* organizadas técnica, económica y socialmente, el *establecimiento fabril* es, en la mayoría de los casos, el meollo de la *empresa.* La tarea de dirección no se agota en modo alguno en el empleo y en la conveniente combinación de los medios de produc-

ción. Se orienta fundamentalmente hacia el mercado, a las relaciones con los restantes partícipes del mercado (fuentes de crédito, abastecedores, agentes de venta, consumidores).

2. *Génesis empresarial.* La necesidad unas veces, por reacción natural, y la voluntad en otros casos, al servicio sobre todo de la conveniencia, y de la *índole* económica de modo más particular, mueven a los hombres a la concepción de las *empresas* o a formarlas de manera espontánea. En todo caso se satisface una finalidad, que acucia cual ineludible o discurrida como útil indudablemente, con la iniciativa de la formación de la *empresa* o con los actos que la ponen por obra se aportan a la misma el espíritu y las modalidades de los fundadores.

Es lo más probable, en las conjeturas a la par históricas y sociológicas, que la familia haya constituido la primera expresión de las *empresas* de carácter económico, apenas el abastecimiento del hogar ha requerido el concurso de varios de sus miembros y el aprovechamiento o la explotación de recursos no inmediatos. En la hipótesis primitiva, que se estima bastante fundada, en que el hombre se reserva la obtención de víveres mediante la caza y la pesca, en tanto que a la mujer, por las conveniencias sedentarias de la casa, para atender simultáneamente el cuidado de la prole, se le asignan las primeras tareas agrícolas para el consumo exclusivamente del grupo familiar, se transparenta el germen de una *empresa económica* muy concreta.

La instalación de las primeras industrias, sobre los moldes de la artesanía, señala ya la aparición de las *empresas* basadas en la clientela, superada la preocupación egoísta y limitada del autoabastecimiento. En este género de *empresas,* lo reducido de los medios materiales, técnicas y mercantiles, les infunde sentido paternalista; donde el artesano que dirige al pequeño grupo que con él colabora adopta una actitud de simultánea enseñanza y de moderado lucro, que no deja de imprimirle a esa incipiente *empresa laboral* no pocos trazos de familiaridad productora todavía.

El progreso de la civilización, la complejidad creciente de los procesos productores, los adelantos de las técnicas, van tornando cada vez más delicada la creación de *empresas.* Lo costoso de las instalaciones de tipo industrial, ya no rudimentarias, exigen, por los locales, por los equipos, por los jornales que han de adelantarse a los operarios antes de obtener la venta de los productos, un capital, que va aumentando en importancia en el correr de los siglos, y que alcanzara su dimensión mayor tras la Revolución industrial y la expansión capitalista de la etapa liberal.

La *empresa artesanal* nacía y funcionaba sobre la base y el esfuerzo decisivo del operario, artista u hombre de iniciativa que se resolvía a instalarse con independencia. Pero en las *empresas* de nuestro tiempo, en las *grandes empresas,* la formación requiere una fase previa, costosa y larga, que determine desde los locales en que ha de desenvolverse y la actividad que haya de desplegarse a la selección de los colaboradores, de los directores y de los ejecutores, de los empresarios y de los trabajadores, en otras palabras; mas todo el repertorio de maquinarias y otros medios materiales precisos para la explotación que se haya de desarrollar; estudios de productividad y de mercado; planes de producción; innovaciones técnicas, publicidad, relaciones públicas y otro sin fin de aspectos para la viabilidad inicial y subsistencia estable de la *empresa* creada o que se trata de crear.

3. *Características.* Dentro de la heterogeneidad de *empresas,* por sus actividades concretas, por su diversidad organizadora, por el distinto grado de desarrollo nacional, cabe estructurar una serie de caracteres que suelen acompañar a las típicas de nuestra época.

Se menciona en primer termino la *índole humana* y *social* de las mismas, ya que no hay actuación empresarial sin el hombre y sin el hombre asociado con otros. Ello no implica y no excluye las relaciones de superioridad, de igualdad o de inferioridad recíproca entre sus integrantes.

Una segunda peculiaridad proviene de su *permanencia.* No hay *empresa* en un esfuerzo aislado e instantáneo, al menos en el sentido económico y social moderno. Eso no excluye, por supuesto, que frustraciones súbitas o prohibiciones inmediatas de los Poderes públicos puedan determinar una existencia breve para ciertas *empresas,* abortivas mas bien entonces.

La *tendencia económica* integra la esencia de las *empresas* de relieve político social y de interés político-laboral. Las de pura beneficencia o recreo, las de carácter espiritual exclusivo, por no trascender a la producción de bienes y a la creación de valores, con posibilidad de ganancias para los empresarios y de remuneraciones compensadoras para sus integrantes, no poseen la trascendencia social y pública que preocupa a los pueblos.

En cuarto lugar debe mencionarse la *estructura jerárquica,* compatible con ciertos estratos de equilibrio. Por ejemplo, los directores de una *empresa mercantil* (v.) pueden actuar con la igualdad proveniente de su carácter de socios, basta con iguales aportaciones y facultades por los estatutos; pero eso no obsta a que estén en plano superior con respecto a los restantes integrantes de la *empresa,* a los trabajadores en especial.

El desenvolvimiento de una *actividad específica,* que la sitúa en una u otra rama de la vida económica y social, y que resulta compatible con la multiplicidad de expresiones; como sucede con los grandes almacenes, que venden miles y miles de artículos distintos; y con las grandes siderurgias y establecimientos químicos, con aptitud para fabricar una diversidad indefinida de productos —para clientes muy diversos.

Naturalmente, aún cuando su enumeración se verifique en posterior término, *toda empresa,* para individualización, y por integrar con frecuencia una persona jurídica abstracta, cuenta con una *denominación privativa,* que no es raro que se componga de un nombre, con el aditamento de la especialidad a que se dedica.

4. *Elementos.* La voluntad del empresario, que sigue a su iniciativa creadora, aporta los distintos elementos materiales o inmateriales que la *empresa* requiere o procede a procurárselos de la manera más conveniente para sus propósitos y para cumplir el mandato recibido cuando actúa por delegación o como gerente de una sociedad que ha depositado en él facultades para dar cuerpo a la idea de los asociados para tal finalidad.

Para Robles Alvarez de Sotomayor cuya exposición se sigue en líneas generales en este punto, ese conjunto de bienes muebles e inmuebles, de energías de trabajo, de relaciones económicas, no constituye aglomeración informe, sino que se organiza de acuerdo con un plan. Tales elementos los integran fundamentalmente los tres grupos que a continuación se analizan.

A. ***Los bienes.*** Cada *empresa,* según su peculiaridad y medios, dispone de cierta cantidad de bienes, de naturaleza muy variada, que constituyen su fondo patrimonial; y que se encuentra en todas ellas, así sea una *troupe* de saltimbanquis que no cuente sino con un rudimentario tablado, unas cuerdas y unos trajes mas a menos extravagantes para sus funciones.

En el extremo opuesto, en las *grandes empresas,* la variedad y el valor de los bienes son asombrosos. El dinero de caja, los efectos comerciales, los depósitos en cuenta corriente y los depósitos de la cartera de valores, la maquinaria, los muebles y enseres de las oficinas, los materiales de transporte, las instalaciones de producción de energía, las marcas y las patentes de invención, son entre muchos más, algunas de las cosas y derechos que integran el patrimonio estático de la *empresa.* Todo ese conjunto de bienes puede pertenecer al empresario por títulos jurídicos muy diversos, desde el de propietario hasta el de simple gestor de lo aportado por un tercero o varios socios, los capitalistas.

B. ***Los servicios.*** Las prestaciones de actividades personales, muy diferentes también, integran elemento imprescindible en la esfera empresarial. El trabajo de alta calidad del empresario, el de sus colaboradores, desde sus técnicos a los más humildes obreros, pasando por los oficinistas, tiene en las *empresas* una rica gama de matices. El elemento humano, que en un tratamiento puramente económico constituye un factor de la producción, y

5. *Extinción.* Por decisión del empresario, satisfecho o cansado de sus actividades en el ámbito económico social; contra su voluntad, por fracaso en la gestión y ruina patrimonial, que suele desembocar en los procesos judiciales del concurso civil o de la quiebra; por medidas prohibitorias de prosecución en el ejercicio empresarial; por decisiones de los Poderes Públicos, entre otras circunstancias, una *empresa* cesa, que viene a ser la transmisión o reversión patrimonial a favor del empresario en consideración individual o de quienes compongan el patrimonio social, cuando de una compañía o sociedad se trate.

La excepción a lo anterior procede de los supuestos en que el patrimonio de la *empresa,* como conjunto o con independencia en los bienes, esté afectado a responsabilidades patrimoniales por deudas; entonces, la transmisión de los bienes se produce, por la adjudicación crediticia pertinente, a favor de los acreedores privilegiados o quirografarios.

Cuando el patrimonio de la *empresa* revierte al empresario o empresarios por extinción de las actividades, satisfechas las obligaciones pendientes, se desafecta y se reintegra a la condición privada que sea pertinente.

Para concluir con el tratamiento de lo que a las *empresas* concierne, es factible formular una especie de supervivencia de las mismas, en las que se desenvolvieron con prestigio, por cuánto su desaparición física no alcanza a ciertos valores inmateriales de las mismas. En efecto, no pocas veces, cuando una *empresa* acreditada ha dejado de actuar, los que a ella pertenecieron aducen como título calificador, al proseguir en actividades idénticas, el recuerdo y el blasón de haber pertenecido a la misma, título de presunta capacidad y de atracción para una clientela que se pretende heredar eventualmente. (v. Agrupación temporal de empresas; Ciudad y Comité de empresa; Competencia con la empresa; Consejo, Contrato y Convenio de empresa; Diagnóstico de la empresa, Economía de empresa, Fidelidad a la empresa; Función social de la empresa; Jurado y Organización de empresa; Participación en la gestión de las empresas, Pequeña empresa, Seudoempresa, Sindicato de empresa; Sociedad, Traslado y Vaciamiento de empresas.)»[735].

El *Diccionario de Términos Económicos y Financieros* define empresa como:

«Unidad económica autónoma organizada para combinar un conjunto de factores de producción con vistas a la producción de bienes o servicios para el mercado»[736].

El *Glosario* de términos de competencia define a la empresa de la siguiente manera:

«Término utilizado en el mundo de los negocios para designar una actividad o una iniciativa lanzadas con el objetivo de realizar un beneficio. Se utiliza a menudo con la palabra comercial. Habitualmente y por extensión designa la entidad comercial que realiza esta actividad y es por consiguiente sinónimo de "sociedad", "compañía" o "firma"»[737].

La ley de Reestructuración Patrimonial peruana - Texto Unico Ordenado - (D.S. N° 014-99-ITINCI) promulgada el 1 noviembre del 1999 define empresa en su artículo 1 señalando:

735 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, pp. 426-429.

736 BERNARD Y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 586.

737 KHEMANI (1995). *Op. cit.*, p. 43.

«Empresa: Toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios, establecida de hecho o constituida en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional. Se incluye sucursales en el Perú de organizaciones o sociedades extranjeras»[738].

Así pues empresa es una organización de personas que se asocian con la finalidad de llevar a cabo un fin. Este *animus societatis* es un elemento jurídico importante que la distingue de reuniones de personas coyunturales como son juntas, reuniones sociales, culturales, etc.

Esta organización tiene un órgano de dirección ejecutiva que se conoce como gerencia la que coordina los esfuerzos de la administración pues en ella confluyen factores de producción, como son el capital y el trabajo, para producir bienes y servicios que requiere el mercado para satisfacer sus necesidades.

Los recursos humanos constituyen tanto la fuerza laboral como gerencial. Los recursos de capital tienen 4 fuentes, a saber: Recursos propios, recursos de terceros en calidad de aportes y de terceros como deuda la que a su vez puede provenir del sistema financiero (banca) o del público (bolsa).

Estos recursos financian los activos productivos de la empresa que deben generar una rentabilidad para los accionistas y para el cumplimiento de sus obligaciones. Toda empresa debe generar más ingresos que egresos pues sino cae en insolvencia y debe abandonar el mercado.

Gozan...

El *Diccionario Aristos* define **gozar** como:

«Gozar: Tener o poseer algo. Tener gusto, complacencia, satisfacción de una cosa. Sentir placer o deleite»[739].

En tanto que, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* lo define como:

«Gozar: Tener o poseer algo útil y agradable. Tener gusto, complacencia y alegría de una cosa. Conocer carnalmente a una mujer. Sentir placer, experimentar suaves y gratas emociones...»[740].

2.4.2. Posición de dominio en el mercado

«Posición de dominio en el mercado...»

Evaluar si una empresa tiene poder y posición de dominio dentro de un determinado mercado es algo que se tiene que determinar. Para ello se debe proceder a estudiar el mercado relevante en sus dimensiones producto, geográfico y temporal. El que la empresa

738 Decreto Supremo 014-99-ITINCI promulgado el 1 de noviembre de 1999. En: *Diario Oficial El Peruano.*
739 ARISTOS. *Diccionario Ilustrado de la Lengua Española.* Barcelona: Editorial Sopena, 1972, p. 305.
740 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1049.

tenga o no el poder de elevar sus precios y excluir a la competencia es el factor clave para verificar y determinar si la empresa bajo análisis tiene o no una posición dominante.

Al respecto Indecopi señala lo siguiente:

«...La legislación nacional ha establecido que una empresa o varias gozan de una posición de domino en el mercado cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución. Para determinar si una empresa se encuentra en una posición de dominio se debe delimitar el mercado en que actúa la empresa, es decir, el mercado relevante, incluyendo en éste los bienes o servicios que puedan sustituir al que es materia de análisis»[741].

Y continua señalando:

«...Una empresa puede tener una posición de domino en el mercado sin que ello constituya una violación de los principios de libre competencia. La empresa con una posición de dominio del mercado no está obligada a obtener la aprobación previa de las autoridades que la regulan para realizar las actividades que ha planificado. La empresa dominante debe tener en principio la libertad de actuar en el mercado bajo su propia responsabilidad»[742].

Al respecto Alfredo Bullard sostiene que:

«...La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes en un mercado como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio...»[743].

Christopher Bellamy y Graham Child señalan:

«... una posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable independientemente de sus competidores y clientes y en definitiva de los consumidores.

Posición dominante, es por tanto, la posibilidad de impedir la competencia efectiva, lo que probablemente significa el poder de comportarse con independencia en el mercado...»[744].

Khemani, en su *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia* define a la empresa dominante como:

«Una empresa se llama "dominante" si tiene una cuota sustancial de un determinado mercado y si ésta cuota es claramente más importante que la de su más serio competidor. Se considera en general que una empresa es dominante si tiene una cuota de mercado del 40 por ciento o más. Las empresas dominantes pueden plantear problemas de competencia si se encuentran en condiciones de fijar sus precios con total independencia.

Una industria que incluya una empresa dominante conoce pues a menudo una situación de oligopolio, puesto que se caracteriza por la existencia de un pequeño número de empresas.

741 INDECOPI (1997). *Op. cit.*, p. 10.

742 *Ibidem*,p. 16.

743 BULLARD GONZÁLES (1996). *Op. cit.*, p. 296.

744 BELLAMY, Christopher y GRAHAM Child. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común.* Madrid: Ed. Civitas, 1992, pp. 507-508.

Se trata, no obstante, de un oligopolio asimétrico, puesto que las empresas no son todas del mismo tamaño. Por regla general, la empresa dominante se encuentra confrontada a un cierto número de competidores de pequeño tamaño, que constituyen la "franja competidora". Esta franja competidora incluye a veces un cierto número de entrantes (cárteles) potenciales. Por consiguiente, la empresa dominante puede ser un monopolizador confrontado a entrantes potenciales.

Como en el caso del monopolizador, la curva de demanda de la empresa dominante es decreciente. Pero a diferencia del monopolizador, la empresa dominante debe tener en cuenta en sus determinaciones de precios o de nivel de producción a las empresas de la franja competidora. En comparación con estas últimas, la empresa dominante se supone que en principio disfruta de una ventaja competidora, que acepta este precio considerándolo como algo dado.

Las empresas dominantes pueden ser blanco de la política de la competencia cuando adquieren o mantienen una posición dominante gracias a prácticas restrictivas de la competencia»[745].

Para María del Rosario Quiroga y Miguel Rodríguez la posición de dominio es:

«... La expresión posición de domino alude al dominio de una empresa sobre las demás, antes que al dominio de una empresa sobre el mercado, con lo cual las legislaciones que utilizan el concepto "posición dominante" atenderían a una preocupación por proteger a los competidores, en vez de proteger el proceso de Competencia...»[746].

Asimismo señalan:

«...Una definición adecuada del concepto de posición dominante sería la siguiente: Una empresa tiene posición dominante cuando tiene un alto grado de participación en el mercado relevante, el cual le da la capacidad de restringir la competencia y ejercer un control efectivo sobre sus competidores, clientes o abastecedores»[747].

Los autores consideran también importante el concepto de poder sustancial. Este término ha sido tomado de la legislación mexicana y se entiende como la capacidad de ejercer una influencia apreciable en el mercado relevante.

«Las empresas que tienen un poder sustancial en el mercado, aún cuando no gocen de posición dominante; ello, porque sus acciones pueden derivar más fácilmente en la adquisición ilegítima de una posición dominante o en una restricción significativa de la libre competencia»[748].

Para que se perfeccione una posición dominante la empresa debe ejercer su poder sobre un mercado relevante. La definición del mercado considerará, respecto al bien o servicio producido o prestado y/o comercializado a) la posibilidad de sustitución del mismo por otro de origen nacional o extranjero y el tiempo requerido para acceder al bien sustituto. b) el costo de los insumos y la distribución del bien, de sus complementos y de sus sustitutos, de otras regiones y del extranjero; c) los costos y probabilidad de los consumidores de recurrir a otros mercados; d) las restricciones que operan en los otros mercados y que pueden limitar el acceso a los mismos.

---

745 KHEMANI (1995). *Op. cit.*, p. 44.
746 QUIROGA y RODRÍGUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 59.
747 *Ibidem*, p. 62.
748 *Ibidem*, p. 62.

La posición dominante supone la posibilidad de ejercer una seria y fuerte influencia en los destinos de un determinado mercado. Es así como los monopolios dominantes en el mercado, influyen directa o indirectamente en los precios, en la demanda y en la obtención de productos de un determinado mercado.

En la Unión Europea[749], la posición dominante ha sido definida como «una posición de fortaleza económica que disfruta un empresario, la cual lo habilita para evitar la compe-

749 El concepto de poder monopólico está contemplado en la normatividad americana en la sección segunda del *Sherman Act*. A través de este inciso se sanciona toda empresa que trate de monopolizar o conspire para monopolizar un mercado.
La ley considera perjudicial el que una firma tenga el dominio de una industria o reduzca su producción para obtener precios más altos para sus productos, aún cuando no tenga el control del mercado.
No olvidemos que un monopolio puede ser eficiente, popular o agresivo. Por ello podemos afirmar que el monopolio no es malo ni es condenable en sí mismo, sino el abuso o la conducta de monopolizar o permanecer en posición monopólica utilizando conductas ilegales. El abuso y no el monopolio en sí es lo que es sancionable en la legislación de defensa de la libre competencia.
Históricamente las prácticas de la Stardand Oil fueron consideradas restrictivas al libre comercio y dieron origen a su forzada división. No todos los monopolios han realizado tales prácticas. Por ejemplo, la US Steal Company coordinaba con los demás competidores de la industria mecanismos para estabilizar los precios. Para estos efectos reducía su producción y mantenía sus precios altos. Esto le costó a la US Steal una pérdida significativa de su mercado, reduciéndolo del 90% a sólo un 40-50%. Aún así ésta conducta fue considerada *per se* ilegal.
En el caso Alcoa se enfrentó el problema en forma diferente. Las Cortes procedieron a un análisis aplicando la regla de la razón que corresponde a la Sección 2 del *Sherman Act*.
El análisis tuvo varios pasos, a saber:

1. Definir cuál es la participación de Alcoa en el mercado. Esto obligó a analizar cuál es el mercado real del aluminio ¿Es el aluminio parte del mercado del acero o se le debe considerar un mercado totalmente separado?
   Definir el mercado del producto es reflexionar sobre cuáles productos compiten con el producto que está bajo análisis. El acero no compite con el aluminio porque este último es más liviano y se utiliza, por su costo, en la industria aerospacial y militar. No son fácilmente sustituibles. Lo mismo no se aplica al aluminio usado el que si puede ser reciclado y por ello debe comprenderse dentro del mercado del producto.
2. El segundo aspecto a tomar en cuenta es considerar cuáles productos son prácticos sustitutos del producto bajo estudio. Para ello se puede utilizar la siguiente prueba: ¿Si uno eleva 10% el precio de las computadoras volveríamos a utilizar máquinas de escribir o calculadoras de mano? Si la respuesta es no, entonces estos bienes no integran el mercado del producto.
3. El siguiente paso es el análisis del mercado geográfico. Puede tratarse del mercado mundial, como es el caso del aluminio, pero frecuentemente las Cortes americanas lo definirán como reducido al mercado americano como un todo. Se pensará definirlo no mayor que los Estados Unidos, si no hay una razón valedera para considerarlo más pequeño.
   ¿Es ilegal tener el 90% de un mercado o es sólo una conducta indeseable?

El problema en Alcoa no era el tamaño de la empresa sino las medidas que ésta adoptó para retener su posición monopólica. En la época del caso la conducta del demandado se consideró una ofensa y una conducta ilegal el que este procediera a estimular la demanda y crear nuevas plantas para la creciente demanda que esperaba. Hoy ésta política de crecimiento agresivo es normal y se juzgaría en función de la regla de la razón, con resultados diferentes.
La monopolización, entendida en los términos del *Sherman Act*, involucra una acción o conducta ilegal que lleva a cabo una empresa con la finalidad de obtener o mantener una importante posición del mercado, un excesivo poder, o es usada para impedir la competencia o destruir un competidor.
El caso Alcoa se concentró en las conductas dirigidas a explotar o retener un mercado, más que en focalizarse en las ventajas para el consumidor. Hoy la aproximación legal ha variado, pese a que ciertas conductas permanecen siendo ilegales *per se*, no lo es el ser grande o popular. Si lo es el incurrir en una práctica que no tiene como finalidad el beneficio al consumidor sino cuya utilidad o efecto único es hacer difícil a los competidores su acción e impedirles competir adecuadamente.

tencia efectiva, hecho que lo mantiene en el mercado relevante proporcionándole el poder para comportarse en un grado independiente de sus competidores, sus clientes y por último de sus consumidores» tal como se consignó en Hoffmann-La Roche & Co. Ag. v. Commission of the European Commnunities (caso 85/76), Tribunal de Justicia Europa. (1979) ECR 461, (1979) 3 CMLR 211, (1980) FSR, 38 (febrero 13, 1979).

Esta definición es similar a la del poder monopólico[750] en los Estados Unidos. Las cortes americanas han definido este concepto como «el poder para controlar los precios del mercado excluyendo a la competencia». Estados Unidos v. E.I. du Pont de Nemours & Co. 351 U.S. 377, 391 (1956). Una firma que puede «controlar los precios del mercado» casi ciertamente puede comportarse «independientemente de sus competidores... y por último de sus consumidores»[751].

Es necesario establecer la diferencia entre estos dos conceptos tan importantes: El **«poder de mercado»** y la **«posición dominante»**.

El término **«poder de mercado»** según el *Diccionario de la Real Academia de la lengua Española*:

El caso Aspen, también de la jurisprudencia americana, hace referencia a dos empresas ubicadas en Colorado. En Aspen existen cuatro famosas montañas para esquiar las que eran propiedad de 4 empresas individuales, diferentes, las que habían acordado una entrada común para esquiar en cualquiera de las montañas, repartiéndose los ingresos en función al real uso que hagan los clientes.

Una corporación adquirió tres montañas y declaró que la entrada común sólo tendría valor en sus tres montañas y no en la cuarta. Las Cortes señalaron que no existía ningún efecto beneficioso para los consumidores en ésta restricción y que el propósito de la empresa dueña de las tres montañas no era legítima pues lo único que perseguía era poner en desventaja a su competidor.

Con referencia al Intento de Monopolizar debemos señalar que ésta conducta se presenta cuando la firma involucrada en la misma no es muy grande. La conducta es en sí misma anticompetitiva. Un caso que ilustra esta situación es el siguiente: Se trata de un periódico en una ciudad pequeña que informa a las firmas locales que no publicará sus anuncios publicitarios si ellos recurren a la radio para anunciar a través de este medio.

No es posible integrar en las normas de defensa de la libre competencia todas las prácticas comerciales dañinas como, por ejemplo, quitar el aire a las llantas de los camiones de la competencia. Esto tiene su ámbito en *tort* o responsabilidad extracontractual. Tampoco cuando un fabricante cesa a un distribuidor en forma unilateral.

Sólo se incurrirá en conductas sujetas a sanción legal en el ámbito del derecho a la libre competencia cuando exista una probabilidad significativa que las acciones que se lleven a cabo generen un monopolio. No están comprendidas todas las prácticas anticompetitivas. Tiene que ser una conducta ilegal donde el esfuerzo tiene su centro en la destrucción de la competencia o de los competidores.

En la doctrina americana el análisis del abuso de posición monopólica o intento de monopolizar comprende dos partes: El estudio del poder económico de la firma y la conducta de la empresa en el mercado relevante.

a. Poder: ¿Tiene la firma suficiente poder económico como para subir los precios o excluir a la competencia en el mercado relevante? Para contestar esta pregunta se debe analizar tanto el mercado del producto como el geográfico.
b. Conducta: El poder monopólico en sí no es ilegal. ¿Ha incurrido la empresa en una conducta anticompetitiva para adquirir poder o mantenerlo?
c. Intento de monopolizar: Aun si la firma carece de poder monopólico se debe considerar si la conducta hacia los competidores se puede caracterizar como un intento de monopolizar (Ej. Una conducta intencional e injusta).

750 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 149.

751 *Ibidem*, p. 149.

«...significa Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que tiene uno para mandar o ejecutar una cosa..

Mercado: Contratación pública en lugar destinado al efecto y en días señalados. Sitio público destinado permanentemente, o en días señalados para vender, comprar o permutar bienes o servicios. (...) Conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector de bienes...»[752].

Desde el punto de vista jurídico Amado Ezaine lo define como:

«Poder: Facultad para hacer, abstenerse o mandar algo. Potestad. Mandato. Facultad que otorga una persona a otra para que ésta obre en su nombre y por su cuenta, ya sea con alcance general o especial...»[753].

Y desde el punto de vista económico y financiero el mercado es:

«...Lugar en el que se efectúan contratos de compra-venta o alquiler de bienes, servicios o capitales.

Por ejemplo: un mercado de obras públicas, un mercado de exportación.

A ésta primera definición se añade la siguiente:

Lugar de confrontación entre la oferta y la demanda de bienes, servicios o capitales. En consecuencia y por extensión: Conjunto de las operaciones que afectan en un ámbito o lugar de intercambio dados...»[754].

Para Khemani el mercado es:

«Un mercado es el lugar donde competidores y vendedores realizan transacciones para el intercambio de bienes y servicios y donde los precios de estos bienes y servicios tienden a igualarse. Para que un mercado se equilibre o funcione correctamente, la cantidad de bienes y servicios solicitados y la cantidad de bienes y servicios ofrecidos deben ser iguales para un determinado nivel de precios. En un preciso instante, un mercado puede encontrarse en "equilibrio" o en "desequilibrio", según que la oferta total y la demanda total, regional, nacional o internacional. No supone necesariamente que los compradores y los vendedores coincidan o se comuniquen directamente entre sí. Las transacciones pueden también concluirse con la intervención de intermediarios»[755].

El poder del mercado es el poder que tiene una firma cuyas decisiones internas acerca de su producción y política de precios pueden tener consecuencias definitivas en el precio del producto en el mercado. La firma puede reducir la producción y cobrar más por el producto porque la competencia no tiene el poder de capturar el mercado que deja la firma dominante. El precio que cobraría la empresa si reduce su producción es superior al precio competitivo. Sin embargo, debemos tener en cuenta que hay que analizar factores específicos en cada caso concreto, por ejemplo, las barreras de entrada, cuántos competidores hay en el mercado o con qué porcentaje estos competidores participan en el mercado.

752 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1359.

753 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, p. 434.

754 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 915.

755 KHEMANI (1995). *Op. cit.*, p. 60.

Para contar con poder de mercado se debe no sólo tener una presencia preponderante sino ser capaz de bloquear el ingreso de terceros mediante altas barreras de ingreso.

«El concepto de poder de mercado está más relacionado con el tamaño relativo de la empresa, participación en el mercado y la estructura del mercado del cual se trate, mientras que la posición dominante depende más bien del tamaño absoluto de la empresa y su habilidad para determinar la viabilidad económica y la conducta de sus competidores. De acuerdo con ésta visión, las leyes de competencia deben basarse en el concepto poder de mercado, ya que éste correspondería a una preocupación por la eficiencia, por proteger el proceso de competencia; mientras que las leyes basadas en el concepto de dominio, se relacionarían con la protección a competidores individuales, es decir, a las pequeñas empresas frente a las grandes...»[756].

Cabanellas por su parte opina:

«...el concepto de posición dominante permite sancionar conductas abusivas por parte de las empresas que tienen poder y no sancionar a las empresas sólo por su tamaño...»[757].

Khemani opina sobre el Poder de Mercado señalando:

«Es la aptitud de una empresa (o de un grupo de empresas) para aumentar y mantener sus precios por encima del nivel de competencia. El ejercicio de un poder sobre el mercado (calificado asimismo de poder de monopolio) se manifiesta en una menor producción y en una pérdida de bienestar económico. Se puede dar una definición económica precisa del poder sobre el mercado, pero es difícil efectuar su medición concreta. Uno de los métodos propuestos es el índice Lerner, que permite calcular la cantidad en la que el precio sobrepasa el costo marginal. Sin embargo, ya que resulta difícil medir en la práctica el costo marginal, una alternativa consiste en efectuar este cálculo en relación al costo variable medio. Otra solución consiste en medir la elasticidad de la demanda en relación al precio para la empresa, puesto que ésta elasticidad va unida al margen precio-costo (beneficiario) de la empresa así como a su capacidad para aumentar sus precios. El cálculo de dicha elasticidad plantea, sin embargo, numerosos problemas.

El ejercicio efectivo o potencial de un poder sobre el mercado permite saber si nos encontramos en presencia de ataques esenciales a la competencia o si tales ataques corren peligro de producirse. En los Estados Unidos y en el Canadá, las autoridades competentes encargadas de las fusiones proceden con respecto a ello de la manera siguiente: examinan si, una vez realizada la fusión, las empresas implicadas podrán aumentar de manera duradera sus precios mas allá de un cierto nivel (por ejemplo 5 o 10 por ciento, variando la cifra según los casos) sin provocar la entrada de nuevas firmas o la producción de sustitutivos. Esta capacidad de aumento de los precios se determina por medio de un análisis detallado de la estructura cuantitativa y cualitativa del mercado y de los parámetros de comportamientos de las empresas»[758].

Es necesario tener en cuenta otros factores como, por ejemplo, el tamaño del mercado y si este está en expansión o contracción. Si la empresa elabora diferentes productos, la estabilidad de la participación de una empresa en el tiempo; cualesquiera de estos factores por sí solos no indican si existe una posición dominante en el mercado. En otras palabras,

756 QUIROGA y RODRÍGUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 60.
757 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 649.
758 KHEMANI (1995). *Op. cit.*, p. 71.

una firma que tiene un tamaño importante y domina el mercado puede perder ésta posición ante cambios tecnológicos o por la expansión y cambio del mercado tal como le sucediera a IBM en la década de los años 60.

Las utilidades por sí solas no son un indicador confiable del poder de mercado. Una firma puede tener una posición dominante, sin arrojar altas utilidades. También puede obtener altas utilidades sin tener una posición dominante. En todo caso las utilidades son difíciles de medir con exactitud.

> «Es cierto que en un modelo clásico de monopolio la firma gana altas utilidades, su precio es más alto que sus costos, a menudo sustancialmente más alto. Por lo tanto, las utilidades son algunas veces citadas como evidencia de poder de monopolio o posición dominante, pero la evidencia de altas utilidades, por sí mismas, no demuestra una posición dominante. Lo contrario es también cierto»[759].

Es casi un hecho que el establecimiento de monopolios tiene influencia en los precios y ésta situación perjudica a los consumidores. Delgado Campozano señala «para los mismos productores, por cuanto, como es sabido, los precios dependen de factores como la oferta y la demanda en un mercado determinado y si son los monopolios establecidos los que fijan las políticas en materia de oferta, pues la fórmula antes mencionada tiene forzosamente que verse alterada»[760].

El monopolio es definido por Khemani como:

> «Situación de un mercado en el que solo hay un único vendedor. En el análisis económico tradicional, el concepto de monopolio se opone al de competencia perfecta. Por definición, la curva de demanda del monopolizador es la del conjunto del sector y resulta decreciente. Por consiguiente, el monopolizador domina muy ampliamente el precio que aplica, es decir que no considera los precios como dados sino que puede fijarlos a su antojo.
>
> Si se compara el monopolio con una situación de competencia perfecta, se comprobará que el monopolizador fija un precio más elevado, produce menos y obtiene un beneficio superior a lo normal (a veces calificado como "renta de monopolio"). Al tener que pagar más caro los consumidores la adquisición de los bienes o servicios, hay pérdida neta de bienestar. Se produce, además, una transferencia de la renta de los consumidores en beneficio de la empresa en situación de monopolio.
>
> Tales son los efectos negativos que se pueden atribuir al monopolio en el marco de un análisis puramente estático. Pero el monopolio amenaza con tener otras incidencias negativas. Se desarrolla a veces el siguiente argumento: El monopolizador, al escapar con gran ventaja a las presiones de la competencia, no se ve apenas incitado a reducir sus costos o a modificar su tecnología. Además, la búsqueda de una situación de monopolio constituye a veces fuente de derroche. El argumento contrario consiste en que cierto poder de monopolio es necesario para que la empresa, gracias a un aumento de beneficios, se vea estimulada a innovar.
>
> Es preciso distinguir el monopolio del poder sobre el mercado. Hay situación de poder sobre el mercado cada vez que la empresa tenga una curva de demanda decreciente y pueda sacar partido de ello para elevar sus precios por encima del nivel de competencia. Podemos encontrarnos en presencia de una situación de poder sobre el mercado no solo en caso de

759 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 159.

760 *Ibidem*, p. 159.

monopolio, sino también en caso de oligopolio, de competencia de monopolio o de situación dominante.

El monopolio sólo puede subsistir si existen barreras de entrada, Las barreras que permiten al monopolio perdurar resultan a menudo de una protección reglamentaria otorgada en virtud de patentes o concesiones. Ciertos monopolios aparecen y permanecen sin embargo con motivo de su comportamiento estratégico o de las economías de escala que realizan. En este último caso, se trata de monopolios naturales, que se caracterizan a menudo por una curva rápidamente decreciente de los costos medios a largo plazo y de los costos marginales y por un mercado de un tamaño tal que una sola empresa está en condiciones de sacar partido de economías de escala.

El derecho y la política de la competencia califican a veces de monopolios a situaciones en las cuales una empresa posee una cuota de mercado inferior al 100 por ciento. El trámite es diferente en cada país, según los criterios que se mantengan en materia de cuota de mercado»[761].

También existe el *Monopolio Natural* que Khemani define como:

«Hay monopolio natural cuando las condiciones existentes en un mercado son tales que una sola empresa puede explotar mejor este mercado de lo que harían dos o más empresas. El monopolio natural se debe a las características de la tecnología de producción, a las demandas que se añaden a menudo las de la demanda, y no a la acción de los poderes públicos o de las empresas competidoras. El monopolio natural se distingue esencialmente por una curva fuertemente decreciente de los costos medios a largo plazo y de los costos marginales, de manera que una sola empresa se encuentra en situación de sacar plenamente partido de las economías de escala y de abastecer el mercado.

El monopolio natural se explica fundamentalmente por economías de escala y economías de gama importantes respecto a la demanda en el mercado. Se considera que hay monopolio natural en ciertos segmentos de sectores tales como la electricidad, las redes ferroviarias, el gas natural y las telecomunicaciones. Al exigir la eficiencia de la producción la presencia de una sola empresa, el monopolio natural es regulado a menudo por los poderes públicos, en particular en lo referente a los precios, la calidad y/o acceso al mercado...»[762].

Hay también otras formas irregulares de competencia como son: el duopolio o el oligopolio

«Duopolio: Situación en la que un sector de actividad solo incluye dos vendedores. Se trata, pues, de un caso particular de oligopolio. En organización industrial teórica, el duopolio se analiza a menudo como un ejemplo simplificado de comportamiento oligopólico»[763].

«Oligopolio: Situación del mercado que se caracteriza por la existencia de un número muy limitado de vendedores que son conscientes de su independencia para sus decisiones de precios y de producción. Las empresas son lo suficientemente poco numerosas como para que cada una pueda ejercer un cierto poder sobre el mercado.

El oligopolio se distingue de la competencia perfecta en que las empresas deben tener en cuenta su interdependencia, de la competencia de monopolio en que las empresas ejercen un cierto control sobre los precios y del monopolio en que el monopolizador carece de compe-

761 KHEMANI (1995). *Op. cit.*, pp. 61-62.

762 *Ibidem*, p. 62.

763 *Ibidem*, p. 38.

tidor. El análisis en términos de oligopolio tiene esencialmente por objeto determinar los efectos de la interdependencia de las empresas sobre sus decisiones de precio y de producción.

Existen varios tipos de oligopolio. Cuando todas las empresas tienen aproximadamente el mismo tamaño, el oligopolio se llama "simétrico". Si no, es asimétrico. La empresa dominante supone un ejemplo típico de oligopolio asimétrico. Una industria de oligopolio puede producir bienes homogéneos no diferenciados o bienes heterogéneos diferenciados.

El análisis del comportamiento de oligopolio se lleva a cabo normalmente en el contexto de un oligopolio simétrico y a menudo en el de un duopolio. Ya sea el oligopolio diferenciado o no diferenciado, la cuestión esencial consiste en establecer cómo las empresas tienen en cuenta su interdependencia en cuanto a su comportamiento.

Para realizar este análisis, se puede proceder de dos maneras. El primer procedimiento consiste en suponer que las empresas cooperan, es decir que se ponen de acuerdo para maximizar sus beneficios conjuntos de monopolios. En el segundo, se parte por el contrario de la idea de que las empresas actúan de manera independiente, es decir no cooperativa. El análisis de los comportamientos de oligopolio fundado sobre la hipótesis no cooperativa constituye la base de la teoría del oligopolio.

Dentro del marco de la teoría del oligopolio no cooperativo, es preciso distinguir los modelos en los que las empresas escogen las cantidades a producir y aquellos en los que escogen los precios. En general, los modelos fundados en la fijación de las cantidades se llaman "modelos de Cournot" y los modelos de fijación de precios "modelos de Bertrand"»[764].

Cuando se lanza un nuevo producto al mercado y éste captura el interés de una gran cantidad de consumidores, podemos considerar que la empresa obtiene una posición dominante, pero, en realidad, el nuevo producto no enfrenta una respuesta rápida de otros competidores y esto adicionalmente puede generar buenas ganancias. Sin embargo, el no enfrentar a otros competidores es una situación inicial, no es perenne, pues tarde o temprano viene la respuesta del mercado. Por ello la innovación no crea un monopolio. Es muy probable que otras empresas se animen a retar el producto con productos sustitutos o iguales rompiendo ésta situación aparente de posición dominante. Con respecto a las altas utilidades iniciales, estas son generalmente compensadas con las inversiones de investigación y desarrollo y el gasto de publicidad y promoción que ésta empresa tiene que realizar para lanzar su nuevo producto. Estos costos iniciales son altos para cualquier empresa y mayores tratándose de un nuevo producto.

Debido a que ésta posición de dominio es temporal y el mercado es muy dinámico la situación cambia y ya no se puede hablar de posición dominante. Sólo el poder de mercado persistente o permanente de una empresa constituye o define una posición dominante.

Montoya Mateus señala que «posición dominante es una práctica colectiva o individual, que se concreta en la expansión y decadencia del mercado, en la organización de la empresa o empresas, o sobre todo, en su poder económico global, así como en una implementación en diferentes mercados, todos estos elementos colocan a la empresa en posición de sustraerse a la competencia. El abuso de la posición dominante consiste casi siempre en la desviación de la clientela»[765].

764 *Ibidem*, pp. 66-67.
765 MONTOYA MATEUS (s/f). *Op. cit.*, p. 135.

También podemos encontrar la figura del comprador dominante. Es alguien con poder para actuar independientemente de los demás compradores y de los vendedores. En este caso nos encontramos con la figura denominada monopsonio.

Para saber si una firma tiene poder de mercado se requiere analizar varios temas que nos obligan a elaborar una secuencia metodológica:

1. Debe ser definido el mercado relevante.
2. Debe examinarse la participación del mercado.
3. Determinar si la participación del mercado refleja el poder de mercado.
4. Determinar si el poder de mercado es circunstancial o persistente.

Al realizar este análisis se puede determinar si algunas actividades de la empresa que tiene poder de mercado son aceptables, no son prohibidas y otras pueden ser prácticas monopolistas prohibidas.

Almonacid Sierra[766] plantea considerar ciertos criterios para determinar la posición dominante en el mercado:

En la jurisprudencia y en la legislación de la Unión Europea y de Estados Unidos se han establecido ciertos criterios a partir de los cuales se puede determinar los casos en que una empresa ostenta posición dominante en el mercado. Algunos de estos criterios son:

- **Participación en el mercado**: Este es un elemento fundamental para determinar si una empresa tiene o no poder en un mercado. Se calcula como porcentaje de participación en un mercado relevante. Sin embargo, las Cortes de las Comunidades Europeas han considerado que una empresa con una baja participación en el mercado pueda tener una posición dominante si es que lo controla de forma indirecta. En Estados Unidos el criterio de la Corte Suprema es que una empresa con una participación del 80% ó 90% en el mercado ocupa indudablemente una posición dominante en el mismo.

- **Dependencia**: La Comisión de la Unión Europea considera que una empresa ocupa una posición dominante en el mercado cuando los consumidores se encuentran en situación de total dependencia respecto de sus productos o servicios.

- **Factores estructurales**: En la jurisprudencia de la Corte de las Comunidades Europeas se considera que la posición dominante de una empresa surge a partir de elementos estructurales, tales como: el alto desarrollo tecnológico involucrado en la producción o en los productos que fabrica la empresa, el contar con una red de distribución altamente desarrollada, la ausencia de potenciales competidores en el área productiva o de servicios respectiva, la disponibilidad por parte de la empresa de fuentes suficientes de recursos financieros y suministros, etc.

- **Desempeño de la empresa**: En la doctrina de la Unión Europea se considera que la posición dominante se puede establecer a través de estudios técnicos sobre el desempeño de la empresa en un determinado período. Estos estudios pueden determinar la existencia de márgenes reducidos de ganancia y hasta pérdidas por un tiempo determinado pero

766 ALMONACID SIERRA (s/f). *Op. cit.*

estos no son incompatibles con una posición de dominio. Una empresa dominante puede decidir incurrir en pérdidas durante un determinado período, precisamente con el objeto de preservar su posición en el mercado y eliminar a posibles competidores.

Conrath afirma:

> «La Ley de la Unión Europea tiene el concepto de abuso de posición dominante, mientras que la de Estados Unidos no. Pero hay dos principios en la Ley de este último país que están relacionados con la idea de abuso de posición dominante: 1) la monopolización es ilegal; y 2) el poder de mercado de una firma es considerado (como un factor relevante acerca del mercado), cuando la legalidad de este acuerdo es revisada»[767].

Encontramos en los Estados Unidos dos reglas para analizar si existe o no un abuso de posición dominante. Una de estas reglas es la «Regla *Per Se*» a la cual nos hemos referido anteriormente. Es el tipo de análisis en virtud a la cual una Corte puede juzgar la conducta de una empresa en forma objetiva. Equivale a una presunción de ilegalidad, *jure et de jure*, esto es, que no admite prueba en contrario. No estudia las razones ni las causas ni las consecuencias. Es una presunción de ilegalidad absoluta. La otra regla es la «Regla de la Razón» que como dice Almonacid[768] previamente citado «sirve para analizar todos los acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio; de la historia de la práctica restrictiva en cuestión y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva. Al aplicar ésta regla se debe analizar tres aspectos: la naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia. El sujeto se puede defender demostrando que la práctica no es anticompetitiva, mientras que con la regla per se, se defiende demostrando que no realiza la conducta»[769].

Señalaremos brevemente como define Khemani, la regla de la razón:

> «Regla de la razón: Gestión consistente, para las autoridades o las jurisprudencias competentes en materia de derecho de la competencia, en sopesar los aspectos favorables a la competencia y restrictivos de la misma de una práctica comercial restrictiva, cuando tienen que decidir sobre su posible prohibición. Ciertas prácticas a primera vista restrictivas podrán, después de un examen más amplio, ser consideradas beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia. Se cita por ejemplo, el caso de un fabricante que limite la oferta de un producto en diferentes mercados geográficos y que haga solo entregas a los minoristas ya instalados, siendo su objetivo permitirles obtener un mayor beneficio e incitarles a promocionar el producto y asegurar un mejor servicios de clientela. Esta restricción, impuesta por el fabricante, puede tener por resultado aumentar la demanda de sus productos con mayor fuerza que si hubiera aceptado satisfacer una demanda entregando cantidades más importantes pero a un precio inferior.
>
> La regla de razón se opone a la ilegalidad *per se*, es decir a la prohibición absoluta y automática de ciertas prácticas. Los acuerdos sobre precios y los regímenes de precios exigidos son ilegales *per se* en numerosos países»[770].

Y Conrath Craig agrega:

---

767 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 177.

768 ALMONACID SIERRA (s/f). *Op. cit.*

769 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 177.

770 KHEMANI (1995). *Op. cit.*, p. 80.

«Las leyes de la Unión Europea y de Estados Unidos dicen que la mera posición dominante (o poder de monopolio, en el caso de este último) es legal. Como el Tribunal de Justicia Europeo ha dicho, "Una conclusión de que una empresa tiene una posición dominante no es en sí misma una recriminación; simplemente, significa que, sin tener en cuenta las razones por la cual ésta tiene tal posición dominante, la empresa tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta perjudique la competencia genuina no distorsionada"»[771].

En ambas legislaciones se considera que no existe abuso por el simple hecho de ocupar una posición dominante en el mercado. Almonacid Sierra dice: «En la tendencia actual se considera que el monopolio, mientras no realice prácticas que restrinjan la competencia no es ilegal; ya que lo que se pretende no es prohibir los monopolios ni erradicarlos, sino impedir que esos monopolios se formen y se mantengan utilizando prácticas restrictivas»[772].

En el caso de la doctrina estadounidense se considera que el tamaño del mercado no determina su legalidad. El crecimiento debe implicar un intento ilícito, esto es, haber utilizado medios indebidos para el crecimiento de su participación y poder en el mercado.

El concepto es que no se debe castigar el éxito que significa alcanzar una posición dominante. Lo que sí se castiga es llegar al monopolio practicando conductas excluyentes o ilícitas.

Cabanellas dice al respecto:

«Sin embargo la posición norteamericana consiste en prohibir la formación de posiciones dominantes, particularmente en la forma de monopolio, así como su ejercicio, pudiendo inclusive disponerse la disolución de las correspondientes empresas, con independencia de los prejuicios que efectivamente hayan sufrido los consumidores y la economía en general como consecuencia del ejercicio del poder de mercado resultante de las posiciones dominantes»[773].

Así, si bien el monopolio u oligopolio no están prohibidos si son objeto de escrutinio en la doctrina americana que enfrenta del problema desde dos ángulos: Conductas y estructuras. Esto significa que si dos empresas grandes desean fusionarse y el resultado de ésta fusión es una presencia significativa que ahoga a la competencia, la intención no será autorizada pues las autoridades norteamericanas consideran que en la estructura del mercado en su integridad se perjudica la competitividad y eficiencia. La doctrina europea y peruana se centra en conductas. Distinto es el caso de la empresa que por su potencial financiero o creatividad tecnológica adquiere el liderazgo y con ello una posición de dominio.

En la legislación peruana no se prohíbe la formación de monopolios. Esto debido principalmente al reducido tamaño del mercado. Una simple mirada al mismo nos lleva a comprobar que los sectores más significativos están en manos de monopolios u oligopolios. Si una empresa logra una posición dominante en el mercado no debe abusar de ella. Como sabemos los monopolios naturales se forman cuando una industria es atendida eficientemente por una sola empresa y debido a las características del mercado no permite la presencia de otro actor. Son casos típicos de monopolios naturales el agua, la electricidad, el correo, los servicios de baja policía y la telefonía.

771 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 177.
772 *Ibidem*, p. 177.
773 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, pp. 652-653.

La doctrina europea considera que no sólo las situaciones de monopolio pueden generar el abuso de poder de mercado. Abusos de esta naturaleza pueden encontrarse en situaciones oligopólicas, monopsódicas u olipsónicas. Al igual que otras legislaciones la concentración entre empresas no se reprime legalmente pues se considera que en mercados integrados como el europeo o en el mercado global se requiere tamaños y escalas enormes los que obligan a la concentración. «Al consagrar la prohibición del abuso de la posición dominante se quiere evitar que un ente económico valiéndose de su poder, pueda sustraerse a una competencia efectiva en una parte importante del mercado, afectando no sólo la libertad económica sino también los intereses de los consumidores, es decir, que se busca que la única forma de obtener y mantener una posición dominante en el mercado sea mediante una superior eficiencia»[774].

El artículo 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 prohíbe el abuso de la posición de dominio y señala cuales son aquellas situaciones que se consideran abuso de posición de dominio. El artículo 333 de la Constitución Política Colombiana prohíbe igualmente el abuso de la posición dominante en tanto el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2,153 de 1992 consagró la definición de lo que se entendía por posición dominante, a saber: «Posición dominante es la posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado»[775].

El artículo 50 del mismo dispositivo legal, regulatorio de la competencia, establece que:

«para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando existe posición dominante constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

---

774 El artículo 333 dice textualmente: Artículo 333.- La Actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.
La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.
La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalece organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.
El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.
La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

775 Artículo 45. Definiciones.- Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:
Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.
Acto: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica.
Conducta: Todo acto o acuerdo.
Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.
Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.
Producto: Todo bien o servicio.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente a aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del territorio y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

El Decreto Legislativo 2351 colombiano define textualmente cuáles son las conductas constitutivas del abuso de una posición dominante pero ésta enumeración taxativa no permite que, en un mercado cambiante como en el que estamos viviendo, donde las condiciones varían rápidamente, puedan darse otras situaciones no contempladas en la ley y que podrán constituir un abuso de posición dominante.

El legislador peruano también hace referencia en forma taxativa a las conductas ilegales que son consideradas como abuso de posición de dominio, pero salva el inconveniente presentado de la legislación colombiana considerado en su último inciso «otros casos de efecto equivalente». Este inciso abre la posibilidad de la interpretación jurisprudencial y dado que no se toma como base la conducta analógica sino el efecto en el mercado es muy amplio en su ámbito discrecional.

Conrath agrega: «El concepto de abuso es objetivo y está en relación con la conducta de un empresario en una posición dominante. La conducta es tal que influye en la estructura del mercado donde, como resultado de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita. La conducta, a través de recurrir a métodos diferentes, condiciona y debilita la competencia normal en los productos o servicios, donde actúa y se mide con base a las transacciones de operaciones existente en el mercado en función al crecimiento real o potencial de esa competencia»[776].

Es importante distinguir las prácticas ilegales de una competencia agresiva en el mercado. Alfredo Bullard dice: «que se ha asumido que muchas veces las empresas que tienen una posición de dominio en el mercado están en capacidad de desarrollar prácticas ilícitas dirigidas a impedir la entrada de nuevos competidores o a sacarlos del mercado mediante distintas estrategias como negativas a contratar, precios por debajo de los costos o discriminación de precios y condiciones entre otras prácticas similares»[777].

Como hemos señalado una empresa puede tener una posición de dominio sin que ello constituya una violación a los principios de libre competencia. Lo que la ley peruana sanciona expresamente es el abuso que ésta empresa puede hacer de su posición de dominio, es decir, aquella empresa que valiéndose de la posición que ocupa en el mercado, actúa de

776 CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 179.

777 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y el Abuso de Posición de Dominio». En: Revista Themis. N° 36, s/f e, pp. 65-89.

manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otras. Por ello es fundamental el rol de los órganos reguladores tales como Osiptel (telecomunicaciones), Osinerg (energía), Indecopi (el mercado en general).

En el Perú la empresa con posición de dominio no está obligada a obtener aprobación previa de los entes reguladores para proceder a fusiones y adquisiciones como parte de las actividades que ha planificado en cuanto a su expansión.

Manuel Abanto[778] nos dice que determinar si una empresa abusa de su posición de dominio supone:

«...una cuestión de hecho en la que se tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

- El tipo de conducta: ¿es claramente restrictiva de la competencia? ¿o poco leal?
- Hasta qué punto la conducta que se trata es una práctica normal en la industria.
- Hasta qué punto se domina el mercado.
- El efecto, directo e indirecto, de la conducta que se estudia en competidores y clientes.
- La intención de la empresa que tiene posición dominante: ¿quiere excluir a los terceros? ¿o es una respuesta legítima a la competencia?
- Proporcionalidad de la conducta en relación a la amenaza percibida (si es que la hubiere).
- Conexión entre la conducta de la empresa bajo estudio y los principios generales de la política comercial nacional, especialmente en cuanto eliminación de barreras entre fronteras y ausencia de discriminación entre nacionales de distintos Estados miembros».

Esto último es fundamental pues son las barreras de ingreso las que en última instancia perjudican la competitividad de una industria al aislar la competencia.

La posición de predominio que una empresa ocupa en el mercado, puede otorgarle suficiente poder como para no tener que preocuparse por rendir o competir más. La empresa al estar en una posición dominante y no sentir la presión de sus competidores no se tendrá que esforzar por mejorar la calidad de los productos ni bajar el precio de los mismos. La empresa actúa con prescindencia de sus competidores, proveedores, consumidores y otros. Esto es válido en el corto plazo pues como conocemos los mercados son dinámicos. Tanto las industrias como los productos atraviesan por ciclos de vida. Si se permite el ingreso de potenciales competidores estos pueden asaltar una posición de dominio mediante saltos tecnológicos. Por ejemplo, imaginemos que contamos con una posición de dominio en el ámbito de la telefonía al haber logrado la concesión nacional para telefonía local, de larga distancia nacional e internacional. Luego de unos años ingresan otros operadores que compiten a nivel global (en este caso además de Telefónica de España, Bell South, Tim, Nextel) pero además se presentan empresas que no usan la red ni la interconexión sino que compiten con tecnologías alternas como el Internet (Diveo, Milicom). En tanto y cuanto se permita el ingreso de la competencia la empresa bajo riesgo de perder el mercado con posición de dominio tendrá que innovar, bajar precios y competir.

778 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 229-230.

La posición de dominio representa la independencia de una empresa para fijar precios, condiciones de venta o prácticas comerciales. Su posición le otorga ventaja indiscutida en la negociación frente a proveedores y clientes.

En cuanto conductas abusivas podemos decir que existe abuso de posición de dominio cuando una empresa dominante reduce sus precios (de sus productos o servicios) por un período determinado a un nivel por debajo de sus costos con el objeto de atraer a más consumidores y destruir a sus competidores. Esto en la mayoría de legislaciones y jurisprudencias está considerado como una práctica de abuso de posición dominante. A ésta forma de abuso se le denomina precios predatorios aunque debemos señalar que cada vez más los acuerdos entre un productor dominante y un distribuidor o entre un vendedor mayorista dominante y un vendedor minorista pueden ser considerados abuso de posición de dominio. Esta discriminación en un nivel diferente del mismo proceso productivo a veces constituye abuso de posición de dominio. Decimos a veces porque existen circunstancias especiales en las cuales estos acuerdos, lejos de considerarse un abuso, generan beneficios para los consumidores. También se considera que estamos frente a una situación de abuso de posición de dominio cuando encontramos acuerdos que realizan la empresa y sus distribuidores contra otros competidores.

Todos los acuerdos que tienen por finalidad última disminuir la oferta de productos o alterar artificialmente los precios son acuerdos que cuando son promovidos por una empresa que tiene poder de mercado obligando a terceros o unilateralmente son considerados como abuso de posición de dominio. Asimismo, la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; la subordinación de la celebración de contratos a la aplicación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos, la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado, vender o prestar servicios en alguna parte del territorio a un precio diferente de aquel que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponde a la estructura de costos de la transacción[779].

---

779 Artículo 5 del Decreto Legislativo 701 que textualmente dice.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.
Son casos de abuso de posición de dominio:
a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. 807).
b. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

En la práctica es difícil distinguir aquello que es una conducta permitida propia de la misma estrategia competitiva de aquellas conductas que están prohibidas y deben ser sancionadas.

El desarrollo e innovación tecnológica, la fortaleza financiera, la posición relativa en cuanto facilidad de recursos crea una situación de predominio la cual se puede mantener optimizando la producción, usando las últimas técnicas en cuanto distribución y comercialización, calificación y capacitación constante de personal. Un empresario o una empresa con esa conducta tendrá un producto de alta calidad a un precio competitivo. Ello le permitirá contar con una mayor participación de mercado ocupando una posición dominante. En esta situación de predominio un empresario es proclive a incurrir en conductas que configuren abuso de su posición razón por la cual debe ser consciente de los límites legales que le formula el Decreto Legislativo 701 en su artículo 5.

La situación es compleja. Manuel Abanto afirma al respecto: «En la práctica, después de verificar la existencia de un "abuso objetivo", o bien se presume inmediatamente la existencia de una posición dominante en el mercado, o incluso se afirma que la empresa puede cometer el abuso en un mercado distinto a aquél donde tiene la posición dominante; por otro lado, puesto que el concepto objetivo prescinde de la voluntad del actor, con ello es posible que también puedan darse casos de abuso cometidos "imprudentemente"»[780].

Abanto termina diciendo que: «Una diferencia entre la práctica abusiva y la práctica concertada es que la práctica abusiva exige siempre la presencia del daño, mientras que la práctica concertada no supone la lesión de nadie: basta el haber atentado a la competencia para que intervenga la ley»[781].

El Tratado de Roma contiene en su artículo 86[782] la norma regulatoria. Esta estima incompatible con la política comunitaria del mercado europeo. La norma prohíbe, en la medida en que con ello pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, «el hecho de explotar de manera abusiva una o más empresas una posición dominante sobre el Mer-

---

c. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d. (derogado por el artículo 12 del D. Leg N° 807).

e. (derogado por el artículo 12 del D. Leg N° 807).

f. Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el artículo 11° D. Leg. 807).

780 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 229-230.

781 *Ibidem*, pp. 229-230.

782 Artículo 86 del Tratado de Roma.- Artículo 86. - Es incompatible con el Mercado Común, y queda prohibida, en la medida en que pueda ser perjudicial para el comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva por parte de una o de varias empresas, de una posición dominante sobre el Mercado Común o sobre una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
- Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

cado Común, o en una parte sustancial del mismo», pudiendo dichas prácticas abusivas consistir en:

1. Imponer de modo directo o indirecto precios de compra o venta y otras condiciones no equitativas de transacción.

2. Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

3. Aplicar a sus contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

4. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

En todos estos casos, lo que configura el abuso de posición de dominio es el hecho que una estructura, cuya capacidad es comparativamente mayor a la de sus competidores, pretenda excluir a estos del mercado.

Al respecto del Poder Económico y de la Posición de Dominio el economista Raúl Pérez-Reyes Espejo señala:

> «En el conjunto de herramientas que permiten analizar la competencia en un mercado. Es posible separarlas en variables de estructura y de conductas, siguiendo el esquema convencional de organización industrial, pero creo que dada la interdependencia aceptada entre estas variables e igualmente con el desempeño, es necesario dejar de considerar el concepto de estructura de mercado perfectamente competitiva, en la medida que existen varias estructuras de mercado compatibles con el concepto de competencia aquí desarrollado, centrado en las conductas, el cual se centra más en el proceso competitivo que en el equilibrio competitivo. Es por ello que consideramos como indicador de competencia a la existencia o no de posición dominante en el mercado, no considerando al concepto de poder de mercado como un indicador de competencia en el mercado, como sí ocurre en la legislación y praxis de otros países, en particular los anglosajones.
>
> El poder de mercado se define como la capacidad de la firma o firmas para fijar precios por encima de un precio competitivo, de forma sostenida, normalmente asociado con la competencia perfecta, por lo que se define como la capacidad de alejarse de forma sostenida del costo marginal o el costo incremental.
>
> Un primer problema con este indicador de competencia es la determinación del costo de oportunidad del capital propio para los accionistas de la empresa, los cuales no tienen que ser uniformes entre sí y menos aún entre empresas en un mismo mercado, con lo cual el cálculo de los costos económicos, sobre la base de los costos contables, se hace bastante incierto, en su capacidad de reflejar la real tasa de ganancia de las empresas y de la industria, por lo tanto, la determinación de beneficios subnormales, normales o supranormales.
>
> Un segundo problema es el referido al concepto de beneficio supranormal, su relación con los incentivos a la entrada a un mercado y con la generación de nuevas variedades de productos en el mercado. Un margen de ganancia supranormal tiende a ser alineado en el mediano plazo por las condiciones de entrada, pero es necesario apreciar que el margen de ganancia de un producto se asocia con su ciclo de vida y a través de la diferenciación de los mismos, en la lógica de un proceso competitivo, al igual que se comportan sus rivales. De tal forma, que un elevado margen de ganancia no es *per se* perjudicial para el consumidor, en la

medida que le permita mejorar su bienestar, intertemporalmente entendido, a través de productos de mejor calidad o de nuevos productos, que tienen su origen en el beneficio monopolio u oligopolio.

Un tercer cuestionamiento al poder de mercado, medido por el Índice de Lerner, es que este es posible de ser explicado por la concentración al interior del mercado, a través del índice Herfindhal-Hirschman (HHI), con lo cual es vulnerable a todas las críticas de los indicadores de concentración industrial como mediciones de las condiciones de competencia en un mercado.

Finalmente, es posible entender que un margen de ganancia supranormal elevado es un indicador de una conducta abusiva en precios, que, del segundo problema, queda claro, puede ser un prejuicio respecto de la conducta en el mercado y el efecto en el bienestar del consumidor en valor presente.

Como se mencionó, estos problemas nos hace utilizar el concepto de posición de dominio como indicador de competencia en el mercado, sin dejar de considerar que al ser un concepto menos relativo que el de poder de mercado, está sujeto a mayor arbitrariedad y/o error de análisis. Respecto de esto, es importante que la posición dominante en un mercado no se asocie con ningún porcentaje de participación de mercado, en la medida que cada mercado tiene sus particularidades, ni implícitamente con algún indicador de concentración industrial. De tal manera que debe evaluarse lo que el concepto plantea, la capacidad de reacción de los rivales frente a conductas de la firma analizada, esto implica estimar y/o analizar las funciones de demanda y las de reacción de cada una de las firmas del mercado analizado con la finalidad de evaluar las interacciones existentes entre ellas...»[783].

2.4.3. La Actuación de manera independiente

«...cuando puede actuar de modo independiente con prescindencia...»

Analicemos en primer lugar los conceptos de **independencia** y **prescindencia**:

En el lenguaje usual Independencia es definido por el *Diccionario de la Real Academia* como:

«Cualidad o condición de independiente. Libertad, autonomía, especialmente la de un Estado, que no es tributario ni depende de otro. Entereza, firmeza de carácter.

Independiente: Que no tiene dependencia. Que no depende de otro. Autónomo. Dícese de la persona que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena...»[784].

Guillermo Cabanellas en su *Diccionario de Derecho Usual* señala:

«Independencia: (...) Modo de ser o de proceder libre de presiones, influjos o contagios imitativos. Autonomía en el ejercicio de las funciones o en la actividad que se despliega...»[785].

Por otro lado el término prescindencia significa:

«Prescindencia: Acción y efecto de prescindir.

783 PÉREZ-REYES ESPEJO (1998). *Op. cit.*(http://200.37.87.89/862840 /aee/aee5.3.5-19990113.html).
784 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1157.
785 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 387.

Prescindir: Hacer abstracción de una persona o cosa; pasarla en silencio, omitirla. Abstenerse, privarse de ella, evitarla..»[786].

La mejor forma de evaluar una situación de prescindencia es observar si la empresa tiene la facultad de actuar de modo independiente en el mercado. Este actuar de modo independiente se manifiesta si la empresa prescindiendo del resto de los participantes en el mercado relevante toma decisiones y adopta políticas empresariales que afectan el precio de sus productos.

Esta independencia es relativa a 2 factores. El primero es el tiempo y el segundo las barreras de ingreso. Con respecto al primero podemos señalar que una empresa puede actuar con relativa independencia de sus competidores pero con suficiente tiempo estos podrán ofertar productos sustitutos. Igualmente de no existir barreras de ingreso al sector los mayores precios aumentarán la atractibilidad de la industria a potenciales competidores.

Fernando Montoya[787] nos dice: «la posición dominante es una práctica colectiva o individual, que se concreta en la expansión y decadencia del mercado, en la organización de la empresa o empresas, o sobre todo, en un poder económico global, así como en una implantación en diferentes mercados; todos estos elementos colocan a la empresa en posición de sustraerse a la competencia. El abuso de la posición dominante consiste casi siempre en la desviación de la clientela».

Almonacid y García Lozada[788] nos dicen que el control del poder económico de las empresas en el mercado puede ejercerse de dos maneras distintas. En primer lugar, se puede establecer un sistema que permita mantener el poder económico de la empresa en un nivel tal que pueda ser controlado directamente por la propia dinámica de la competencia y de las fuerzas del mercado o, en segundo lugar, se puede introducir un sistema de control que impida que el poder concentrado sea utilizado en un sentido perjudicial. «Así el sistema utilizado en la legislación estadounidense consiste en prohibir la formación de posiciones preponderantes en el mercado, particularmente en la forma de monopolio, cuando éste afecte la libre competencia. En cambio la legislación de la comunidad europea, que se encuentra en el artículo 86 del Tratado de Roma, acepta las posiciones dominantes, reprimiendo únicamente las conductas que basadas en tales posiciones, pueden ser calificadas como abusivas».

El abuso de una posición dominante generalmente se debe a que la empresa goza de una situación de monopolio o de una manifiesta concentración de poder económico, lo que a su vez le permite imponer a sus competidores puntos de vista o imponer a sus proveedores o clientes condiciones ventajosas en la negociación. En otras palabras es la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

Según Emmerich[789] «el dominio de mercado presupone aquí un mercado relevante objetivo (sustitubilidad de los productos) y geográfico (actos de mercado y otros factores). Se

786 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, 1660.

787 MONTOYA MATEUS (s/f). *Op. cit.*, p. 135.

788 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 99.

789 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 237.

admite un dominio del mercado cuando se comprueba un "comportamiento independiente" de las empresas concentradas en relación con los competidores y consumidores...».

Analicemos más a fondo estos temas:

Raúl Pérez-Reyes Espejo[790], miembro del área de Asuntos económicos del Indecopi, nos dice:

> «... Es común pensar en sectores económicos como si fueran industrias o mercados específicos. Un ejemplo de ello lo tenemos cuando pensamos en el sector minero y consideramos en nuestro análisis a la industria minera, ignorando que la definición de industria implica la agregación de las ventas y/o producción de empresas que proveen un bien similar, un bien sustituto, en un espacio físico determinado.
>
> En este esquema la definición de industria minera carece de sentido pues el zinc, la plata y el plomo, entre otros, carecen de relaciones de sustitución entre ellos, es decir no son sustitutos, mas bien habría que hablar de la industria del zinc, del plomo y de la plata y de mercados de zinc, plomo y plata delimitados geográficamente de alguna forma».

Todo esto nos lleva a la definición de mercado relevante, pero en especial cuando los mercados analizados tienen una relación de integración con industrias naturalmente monopólicas. Para definir un mercado relevante se utilizan tres criterios: delimitación del producto, delimitación geográfica y delimitación temporal. Aquí presentaremos los siguientes tres criterios separadamente pero en la realidad existe una importante interrelación entre ellos, que hace imposible separar exactamente cada criterio sin considerar los otros dos.

Khemani define el mercado relevante o definición del mercado como:

> «La definición del mercado: El punto de partida para cualquier análisis de la competencia es la definición del mercado a tener en cuenta, llamado el mercado de referencia o mercado pertinente. La definición de un mercado incluye dos aspectos fundamentales: i) El mercado de productos (se trata de definir los productos que deben considerarse conjuntamente) y ii) el mercado geográfico, es decir las zonas geográficas por reagrupar. La definición del mercado se produce a la vez desde el ángulo de la demanda y desde el de la oferta. En lo que se refiere a la demanda, los productos deben ser sustituibles desde el punto de vista del comprador. Desde el punto de vista de la oferta, se tendrán en cuenta los vendedores que produzcan o pudieran fácilmente producir el producto considerado o sustitutos afines.
>
> La definición del mercado engloba en general a vendedores efectivos y potenciales, es decir las empresas que pueden modificar rápidamente sus líneas de producción para suministrar productos de sustitución si el precio es suficientemente atractivo. En efecto, la existencia de vendedores potenciales limita el margen de maniobra de firmas instaladas que querrían aumentar sus precios por encima del nivel de competencia. La implantación de compradores y vendedores es la que hace que un mercado sea local, regional, nacional o internacional. Si se define demasiado estrictamente un mercado desde el punto de vista de los productos o desde el punto de vista geográfico, nos arriesgamos a desatender elementos importantes para el análisis de la competencia. Una definición demasiado amplia o estricta del mercado desemboca pues en una subestimación o en una sobrevaloración de la cuota de mercado y del índice de concentración sobre este.

790 PÉREZ-REYES ESPEJO (1998). *Op. cit.*

Las directrices en materia de fusión del Departamento americano de justicia y de la Oficina canadiense de la política de la competencia, por ejemplo, para definir el mercado de productos y el mercado geográfico a tener en cuenta, se fundan en la probable reacción de la demanda de los consumidores ante un alza anticompetitiva de los precios. El mercado se define como un producto, o grupo de productos, y una zona geográfica de venta que se caracterizan por el hecho de que una empresa hipotética que maximice su beneficio, que sería la única en vender estos productos en ésta zona, podría aumentar allí de manera estable sus precios en un importe relativamente escaso, pero no obstante significativo. Este método permite establecer para que grupo de productos y en que zona geográfica podrían los vendedores ejercer un poder sobre el mercado si estuvieran en condiciones de coordinar perfectamente su acción para comportarse como monopolizadoras»[791].

Delimitación del Producto

Este criterio evalúa en que medida un conjunto de productos sustitutos, para ello es necesario evaluar los distintos usos que tiene los productos analizados, a través de solicitar opinión a los principales demandantes (entrevistas seleccionadas y/o encuestas), luego de lo cual se establece cuales de estos productos son sustitutos cercanos y, por lo tanto pasan a ser reales o potenciales competidores. Es necesario considerar los precios en este análisis, como una forma de incorporar indirectamente la calidad de los bienes.

Si aplicáramos esto a los servicios públicos, para el caso del servicio de agua potable, por ejemplo, provisto por la empresa SEDAPAL, habría que analizar que tan substituible es el agua potable que ellos proveen por agua provista por proveedores informales, no necesariamente potable. Ello al margen de las condiciones de salubridad, pues si para un grupo de consumidores, es alternativo el uso de agua que sale de un grifo de agua, al agua provista por camión que pasa por su casa diariamente. Será necesario considerar si es que este producto es un sustituto cercano del agua potable, al margen de las acciones legales por comercializar un producto en condiciones no aptas para el consumo humano.

Igualmente podríamos pensar en el caso del servicio de recolección de desagüe, si se recuerda hace más de 100 años las técnicas de recolección eran distintas, no se utilizaban ductos, habían personas que se encargaban de hacerlo. Afortunadamente, en ambos ejemplos, para la informalidad, los precios descartarían su sustitubilidad, cuando se cuenta con sistemas de agua y desagüe, pues es un concepto generalmente aceptado que las tecnologías modernas de abastecimiento de agua y recolección de desagüe disfrutan de economías de escala y alcance (ámbito), sin embargo podríamos pensar en otros productos vinculados a ésta industria donde habría que realizar igual analizar.

De igual forma, en el caso de telecomunicaciones, es necesario evaluar la sustitubilidad entre la telefonía fija local y la telefonía celular, por segmentos de ingresos por ejemplo, de tal manera que podríamos plantear dos o más segmentos de mercado relevante, algunos de ellos con ambos productos definidos como sustitutos cercanos, mientras que en otros serían considerados como productos con alta diferenciación.

Similarmente, podríamos pensar en los productos ofrecidos por las empresas cuando es bastante probable que el producto se importe. Vale la pena señalar que el sólo hecho que un pro-

[791] KHEMANI (1995). *Op. cit.*, p. 34.

ducto se exporte de una zona a otra, no garantiza que sea rentable el comercio en sentido inverso, y es que la elasticidad de la demanda en ambas zonas no tiene que ser la misma, y por lo tanto tampoco la disposición de los usuarios a aceptar un precio mayor. Todo esto lleva a cuestionar los resultados de la prueba de Elzinga-Hogerty (1973), basada en el ratio de comercio hacia y desde una zona geográfica. Esto hace que dicha prueba deje de ser aplicable para la delimitación geográfica del mercado relevante.

Si pensamos en los servicios públicos mencionados y sus mercados relacionados, este criterio de delimitación se concentra en aspectos no tanto vinculados con los costos de transporte, sino más bien con el principio de interconexión y de congestión en redes (que implícitamente incorporan el costo de transporte). Esto es así, pues el costo de transporte en electricidad, telecomunicaciones y agua potable no son los componentes más importantes del precio y además porque estos costos experimentan economías de escala de forma casi global, de tal manera que al ampliar la red de transporte se reducen los costos unitarios del mismo (aún incorporando las pérdidas por origen físico), generando externalidades de red positivas para el resto de los usuarios y/o para las empresas concesionarias.

El principio de interconexión, permite analizar la amplitud de cobertura de una red de transporte tal que si dos zonas no se encuentran interconectadas ambas zonas no pertenecen al mismo mercado relevante, en el corto plazo a menos. Con la finalidad de evaluar la naturaleza temporal de ésta separación de mercados es necesario determinar el periodo requerido para interconectar ambas zonas lo que debe considerar la naturaleza y valor de los activos de inversión (específicos y/o hundidos, lo cual implica evaluar los mercados secundarios de activos locales e internacionales) el tamaño de la demanda que hace rentable la operación (punto de equilibrio o financiero) y el marco institucional en la que se desenvuelve una ampliación de la red, todo esto con la finalidad de determinar si una ampliación futura de la red integrará estos mercados. Aquí el énfasis debe ser el largo plazo como definición del mercado relevante.

Las dos primeras variables se encuentran fuera del ámbito de la empresa y del Estado, mientras que la última cae frecuentemente dentro de la incumbencia del Estado, al requerirse permisos especiales para ampliar la red, lo cual lleva a realizar análisis de impacto ambiental, la generación de otras externalidades a las zonas adyacentes a la ampliación y la compatibilidad de incentivos entre las distintas autoridades que intervienen en la decisión, de tal forma que el marco institucional puede devenir o no en una importante barrera de entrada al mercado, en particular por la intervención del Estado en distintas instancias: Gobierno Central y Gobiernos Locales (regionales, provinciales y distritales, para el caso de Perú).

El tema de la interconexión puede convertirse en un importante delimitador de mercados relevantes como lo plantea Pierce (1996), cuando menciona que en la industria eléctrica en los EEUU la mayoría de solicitudes de ampliación de línea de transmisión secundaria o son negadas o tardan tanto que no se realizan.

En el mismo esquema de principio de interconexión, es necesario asegurar el adecuado funcionamiento de la red, pues deficiencias en el mantenimiento de la misma pueden convertirse en equivalentes a la ausencia de interconexión, al menos en el corto plazo, inhibiendo conductas pro-competitivas que generan arbitraje. Es por ello necesario definir claramente, en el marco regulatorio del monopolio natural, las condiciones de manteni-

miento de la red, los responsables de llevar a cabo dicha tarea, los estándares de calidad mínimos de la red y las penalidades por incumplimiento de dichas reglamentaciones, e incluso de ser posible, valdría la pena establecer una norma técnica nacional que establezca los parámetros de calidad y prestación del servicio de transporte en la red.

De otro lado está el tema de la congestión en el transporte en donde lo que ocurre es que proveedores de Internet ofrecen productos diferenciados (con correo y 1 MB o de 2 MB, con varias opciones de correo, con registro en Buscadores, con correo electrónico costeado por la extensión o costeo fijo), de tal forma que será necesario realizar un estudio de mercado para evaluar la percepción de los usuarios de Internet que lo adquieren a través de un CPI, habrá que evaluar también si los CPI que trabajan con Infovía son buenos sustitutos de los de la Red Científica Peruana (RCP), de tal manera de caracterizar adecuadamente el o los mercados relevantes existentes.

Del lado del sector eléctrico, el producto en sí mismo es idéntico, no es importante la fuente generadora: térmica, nuclear e hídrica. Aquí es necesario evaluar el grado de sustitubilidad entre la energía eléctrica y otras fuentes de energía alternativa: eólica, geotérmica, cogeneración de empresas no concesionarios de electricidad.

Un tema importante en la definición de producto es el principio de acceso abierto, el cual define las condiciones de entrada a la red de telecomunicación fija local, de transmisión de electricidad y de recepción de aguas servidas, de forma que se pueda determinar si los productos comparados poseen el mismo grado de acceso a la red, con la finalidad de apreciar su nivel de sustitubilidad.

Con la finalidad de reducir la discrecionalidad debería utilizarse alguna medición del grado de sustitubilidad entre los productos, utilizando para ello: análisis de series de tiempo no estacionarias, análisis de datos de panel, encuestas de sección transversal (para realizar análisis factorial multivariado), *focus group* o experimentos *delphi*, entre las principales técnicas. Para el caso de mercados integrados verticalmente con monopolios naturales, la metodología de delimitación por producto no cambia respecto de la metodología aplicada al resto de sectores, solo es necesario incorporar el concepto de acceso a la red.

Delimitación Geográfica

Si bien dos productos pueden ser sustitutos cercanos, puede ocurrir que uno es producido en una ciudad distante de la otra lo suficiente como para que el costo de transporte represente parte importante del precio de venta final, lo cual hace que la rentabilidad sea negativa en el mercado de llegada o sea muy baja, con lo cual para efectos prácticos ambos productos se venderían en mercados distintos, y por lo tanto no serían productos que compitan al interior de un mismo mercado relevante.

En la delimitación geográfica, el criterio principalmente utilizado es el de costo de transporte (incluyendo aranceles y/o otros tributos, cuando se trata de productos importados), evaluando la importancia del mismo en el precio de venta final, con la finalidad de determinar si ambas regiones se encuentran dentro del mismo mercado relevante o no. Es importante señalar, sin embargo, que la determinación del nivel de costo de transporte tolerado por un mercado no tiene porque ser el mismo para otros mercados, aún similares, pues este nivel de tolerancia del costo de transporte se asocia con la elasticidad de la de-

manda, es decir, con la existencia de sustitutos en la zona geográfica tomada como referencia. En este tema no hay simetría en el análisis entre dos zonas geográficas.

De tal manera, que una elevada elasticidad de demanda permitirá bajos niveles de costo de transporte como proporción del precio, mientras que una baja elasticidad permitirá márgenes costo de transporte-precio mayores. Esto se explica por la existencia de sustitutos o no, respectivamente, al producto importado.

En este mismo esquema, si pensamos que la disminución máxima tolerada en la cantidad demandada de la industria, por un potencial importador, es que está se reduzca en 5%, entonces se tendrá que el precio podrá aumentar como máximo en 5% sobre la elasticidad precio propia de la demanda. Si ésta variación máxima es menor a la participación de los costos de transporte en el precio domestico final promedio, es que a pesar de existir la interconexión entre dos o más zonas, puede ocurrir que el volumen de transporte a través de la red, en ciertas zonas (nodos) puede hacer que ante la solicitud de acceso a la red en dicha zona, está sea negada por problemas de elevada congestión en el mismo. Con lo que no hay interconexión realizada en el corto plazo.

Cuando la interconexión y/o los problemas de mantenimiento y/o la congestión, no permiten la interconexión entre dos o más zonas geográficas, temporal o permanentemente, se delimita geográficamente al mercado sobre la base del nivel de interconexión de menor alcance geográfico. Es por ello que el principio de interconexión, ampliamente entendido, es importante, pues permite ampliar los mercados relevantes e incorporar a mayor número de proveedores, con lo cual se genera un entorno mucho más competitivo.

Un tema adicional, es el concepto de derechos de peaje en la red, lo cual plantea la determinación de los mismos *ex-ante*, con la finalidad de evitar prácticas disuasorias vía el mecanismo de precios.

Probablemente no hay industrias donde el principio de interconexión sea más beneficioso o perjudicial que en las industrias integradas verticalmente a monopolios naturales. Para el caso de telecomunicaciones, el principio de la interconexión universal, permite ampliar los mercados relevantes de forma tal que incluso se puede traspasar fronteras, el caso del *call back* para llamadas de larga distancia es una muestra de ello. Otro ejemplo es el del *roaming* para el caso de telefonía celular, pues el acceso a dicha red permite que un operador pueda competir en mercados relevantes más ampliados y que los consumidores puedan acceder a otros proveedores distintos al del propietario del *roaming*.

En el caso de la industria eléctrica, la amplitud de la red de transmisión de alta tensión, transmisión principal, y las redes de transmisión secundaria y de distribución, permitirá que un usuario libre o regulado pueda ser abastecido por generadores de dos zonas totalmente extremas al interior de la red. Además, permitirá que un autoproductor, cuya generación de electricidad exceda a su propia cantidad demandada de forma temporal, pueda proveer, en ciertos momentos, de energía al sistema, jugando una función alineadora de precios sobre cierto tope máximo, en mercados de corto plazo.

Delimitación Temporal

Con la finalidad de culminar la delimitación del mercado relevante es necesario definir la dimensión temporal del mismo, lo cual lleva a plantear la fecha de diferencia entre la fecha de contratación de la mercancía o servicio y la fecha de entrega de la misma. Es natural que exista una diferencia razonable entre ambas, aún en operaciones *spot*, pero es necesario medir dicha distancia, y la existencia de intervalos de la misma para definir si hay diferencia significativa entre el corto, mediano y largo plazo.

Estas industrias se caracterizan por la elevada proporción de los costos de inversión fija sobre los ingresos por ventas, y por ser parcialmente hundidos sus principales costos fijos, lo cual genera ciertas rigideces en las decisiones de ampliación de capital instalado, con lo que las condiciones de competencia en el corto plazo no son las mismas que en el mediano y largo plazo.

Adicionalmente, es necesario considerar el grado de incertidumbre macro y microeconómica como un elemento que puede convertir al mediano plazo, en un espacio temporal con similares rigideces que el corto plazo. Dentro de las variables que explican el grado de incertidumbre macroeconómica se encuentra las posibles trayectorias del Producto Bruto Interno, Inflación, Tipo de Cambio, Tasas de interés, Déficit Fiscal, Déficit en Cuenta Corriente, entre las principales, en los siguientes años. Las principales variables explicativas de la incertidumbre microeconómica son: rigidez de regulación sectorial y global, ausencia de institucionalidad y predecibilidad institucional, presencia distorsionadora del Estado en precios, calidades y cantidades entre las principales.

Sobre la base del nivel de rigideces para la ampliación de capital y/o la incorporación de nuevos proveedores en la industria será necesario definir uno, dos o tres espacios temporales en los que el mercado debe definirse, como, por ejemplo, plantea Joskow (1995) para la industria eléctrica, al definir tres mercados temporalmente hablando: corto, mediano y largo plazo, lo cual probablemente sea aplicable a las otras dos industrias antes mencionadas, en particular cuando se considera no sólo mercados al por menor, sino mercados mayoristas.

Determinación de las Condiciones de Competencia

Una vez definido el mercado relevante, de forma concreta en las dimensiones de producto, espacio y tiempo es necesario definir las variables o indicadores al interior de dicho mercado relevante, tal que se pueda aproximar el nivel de competencia existente.

Es importante aclarar que el análisis de competencia no debe considerar como referente a la competencia perfecta, en la medida que ésta estructura de mercado no sólo es extremadamente abstracta como para representar un referente real apropiado, sino que además, dado el desarrollo teórico de organización industrial reciente, son cada vez menos cuestionables los llamados aspectos indeseables de los monopolios, de un lado, y además, es aceptado que la competencia perfecta al abstraer de su análisis la noción de rivalidad se aleja del proceso competitivo, lo cual resulta de vital importancia para convertir a la competencia, no necesariamente perfecta, en estructuras de mercado que beneficien a largo plazo a los consumidores.

Concentración Industrial

Con la finalidad de rechazar la hipótesis de ausencia de competencia, es necesario medir el nivel de concentración en el mercado, tal que sea posible evaluar sólo la presencia de baja concentración industrial, lo que equivale a negar que pueda haber ausencia de competencia en ese mercado, sin embargo, no es posible afirmar lo contrario.

Para Khemani la **concentración** es:

«Concentración: Situación en la que un pequeño número de empresas representa una gran proporción de la actividad económica en términos de ventas, de activos o de empleo. La noción de concentración incluye, por lo general, al menos cuatro conceptos distintos:

La concentración global mide la parte relativa de las grandes empresas en relación con el conjunto de la economía nacional. Este indicador es utilizado ante todo por los economistas, los sociólogos y los expertos en ciencias políticas. Lo emplean en el contexto de las teorías referentes al poder económico político que las grandes empresas ejercen efectivamente o son susceptibles de ejercer con motivo de su peso económico en el seno de un país, de una industria o de una zona geográfica.

La concentración de una rama de actividad o del mercado (que se llama a menudo concentración de oferta) mide la parte relativa de las grandes empresas en la oferta de ciertos bienes (los automóviles, por ejemplo) o de ciertos servicios (los préstamos hipotecarios, por ejemplo). La teoría económica de la organización industrial ha introducido este concepto de concentración industrial o de mercado mostrando que, si las demás cosas no varían por otro lado, una fuerte concentración del mercado es más propicia a prácticas de monopolio nocivas desde el punto de vista de la asignación de los recursos y de los resultados económicos. La concentración del mercado es un posible indicador de poder sobre el mercado.

La concentración de la demanda mide la proporción de la producción de un producto principalmente adquirido por un pequeño número de compradores. En el límite, puede haber un único comprador para un producto o servicio: existe entonces monopsonio. La concentración a nivel de la demanda puede reflejarse en un poder compensador que contrarreste el poder sobre el mercado procedente de un índice elevado de concentración del mercado o de la concentración de la oferta(...).

La concentración del accionariado mide el grado de distribución entre los accionistas de los títulos de las sociedades cotizadas en bolsa. Esta noción se utiliza a menudo para dar cuenta de los activos en poder de ciertas familias o empresas o para medir el grado de control ejercido por ellas»[792].

Como indicadores de concentración industrial es posible considerar la suma de las participaciones de mercado de las principales empresas de mercado (CRn), el Índice Herfindhal Hirschman (HHI) que considera la sumatoria al cuadrado de las participaciones de mercado de todas las empresas participantes en el mercado relevante previamente definido o algunos otros índices como el de entropía o el índice de dominación desarrollado por García (1992) en México.

Un mercado puede tener un elevado nivel de concentración industrial y sin embargo las condiciones de competencia pueden ser muy intensas, por ejemplo: cuando los aranceles son bajos o cuando los costos de ingresar a la industria no son elevados, entre otros;

792 *Ibidem*, pp. 26-27.

con lo que una elevada concentración industrial es alineada por rivales potenciales, que le inhiben de tener conductas que perjudiquen al consumidor, sea en precios u otras variables, pues la amenaza del rival potencial genera conductas límites, es decir, aquellas en las que las firmas establecidas, en particular, cuando hay una sola firma, toman decisiones sobre la base de los costos marginales del rival potencial más cercano. Esto hace que el concepto tradicional de monopolio, vinculado con la existencia de una sola firma, deje de tener sentido, y se piense en una conducta monopólica cuando ésta rivalidad potencial no exista.

La función de los indicadores de concentración industrial en este esquema es desarrollar un sistema de alerta, en el que la baja concentración es entendida como presencia de competencia y la elevada concentración es un indicador de que es necesario más información sobre ese mercado, en particular acerca de las condiciones de entrada al mismo.

Condiciones de Entrada

Como ya se mencionó, las condiciones de entrada juegan un papel de alineador de mercados, con lo que mientras menores sean las barreras de entrada al mercado mayor será el nivel de competencia en el mercado. Esto determina el nivel de disputabilidad del mercado. El problema con la disputabilidad de los mercados, es que es un concepto que conceptualmente funciona bien, pero a nivel empírico no ocurre lo mismo, de hecho la experiencia internacional muestra que son muchos más los casos de ausencia de disputabilidad, empezando por el mercado de transporte aéreo de pasajeros. El concepto, como criterio absoluto, no pareciera funcionar del todo bien. Sin embargo, es un excelente criterio si se le aprecia como indicador relativo, donde hay mayor o menor grado de disputabilidad en un mercado relevante concreto.

Con la finalidad del evaluar el grado de disputabilidad, es necesario analizar la estructura de costos de las empresas y evaluar el nivel de costos fijos respecto de los costos variables, además de considerar que proporción de los costos fijos se han convertido o pueden convertirse en costos hundidos; el nivel de especificidad de los activos; el nivel de desarrollo (profundidad) de mercados de segunda (reventa) para activos fijos (local e internacionalmente); el tamaño de la demanda residual en el mercado relevante y en otros mercados, para el mismo producto; la proporción de los gastos publicitarios respecto de las ventas y los activos fijos netos; la proporción de activos fijos netos respecto de las ventas del producto; el costo de implementar una red de transporte alternativa y su nivel de especificidad como activos; entre las principales variables que permiten identificar las reales o potenciales barreras a la entrada al mercado y el grado de disputabilidad del mercado relevante analizado. Todas estas variables deben de ser analizadas tanto en su situación actual como la potencial, siendo para ello útil contar con herramientas cuantitativas que permitan simular y/o inferir conductas futuras en los mercados relevantes analizados.

El análisis de políticas de competencia en sectores integrados verticalmente a monopolios naturales, es similar al realizado a cualquier otra industria, de tal manera que la definición de mercado relevante y la definición del nivel de competencia al interior del mismo pueden ser realizados por una sola agencia especializada en analizar la competencia, no requiriéndose para dicho análisis de reguladores especializados, siendo más la labor de dichos reguladores la de conceptualización de productos e interconexión al interior de

dichos reguladores la de conceptualización de productos e interconexión al interior de dichos mercados relevantes, esto es, una labor técnica puntual que permita una mejor definición de sustitubilidad y espacio geográfico. Son labores complementarias más que antagónicas, tal como ocurre en la mayoría de países desarrollados, donde las labores están separadas.

Desde que el abuso de posición de dominio está estrechamente relacionado con los monopolios detengámonos en el concepto. El aspecto económico del mismo fue tratado en el acápite del modelo económico. El *Diccionario de la Lengua Española* señala a los monopolios como: «Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que ésta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio. Convenio hecho entre los mercaderes de vender los géneros a un determinado precio. Acaparamiento. Ejercicio exclusivo de una actividad, con el dominio o influencia consiguientes. Situación del mercado en que la oferta del producto se reduce a un solo vendedor»[793].

El *Diccionario Económico y Financiero* nos brinda otra aproximación:

> «Monopolio: Situación de mercado en la que no existe concurrencia por el lado de la oferta; no se presenta mas que un vendedor»[794].

Esta parte de la norma se refiere a los factores creados por los monopolios. Quien determina la presencia de una sola empresa en el mercado es la oferta y la demanda en un mercado específico pues es este el que busca la solución más eficiente.

Bullard señala como factor importante que tiende a la formación de monopolios el desarrollo tecnológico, porque la empresa en virtud de la innovación adquiere un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos. Este modelo temporal se logra a través de la protección de la Propiedad Industrial o porque ha logrado mejoras tecnológicas que le permiten una reducción substancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores que le permite a su vez superar, a través de la propia competencia, a sus competidores. En el primer caso se trata de una patente registrada que nos brinda exclusividad de fabricación en un mercado determinado. Si bien podemos licenciar a terceros contra el pago de un derecho el cual se conoce como *royalty* o regalía, si la empresa tiene capacidad instalada suficiente preferirá manufacturar sus productos y posicionarse en el mercado de consumidores finales. El derecho que surge de una patente expira a los 7 o 15 años dependiendo de la legislación del país. Lo que no caduca es la marca. De allí que si la empresa se apropia de determinada palabra en la mente de los consumidores volviendo su producto en el genérico logra una ventaja específica y una posición de dominio. El círculo virtuoso se logra al conquistar cada vez un mayor número de clientes, bajar los costos como resultado de la curva de aprendizaje y la economía de escala y con ello ampliar aún más el número de consumidores. La marca y el posicionamiento de la empresa es el fin último. En el siglo XXI los intangibles superan de largo el valor de los activos tangibles en una empresa.

En la legislación norteamericana las acciones de monopolización son reprimidas expresamente en virtud de la *Section 2* de la Ley Sherman. Para la sanción legal se aplica la «*rule of reason*» pues a diferencia de acuerdos restrictivos expresos aquí se debe determinar la es-

793 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1395.
794 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 956.

tructura del mercado, el peso o influencia de la empresa bajo estudio en este y si la medida ha sido anticompetitiva o promotora de la eficiencia del mismo. Abanto comenta que «El tipo legal se refiere a tres acciones diferentes: la monopolización, la tentativa de monopolizar y la fusión o la conspiración con otros con el fin de monopolizar»[795]. «...la monopolización reprimida está caracterizada por ser una conducta que apunta a conseguir o mantener una posición monopólica por medios distintos de un crecimiento natural, es decir, mediante un «*business agression*» en vez de una superioridad tecnológica o estratégica o gracias a una casualidad»[796].

En la mayoría de situaciones se debe determinar la existencia de una posición de dominio y para ello el primer paso es fijar cuál es el mercado relevante, es decir, si la empresa compite en un mercado muy específico, en un mercado amplio o en un área determinada. Todo análisis se inicia estudiando el espacio geográfico donde se manifiesta dicha competencia para luego precisar el nivel de poder de mercado que la empresa ejerce en dicho mercado específico. Se debe comprobar si es que la empresa investigada tiene tal injerencia en este mercado que puede actuar independientemente de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Es pues claro que la defensa de toda empresa bajo estudio será la de demostrar la mayor amplitud de su mercado y la facilidad de ingreso al mismo en tanto que los denunciantes o los órganos de control tratarán de enfocar el mercado en forma más restringida.

La necesidad de definir el mercado para precisar si existe o no una posición de dominio es fundamental. Al respecto es ilustrativo citar algunos conceptos vertidos en la Resolución 0106-1998/TDC-Indecopi[797] en la cual actúa como denunciante FOCODESA y como denunciada SERPOST. En ésta jurisprudencia se analiza la posibilidad de abuso de posición de dominio por parte del comprador (monopsonio).

> «Esta necesidad de definir el mercado relevante se deriva directamente de lo que se establece en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701 en el sentido de que para definir la existencia de posición de dominio debe determinarse la capacidad de la empresa bajo análisis de actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Esto implica, en el caso concreto, que la denunciada puede estar en posibilidad de tomar decisiones unilaterales sin que las reacciones de competidores, proveedores, clientes o consumidores afecten de manera significativa el efecto de la decisión adoptada y que tengan la posibilidad de implementarla».

Esta Sala concuerda con lo señalado por la Comisión en la resolución apelada, en el sentido que el mercado relevante se determina en base a la identificación del producto relevante y del mercado geográfico relevante.

Por un lado, el mercado del producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. Este análisis debe hacerse desde el punto de vista de los agentes económicos que constituyen la demanda de di-

---

795 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 284.

796 *Ibidem*, p. 284.

797 INDECOPI. «Resolución 0106-1998/TDC-INDECOPI». En: *Compendio de Jurisprudencia. Sala de Defensa de la Competencia 1998*. Tomo I, p. 460.

chos productos (consumidores). Así, debe definirse si las galletas son substitutos del pan o el agua mineral de las demás bebidas gaseosas.

A manera de ejemplo, si una empresa decidiera elevar el precio de un producto y la demanda de los consumidores hacia otros productos no se afectara, precisamente por que los consumidores no consideran estos productos opciones alternativas de consumo, entonces no podrá sostener que la empresa que elabora aquel producto está en posibilidad de actuar con independencia en el mercado relevante. Por esa razón es que el mercado relevante debe ser definido en atención a la capacidad de actuar con independencia, tal como se señala en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701. Por ejemplo, si se asumiera que el precio del pan se incrementa y los consumidores desplazan su demanda, en gran medida (elasticidad cruzada positiva), hacia las galletas, como consecuencia de dicho aumento, entonces las galletas deberán ser incluidas como parte del mercado del producto relevante. Si esa fuera la conducta de los consumidores, entonces en el supuesto que existiera un solo fabricante de pan, para medir su posición en el mercado deberá considerarse las galletas como parte del mercado relevante, pues los consumidores ven a éstas como una alternativa muy cercana al pan.

De otro lado, tal como lo señaló la Comisión, dentro del mercado geográfico relevante debe considerarse a aquellos proveedores a los que el consumidor local puede acceder sin costo adicional (derivado de un costo transporte) en el precio de compra. Si ello resulta una operación fácil, dichos proveedores deben ser incluidos en el mercado, porque los consumidores locales pueden acceder a esos productos, y no existirá posición de dominio de los productores locales al no tener la capacidad de ejercer poder sobre el mercado ante la existencia de los otros proveedores.

De la misma manera, si se produce un incremento del precio de un producto en una localidad determinada y proveedores de otras localidades acuden a la primera localidad a ofrecer sus productos incentivados por dicho aumento entonces las demás localidades deben ser incorporadas dentro del mercado relevante. Así, por ejemplo, debe definirse si las gaseosas vendidas en Lima compiten o no con las producidas en Arequipa.

En ese orden de ideas, la definición del mercado relevante (tanto geográfico como de producto) busca determinar la esfera dentro de la cual una empresa puede actuar con relativa independencia al establecer precios y condiciones de comercialización, al no estar sujeta a competencia real o efectiva que controle su posición en el mercado.

Esta Sala considera que lo expuesto anteriormente para definir el mercado relevante es válido en los casos en que lo que se encuentra bajo análisis es una causa de abuso de posición de dominio de parte del vendedor (monopolio u oligopolio). Sin embargo, en aquellos casos en que, como el presente, la conducta denunciada constituya un presunto abuso de posición de dominio de parte del comprador (monopsónico u oligopsónico), el análisis anterior debe adecuarse a ésta situación concreta.

En efecto, el problema principal en los casos de prácticas de abuso de posición de domino de parte del vendedor es que un único proveedor o vendedor busca finalmente usar su posición en el mercado (normalmente mediante la restricción de la cantidad que ofrecerá o producirá en el mercado), para establecer precios o condiciones que no hubiera podido establecer de estar sujeto a competencia efectiva. En cambio, en los casos de abuso de

posición de dominio de parte del comprador el principal problema es que un único comprador utilizará su posición en el mercado (normalmente mediante la restricción de sus compras) para establecer e imponer condiciones que no hubiera podido establecer a sus proveedores de haber tenido competencia efectiva en tales compras. Así, las potenciales víctimas del uso indebido de un poder monopsónico u oligopsónico serán los vendedores de un producto, y no los consumidores, como ocurre en el caso típico de abuso monopólico u oligopólico.

Asimismo se debe probar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en dicho mercado lo que permitiría precisar que la importancia de su participación es significativa y en cierta forma estable, es decir que no se trata de una actuación pasajera.

Competidores, compradores, clientes o proveedores...

La expresión «actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores» hace clara alusión al poder de una empresa en su manejo en el mercado, es decir, una empresa con poder en el mercado, una empresa que controla el mercado relevante, que puede influir en el precio y en las condiciones de comercialización del producto.

Luis Berenguer nos dice: «El libre juego del mercado exige que la competencia no sea distorsionada por acuerdos entre operadores económicos ni por la actuación de algunos de estos operadores que tengan una posición en el mercado tal que les permita actuar como si no tuvieran competidores. En ambos casos la conducta queda distorsionada y por ello la necesidad de perseguir tales conductas»[798]. La empresa cuando tiene una posición de dominio cuenta con la posibilidad de impedir que se desarrolle una competencia efectiva en el mercado relevante, pudiendo comportarse de manera independiente a lo que decidan sus competidores, distribuidores, consumidores. Si bien podemos definir el mercado como el lugar donde vendedores y compradores se relacionan, es decir, donde los agentes económicos interactúan, sin embargo ésta interacción puede ser asimétrica en función del factor poder relativo (capacidad financiera, tecnológica de información, etc.). En la práctica es difícil que una empresa pueda actuar «al margen», «de modo independiente», «con prescindencia» de sus competidores. Esto sólo será posible en el corto plazo pues el mercado tiende a corregir estas distorsiones a su debido tiempo siempre que la economía sea abierta.

Esta prescindencia puede reflejarse en la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra, en la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, o que se coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros que podrían, por ejemplo, ser empresas vinculadas o filiales, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación con el objeto del contrato principal. Todas estas actuaciones nos revelarían que nos encontramos frente a una posición de dominio que se está ejercitando en forma abusiva.

---

798 BERENGUER FUSTER, LUIS. *Las conductas abusivas de una posición de dominio. La Unión Europea: Estudios y Documentos.* Dykinson, 1999, p. 84.

Veamos a continuación la situación de los competidores. Para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendrá que ser monopólica o monopsódica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos, tendrá que tratarse de un producto que enfrente una demanda prácticamente inelástica y finalmente, para prescindir de sus proveedores, tendrá que ser un monopsonio. Las situaciones descritas son casos extremos. La empresa también se halla en una posición dominante cuando actúa con relativa independencia, no se requiere que la empresa sea totalmente independiente para que podamos decir que se halla en posición de dominio. Nos referimos a una empresa que tiene un significativo poder en el mercado y no uno absoluto. Debemos considerar que la posición de dominio se presenta cuando hay pocos participantes en un mercado y por ello no se enfrenta una competencia efectiva o sustancial en el mismo.

Es pertinente hacer mención a la sentencia recaída en el caso United Brands del 14 de febrero de 1978. En ésta sentencia el Tribunal de Justicia Europeo estableció que la posición de dominio a la que se refiere el Artículo 86 concierne «aquella posición de poder económico que ostenta una empresa y que le confiere el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, así como la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable con relación a sus competidores, sus clientes y finalmente los competidores». Los comentarios de los tratadistas europeos sobre ésta sentencia y de otras similares nos lleva a la conclusión que no se puede identificar posición de dominio con monopolio, aunque por lo general la existencia de un monopolio implique en la práctica la existencia de una posición dominante. Sin embargo, es posible la existencia de una posición dominante sin que sea requisito la presencia de un monopolio o monopsonio. Dependerá de la situación específica y del poder relativo que una empresa logre frente a los demás agentes económicos para calificarla como titular de poder de mercado.

Debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, los productos elaborados por la empresa, sean bienes o servicios, tienen como destino el mercado tanto industrial como el de los consumidores finales y es allí donde los consumidores tienen la última palabra. Si estos adquieren los bienes y servicios ofertados significará que estos satisfacen adecuadamente una necesidad a un precio razonable y con una predictibilidad constante. A esto último se le conoce como calidad. En las economías de mercado este es el factor determinante del resultado exitoso o no de la empresa porque es en el mercado donde se resolverá si existe o no aceptación de los productos. La actividad manufacturera o comercial de la empresa se desarrolla al unísono con la actividad de muchas otras empresas unas más eficientes que las otras. Las empresas más eficientes se mantendrán en el mercado y las otras tarde o temprano, se verán obligadas a salir del mismo. En una economía de libre empresa, las empresas eficientes siempre se ven sometidas a un constante desafío, debido a la posible aparición de otras empresas que desean capturar su porción del mercado por lo que para mantenerse en el mercado, se deben preocupar permanentemente por la eficiencia, los costos, el marketing, etc. Como expresan Eduardo Bueno e Ignacio Cruz[799] «la competencia es el elemento que asegura en las economías capitalistas el funcionamiento del mercado como elemento regulador de la

[799] BUENO, Eduardo; CRUZ, Ignacio y DURAN, Juan José. *Economía de la Empresa: Análisis de las decisiones empresariales*. Ediciones Pirámide, p. 101.

naturaleza y cantidad de la producción y de la distribución posterior de las rentas generales entre los sujetos económicos»[800].

El mercado es el árbitro final sobre el desempeño de la empresa. Las buenas ideas no tienen valor si se carece de organización. No basta una buena idea o un buen producto para tener éxito. Se requiere ponerla en práctica. Es más, un producto superior puede ser desplazado por uno inferior si en la implementación se cometieron errores gerenciales insalvables. Igualmente, es fundamental tener presente que la oportunidad de lanzamiento es clave para el éxito de un producto. Si muy pronto, el producto puede no estar listo y el mercado desconocer su utilidad. Si muy tarde la competencia puede haber tomado la delantera. El poder del conocimiento del mercado proporciona una ventaja competitiva a la empresa dominante. Una empresa puede contar con posición de dominio no por su tamaño sino por la posición y participación que tiene en el mercado.

Sullivan considera que: «Definir el mercado en términos geográficos y de producto es como afirmar que si los precios fueran altos o el volumen del producto pequeño en un área determinada, en tanto que la demanda permanece constante, la oferta proveniente de terceros no podría ingresar con la rapidez y cantidad suficiente como para restablecer el antiguo precio o volumen. Si la oferta de terceros es capaz de ingresar rápidamente de otras áreas geográficas, entonces el "mercado definido" no es lo suficientemente amplio en términos geográficos; si la oferta de terceros ingresa con la necesaria rapidez en forma de mercaderías similares o sustitutorias que no habían sido incluidas en el mercado de productos originalmente definido, entonces el mercado no es lo suficientemente amplio en términos de los productos definidos»[801].

Para abordar el tema del «mercado definido» o «mercado relevante» debemos utilizar diversos parámetros. Desde el punto de vista material se debe establecer cuáles y cuántos son los productores que conforman el mercado bajo estudio y en este sentido encontramos muchas dificultades. El análisis debe ser efectuado caso por caso, ya que puede tratarse de un producto estrechamente relacionado con productos similares y que pueden o no pertenecer al mismo mercado inmediato o por el contrario productos físicamente distintos que pueden pertenecer a un mismo mercado. Los consumidores dan usos distintos a los productos en función de su conveniencia. Este uso puede ser distinto al pensado por el productor. Así encontramos que es posible usar leche en polvo para demarcar canchas de tenis o monedas como «huachas» si su valor nominal es inferior al costo del producto como metal. Esta anomalía era frecuente en el mercado hiperinflacionario del gobierno aprista peruano 1985-1990. En toda definición de mercado relevante en función del producto, es importante considerar la intercambiabilidad o sustitubilidad de los productos. Si un producto puede ser razonablemente sustituido por otro, los dos productos pertenecen al mismo mercado. Esta sustitubilidad es calculada mediante la elasticidad cruzada precio/cantidad. Sin embargo, existe una dimensión psicológica o de preferencia en los agentes económicos que no debe dejar de considerarse.

Almonacid Sierra al hablar sobre la determinación del mercado material emplea el criterio de «elasticidad cruzada de la demanda». Esta señala que productos pertenecen a un

---

800 *Ibidem*, p. 101.

801 SULLIVAN, Laurence Anthony. *Handbook of the Law of antitrust*. West Publishing Co., 1997, p. 866

mismo mercado si una alza moderada del precio de uno de ellos conlleva un aumento importante en la demanda del otro.

Una de las formas de medición del dominio de una empresa en el mercado es evaluar su participación, aunque es importante conocer que la sola participación de mercado en un porcentaje elevado no es un elemento determinante. El análisis de otros factores también contribuyen al análisis, tal como el dominio de los canales de distribución, superior tecnología, monopolio sobre insumos esenciales, etc. La participación significativa en el mercado puede permitir a la empresa actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

Sin un diagnóstico previo de la importancia de la participación de la empresa en un mercado no existe forma de medir si tiene o no una posición dominante para reducir o eliminar a la competencia.

Por ello es interesante seguir de cerca el análisis que hizo la Sala del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la determinación de la posición de dominio en el mercado relevante, en el caso de la Resolución 0109-1998/TDC Indecopi[802] en la que la denunciante fue la empresa Superconcreto y la denunciada Chavimochic.

En ésta jurisprudencia leemos:

> «Según se ha indicado en la parte de antecedentes de la presente resolución, Superconcreto argumentó que Chavimochic realizó una práctica discriminatoria de la libre competencia en las bases administrativas de la Licitación Pública Internacional N° 00494-INADE/8401, toda vez que limitó la licitación a las tuberías de hierro dúctil y no consideró a las tuberías de concreto pretensado que producía dicha empresa.
>
> Conforme a los criterios definidos en el punto III.2 de la presente resolución, la determinación del producto relevante en los casos de posición de dominio del comprador debe efectuarse en cabeza de los proveedores presuntamente afectados. De este modo, si estos proveedores están en capacidad de producir bienes alternativos en el corto plazo que pueden ser casi tan rentables como el producto que se niega a adquirir el presunto monopsonista, y dicho cambio sería una actividad que puede esperarse de los proveedores, entonces dichas alternativas deben ser incorporadas dentro del mercado relevante. Por el contrario, si los proveedores encuentran dificultades apreciables en poder elaborar otros productos con la misma capacidad disponible, entonces el mercado relevante debe ser definido de manera restringida.
>
> Así, Chavimochic podría gozar de posición de dominio en el mercado relevante si su decisión de preferir los tubos de hierro dúctil pudiera ocasionar la salida del mercado de las empresas que producen tubos de concreto pretensado. Ello siempre y cuando dichas empresas no puedan girar con bajos costos a producir otros tipos alternativos de tubos u ofrecer los mismos tubos a otras empresas. En este orden de ideas, la Sala considera que el mercado relevante en este caso está compuesto por los distintos tipos de tubos de concreto pretensado que la denunciante u otras empresas similares efectivamente elaboran o pueden elaborar con la capacidad instalada que poseen. Geográficamente, por otro lado, el mercado relevante para la colocación de los distintos tubos de concreto pretensado se encontraría definido dentro del ámbito nacional, ya que existen pruebas sobre la ejecución de obras por parte de la denunciante en distintos puntos del país con dicho producto.

802 INDECOPI (1998). «Resolución 0109-1998/TDC-INDECOPI». En: *Op. cit.*, p. 478.

> En tal sentido, de las pruebas actuadas en el procedimiento se desprende que Superconcreto ha participado con anterioridad en licitaciones efectuadas para sistemas de agua potable —en distintos lugares del Perú— por lo que su mercado no se restringía a la compra que pudiera efectuar Chavimochic en este caso, la que, si bien es una operación importante en dicho contexto, resulta ser una entre varias posibilidades existentes en el mercado para que Superconcreto ofrezca sus tubos de concreto. En efecto, Chavimochic no es la única posible adquiriente, sino una más dentro de todas las entidades compradoras de concreto pretensado a nivel nacional, generalmente, empresas de saneamiento.
>
> Adicionalmente, la propia denuncia ha señalado que programaría una licitación para obras de conducción de riego a presión en la que emplearía tuberías de concreto pretensado, de acuerdo con el nivel de presiones exigidas por la obra. De ello se desprende que, si bien Chavimochic decidió no adquirir los tubos de concreto pretensado para el nivel de presiones de conducción de agua de la obra que pretendía ejecutar, ello no generaba obstáculos para que en otras obras con nivel de presión inferiores, éste u otros consumidores de tales tubos decidieran adquirirlos.
>
> Al respecto, conforme a lo actuado en el expediente y a lo expresado por los representantes de Superconcreto, dicha empresa se encontraba en capacidad de producir distintas clases de tubos de concreto prensado, que presentaba variaciones tanto en sus dimensiones como en otras características técnicas, como por ejemplo la presión interna a la que podían estar sometidos. A mayor abundamiento, la propia denunciante ha hecho alusión a la tecnología que posee para tal efecto, por lo que debe concluirse que Superconcreto no tendría dificultad para colocar sus productos con otros consumidores de tubos»[803].

En este caso se observa el razonamiento de la Sala el que podemos resumir en las siguientes preposiciones:

- Chavimochic no es la única adquiriente de concreto pretensado.

- Superconcreto está en capacidad de producir distintas clases de tubos de concreto pretensado.

Por lo tanto Superconcreto puede ofrecer sus productos a otros compradores. Superconcreto no depende de Chavimochic para subsistir como proveedor de tubos en el mercado, por lo que difícilmente puede tener Chavimochic posición de dominio en el mercado.

Por otro lado cuando una empresa tiene la posibilidad de elevar los precios por encima de niveles competitivos, o cuando una empresa tiene la habilidad para aumentar su porción de mercado mediante la fijación de precios por debajo del costo, no podemos concluir que estamos ante una empresa que tiene poder de mercado. Esta empresa más bien pretende limitar la producción o establecer barreras de entrada a potenciales competidores. Si logra su objetivo y este es mantenido adquiriendo una naturaleza de permanente habrá logrado un dominio del mercado.

La estructura del mercado es otro elemento interesante de analizar. En un mercado donde un competidor tiene 40% del mercado pero tiene tres competidores más con el 20% cada uno es muy difícil que llegue a contar con poder monopólico. Más poder puede tener otra empresa que tiene sólo el 20% del mercado pero el resto del mercado está re-

[803] INDECOPI. *Op. cit.*, Resolución 0109-1998/TDC-INDECOPI. p. 486.

partido entre 40 competidores. Como señalamos probablemente el segundo caso, el de la empresa que tiene un porcentaje del 20% de mercado, tiene más probabilidades de tener una posición dominante en el mercado que aquel mercado en el cual existen cuatro competidores, más o menos equilibrados, donde uno de los cuales tiene 40% del mercado. Como vemos el que tiene 20% de mercado tiene más opción de tener una posición dominante que el que posee 40% del mercado. Por lo tanto la porción de mercado es un elemento importante a tener en cuenta pero no en forma abstracta o absoluta sino más bien concreta y relativa a los demás competidores.

Si una empresa tiene una participación pequeña en el mercado, cuando intente elevar sus precios, provocará que los consumidores compren a otros competidores. Esta empresa no puede actuar independientemente de sus consumidores o competidores.

Si en cambio, una empresa que tiene una participación alta y significativa del mercado eleva sus precios sustancialmente y los consumidores quisieran cambiar a otros proveedores, pero estos no pueden abastecer al mercado, muchos consumidores no tendrán más alternativa que pagar el precio más alto. Es así como ésta empresa puede actuar independientemente de los consumidores y de sus otros competidores.

Otro modo en que una empresa puede actuar independientemente de sus competidores y/o consumidores es cuando puede fijar precios predatorios con la idea de destruir a los competidores y luego de la salida de estos del mercado poder recuperar las ganancias no percibidas en la etapa de venta bajo el costo mediante el cobro precios elevados. La ganancia no percibida en la etapa inicial es una forma de inversión que se debe de justificar con los ingresos que se podrán obtener en el futuro al tener una mayor participación en el mercado ya que los competidores débiles han salido de éste. En este caso la empresa debe asegurarse que será capaz de aumentar los precios posteriormente para compensar la reducción temporal del precio por debajo del valor mínimo.

Analizar la participación de mercado con la que cuenta una empresa es una tarea técnica y compleja. Debemos mencionar que históricamente se ha pretendido equiparar participación de mercado con poder de mercado. Así, podemos decir que las empresas que tienen una gran participación generalmente poseen un gran poder y por lo tanto una empresa con poca participación tiene poco poder de mercado. Esto no es necesariamente cierto, pues las empresas pueden optar por diversas estrategias competitivas. Porter señala al menos: Costos o escala, diferenciación y *focus*. Solo la primera privilegia el tamaño y por ende la participación porcentual significativa del mercado. Las otras dos estrategias privilegian el margen y apuntan a segmentos mucho más exclusivos. Pese a ello tienen enorme poder de mercado. Pensemos en fabricantes como Rolex, Mont Blanc o Daimler Benz. No está demás señalar que una respuesta a esta crítica puede ser que estas firmas no compiten en los mercados de relojes, lapiceros o autos de alto precio respectivamente sino en el mercado de lujo.

En opinión de Gómez Segade[804] «la delimitación del mercado relevante debe llevarse a cabo atendiendo a tres factores fundamentales: objeto, ámbito geográfico y ámbito temporal».

[804] GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit.*

En primer lugar, dice el autor, «hay que delimitar objetivamente el mercado, para comprobar si las mercaderías o servicios compiten o no entre sí, o con otras mercaderías o servicios». La intercambiabilidad de los productos presupone que estamos ante un mismo mercado. Esta intercambiabilidad se produce cuando los consumidores consideran similares los productos o servicios en razón de su precio, propiedades o uso. «En el mismo grupo de productos, el precio puede representar un papel tan relevante que haga posible la subdivisión del grupo de productos o servicios en varios mercados, e igualmente las diferencias de calidad pueden conducir al nacimiento de varios mercados de productos pertenecientes al mismo grupo»[805].

En segundo término «también se precisa una delimitación geográfica del mercado, para comprobar si en el mismo se ha producido una limitación o restricción de la competencia...». Por último, hay que señalar que también el factor temporal contribuye a delimitar un mercado... Sin embargo, siempre se deberá huir de cualquier intento de fijar límites temporales rígidos para delimitar el mercado.

Es interesante mencionar la Resolución 0117-1997/TDC-Indecopi[806], en la cual el denunciante es la empresa Fundición de Metales Bera del Perú S.A. (Bera) y la denunciada Minsur S.A.

El 5 de Julio de 1995, Bera denunció a Minsur ante la Comisión por abuso de posición de dominio, consistente en una negativa injustificada de venta de concentrado de estaño, al amparo del inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701. Para determinar si hubo abuso de posición de dominio se tuvo que realizar el mercado relevante tanto geográfico como de producto concentrado de estaño.

En este sentido en el rubro Análisis de la cuestión en discusión, la Sala procedió a definir el Mercado Relevante.

Para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuáles son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor. El punto es establecer cuál es el nivel de competencia efectiva al que está sujeto un proveedor para así determinar si es posible que dicho proveedor cuente o no con poder de mercado.

La definición del mercado relevante es una tarea básica para analizar si efectivamente existe posición de dominio de la que pudiera eventualmente estarse abusando. Dentro de este contexto, para el análisis correspondiente conviene tener en cuenta criterios de evaluación tales como la capacidad de acceso de los compradores, características particulares del producto, relación entre los niveles de los precios, posible competencia internacional, costos de transporte y arancel, entre otros.

En el caso específico del concentrado de estaño, el mercado relevante debe estar determinado de acuerdo a las operaciones comerciales que se realicen en torno a este producto o la posibilidad razonable de realización de tales operaciones, teniendo en cuenta la

805 *Ibidem.*

806 INDECOPI (1998). «Resolución 0117-1997/TDC-INDECOPI». En: *Op. cit.*, p. 533.

posible existencia de bienes sustitutos y potenciales competidores. Para ello debe definirse el mercado relevante del producto y el mercado relevante geográfico.

Para definir el mercado relevante del producto debe establecerse qué productos son efectivamente sustitutos del producto en cuestión, esto es, que alternativas reales tiene el consumidor para girar su demanda en caso que elevara el precio del producto inicial. La finalidad para la cual se adquiere el concentrado de estaño en el presente caso, es el refinamiento para su posterior comercialización en un mercado de estaño refinado, por lo cual la presencia o no de sustitutos debe analizarse dentro de dicho ámbito. Por tanto, la sustitución de dicho mineral está determinado por su adaptabilidad a los procesos de refinamiento para los fines específicos que el consumidor da al bien en cuestión.

De la revisión de los actuados se aprecia que el denunciante alega que existen diferencias en concentrado de estaño originadas en el grado de pureza del mismo, lo que justifica el tratamiento del estaño boliviano como uno perteneciente a un mercado distinto, en atención a que tiene una menor calidad. En este caso, la diferencia del grado de pureza va a constituir para el adquiriente un mayor o menor costo de refinamiento de acuerdo a la ley de concentrado, siendo que un bajo grado de pureza determina un costo elevado para el proceso de refinamiento. No obstante, la presencia de impurezas determina también la diferencia en el precio del mineral en torno a un sistema de premios y castigos, lo cual compensaría, por medio del mismo sistema de mercado, el costo que genera refinarlo.

En consecuencia, la diferencia en la ley de concentrado de estaño no importa una exclusión en la determinación del mercado relevante, siendo que por el contrario dicho mercado está constituido en principio por toda la producción del mineral en cuestión, no habiéndose acreditado en el expediente por parte de la denunciante que el estaño boliviano sea realmente de una ley inferior o que esa ley inferior justifique tratar dicho estaño como uno que no puede ser incluido dentro del mercado relevante. En consecuencia el mercado relevante es el del concentrado de estaño en general, no siendo admisible diferenciar el mercado según el nivel de pureza del mineral.

Un segundo paso es definir el mercado relevante geográfico, es decir, los proveedores de qué área geográfica deben ser considerados para determinar la extensión del mercado en el que el denunciado actúa en relación con los consumidores.

De la revisión del expediente se verifica que Minsur es la única empresa que produce concentrado de estaño dentro del territorio nacional. Sin embargo, una supuesta posición de dominio únicamente puede ser establecida siempre que no existan otras alternativas razonables de compra fuera del mercado peruano. Si efectivamente dichas alternativas no existieran a un costo razonable, entonces cabría, como sugiere la denunciante, definir el mercado relevante, limitándolo al Perú. Por el contrario, si existieran otras alternativas de compras, considerando los costos consiguientes de proveedores ubicados en otras áreas geográficas, entonces corresponde incluir dichas áreas dentro del mercado relevante.

En mercados donde la producción y oferta son muy flexibles, el incremento de precios de una empresa no ocasionará mayor problema en el mercado, porque podría cualquier empresa o empresas de la competencia duplicar su producción manteniendo los precios, provocando esto que los consumidores cambiarán su elección a las empresas que mantuvieron sus precios estables.

Es importante señalar que cuando la participación de mercado es excesivamente alta y a pesar que no se hayan analizado otros factores, es fácil de diagnosticar una posición dominante.

En un mercado dinámico o en plena formación, la participación de una empresa en el mercado no es un elemento esencial para analizar la posición dominante, porque el efecto que la empresa tenga hoy en el mercado no puede ser tomado para el futuro dado que el mercado está cambiando aceleradamente.

Algunas veces la acción del gobierno puede interferir con la competencia y crear un poder de mercado cuando, por ejemplo, el gobierno otorgue a una empresa la posibilidad de un monopolio con lo que se crea una posición dominante. Así tenemos el caso de concesiones en telecomunicaciones, en rutas aéreas, en rutas terrestres, en el manejo de servicios públicos.

Conocer la participación de una empresa en el mercado es un elemento de análisis fundamental para determinar si una empresa tiene poder en un mercado. Sin embargo puede ocurrir que una empresa con baja participación en el mercado tenga una posición dominante al controlarlo de forma indirecta por su tecnología o derechos de propiedad intelectual (patentes).

Por lo tanto el análisis de los porcentajes de participación para determinar si una empresa cuenta con una posición dominante, sirve como marco indiciario o referencial. Es necesario analizar otros factores como la importancia de los demás competidores, la cantidad de empresas que intervienen, si existe posibilidad de adquirir bienes sustitutos, es decir, elementos que podrían desvirtuar la presunción inicial de la posición dominante.

Bellamy Christopher[807] considera qué porcentajes por encima del 40% pueden ser considerados como relevantes y significativos en la evaluación de la posición dominante, dependiendo de:

« 1. cambios en el nivel absoluto a través del tiempo;

2. el nivel relativo de sus competidores más cercanos;

3. la presencia de otros factores que tendieran a fortalecer tal posición de liderazgo o, al revés, a amenazarla.

Se ha establecido, además, la importancia de la persistencia de una cuota de mercado significativa a través del tiempo:

El Tribunal del Mercado Común ha señalado que un período de cinco años es probablemente prueba suficiente, pero cualquier período inferior a tres años, especialmente en el caso de un mercado dinámico, puede ser considerado un periodo demasiado corto para que una cuota alta de mercado sea indicativa de dominio».

Joaquín Garrigues[808] señala que «una cuota de mercado inferior al 30% en un mercado correctamente definido no sería prueba de una posición dominante excepto en circunstancias excepcionales y a la luz de otros factores. Los porcentajes que varíen entre el 30 y 40% parece que están también bajo el nivel que indica una posición dominante».

807 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 519.

808 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*, pp. 176-177.

A veces se usa un criterio puramente matemático para definir la posición de dominio, como ocurre en Inglaterra y en Noruega, donde se señala que (cuando la empresa alcanza un determinado nivel de participación de mercado este le permite dominar o controlar el mismo. Así, un 33% o en algunos casos 25% ilustra una posición dominante). Frente a este criterio matemático, rígido, que define la posición dominante, hallamos otros criterios más flexibles.

En ésta parte del análisis ampliaremos nuestros comentarios sobre mercado relevante. Sabemos que el primer paso para definirlo es determinar cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación de mercado. En este sentido las empresas bajo estudio van a tratar de presentar al órgano investigador el mayor mercado posible para así reducir significativamente su porcentaje de participación. Si el mercado se amplía, se reduce el grado de participación en dicho mercado y por lo tanto se concluirá que la empresa no posee una posición de dominio de la que pueda en algún momento abusar.

Con respecto a la dificultad en la delimitación geográfica del mercado la doctrina del Mercado Común Europeo, en palabras de José Antonio Gómez[809] señala que en pocas ocasiones una o varias empresas ocuparán una posición de dominio en el conjunto del amplio Mercado Común. «Por tanto se plantea la cuestión de determinar en qué momento se podrá hablar de una posición dominante en 'una parte sustancial del Mercado Común' como señala el párrafo 1 del Artículo 86. Desde luego, en numerosas ocasiones, la Comisión ha considerado como parte esencial a cada uno de los Estados miembros de la C.E.E. Además la Comisión pronto superó los criterios de los países con fronteras políticas y ha calificado como mercado relevante a varios pequeños Estados miembros conjuntamente, e incluso a zonas geográficas determinadas en el interior de un solo Estado». Antonio Gómez continúa diciendo: «En este último caso, hay que tener en cuenta no sólo la importancia económica y el desarrollo de la correspondiente zona geográfica, sino su tamaño, población y la trascendencia que tiene en la misma el producto de que se trata en relación con el conjunto del Mercado Común»[810].

Alfredo Bullard agrega nuevas luces sobre el tema cuando expresa «que es sumamente complejo definir los límites del mercado. Las situaciones cambian según las circunstancias de cada mercado particular, la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, el nivel de tecnología disponible, las preferencias de los consumidores, etc. La casuística puede hacer el análisis de cada caso diferente y son muchos los factores involucrados»[811].

Bullard sostiene que un buen criterio para definir cuál es el mercado pertinente es el que usa el Departamento de Justicia de los Estados Unidos cuando trata el tema de fusiones de empresas. En términos geográficos se analiza cuál sería el efecto de un incremento en 5% del precio en la aparición de nuevos proveedores de un mismo bien o en las decisiones de los consumidores. Se considera que si al incrementar un ofertante en Lima el precio de un producto en un 5%, crea incentivos para que proveedores en otras localidades (nacionales o internacionales) participen en ese mercado, o para que los consumidores

809 GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit.*, p. 67.

810 *Ibidem*, p. 67.

811 BULLARD GONZÁLES (s/f e). *Op. cit.*, p. 305.

hagan sus adquisiciones en otro mercado, se debe incluir esos mercados para definir el porcentaje de participación de la empresa en cuestión. Si el incremento de 5% en el precio del único proveedor de un bien en Lima hace que proveedores de Arequipa se trasladen a Lima o abran una distribuidora en ésta ciudad o que consumidores viajen a hacer sus adquisiciones en Arequipa, debe incluirse Arequipa como parte del mercado relevante.

Luego de determinar el mercado geográfico relevante, es importante identificar a los competidores en el mercado. Se conoce a los vendedores de los productos y a los vendedores que están en ese mercado geográfico relevante.

Si existe un aumento en el precio, puede ser que ingresen nuevos competidores al ser atraídos por el incremento del precio, o empresas que fabrican varios productos y uno de ellos es el producto relevante, pero que al ser incrementado el precio, modifican los modos de producción para aumentar su producción del producto relevante. Se produce una modificación en la estructura del mercado y de la participación de cada competidor dentro de este mercado relevante.

Bellamy Christopher coincide cuando conceptúa que «mercado relevante de un producto será, como regla general, uno que comprenda productos idénticos o productos considerados por los consumidores como intercambiables teniendo en cuenta sus características, precio y uso en su conjunto...»[812].

Es decir, debemos conocer qué productos deben ser considerados sustitutos, para conocer con qué productos estamos compitiendo. Sin embargo, el empresario tratará de indicar que el producto que fabrica tiene un gran número de productos sustitutos. Esto con la finalidad de indicar que participa en un mercado muy competitivo y por lo tanto su actuación no es independiente de sus otros competidores, compradores, clientes o proveedores.

Así en el proceso interpuesto contra Avícola San Fernando, Molinos Mayo y otros sobre supuesta concertación de precios la Comisión del Indecopi estableció como mercado relevante los centros de distribución del producto pollo en pie (CADA) en Lima y Callao. La defensa cuestionó ambos límites. Demostró la facilidad de transporte de productos de mercados como Trujillo o Chiclayo a Lima y como el costo del transporte era compensado con el menor costo de los alimentos y en cuanto a los productos señaló que no podía contemplarse como producto sólo el pollo en pie sino también el pollo fresco y congelado. A más de ello demostró la alta elasticidad del pollo con la carne vacuna en los segmentos A y B y con el pescado y cereales segmentos B y C. Conforme se ampliaba el mercado del pollo para incluir carne, pescado, papa y otros cereales el poder de mercado de las empresas investigadas se reducía hasta hacerse insignificante.

Como puede verificarse de la citada resolución la primera línea de defensa en todo caso de defensa de libre competencia es la determinación del mercado relevante.

El grado de elasticidad de la demanda está directamente vinculado a la importancia subjetiva que le otorga el consumidor al bien y la disponibilidad de bienes sustitutos.

812 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 515.

Bellamy Christopher señala que en el Mercado Común Europeo se establecen cuatro pasos para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio:

> «En primer lugar definir el mercado —'mercado relevante del producto'— en el que deben evaluarse las condiciones de la competencia y el poder de la empresa para verificar si tiene posición dominante. En segundo lugar, demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado permanentemente alta en tal mercado. En tercer lugar, demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en cuanto su posición dominante. En cuarto lugar, demostrar que la posición dominante existe en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo»[813].

2.4.4. El desarrollo tecnológico de los bienes y servicios

«El desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados...»

Los criterios que se deben analizar están orientados a contar con las herramientas necesarias para determinar el comportamiento de la empresa dominante en el mercado y examinar así si la empresa puede mantener un comportamiento independiente y como dice Almonacid[814] «...la viabilidad de que ejerza una influencia notable y previsible sobre el mercado, su facultad para determinar los precios y su capacidad real para sacar del mercado a las empresas competidoras».

A más del poder de fijar precios y de una participación significativa en el mercado la posición dominante puede lograrse por otros medios. Nos referimos a la tecnología aplicada, la aparición de nuevos bienes, las nuevas fuentes de abastecimiento, los nuevos tipos de organización o como dice J.A. Shumpeter[815] «la competencia que exige una superioridad decisiva en el costo o en la calidad y que ataca no los márgenes de ganancia y la producción de las empresas existentes sino a sus bases y a su existencia misma. Este tipo de competencia es tanto más efectiva que la de los precios...».

El desarrollo tecnológico y liderazgo en la creación de los bienes y servicios es otro factor que favorece la formación de monopolios, como señala Bullard «sea porque la empresa tiene un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos, a través de la protección de la Propiedad Industrial, principalmente patentes; o porque ha alcanzado mejoras tecnológicas que le permiten una reducción sustancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores que le permite a su vez eliminar, a través de la propia competencia, a sus competidores»[816].

Frecuentemente la estructura del mercado y las características peculiares de las empresas involucradas en este pueden derivar en que una empresa adopte una posición dominante en el mercado. Si una empresa tiene un liderazgo tecnológico sobre las demás firmas, como es el caso de Microsoft que es una empresa líder que sienta los estándares de la industria. Esta preponderancia en tecnología es un hecho que afecta la posibilidad que

---

813 *Ibidem.*, p. 515.

814 ALMONACID ALMONACID SIERRA Y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 139.

815 SHUMPETER, J.A. «La Dinámica de la Competencia y el Monopolio publicado en Monopolio y Competencia». En: *Textos Escogidos por Alex Hunter.* Biblioteca Tecnos de Ciencias Económicas, 1974, p. 41.

816 BULLARD GONZÁLES (s/f e). *Op. cit.*, p. 306.

nuevas empresas puedan entrar al mercado. La firma con una alta tecnología genera un factor importante que se debe analizar en la determinación de si cuenta o no con una posición dominante en el mercado.

El «liderazgo tecnológico de un empresario sobre sus competidores» fue citado por el Tribunal de Justicia Europeo en Hoffmann-La Roche como un factor determinante para considerar el criterio de una posición dominante. Hoffmann-La Roche 48, una firma con grandes ventajas tecnológicas puede disminuir sus costos significativamente de modo que le da poder para controlar el precio[817].

Considero que en una economía global como la que vivimos son dos las claves de la supervivencia empresarial: El marketing y la innovación. El primero permite descubrir necesidades de los consumidores de modo que la empresa ofrece al mercado no aquello que puede hacer sino aquello que desea el mercado. Si bien no es fácil descubrir intereses estos son la clave de la supervivencia pues caso contrario se incurre en un desajuste con el entorno y se entra en crisis. El segundo aspecto fundamental es la innovación tecnológica, esto es, el continuo desarrollo de nuevos productos y servicios como resultado de la investigación y adaptación.

Las firmas que manejan adecuadamente estos dos elementos adquieren predominio en el mercado. Las demás son seguidoras. De allí que el liderazgo tecnológico sea la parte más importante de la ecuación. Basta comparar los valores de IBM con los de Microsoft para darse cuenta que el siglo XXI es la era del conocimiento, donde se privilegia la permanente y agresiva innovación.

Existen dos tendencias a tomar en cuenta cuando se desea conocer si una empresa se encuentra en una posición de dominio. Luis Fernando Crialles, citado por Almonacid, considera que la existencia de una posición dominante en el mercado se deriva de la reunión de varios factores, los que aisladamente no son necesariamente determinantes. Frente a ésta posición hay quienes opinan que la posición dominante en el mercado:

> «la puede tener una empresa sobre la base de cualquiera de estos factores, siempre y cuando el factor en cuestión le brinde efectivamente a la empresa alguna de las siguientes posibilidades:
>
> a. El poder real de controlar elementos vitales que le permitan ejercer sobre el funcionamiento del mercado relevante una influencia notable y previsible.
>
> b. La posibilidad de adoptar comportamientos independientes sin tener en cuenta a los competidores, compradores, proveedores o consumidores.
>
> c. La posibilidad de prevenir que se le haga competencia efectiva dentro del mercado relevante».

817 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 522.

2.4.5. El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros

«el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros»

Un elemento esencial del concepto de abuso de posición dominante es que las conductas que pueden calificarse como tales, no hubieran tenido lugar si la empresa que las efectúa tuviera una competencia efectiva. Es necesario conocer claramente cual es el tipo de conducta que se desea evitar, aquella conducta que si viviera con una competencia efectiva, no pudiera darse. A esto se le denomina estudio contra fáctico. Primero debemos reflexionar sobre como debe funcionar el mercado en competencia perfecta. Luego analizar qué pasó. Si hubiera pasado lo mismo con o sin competencia queda eliminada la hipótesis de abuso de posición de dominio.

La posición de dominio se puede conocer más adecuadamente por las consecuencias que provoca, por sus manifestaciones pues lo que en realidad analizamos es la conducta de la empresa y observando ésta nos es posible llegar a la determinación de si la empresa está en posición de dominio en el mercado. Si existe competencia efectiva la empresa que tiene una posición dominante no puede abusar de su situación.

Uno de los factores más importantes a considerar cuando se evalúa si existe una posición dominante son las condiciones de entrada, es decir, si hay o no hay barreras al ingreso. Si no existen barreras de entrada y por lo tanto el acceso a ese determinado mercado es fácil, no podemos decir que estamos ante una posición dominante de mercado, aún cuando la participación de una determinada empresa sea importante. Como podemos ver la participación de una empresa en el mercado es importante pero no determinante. Esta situación demuestra que puede existir una empresa con una alta participación en el mercado pero que, sin embargo, las fáciles condiciones de entrada y su bajo costo permiten que otros competidores tengan acceso a dicho mercado.

El artículo 56 del Tratado de Roma prohíbe prácticas que pueden ser permitidas en una situación de competencia normal pero que no lo son si son llevadas a cabo por empresas dominantes, las que tienen una responsabilidad especial y por lo tanto no se le pueden permitir ciertas conductas pues estas afectarían seriamente la competencia. Al igual que el artículo 5 el artículo 86 prohíbe la actividad que actúa contra la competencia. Tal actividad puede consistir en ciertas prácticas de exclusión por ejemplo:

- Negativa a suministro
- Precios predatorios
- Primas de fidelidad y prácticas similares
- Discriminación de precios
- Otras condiciones anticompetitivas

La «ausencia de competencia potencial» fue un factor que el Tribunal de Justicia Europeo consideró como evidencia de una posición dominante, «porque ésta es la consecuencia de la existencia de obstáculos, evitando que nuevos competidores tengan acceso al mercado». Hoffmann-La Roche 48. Igualmente, el Tribunal de Competencia Canadiense ha señalado la importancia de considerar las barreras de entrada al determinar la existencia de poder de

mercado: «La participación de mercado es una indicación a primera vista de poder de mercado». Como ha sido advertido, otras consideraciones deben también ser tomadas en cuenta. Una de ellas son las barreras de entrada: ¿qué tan fácil puede una firma comenzar negocios en el mercado relevante y establecerse así misma como un competidor viable?

Las condiciones de entrada están en relación directa con el dinero y tiempo que se invertirá debiendo considerarse si estos costos son recuperables. Si es requisito para entrar a un mercado el realizar gastos muy fuertes que son intangibles, como por ejemplo, encuestas, publicidad, mercadeo, son consideraciones que hacen más difícil entrar a un mercado frente a otro en el cual para ingresar es necesario realizar también inversiones pero éstas son tangibles y por ende recuperables.

Si una firma cuenta con altas barreras de ingreso sea por medidas arancelarias, para arancelarias, cuotas o prohibiciones gubernamentales puede bloquear a los demás competidores a través del manejo de dos variables: Dinero y materias primas. Imaginemos que una empresa pertenece a un conglomerado industrial el que cuenta con bancos y financieras. Si su poder es tal que puede bloquear el acceso de los competidores la obtención del crédito podrá destruir la competencia indirectamente. Esto mismo puede ocurrir si la firma es tan importante que amenaza suspender sus compras y proveedores si estos venden a la competencia, con la finalidad que los competidores abandonen el mercado al no hallar firmas dispuestas a comprar insumos para fabricación de sus productos.

2.4.6. Canales de Distribución

«así como redes de distribución»

La posibilidad de ingreso al mercado constituye uno de los elementos esenciales de la libre concurrencia. La posibilidad de ingresar al mercado requiere de ausencia de obstáculos pues ésta es una de las más claras manifestaciones que estamos ante un mercado competitivo. Sin embargo, la obstaculización para acceder al mercado puede proceder de varios factores, uno de estos son «las redes de distribución».

La red de distribución de la empresa es fundamental para determinar si la empresa bajo estudio ocupa una posición dominante en el mercado. Podemos afirmar que aquella firma que domina el canal de distribución domina el mercado. De nada sirve fabricar productos de calidad si estos no llegan al consumidor. Si como afirma Al Ries la batalla de la mercadotecnia se pelea en la mente del consumidor es evidente que si una firma puede bloquear las redes de distribución e impedir que la competencia llegue al mercado logrará que ésta abandone el mercado en el cual actúa.

Para tomar consciencia de la importancia del dominio de las redes de distribución piense el lector porqué los distribuidores requieren a los fabricantes que estos les fabriquen con la marca y logo de los primeros. La razón es evidente. El consumidor se fideliza con una marca y no necesariamente conoce al productor. Ejemplo de ello lo tenemos cuando compramos sopa en polvo Maggy o Knor. No conocemos quienes son los productores de los champiñones o espárragos que han dado origen al producto sopa en polvo. Así pues dominar la red de distribución es la clave del dominio del mercado.

Marzorati señala: «Si tal sistema de distribución hace difícil para otras firmas crecer o expandirse, entonces el sistema de distribución puede contribuir a la posición dominante de una firma»[818].

Marzorati agrega que «el derecho de distribución comercial se refiere, pues, al intermediario que coopera con el producto en la concreción y desarrollo de una red de distribución». «La relación que une al intermediario con el productor se identifica por su duración, la continuidad de las actividades y servicios y su prolongación en el tiempo. El intermediario es generalmente una persona independiente, puesto que sus actividades son desarrolladas sin subordinación, aún cuando a menudo es en cierta medida financieramente dependiente, desde que es la parte más débil de la relación»[819].

En la actualidad podemos discrepar con el autor pues son los grandes distribuidores los que imponen condiciones a los fabricantes. Si en nuestra mente sólo tenemos a IBM, Microsoft o General Motors pues pensemos en Sears, Wall Mart, Mark Spencer, Harrods y a nivel peruano en Wong, Santa Isabel, Saga Falabella para volver a pensar sobre quien es la parte débil de la relación. En general, el dominio del canal de distribución involucra la presencia de marcas que a su vez fidelizan al cliente. Ello permite una mayor capacidad de negociación de las firmas con presencia en el mercado frente a proveedores los cuales podrán vender a los consumidores sin el auxilio de los distribuidores.

El sistema moderno de distribución física funciona como un sistema coordinado. El contratar a un distribuidor permite obtener conocimientos especializados que demanda hoy en día cualquier comercialización de un producto. Más aún si el producto es perecible. Se debe contar con un conocimiento de los sistemas de financiamiento y un especializado conocimiento del comportamiento del consumidor, gustos y costumbres del consumidor, el sistema de cobranza, sistemas de almacenamiento, de consolidación, de manejo de fletes y de rotación de inventarios, etc.

Un último tema con referencia a posición de dominio es el controvertido asunto de los precios predatorios sobre los cuales autores modernos propugnan su eliminación. Estos son una especie del género conductas predatorias. En el sistema de derecho estadounidense se considera que el mantenimiento de una situación monopólica mediante acciones o conductas predatorias constituye una acción sancionable. Esta ilicitud fue extendida a actos que no son manifiestamente destructivos pero que tienden a dificultar el acceso de nuevos competidores al mercado. Cabanellas señala que muchas de estas conductas «son barreras artificiales que excluyen innecesariamente la competencia actual y potencial y constituyen una restricción al mercado libre». Las conductas predatorias han sido definidas en el Derecho estadounidense como «las conductas que tienen como propósito y efecto impulsar la acción competitiva, no mediante una mejora dentro del mercado donde se desarrolla la empresa, sino mediante un daño o la amenaza de causarlo, sobre competidores reales o potenciales con la finalidad de separarlos o mantenerlos fuera del mercado o de obligarlos a competir con menos efectividad»[820].

---

818 MARZORATI, Oswaldo. *Sistema de Distribución Comercial.* Buenos Aires: Ed. Astrea, 1990, p. 7.

819 *Ibidem.*, p. 7.

820 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 471.

Cabanellas agrega «la calificación de las acciones predatorias bajo la legislación antimonopólica estadounidense se encuentra marcadamente influida por la naturaleza de los principales tipos de ilicitud previstas en ese Derecho»[821].

Por otra parte «en el marco de las normas regulatorias de la competencia existentes en el Mercado Común Europeo las prácticas tendientes a obstaculizar o impedir el acceso al mercado de posibles competidores han sido enfocados como posibles casos de abuso de posición dominante».

> «...Así las prácticas tendientes a dificultar el acceso de la concurrencia a determinados sectores pueden también constituir distribuciones de mercados o limitaciones de la producción o la comercialización, hipótesis prevista en los apartados b) y c) del Artículo 85 del Tratado de Roma».

821 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 481.

2.5. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

2.5.1 Concepto de abuso de posición de dominio

Artículo 5°.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

a. **La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11° Dec. Leg. 807).**
b. **La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;**
c. **La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;**
d. **(derogado por el artículo 12 del D.Leg. N° 807)**
e. **(derogado por el artículo 12 del D.Leg. N° 807)**
f. **Otros casos de efecto equivalente. (Modificado por el Artículo 11° D.Leg. 807).**

«Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado...»

Al iniciar nuestro análisis sobre el artículo 5 es fundamental establecer y señalar qué es lo que se considera **abuso**.

Para el *Diccionario de la Lengua Española* la palabra abuso significa:

«Abuso: Acción o efecto de abusar. Infidelidad que consiste en burlar o perjudicar uno a otro por inexperiencia, afecto, bondad excesiva o descuido, le ha dado crédito. Es una de las circunstancias que agravan la responsabilidad penal en la ejecución de ciertos delitos. Ejercicio de un derecho con el ánimo de hacer daño a otro. Circunstancia agravante de apreciación potestativa, determinada por aprovechar en la comisión del delito la notable desproporción de fuerza o número de delincuentes y víctimas.

Abusar: Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder»[822].

Pedro Flores Polo define abuso desde una perspectiva jurídica como:

---

822 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 15.

«Abuso: Acción y efecto de abusar. Mal uso que uno hace de una cosa suya o ajena que tiene en su poder o el uso que uno hace de alguna cosa empleándola en un fin u objeto diferente de aquel a que por su naturaleza está destinada. Usar de una cosa, persona o facultad en forma excesiva, desproporcionada, injusta o indebida. En el mundo forense significa mal uso o ejercicio exagerado de un poder, facultad o derecho. En el Derecho Romano estuvo legitimado el abuso del derecho de propiedad, a través del ejercicio discriminado de dicha facultad. Las legislaciones modernas más avanzadas se van alejando de la tendencia civilista del abuso del derecho de propiedad, orientándose hacia el principio de la función social de la propiedad...»[823].

Ezaine Amado señala:

«Etimológicamente, la palabra viene del latín "abusus", de "ab" que tiene sentido de: contra, y "usus" que significa uso. Literalmente se traduce como: el mal uso de una cosa. Jurídicamente el concepto lato del abuso resulta aplicable a todo el ámbito del derecho. En este aspecto se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial, cosa u objeto, más allá de lo lícito por la naturaleza o por la costumbre; o con fines diferentes a los autorizados por la ley. En palabras claras, el abuso existe cuando se actúa aparentando estar dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad, se sale de los límites que imponen la justicia, la equidad, la ley y la razón»[824].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* elabora más el concepto al decir:

«...En su acepción general, abuso significa el aprovechamiento de una situación en contra de una persona o de una cosa. Desde este punto de vista significa asimismo toda demasía o exceso en el uso y tiene una aplicación conceptual amplísima. Puede referirse a situaciones de aprovechamiento injusto; de infidelidad por abuso de la confianza depositada; de prevalencia de un interés sobre otro, etc.(...).

Jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial, como asimismo de una cosa u objeto, más allá de lo que resulta lícito, por la naturaleza o por la costumbre y también, con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal.

Teniendo en cuenta el ordenamiento legal positivo o consuetudinario y el ordenamiento moral de la sociedad, el abuso se comete cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad, se sale de los límites impuestos por la justicia, la equidad, la ley y la razón.

De ahí que este concepto lato del abuso sea aplicable a todo ámbito del derecho, tanto en las instituciones, como en las leyes y en las formas de gobierno, cabe el abuso...»[825].

Por último Cabanellas señala:

«Abuso:(...) Exceso, mal uso o empleo arbitrario de un derecho o facultad. Acción despótica del jefe o gobernante. Consecuencia exagerada de un principio. Cualquier acto que, saliendo fuera de los límites trazados por la razón, impuestos por la justicia o aconsejados por la equidad, ataque directa o indirectamente las leyes, situaciones o intereses legítimos.

1. Perspectiva. El abuso configura una de las antítesis del Derecho, con una expresión de injusticia que solivianta a cuantos no lo explotan. No suele tipificarlo una conducta antijurídica plena, aún cuando el codificador penal se haya apropiado de la voz para diversas figuras

823 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 48.

824 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, pp. 18-19.

825 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 113.

sancionadas en el fuero común, y en los represivos especiales, (...) junto con otras manifestaciones abusivas en las esferas de lo político y de lo judicial, y de las funciones públicas y de las actividades privadas. Esta amplitud obedece a que el abuso se suele caracterizar por un desbordamiento de facultades lícitas en principio, que tientan a explotarlas contra su finalidad o el régimen jurídico existente, en inicuo beneficio para quien abusa o, en la proyección antisocial más repulsiva, en perjuicio tan solo de las víctimas.

2. Actuación. Se abusa cuando los bienes materiales se tornan males; cuando se desvía el ejercicio de la autoridad para satisfacer apetitos o concretar venganzas personales, al servicio de un grupo, partido, clase o sistema. Por su diferenciación a veces confusa entre el rigor de las potestades y el comienzo del exceso, el que abusa se asegura casi siempre una etapa de explotación impune, hasta que se concreta por las víctimas primero la queja, la protesta después y el acudimiento a los medios de defensa, judicial o extrajudicial, que el abuso sugiera, en una escala infinita que recorre desde la perturbada convivencia familiar, vecindad o laboral hasta la esfera pública, a través de dictaduras y tiranías...»[826].

El Indecopi define el abuso de posición de dominio de una empresa en los siguientes términos:

«...El INDECOPI considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas que se encuentran en posición de dominio actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio»[827].

Asimismo Joaquín Garrigues señala:

«Hay abuso de posición de dominio cuando la empresa dominante, atenta sólo a su propio lucro, impone su poder a los participantes en el mercado, obligando a los consumidores a pasar por condiciones contractuales no equitativas, privando a los competidores indirectamente de la posibilidad de vender (como sería el caso, por ejemplo, de una cláusula de exclusiva de compra a favor del vendedor que impidiese a los compradores comprar en otro lugar distinto), entonces surge el abuso de la posición dominante, abuso que se ejerce, precisamente, a través de instrumentos jurídicos, concretamente a través del instrumento jurídico de la libertad de pactos, que permite a estas empresas incluir cláusulas lesivas para el otro contratante»[828].

Stephen Pickard señala:

«...lo prohibido no es la posición dominante de una empresa sino el abuso que se ejerce con ella, es por lo que el artículo 86 (Tratado de Roma) consagra como principio rector que la conducta realizada por la empresa que ocupa tal posición que afecte la competencia económica en el mercado relevante queda prohibida...»[829].

Y sobre el abuso Pickard agrega:

«Una empresa en posición dominante puede estimar más rentable vender menos productos, pero a un precio más elevado, que venderlos o intentar comercializarlos según normas de competencia. Por ejemplo, una empresa en posición dominante puede estar en condiciones de vender mil unidades a mil pesetas, ganando 200 pesetas por unidad, o dos mil unidades a

826 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 52.

827 INDECOPI (1997). *Op. cit.*, p. 11.

828 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*, p. 193.

829 PICKARD, Stephen. *Iniciación a la Política de Competencia de la CEE*. Civitas, 1986, p. 151.

850 pesetas, ganando 50 pesetas por unidad. Estas 50 pesetas por unidad pueden constituir un beneficio normal en un mercado competitivo en el que la empresa impide que una empresa aumente los precios por miedo a perder ventas. Sin embargo, cuando la posición dominante de una empresa sea tal que le permita aislar del mercado a las fuerzas competitivas, le será más rentable vender mil unidades con un beneficio de 200 por unidad (200,000) que fabricar y vender al nivel que la competencia determine, por ejemplo, 2,000 unidades a 50 pesetas de beneficio por unidad (100,000). La capacidad de una empresa en posición dominante para elegir el sistema más rentable, sin temer a la competencia, provoca un aumento de los precios que repercute en los clientes y un abastecimiento de productos menor que el que se daría en un mercado competitivo. La actividad de una empresa en posición dominante puede perjudicar tanto a los competidores como a los consumidores. Por ejemplo, si una en posición dominante ofrece un 1 por 100 de descuento a los clientes que suministre al 100 por 100, entonces el competidor que solo tenga una capacidad de abastecimiento de las necesidades del cliente no solo se verá obligado a ofrecer el 1 por 100 de descuento sobre el 50 por 100 suministrado, sino que deberá compensar el 1 por 100 de descuento que el comprador pierda sobre el restante 50 por 100 al no adquirir el 100 por 100 a la empresa en posición de dominio...»[830].

Christopher Bellamy y Graham Child comentan sobre el abuso de posición de dominio:

«...Aquella conducta de una empresa en posición dominante que afecte la competencia de forma seria e injustificada en un mercado relevante, adecuadamente definido, quedará prohibida en la medida que afecta el comercio entre Estados miembros.

Los conceptos de "abuso" y "posición dominante en el mercado" son lo suficientemente abiertos como para permitir al operador de la norma un campo de acción apreciable para el juicio y el desarrollo de los conceptos, teniendo en cuenta los casos concretos.

El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o en el incremento de tal competencia...»[831].

Y en este sentido Rafael Pérez Porrúa señala:

«Por otro lado puede concretarse el concepto indeterminado de "abuso" mediante una ponderación de intereses de los participantes, considerando la finalidad de protección de la "libertad de competencia" en la ley contra las prácticas restrictivas de la competencia. No resulta fácil, sin embargo, establecer criterios para determinar el "merecimiento de pena" de un abuso, pues en la práctica se presentan algunas dificultades.

La represión de los abusos de "Posiciones de dominio en el mercado", resulta, en primer lugar, evidente, porque la posición especial de la empresa le otorga suficiente poder para no tener que preocuparse por rendir más. La empresa no necesita mejorar la calidad de su oferta o disminuir el precio de sus productos o servicios para conseguir las mismas o mayores ganancias.

Se prohíbe el "abuso" de esta posición dominante, así como ciertas acciones tendientes a lograrla o mantenerla, en lo que se denomina "abuso de posición dominante en el mercado". Y

830 *Ibidem*, p. 151.

831 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit., p.* 532.

dentro de este marco restrictivo, se sostiene la tendencia "civilista" orientada a restringir los acuerdo o conductas concertadas más que las acciones directas de abuso de posición dominante»[832].

Como podemos observar todos los autores citados hacen referencia a lo nocivo de la conducta abusiva de una empresa que cuenta con poder de mercado no solo en el deterioro de la estructura del mercado competitivo como tal, al dañar a los demás competidores con la idea última de sacarlos del mercado, sino también perjudicando al consumidor al aumentar el costo social producto de la restricción en los niveles de producción, lo que encarece satisfacer las necesidades para la sociedad en su conjunto porque esta debe pagar precios superiores a los competitivos o porque se debe resolver la necesidad con productos sustitutos más onerosos.

El *Glosario de Economía Industrial y derecho de la competencia* señala sobre el abuso de situación dominante lo siguiente:

«Prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia. La expresión "abuso de situación dominante" figura en la reglamentación de la competencia de un cierto numero de países, tales como el Canadá o Alemania y en la de la Comunidad Económica Europea. En los Estados Unidos, las disposiciones equivalentes serían las referentes a los monopolios, las tentativas de monopolización o la monopolización de un mercado.

Las diferentes modalidades de prácticas comerciales consideradas abusivas varían según el caso y según el país. Para ciertas prácticas, el régimen aplicado podrá ser, asimismo, diferente de un país a otro. En cualquier caso, se toma nota de la existencia de toda una serie de prácticas cuya legalidad ha sido puesta en tela de juicio en diversos países, sin que no obstante las jurisdicciones competentes resuelvan siempre en el sentido de la ilegalidad: los precios abusivos o poco razonables, la discriminación por los precios, los precios de eliminación, el hundimiento de los precios por parte de las empresas integradas, la denegación de venta, la venta vinculada o la subordinación de venta y el acaparamiento de medios de producción...»[833].

Manuel Abanto Vásquez, comentando las normas de la comunidad europea, señala:

«Hasta ahora no se ha encontrado una formulación satisfactoria para el concepto de abuso. Por eso las instancias comunitarias toman como referencia de facto un concepto objetivo de "abuso". El abuso se daría cuando la estructura competitiva del mercado es modificada por la conducta de la empresa. Aquí no tiene importancia ni la culpabilidad ni la relación causal entre el poder especial de la empresa dominante y el abuso, incluso no se toma en consideración la autorización otorgada por el Decreto nacional.

Sin embargo, no siempre se ha sido consecuente con este concepto, pues en el caso Hoffman-La Roche, para afirmar la modificación de la estructura del mercado, se exigió adicionalmente que en la comisión del hecho se hubieran empleado medios que no correspondan a una competencia normal. Con este requisito adicional se introducen elementos subjetivos, lo cual tiene la ventaja de limitar el concepto de abuso a determinados casos "inusuales"»[834].

832 PEREZ PORRÚA, Rafael. *Propiedad Industrial y Competencia en México.* 1994, p. 216.

833 KHEMANI, R.S. *Op. cit.*, p. 43.

834 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 229-230.

Joaquín Garrigues nos comenta:

«... Tan objetivo es el abuso, que el artículo 86, al ejemplarizar las conductas que pueden entre otras, materializarlo, al utilizar los verbos imponer, limitar, aplicar y subordinar, no condiciona en su calificación las conductas por ellos regidas, como tampoco, desde luego sus resultados, a la intencionalidad; basta que sean desarrolladas por quien o quienes ejercen una posición dominante, para que la consecuencia sea la de su calificación, como un abuso del poder especial que se ejerce en el mercado; y en esto radica la diferencia con el tratamiento jurídico que el artículo 85 concede a las prácticas concertadas, pues, mientras en este se habla de fijar precio, en aquel, de imponer precios»[835].

Y Abanto agrega:

«El concepto objetivo del "abuso" ha sido entendido a veces como abuso estructural. Esto amplía el tipo del artículo 86 TCE de manera tal que lo transforma en una prohibición de monopolizar como en el Derecho *Antitrust* Norteamericano. En la práctica, después de verificar la existencia de un "abuso objetivo", o bien se presume inmediatamente la existencia de una posición dominante en el mercado, o incluso se afirma que la empresa puede cometer el abuso en un mercado distinto a aquel donde tiene la posición dominante. Por otro lado; puesto que el concepto objetivo prescinde de la voluntad del autor, con ello es posible que también puedan darse casos de abuso cometidos "imprudentemente"»[836].

Hermenegildo Baylos establece una diferencia entre prácticas abusivas y prácticas concertadas:

«Una diferencia entre la práctica abusiva y la práctica concertada es que la práctica abusiva exige siempre la presencia del daño, mientras que la práctica concertada no supone la lesión de nadie; basta el haber atentado a la competencia para que intervenga la ley»[837].

«Cuando uno o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior...»

Como recordará el lector cuando se efectúo el estudio exegético del Artículo Cuarto analizamos extensamente el enunciado «se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado...». Hemos revisado detenidamente el concepto de lo que se entiende por posición de dominio. Ahora, al revisar el Artículo Quinto nuevamente nos encontramos con la figura ya no de «posición de dominio» sino del «abuso» de una posición de dominio.

Como hemos señalado, y será objeto de mayor análisis en el capítulo de Legislación Comparada, el concepto de monopolio en la legislación antimonopólica americana difiere sustancialmente de la «posición dominante en el mercado» en la legislación de la Comunidad Europea.

En la legislación norteamericana el monopolio es estudiado desde una perspectiva estructural del mercado lo que configura luego una conducta ilegal. El monopolio en sí es una figura que se requiere reprimir pues el modelo económico lo considera nocivo para la

835 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*, p. 181.

836 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 229-230.

837 BAYLOS CORROZA (1993). *Op. cit.*, p. 302.

competitividad del mercado. La empresa que conforma un monopolio genera una concentración de poder económico que es nociva y resulta anticompetitiva. Ahora bien, existe una serie de metodologías para medir cuando una empresa logra un monopolio. Sin embargo no es suficiente ser un monopolio para que los órganos reguladores lo consideren una conducta ilegal. Es necesario que la empresa cuente con un «poder de mercado» efectivo que se logra a través del monopolio. Como dice Almonacid Sierra: «El poder monopólico está íntimamente relacionado a la conformación de un monopolio o a la posesión de uno ya estructurado y consolidado...». «El monopolio o la formación de una estructura monopolista en un mercado, puede ser equiparado como el acto o resultado malvado no deseable por la ley. Pero para el juzgador la sola presencia del monopolio en un mercado (el acto malvado) no indica por sí la comisión del ilícito, ya que se requiere que tal resultado se encuentre acompañado de la intención culpable, y es por esto que a primera vista no se puede condenar por sí el hallazgo de un monopolio»[838].

Aquella firma que obtiene un poder monopólico puede incidir decididamente en un determinado mercado, pues puede actuar de una manera independiente frente a otros competidores y sacarlos del mercado. En estos casos se juzga no tanto la intención de tener o no un poder monopólico sino los resultados objetivos de la conducta.

Concluyen Almonacid Sierra y García Lozada «para que una empresa, desde el análisis de ofensa criminal, sea sancionada bajo la sección 2 de la Ley Sherman se requiere, de un lado, la presencia de un monopolio consolidado (estructura) y, por otra parte, el ejercicio del poder monopólico, que dicha situación brinda, ya que es en dicho ejercicio donde se manifiesta la intención culpable, abusiva o malintencionada (conducta)»[839].

La existencia de los monopolios no es deseada pero no es sancionada por la Sherman Act. La sanción se presenta cuando el poder ha sido adquirido por medios lícitos y con ilegales medios. El uso de tecnología de punta, la producción de productos de calidad superior, la eficiencia en la distribución de los productos, la adecuada y agresiva publicidad son algunos de los medios a través de los cuales una empresa puede ir legalmente consolidando su posición en el mercado y tomando una posición cada vez mayor hasta llegar a tener un virtual monopolio el que surge como producto de su eficiencia diferencial. La sociedad no condena, persigue, ni castiga la eficiencia. Lo que es ilícito es que ese poder adquirido sea usado como mecanismo a través de conductas taxativamente señaladas en la ley para impedir que otros puedan llegar a la misma situación, es decir, impedir que se implementen y reacomoden las fuerzas competitivas del mercado.

El concepto es tratado en la legislación de defensa de la libre competencia del derecho comunitario europeo en el artículo 86 del Tratado de Roma. Según este artículo las empresas que tienen posición de dominio no deben actuar abusivamente. Como dice Manuel Abanto «...La tarea de preservar la "lealtad" en el comercio ha llevado a interpretar el artículo 86 en el sentido de que reprime la explotación emprendida por una empresa con posición dominante en el mercado en perjuicio de sus compradores, proveedores o consumidores»[840].

---

838 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 115.

839 *Ibidem*, p. 117.

840 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 226.

Así, en el derecho europeo se controla el abuso y no la monopolización. Sin embargo, complementando esta idea, Almonacid nos dice «...lo que pretende sancionar el Artículo 86 no es solamente la conducta abusiva de la empresa en posición dominante, sino además el resultado perjudicial producido en las estructuras y el funcionamiento institucional del mercado»[841].

Es decir, que el carácter abusivo es materia de sanción. Este puede ser producido por la conducta de la empresa que, usando su posición de dominio, se comporta abusiva y anticompetitivamente, y por otra parte el carácter abusivo puede provenir de la estructura de la empresa, es decir, los efectos de represión que la propia estructura de la empresa produce en el mercado.

La diferencia es sutil pero debemos elaborar sobre ella. La línea divisoria no es clara entre una empresa que tiene poder monopólico y que se mantiene en el mercado sin perjudicar a la competencia y aquella empresa que teniendo poder monopólico, su sola presencia, restringe la competencia. Es difícil definir cuándo las concentraciones económicas dejan de producir consecuencias positivas y se tornan en un peligro para los demás competidores.

Nuestra legislación de defensa de la libre competencia en el Artículo 5, bajo comentario, sigue el modelo establecido por el artículo 86 de la Comunidad Europea. En este sentido no sanciona la formación o creación de monopolios, sino que se concentra en impedir el abuso de la posición dominante en el mercado. El abuso de la posición dominante en el mercado puede darse por la presencia de un solo factor o por la combinación de varios factores.

Cabe señalar que el artículo 5 al hacer referencia a la figura del abuso de posición de dominio pone en relación dos factores, a saber: La obtención de beneficios y el causar perjuicios a terceros. Es decir, no sólo debe configurarse la figura del abuso del poder de dominio sino que esta conducta debe ser realizada con la finalidad de obtener beneficios y causar perjuicios a otros. En la legislación del derecho comunitario europeo el causar perjuicios a terceros no es un elemento definitorio para que se presente una de las conductas tipificadas del Artículo 86 del Tratado de Roma. Tampoco configura una condición para que se impongan sanciones la obtención de beneficios por parte de aquella empresa que cuenta con la posición monopólica.

En el Decreto Legislativo 701 surge luego de verificarse: 1) Una posición de dominio, 2) Si existe abuso de ésta. 3) Una actuación o conducta indebida, con la finalidad de la obtención de beneficios y 4) Causar perjuicios a terceros (competidores y/o consumidores).

En la jurisprudencia nacional encontramos ilustrativa la Resolución 107-96TRI/SDC/Indecopi recaída en el Expediente 0018-95-CLC la que señala: «...la existencia de una posición de dominio no es en sí misma ilícita o perjudicial para la dinámica del mercado y sus intervinientes. Es ilícito únicamente el abuso de dicha posición, lo que debe

841 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 125.

ser entendido como el ejercicio indebido de la posición de dominio con el fin de obtener ventajas y causar perjuicios a otros»[842].

Una empresa se encuentra en una situación de posición de dominio cuando concurre al mercado sola, o cuando en concurrencia con otras empresas debido a la disponibilidad de conocimientos técnicos (como la utilización de conocimientos de última generación, aplicación de estrategias competitivas, técnicas de venta, entre otras posibilidades), puede determinar los precios, pese a que otras empresas han concurrido al mismo mercado y evitar, por su especial posición, que exista una competencia efectiva en el mercado.

Si cuando una empresa participa sola en el mercado se configura una situación de posición dominante, ello no implica necesariamente que la existencia de varias empresas elimine esta situación. Es interesante citar la Jurisprudencia de Indecopi[843] en el caso interpuesto por Formas Continuas y Derivados S.A, (FOCODESA) contra Servicios Postales del Perú S.A. (SERPOST) para conocer cuál es la opinión de la Sala de Defensa de la Competencia al determinar cuando enfrentamos una posición de dominio y cuándo una práctica restrictiva de la libre competencia.

En el caso bajo análisis Focodesa interpuso una denuncia contra Serpost bajo los cargos de Limitación y Restricción de la Libre Competencia, argumentando que la licitación pública internacional convocada por esta empresa contenía exigencias claramente discriminatorias contra las empresas nacionales atentándose contra la libre competencia.

Al respecto, no olvidemos que el Decreto Legislativo N° 701 tiene por finalidad eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

En esa medida, la norma bajo comentario sanciona, por un lado, aquellas prácticas restrictivas de la libre competencia, es decir, aquéllas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y, por otro lado, sancionar aquellas personas que abusan de la posición de dominio que ostentan en el mercado, es decir, a aquellas que actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

> «Conforme puede desprenderse de lo expuesto en el párrafo anterior y como se detalla en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, para que una práctica sea calificada como presuntamente restrictiva de la libre competencia, se tiene necesariamente que acreditar que existe más de una persona involucrada en el desarrollo de la misma, es decir, se debe acreditar que hay un acuerdo o concertación entre dos o más personas para restringir, impedir o falsear la competencia.
>
> A diferencia de ello, en el caso de prácticas que presuntamente constituyen un abuso de posición de dominio, no se requiere acreditar la participación de dos o más personas en el desarrollo de las mismas, siendo que la actuación indebida de una sola persona que ostenta posición de dominio puede configurar este tipo de supuesto.

---

842 INDECOPI. «Resolución 0106-1998/TDC-INDECOPI». En: *Jurisprudencia de Defensa de la Competencia 1999*. Lima: INDECOPI, Sello Editorial, p. 185.

843 *Ibidem*, p. 185.

Así, en el derecho europeo se controla el abuso y no la monopolización. Sin embargo, complementando esta idea, Almonacid nos dice «...lo que pretende sancionar el Artículo 86 no es solamente la conducta abusiva de la empresa en posición dominante, sino además el resultado perjudicial producido en las estructuras y el funcionamiento institucional del mercado»[841].

Es decir, que el carácter abusivo es materia de sanción. Este puede ser producido por la conducta de la empresa que, usando su posición de dominio, se comporta abusiva y anticompetitivamente, y por otra parte el carácter abusivo puede provenir de la estructura de la empresa, es decir, los efectos de represión que la propia estructura de la empresa produce en el mercado.

La diferencia es sutil pero debemos elaborar sobre ella. La línea divisoria no es clara entre una empresa que tiene poder monopólico y que se mantiene en el mercado sin perjudicar a la competencia y aquella empresa que teniendo poder monopólico, su sola presencia, restringe la competencia. Es difícil definir cuándo las concentraciones económicas dejan de producir consecuencias positivas y se tornan en un peligro para los demás competidores.

Nuestra legislación de defensa de la libre competencia en el Artículo 5, bajo comentario, sigue el modelo establecido por el artículo 86 de la Comunidad Europea. En este sentido no sanciona la formación o creación de monopolios, sino que se concentra en impedir el abuso de la posición dominante en el mercado. El abuso de la posición dominante en el mercado puede darse por la presencia de un solo factor o por la combinación de varios factores.

Cabe señalar que el artículo 5 al hacer referencia a la figura del abuso de posición de dominio pone en relación dos factores, a saber: La obtención de beneficios y el causar perjuicios a terceros. Es decir, no sólo debe configurarse la figura del abuso del poder de dominio sino que esta conducta debe ser realizada con la finalidad de obtener beneficios y causar perjuicios a otros. En la legislación del derecho comunitario europeo el causar perjuicios a terceros no es un elemento definitorio para que se presente una de las conductas tipificadas del Artículo 86 del Tratado de Roma. Tampoco configura una condición para que se impongan sanciones la obtención de beneficios por parte de aquella empresa que cuenta con la posición monopólica.

En el Decreto Legislativo 701 surge luego de verificarse: 1) Una posición de dominio, 2) Si existe abuso de ésta. 3) Una actuación o conducta indebida, con la finalidad de la obtención de beneficios y 4) Causar perjuicios a terceros (competidores y/o consumidores).

En la jurisprudencia nacional encontramos ilustrativa la Resolución 107-96TRI/SDC/Indecopi recaída en el Expediente 0018-95-CLC la que señala: «...la existencia de una posición de dominio no es en sí misma ilícita o perjudicial para la dinámica del mercado y sus intervinientes. Es ilícito únicamente el abuso de dicha posición, lo que debe

841 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 125.

> En el presente caso, de una revisión del escrito de denuncia, se desprende que Focodesa argumentó que Serpost estaban restringiendo y limitando la libre competencia, al tener la exclusividad en la comercialización de los sellos postales que se utilizan en el territorio nacional, estableciendo requisitos discriminatorios en perjuicio de las empresas nacionales.
>
> Atendiendo lo expuesto anteriormente, se desprende que la denuncia interpuesta por Focodesa no se refiere a la presunta comisión de prácticas restrictivas en la libre competencia, ya que sólo se ha denunciado a Serpost en el presente caso y a que la conducta denunciada consiste en la presunta discriminación que habría establecido dicha empresa en perjuicio de las empresas nacionales al gozar de exclusividad en la comercialización de sellos postales en el país.
>
> Es por ello que esta Sala comparte el criterio de la Comisión de haber calificado la pretensión de Foncodesa como una denuncia contra Serpost por la presunta práctica de abuso de posición de dominio».

Una empresa puede participar en el mercado conjuntamente con otras empresas y llegar a una posición dominante. Es muy difícil establecer en términos de porcentaje cuando una empresa se encuentra en posición de dominio. Como dice Cabanellas el criterio de participación proporcional en el mercado presenta las ventajas derivadas de su simplicidad, cuantificación y facilidad de prueba.

Pero es difícil en la práctica llegar a distinguir cuándo estamos ante una conducta permitida para una empresa que tiene posición dominante y aquella conducta que es considerada abusiva. La mayoría de los tratadistas que han querido determinar cuándo una empresa está en una situación de abuso llegan a la siguiente conclusión: El abuso se presenta cuando la estructura competitiva del mercado es modificada por la conducta de la empresa.

2.5.2. Conducta Indebida y Prácticas de Exclusión

«Actuar de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio»

Para el *Diccionario de la Lengua Española* «indebido» significa:

«Indebido: Que no es obligatorio ni exigible, ilícito, injusto»[844].

En tanto que para Alfredo Bullard, Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el actuar de manera indebida significa:

> «...Debe entenderse referida a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un efecto adicional a la simple reducción de costos de producción. Como dijimos, la existencia de empresas más grandes puede ser beneficiosa para los consumidores si como consecuencia de la existencia de una economía de escala la reducción de los costos de producción se traduce en precios más bajos...»[845].

El Artículo 3 prohíbe los actos o conductas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia de modo que se generen perjuicios para el interés económico general. En

[844] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1156.

[845] BULLARD GONZÁLES (s/f e). *Op. cit*, p. 301.

ese artículo, tratándose de prácticas restrictivas de la libre competencia el legislador señala que el perjuicio que se genera es para la sociedad pues se habla del interés económico general. En cambio en la figura del abuso de dominio regulada por el presente artículo 5 el legislador considera al perjuicio dentro de un ámbito más limitado. Para que la figura del abuso de posición de dominio se presente es necesario que se pretenda «obtener beneficios y causar perjuicios a otros». Estos beneficios no se hubieran logrado de no mediar una condición especial: la de contar con una posición de dominio.

La esencia de producir y competir es lograr beneficios. El fin que busca obtener un monopolio es poder manejar con cierta independencia el mercado y ser capaz de reducir la producción con el fin de elevar los precios y ganar utilidades excesivas que se denominan monopolistas.

Las utilidades elevadas no son señal de monopolio. Estas pueden obedecer a varios factores. Generalmente un nuevo participante que lanza un producto innovador obtiene utilidades elevadas pero esto sucede sólo por un tiempo hasta que es imitado o superado por la competencia. Un producto puede ser precursor en una categoría permitiendo que una empresa actúe sola en el mercado, pero esta ventaja será sólo por un tiempo. Su posición dominante se mantendrá hasta que nuevos competidores llamados por las altas utilidades se animen a ingresar en el mercado. Las utilidades que esta empresa genera estarán justificadas por el riesgo involucrado en la innovación y la cuantiosa inversión inicial que ha tenido que realizar para promocionar, distribuir y posicionar el nuevo producto en el mercado. Por otra parte las cuantiosas utilidades pueden ser simplemente el retorno a la extensa inversión hecha en años anteriores. Tampoco es correcto la figura inversa: Determinar la no existencia de un monopolio porque las utilidades son bajas. Como dice Conrath: «En una industria declinante, por ejemplo, lo que un cártel muy exitoso está en capacidad de hacer es evitar grandes pérdidas y, de ese modo, obtener un modesto retorno en la inversión. O un monopolista que enfrenta una amenaza de competencia puede gastar una gran suma de sus utilidades para preservar su monopolio por medio de "*lobbying*" o procesos judiciales. O un monopolio puede requerir compartir sus utilidades con sus trabajadores, a través de salarios más altos que el promedio, y así no mostrar elevadas utilidades»[846].

Todo esto nos lleva a concluir que el analizar exclusivamente las utilidades no nos es útil para el fin de determinar el carácter de posición dominante de una empresa. Es necesario que se presenten otras condiciones. Las utilidades monopólicas pueden ser una evidencia pero no un análisis que nos lleve a una conclusión determinante.

El término «**causar perjuicios a otros**» debe entenderse como que los perjuicios son causados a los consumidores. Si el perjuicio es causado únicamente a los competidores, sin afectar a los consumidores, estamos simplemente ante un daño concurrencial y no ante una situación de abuso de posición de dominio.

Para lograr una mayor participación en el mercado la empresa debe adoptar una serie de medidas que son parte de todo comportamiento en un mercado competitivo, provocando con su conducta, en la mayoría de los casos, perjudicar a otros competidores. A esto se le denomina conquistar mercados, la guerra de mercadotecnia, vencer a la compe-

[846] CONRATH (s/f). *Op. cit.*, p. 180.

tencia, etc. El daño realmente se ha producido, pero esta situación es consecuencia de la libre competencia, y es un daño que repercute solamente en otros competidores, daño que se conoce como daño concurrencial.

Muchas veces este daño concurrencial trae beneficios a los consumidores. Sin embargo, cuando el perjuicio es a los competidores y a los consumidores estamos frente a un abuso de posición de dominio.

Alfredo Bullard dice:

> «Una herramienta útil para entender la figura de abuso de posición de dominio en el mercado es una figura típica del derecho común: El abuso de derecho. Si bien los casos de abuso de posición de dominio están reconocidos expresamente en la ley, por lo que no se cumple uno de los requisitos establecidos en la doctrina para la aplicación de la figura del abuso del derecho (es decir que se afecte un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica) la estructura lógica de la institución guarda vinculación evidente.
>
> La ley permite la posición de dominio en el mercado. Asimismo como lo hemos señalado la ley señala los casos de abuso de posición de dominio. Pero pueden darse situaciones en que la conducta que no está prohibida expresamente, llegue a provocar efectos negativos para los consumidores, en estos casos el Estado puede intervenir para corregir la situación. Es por lo tanto necesario realizar un análisis de cada caso concreto, para poder llegar a un análisis de los efectos que la conducta ha producido.
>
> Cuando la empresa llega a tener una posición expectante en un mercado en el que prácticamente no existe la competencia, la empresa no necesita mejorar la calidad de su oferta o disminuir el precio de sus productos o servicios para conseguir las mismas o mayores ganancias. Con esta actitud el que se perjudica es el consumidor que tiene que aceptar el producto al precio que la empresa le ofrece y sin poder requerir o demandar una mejor calidad del mismo. Esta situación no ocurriría si se tratara de un mercado competitivo. La situación de una empresa en una posición de dominio le otorga el poder suficiente para no tener que preocuparse para rendir más»[847].

La posición de dominio no está prohibida, sino solo las conductas indebidas que se realizan aunadas a la posición de dominio que se tiene en el mercado. En este sentido Alfredo Bullard considera que «actuar de manera indebida debe entenderse como el utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización»[848]. «¿Cómo diferenciar los daños causados por una práctica abusiva del mero daño concurrencial?».

La situación final o la meta de las empresas que participan en el mercado es la misma: Tener la máxima participación en el mercado, o expresado de otra manera, tratar de vender cada vez más para lo cual es necesario conseguir expandir su mercado. La resultante de esta conducta es la reducción de la participación de las empresas competidoras. Sin embargo es allí donde se encuentra el problema: ¿Qué métodos se utilizaron para conseguir este resultado? ¿Fue un resultado derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, empleo de tecnología de punta, calidad en el producto, en el servicio, eficiencia en

847 BULLARD GONZÁLES (s/f e). *Op. cit.*, pp. 301-302.

848 *Ibidem*, p. 301.

la comercialización, o el resultado se debió a la utilización de prácticas predatorias resultantes del abuso cometido por el poder que la empresa tenía en el mercado?

La actuación indebida no quiere decir que uno actúa en forma indebida intencionalmente. Se examina el hecho y no la intención.

Es necesario que la conducta se centre dentro de la conducta requerida para una competencia normal. La empresa debe utilizar, para lograr su posición, una mayor eficiencia en las prácticas correctas y adecuadas de competitividad.

Como dice Guillermo Cabanellas[849] «...las conductas calificables como tales deben apartarse, en forma sustancial, de las que hubieran tenido lugar en caso que la empresa que las lleva a cabo enfrentara una competencia efectiva». Esas conductas indebidas no hubieran podido darse en un mercado competitivo. Si se presentan es porque no existe una competencia efectiva, es decir, la empresa goza de una posición dominante en el mercado y abusando de su posición realiza actos indebidos, que no hubiera podido ejercer si se encontrara en un mercado competitivo.

Bellamy y Child al tratar los actos y/o conductas que llevan a cabo empresas que cuentan con posición dominante[850] nos dicen «el Artículo 86 prohíbe prácticas que pueden ser permitidas en una situación de competencia normal pero que no lo son en empresas dominantes que tienen una responsabilidad especial, debido al perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores en particular». Las acciones del tipo prohibido por el Artículo 86 pueden clasificarse en dos clases de conductas distintas, aunque parcialmente superpuestas:

a. Conductas cuyo efecto económico es reducir aún más o impedir una competencia efectiva en el Mercado Común o una parte sustancial del mismo.

b. Conductas que son desleales o no razonables hacia aquellas personas naturales o jurídicas que dependen de la empresa dominante para el suministro, compra o venta de bienes o servicios.

Estas conductas pueden referirse a un ámbito general como a un ámbito circunscrito. En cuanto a las conductas anticompetitivas referidas a una conducta en general estas se expresan en un mayor debilitamiento de la competencia en un mercado en el que existe posición dominante.

Como lo señala Bellamy y Child, tales conductas pueden consistir en ciertas prácticas de exclusión, por ejemplo:

- Negativa de suministro
- Precios ruinosos;
- Primas de fidelidad y prácticas similares;
- Discriminación de precios,

---

849 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 672.

850 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 532.

- Otras condiciones anticompetitivas

La primera clase de conducta comprende el uso real del poder de mercado existente para exigir un precio no pecuniario. La conducta puede darse dentro del mercado en el que la empresa posee ese poder o en algún otro mercado.

En cuanto a la conducta abusiva, de tipo desleal, en una posición dominante, Bellamy dice «surge cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio directo de los suministradores, clientes, o consumidores»[851]. El autor señala que este tipo de abuso forma una categoría distinta a pesar que hay una superposición considerable con los abusos que se refieren al ámbito general.

Generalmente son actividades que no dependen del poder de mercado pero están relacionados con el uso de prácticas injustas. En esta categoría están las amenazas de violencia física, publicidad falsa, espionaje industrial, menosprecio del producto del competidor, etc.

Con respecto a este punto Gómez Segade[852] afirma «...Un elemento esencial de la explotación abusiva es el perjuicio de los competidores, proveedores y clientes, incluidos en estos últimos, los consumidores. En este punto se ha producido una interesante y progresiva evolución de la posición en la jurisprudencia del Tribunal europeo. En la sentencia sobre el caso 20JA del 6 de marzo de 1974, el Tribunal señaló que la explotación abusiva se concreta en un comportamiento capaz de eliminar del mercado a un competidor. Pero posteriormente ha estimado que la explotación abusiva puede manifestarse también en perjuicio de empresas que no son directamente competidoras».

La conducta o acto determinado no está prohibido, ni es contrario a ley. La conducta o acto para ser contrario al dispositivo legal y materia de sanción penal o acción administrativa depende del contexto. La conducta de una empresa poderosa a punto de convertirse en monopolio puede ser condenable, mientras la misma conducta realizada por una empresa en un mercado competitivo puede ser permisible. Podemos decir que cuanto más poder de mercado tiene una empresa menos libertad para desarrollar estrategias y conductas agresivas y cuanto menor poder de mercado tiene la empresa contará con mayor flexibilidad de actuación y se le permitirá mayor agresividad.

Antes de analizar el inciso a) del Artículo 5 queremos señalar que la legislación peruana tipifica casos específicos de figuras que considera abuso de posición de dominio.

La norma señala en cinco incisos situaciones que considera abuso de posición de dominio. Sin embargo, con gran acierto el inciso f) deja abierta la posibilidad que otras conductas puedan reunir los elementos necesarios para ser considerados como un caso de posición de dominio. Asimismo, la legislación comunitaria europea en el Artículo 86 del Tratado de Roma se ha puesto en la situación que puedan presentarse otras conductas no consideradas específicamente en sus diferentes apartados y que califiquen como conductas de abuso de posición de dominio. Sin embargo, esta situación de no poder prever todas las posibilidades que la realidad permite ha sido resuelto de forma distinta en la legislación peruana a través del inciso f) del Artículo 5. Este dice «otros casos de efecto equivalente». En cambio el artículo 86 del Tratado de Roma introduce las distintas conductas con el

851 *Ibidem*, p. 532.

852 GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit., p.* 120.

siguiente enunciado: «Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente dejando abierta la posibilidad que pudieran presentarse otras conductas no tipificadas taxativamente en cada artículo».

Son casos de abuso de posición de dominio:

2.5.3. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o presentación, de productos o servicios

a. «La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o presentación, de productos o servicios».

Negativa injustificada...

Sobre el término negativa el *Diccionario de la Lengua Española* señala:

«**Negativa**: Negación o denegación, o lo que la contiene. Repulsa o no concesión de lo que pide»[853].

El *Diccionario Enciclopedico Larousse* al respecto señala:

«Negativa: Que expresa, implica o contiene negación: respuesta negativa, actitud negativa. No positivo, que consiste en la ausencia de una cosa (...) Dícese del reo o testigo que, preguntado jurídicamente, no confiesa el delito del que se le acusa o niega lo que se le pregunta...»[854].

El *Diccionario Jurídico de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas define negativa como:

«Negativa: Negación. Denegación. Repulsa. Rechazamiento. Proposición que se opone a algo. Declaración de que es falsa alguna negativa ajena.

De acuerdo con el principio de que una prueba corresponde al que afirma, y no al que niega, la negativa de una obliga a la otra a demostrar su afirmativa; así como la falta de negativa, sea por confesión expresa e incluso por silencio, conduce a la admisión de lo afirmado por el adversario(...)»[855].

El término injustificado significa:

«**Injustificada**: No justificado.

Justificado: Justificar. Conforme a justicia y razón. Que obra según justicia y razón.

Justificar: Hacer Dios justo a uno dándole gracia. Probar una cosa con razones convincentes, testigos o documentos. Rectificar o hacer justa una cosa. Ajustar, arreglar una cosa con exactitud. Probar la inocencia de uno en lo que se le imputa o se presume de él»[856].

Guillermo Cabanellas lo define como:

---

853 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1432.

854 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 705.

855 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 531.

856 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1216.

«Injustificadamente: De modo injustificado. Sin derecho para proceder. Sin excusa ante un daño o mal. Carente de pruebas o argumentos. Sin razón ni motivo»[857].

Si una empresa tiene una posición de domino no puede negarse injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o adquisición, u ofertas de venta de productos o prestación de servicios, porque si incurre en esta situación puede ser considerado un abuso de su posición de dominio.

En general la negativa voluntaria sin mediar razón alguna, a satisfacer pedidos de bienes y/o servicios constituye y un derecho normal de las actividades económicas de una empresa y pueden existir motivos razonables o no en virtud de las cuales una empresa se niegue a atender los requisitos de otra. Sin embargo, cuando una empresa se encuentra en una posición de dominio, sin que existan alternativas viables, no puede negarse a satisfacer las demandas de compra o las ofertas de venta sin una razón justificable que debe acreditar, porque de no hacerlo se considerará un abuso de su posición de dominio e incurrirá en responsabilidad sancionada en el presente artículo del Decreto Legislativo 701.

Por este motivo la mayoría de las legislaciones consideran que la negativa a satisfacer demandas, sea de compra o de venta, cuando se realizan a través de acciones concertadas o desde una posición de dominio y esta conducta, además, tiene efectos nocivos sobre la estructura del mercado entonces se la considera una conducta prohibida y por lo tanto merecedora de sanción.

«Satisfacer las demandas de compra o adquisición...»

El término satisfacer significa:

«**satisfacer**: pagar enteramente lo que se debe. Hacer una obra que merezca el perdón de la pena debida. Aquietar y sosegar las pasiones del ánimo. Saciar un apetito, pasión, etc. Dar solución a una duda o a una dificultad. Cumplir con llenar ciertos requisitos o exigencias. Deshacer un agravio u ofensa. Premiar enteramente y con equidad los méritos que se tienen hechos. Ser alguna cantidad, magnitud, etc. La que hace que se cumplan las condiciones expresadas en un problema, y ser, por tanto, su solución. Vengarse de un agravio...»[858].

El *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* sobre el término satisfacer señala:

«satisfacer: Pagar cuanto se adeuda. Merecer el perdón de la falta por alguna obra hecha. Desagraviar. Reparar una ofensa o ultraje Complacer pasiones, deseos o necesidades. Saciar. Agradar. Resolver problema o duda. Reunir las condiciones o requisitos»[859].

Los conceptos de demanda compra o adquisición serán estudiados en el análisis exegético del artículo 6.

Empecemos a analizar el Inciso a) del Artículo 5 señalando que cuando nos encontramos ante una pluralidad de empresas que actúan en el mercado pero la distancia entre una empresa y otra, permite a una llevar o disminuir sus precios, sin posibilidad de reacción efectiva de parte de las demás estamos frente a una posición dominante.

---

857 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 423.

858 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1849.

859 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 304.

La jurisprudencia de la Comunidad Europea en el caso Continental Can señaló que las empresas «...se encuentran en una posición de dominio cuando, debido a su participación en el mercado, con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capital, tienen el poder para determinar los precios o controlar la producción...»[860]. De esta manera la empresa, ya sea que se encuentre sola en el mercado o concurra junto con otras, puede actuar independientemente de sus consumidores, clientes, proveedores y de sus competidores.

El inciso a) del Artículo 5 del Decreto Legislativo 701 tipifica este caso y lo considera un abuso de posición de dominio. Para incurrir en responsabilidad no se requiere probar intención pues se trata de supuestos objetivos. Basta probar 2 factores: 1) acreditar la situación de dominio de mercado y 2) la conducta objetiva de la negación.

La empresa denunciada en su defensa deberá, o bien acreditar que no goza de una posición dominante en el mercado o bien que no incurrió en la conducta o que si lo hizo tiene razones justificadas, acorde al criterio de la empresa y razones que deberán ser compartidas por el Tribunal de defensa de la libre competencia.

Algunas veces, la negativa de una empresa dominante de vender o comprar a un cliente puede ser un abuso. Sin embargo, solamente puede considerarse un abuso cuando no hay alternativa para el consumidor, es decir, otra oferta del mismo producto en el mercado. Se presenta el abuso de posición de mercado cuando la empresa ofertante es un monopolista. (monopsonio u oligopsonio).

En general, toda conducta excluyente y limitativa de la libre competencia debe ser prohibida. En cambio estas conductas no deben ser confundidas con las de la competencia ordinaria u cotidiana que si es protegida. Son conductas excluyentes la fijación de precios predatorios o la discriminación en los precios. Así como una empresa puede negarse a contratar también puede usar los precios que oferta en sus demandas de compra a fin que estos equivalgan a negativas de contratar.

Para Conrath la fijación de precios predatorios es una estrategia de las firmas dominantes para forzar los precios por debajo de los costos hasta que sus competidores son eliminados del mercado, con el fin de permitir luego tener un monopolio y elevar los precios al nivel de éste.

Sin embargo, no debemos confundir esta situación particular con la eficiencia que puede lograr una empresa, eficiencia fruto de trabajo sistematizado, óptimo rendimiento, control de calidad, buenas redes de distribución, todo lo que le permite mantener precios por debajo de los costos de las empresas menos eficientes.

La fijación de precios bajos determina que la empresa tenga que asumir en un principio pérdidas muy grandes. Al reducir tanto sus precios para eliminar a sus competidores del mercado la empresa, deberá realizar ventas donde asumirá pérdidas cuantiosas las que después tendrá que recuperar vía las ventas futuras. Para poder recuperarse de la fijación de precios por debajo del costo, luego de sacar a sus competidores del mercado, deberá subir sus precios pero no tanto como para que terceros entren al mercado y solo así podrá disfrutar de precios monopólicos. Si deberá elevar los precios a un nivel lo suficientemente

860 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, pp. 545-546.

elevado como para recuperar las pérdidas anteriores. Es necesario, además, neutralizar la competencia por un período más o menos largo para recuperar el tiempo en que se han asumido las pérdidas incurridas por los bajos precios del mercado los que se fijaron por debajo del costo.

Es necesario diferenciar la fijación de precios predatorios de la simple acción competitiva en virtud de la cual una empresa consigue costos más bajos por la aplicación de nuevas técnicas, mejor publicidad y superior distribución del producto. La suma de todos estos factores o la aplicación de uno de estos puede lograr que si los demás competidores no reaccionen y pierdan mercado procedan a acusar a la empresa de bajar sus precios bajo el costo. Esta situación de agresiva competencia puede parecer a otras empresas una estrategia de fijación de precios predatorios.

Por eso es que la legislación tiene sumo cuidado en el tratamiento de los precios predatorios porque, sin querer podría desestimular la eficiencia que es en última instancia la finalidad de la libre competencia.

Cualquier empresa puede negarse a contratar. Esta situación es parte de la libertad de contratar que nuestra Constitución protege. Sin embargo, tratándose de una empresa que goza de posición de dominio en el mercado su actuación y libertad es más limitada. No puede negarse a contratar a no ser que exista una razón justificada para ello.

Cuando son varias las empresas que acuerdan negarse a contratar estamos frente a un «boicot». Se considerará esta práctica ilegal *per se*. Tratándose de la conducta de una sola empresa es difícil juzgar porque muchas veces se confunde infracción con una práctica normal del mercado. La negativa justificada puede obedecer a la calidad crediticia del comprador o vendedor, a la calidad deficiente de sus productos, a sus precios, a las facilidades que exige o demanda, etc.

Hay conductas que no son claras pese a que sus efectos son equivalentes a una negativa a contratar. Entre ellas encontramos, el exceso de demora en la satisfacción o entrega de un pedido, a la solicitud de datos e información excesiva, que no son pertinentes a la operación, o al retraso injustificado en señalar precios. Todas ellas son conductas que están enmarcadas dentro del rubro negativa injustificada de contratar.

El inciso a) del Artículo 5 no define lo que se puede entender por «negativa injustificada». Bullard[861] hace mención al tema en la jurisprudencia de INDECOPI. «Puede establecerse en algunos casos como justificada la negativa basada en la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del producto o bien solicitado o la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o materias primas requeridas para producir el bien o brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquiriente, u otras de naturaleza similar».

El análisis debe girar en torno a si la empresa que se ha negado a contratar esta motivada por su situación de poder monopólico o su negativa se origina en el hecho de mantener su nivel de competencia. Es difícil, en la práctica, encontrar empresas que se hayan negado a satisfacer pedidos cuando se hallan en situación de dominio. Generalmente,

861 BULLARD GONZÁLES (s/f e). *Op. cit.*, pp. 304-305.

cuando una empresa se niega a satisfacer demandas de compra o de venta, tiene razones justificadas para ello. Una empresa no rechaza clientes cuando no existen motivos económicos para hacerlo.

La conducta en virtud de la cual se niega la prestación de servicios o la oferta de bienes a potenciales adquirientes, ha sido considerada dentro de las prohibiciones previstas en la legislación norteamericana.

Las conductas concertadas resultan comprendidas en la prohibición del Artículo 1° de la Ley Sherman. Este se aplica a los acuerdos restrictivos del comercio y los actos unilaterales: Sea por acción u omisión, cuando una empresa o un conjunto de ellas deniegan la prestación de servicios o la oferta de bienes a potenciales adquirientes incurren en una forma de monopolización, punible bajo el Artículo2° de la citada Ley.

Como expresa Guillermo Cabanellas[862]: «Las amenazas de suspender las compras, si son ejercidas por compradores con poder monopólico a fin de obtener concesiones que pueden perjudicar a rivales con una situacion menos favorable, puede violar la cláusula sobre monopolización del Artículo 2° de la Ley Sherman». «...Las negativas a comerciar pueden también ser un factor en la determinación de la existencia de una violación a la Ley Clayton». «Asimismo las negativas a operar con determinados clientes pueden ser también una forma de competencia desleal, bajo el Artículo 5° de la Ley de la Comisión Federal de Comercio, particularmente cuando supone intentar imponer ciertas condiciones de operación sobre las empresas sujetas a tal negativa».

El caso de la firma Polaroid vs. SSI Europa es un caso de la jurisprudencia europea en donde se puede analizar la posición europea en cuanto la negativa injustificada de contratar. La Comisión al respecto señaló: «...como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada, a servir un pedido y también será así cuando la empresa en posición dominante condiciona el suministro del producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior».

En este caso se puede apreciar que la negativa a contratar de una empresa con posición de dominio en el mercado se presume ilegal, salvo que el denunciado demuestre la existencia de una justificación objetiva que explique la negativa.

El análisis que efectúa la Comisión sigue la «regla de la razón» estableciendo si de la negación a contratar es procompetitiva o no. Solamente si del análisis resulta un efecto anticompetitivo la acción será considerada ilegal.

Otra jurisprudencia de la Comunidad Europea ilustra el tratamiento de la figura del abuso anticompetitivo. Nos referimos al caso United Brands. En este caso uno de los abusos que reparó la Comisión fue la decisión de United Brands, el proveedor dominante de plátanos para la mayoría de países de la Comunidad, de no vender plátanos verdes al madurador y distribuidor danés Oleseń. El Tribunal estableció el principio siguiente:

> «...Es aconsejable señalar positivamente desde el principio que una empresa en una posición dominante en la comercialización de un producto, que goza de la reputación de una marca conocida y valorada por los consumidores, no puede dejar de suministrar a un cliente

862 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 523.

que lo es desde antiguo y que cumple los términos usuales del comercio, si los pedidos de tal cliente no exceden de lo ordinario»[863].

En la legislación argentina la negativa a satisfacer pedidos no constituye en sí misma conducta anticompetitiva, pues no supone alterar la independencia entre empresas siempre que estas se realicen dentro del normal desenvolvimiento de la actividad competitiva. Sin embargo, al igual que en la legislación peruana, americana y europea, esta negativa también puede tener un propósito y efecto restrictivo a la libre competencia o bien tratarse de un abuso de posición dominante. Por ello debe analizarse la conducta acorde a la regla de la razón.

«Los casos más frecuentes en esta área son los relativos a la imposición de condiciones de venta a operación sobre etapas posteriores del proceso de comercialización. Así, la negativa a aceptar pedidos puede ser una forma de sancionar a minoristas que se han apartado de las políticas sobre márgenes de reventa seguidos por los productores, aún cuando no exista un acuerdo entre éstos en esa materia, sino que los márgenes sean "sugeridos" individualmente por cada productor»[864].

La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios puede ser ejercido individualmente o poniéndose de acuerdo varios ofertantes, estando en este caso frente a un boicot. En esta última situación existe la competencia pero dentro de ésta se realiza una práctica restrictiva y al existir varios involucrados no podemos hablar de una medida unilateral que surge de la posición dominante en el mercado. Generalmente hablamos de posición dominante en el mercado cuando la negativa proviene de una posición individual. La empresa o persona comete abuso de su posición dominante cuando esta negativa se hace de manera injustificada. No olvidemos que la negativa a contratar puede estar sustentada en motivos fundados. Además no debemos dejar de considerar que una de las bases de la autonomía privada es la posibilidad de negarse a contratar.

Sin embargo, esta negativa, puede darse según Khemani en cierto supuestos:

«Negativa a vender un bien o proporcionar la prestación de un servicio, efectuada generalmente frente a un minorista. Esta práctica puede tener varios fines: obligar a un minorista a respetar precios exigidos, es decir impedirle vender con descuento, apoyar un acuerdo de distribución exclusiva concluido con otros revendedores».

Como principio general Bellamy afirma «que es una infracción el que una empresa que tenga una posición dominante en un mercado se niegue, sin causa objetivamente justificada, a servir un pedido y también será así cuando la empresa en posición dominante condiciona el suministro del producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior. Deberá demostrar una "justificación objetiva" para negarse a suministrar a un cliente suyo»[865].

En nuestra legislación además de demostrar una «justificación objetiva», para negarse a suministrar la demanda de compra o de venta es necesario que se generen perjuicios los que deben acreditarse.

---

863 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, pp. 550-551.

864 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 531.

865 *Ibidem*, p. 532.

Sobre el término **eficiencia** el *Glosario de términos de economía industrial y derecho de la competencia* señala:

> «Eficiencia: Este término tiene numerosas acepciones. En el contexto de la organización industrial y del derecho y la política de la competencia, se entiende por "eficiencia" la forma de utilización óptima de recursos escasos. Se distinguen en general dos tipos de eficiencia: la tecnológica (o técnica) y la eficiencia económica (de asignación o paretiana). Una empresa será técnicamente más eficiente que otra si produce una misma cantidad utilizando menos factores de producción, todas las empresas no son tácitamente eficientes ni comparables en este plano.
>
> Una empresa resulta económicamente eficiente cuando pone en práctica sus factores de producción, de tal manera que consiga una cierta escala de producción al menor costo posible. Hay un aumento de eficiencia si la empresa consigue producir a un menor costo un mismo volumen de producción o un volumen superior. Al contrario que la eficiencia tecnológica, la eficiencia económica permite comparar diversos procedimientos de producción. Los economistas consideran en general que la competencia incita a la eficiencia tanto a las empresas como a los agentes económicos. La eficiencia tanto a las empresas como a los agentes económicos. La eficiencia multiplica las posibilidades de supervivencia y de éxito de las empresas y aumenta la probabilidad de utilización óptima de recursos económicos limitados. A nivel de empresa, la eficiencia proviene esencialmente de las economías de escala y de gama y, a más largo plazo de la renovación tecnológica y de la innovación...»[866].

El economista Gonzalo Ruiz, Jefe del Departamento de Estudios Económicos del INDECOPI, señala las consecuencias que tiene sobre la eficiencia y la competitividad del mercado por la práctica de la negativa injustificada a contratar. Gonzalo Ruiz nos dice:

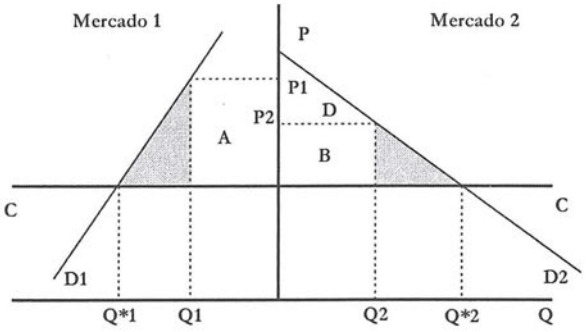
> «A manera de ejemplo, en la presente sección se analizará los efectos sobre la eficiencia de una modalidad de práctica de abuso de posición de dominio: La negativa injustificada de venta.
>
> Asumamos, un caso en el cual una empresa, localizada en Lima, que produce láminas de acero tiene la capacidad de segmentar mercados geográficamente y cobrar precios distintos, en Lima y Arequipa, en función de distintas elasticidades de demanda en cada uno de dichos mercados (discriminación de precios de tercer grado). Así, como muestra el Diagrama, en el mercado 1 (Lima) el productor puede cobrar un precio P2, mientras en el mercado 2 (Arequipa), puede cobrar P1. Asumamos, también que esta capacidad no se deriva de ninguna barrera legal o anticompetitiva a la entrada de nuevos competidores o que impidan el arbitraje entre ambos mercados sino más bien a los elevados costos de transporte de las láminas de acero entre ambas ciudades.
>
> Las cantidades vendidas en ambos mercados (Q1 y Q2) son menores que las que prevalecerían en un contexto de competencia perfecta (Q*l y Q*2). La pérdida de eficiencia asociada a este esquema de discriminación estaría representada por las áreas sombreadas.
>
> En este caso, si se sigue la interpretación del D.L. 701 señalada en la sección anterior, la posición de dominio en ambos mercados por parte de la empresa no sería sancionable en sí misma. La fijación de precios monopólicos en ambos mercados respondería más bien al ejercicio de una posición de dominio, derivada de una mayor eficiencia en la producción del bien y del aprovechamiento de barreras naturales que impiden el arbitraje.

866 KHEMANI, R.S. *Op. cit., p.* 40.

Utilizando el Diagrama, asumamos ahora que existe una negativa de venta a los consumidores de Arequipa. En este caso, al dejarse de atender este mercado, existiría una pérdida, representada por las áreas B y D, que son la suma del excedente del consumidor y del productor en el mismo.

Pero, ¿por qué el monopolista puede estar dispuesto a negarle la venta a un consumidor, cuando podría ganar B, si le vendiera? Una posible explicación sería que éstas prácticas de diferenciación de precios respondan a menores costos de comercialización de láminas de acero en este mercado. Es posible que existan economías de escala en la comercialización de láminas de acero en Lima que justifiquen que, dada una restricción de capacidad, convenga vender toda la producción a este mercado. En este caso, posiblemente la curva de costos relevante para el mercado de Lima estaría por debajo de c y, por lo tanto, los beneficios monopólicos sean mayores que A.

Discriminación de Precios
(Tercer Grado)



Si la mayor eficiencia en la comercialización de láminas de acero en Lima, compensa la pérdida de eficiencia en el mercado de Arequipa, un análisis del caso, a partir de la «regla de la razón» indicaría que dicha práctica estaría justificada dado que se deriva de un mayor bienestar para la sociedad.

Supongamos ahora que las láminas de acero son utilizadas tanto en Lima como Arequipa para la producción de electrodomésticos en ambos mercados. A diferencia del mercado de láminas de acero, asumamos que la configuración geográfica del mercado de electrodomésticos es el nacional. Asimismo, supongamos que la firma productora de láminas de acero, está integrada verticalmente con una firma productora de electrodomésticos que opera en ambos mercados y que enfrenta competencia de otros productores de electrodomésticos en Arequipa, a quienes le niega la venta de dichas láminas.

En este caso, ¿se puede justificar la práctica desde una perspectiva de eficiencia? La respuesta dependerá no sólo de la mayor o menor eficiencia que genere la práctica en el mercado de láminas sino del efecto que dicha medida tenga en la competencia sobre el mercado de electrodomésticos. En este caso, la empresa puede verse incentivada a negar la venta de sus láminas a sus competidores con el fin de capturar el mercado nacional de electrodomésticos. Ello tendría efectos negativos sobre el bienestar en este mercado, dado que se está utilizando la posición de dominio en un mercado relacionado para restringir la competencia en un mercado que en la actualidad es competitivo, como el de electrodomésticos. En este caso, si se comprueba que la pérdida de bienestar asociada a esta restricción sobre la competencia en

el mercado de electrodomésticos es mayor que la posible mejora de eficiencia en el mercado de láminas de acero, la negativa de venta sería injustificada.

De lo mencionado arriba se infiere que, a diferencia del modelo tradicional de discriminación de precios, lo que se tipifica en el Artículo 5, son las prácticas que "excluyen" del mercado o "tienden a excluir", en forma arbitraria, a los agentes (sean estos productores, consumidores finales o intermedios) del mercado sin una justificación clara en términos de mayor eficiencia del mercado. Lo que la regulación busca sancionar serían aquellas conductas que implican la creación de barreras a la entrada de agentes al mercado, más que el uso mismo de la posición de dominio. En este sentido, se trataría de prácticas que inhiben el buen funcionamiento de los mercados y los incentivos asociados a dicho sistema.

En el caso peruano, en gran medida, las barreras legales a la entrada al mercado han sido reducidas sustancialmente con la apertura comercial y financiera de la economía y la redefinición del rol del Estado en los mercados. En el marco regulatorio actual se debe procurar que este proceso de reducción de barreras a la entrada continúe profundizándose, promoviendo la competencia y disuadiendo prácticas que restrinjan o limiten los mecanismos de asignación que brinda el mercado»[867].

2.5.4. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. La Discriminación de Precios y los Precios Predatorios

Son casos de abuso de posición de dominio:

b. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que corresponden a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen, u otros que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

En general la fijación por parte del fabricante de condiciones de reventa y de comercialización a sus distribuidores están prohibidas en la legislación de libre competencia, en lo que se conoce como restricciones verticales.

Las restricciones verticales según el *Glosario de términos de economía industrial y derecho de la competencia* son:

«Las restricciones verticales son prácticas aplicadas por los fabricantes o los proveedores en referencia a la reventa de sus productos, la distribución exclusiva y la exclusividad territorial o las demás restricciones geográficas en el mercado. En un sistema de distribución exclusiva y/o de exclusividad territorial, el fabricante autoriza a un único distribuidor para comercializar el producto. El problema consiste en saber si esta exclusividad confiere al distribuidor un poder sobre el mercado. La doctrina económica está muy dividida sobre este punto. En general, el poder sobre el mercado del distribuidor se encuentra limitado por la competencia

867 RUIZ, Gonzalo. «El Concepto de Abuso de Posición de Dominio y sus Implicancias sobre el Bienestar». En: *Documento de Discusión* N° 3. Área de Estudios Económicos del Indecopi, 1998.

inter-marcas. El objetivo perseguido por el productor consiste normalmente en incitar al distribuidor a promocionar el producto y asegurar un mejor servicio a la clientela»[868].

Este artículo hace una mayor referencia al tema, pues describe la discriminación que podría existir en base a una situación de poder de dominio en la cual algunos competidores exijan para prestaciones equivalentes condiciones desiguales, provocando que otros competidores incurran en situación desventajosa frente a ellos.

La discriminación por los precios según Khemani se da cuando:

«...En diferentes segmentos del mercado, la clientela no recibe la aplicación de un mismo precio para un mismo bien o servicio, por motivos no relacionados con los costos. La discriminación por los precios sólo resulta eficaz si los clientes no pueden volver a vender con beneficio los bienes o servicios a otros clientes. Pueden asumir numerosas formas, incluyendo el establecimiento de diferentes precios en función del grupo de edad, de la implantación geográfica y del tipo de usuario (por ejemplo, diferenciación de las tarifas eléctricas según que se trate de un particular o de una empresa).

Cuando resulta posible identificar subdivisiones en los mercados y segmentar el mercado se puede demostrar que resulta rentable para la empresa fijar precios más elevados para los mercados en los que la demanda es menos elástica. El resultado puede ser un aumento de la producción total y puede tener por consiguiente un efecto favorable a la competencia.

La discriminación vía precios puede asimismo ser nociva para la competencia. De este modo, una empresa dominante podrá rebajar sus precios en ciertos mercados para eliminar a competidores locales especialmente dinámicos. No obstante, queda planteada la pregunta de si la discriminación por los precios constituye verdaderamente un medio de restringir la competencia. Dicha cuestión está sujeta a amplio debate.

La discriminación por los precios se advierte asimismo en las industrias reglamentadas por los poderes públicos, en las que es frecuente aplicar precios diferentes según el periodo de horario (fijación de tarifa punta) o hacer que se aprovechen de tarifas más bajas los grandes usuarios (fijación de tarifa decreciente)...»[869].

La discriminación consiste en tratar casos iguales en forma desigual[870]. La discriminación es ilegal y se da cuando el poder de mercado existe y permite a la empresa obtener

---

868 KHEMANI, R.S. Op. cit., p. 85.

869 *Ibidem*, pp. 36-37.

870 **Discriminación de Precios**
Esta es una conducta considerada restricción vertical. Podemos describirla en los siguientes términos: Una empresa cobra a dos diferentes compradores precios distintos por el mismo producto. El vendedor tratará de vender sus productos a aquellas personas dispuestas a pagar un valor mayor. Sin embargo, esta figura puede ser la respuesta del vendedor frente a presiones de compradores que desean pagar menos, esto es, desean mejores precios.
¿Se puede justificar la discriminación de precios?
Algunos tratadistas opinan que sí, pues incrementa el número de productos fabricados por el vendedor y ofertados al mercado y ello es económicamente deseable.
¿Qué puede tener de negativa esta conducta?
El que una firma no pueda obtener los beneficios que desea sino cuenta con poder de mercado. La empresa debe contar con poder de mercado para efectuar una discriminación efectiva, pues de lo contrario aquellos que obtienen un mejor precio pueden revender los productos que adquieran a aquellos que pagan más, distorsionando el objetivo de la medida. Por ello se afirma que la discriminación de precios está vinculada a un poder real y efectivo del mercado de parte de la firma discriminante.
Se presentan 7 proposiciones fundamentales para que la conducta sea objeto de sanción:
1. En una conducta ilegal en el quehacer normal de la industria o comercio.

2. Se debe efectuar una discriminación en el precio, esto es, efectuar dos ventas de un producto igual y cobrar un precio distinto.
3. En los Estados Unidos sólo se aplica a *commodities* o genéricos y no a servicios o bienes intangibles.
4. Su efecto es el de disminuir la competencia.
5. Otorga beneficios especiales en función de los costos o la ubicación, etc.
6. El concepto de discriminación de precios incluye cualquier diferencia directa o indirecta que afecte el precio.
7. La cantidad adquirida es un factor a considerar.

Un caso descrito en la jurisprudencia americana es el de un fabricante de sal de mesa que señaló que otorgaría un descuento especial a todos aquellos que compraran determinada cantidad dividiendo el beneficio en 3 categorías. Un importante descuento para aquellos que compraran una gran cantidad del producto, muy difícil de lograr, un segundo tramo, que era logrado por casi el 99% de los clientes, y las ventas pequeñas que podían afectar el 1% restante de los compradores.

Las Cortes encontraron que esta política de descuentos era discriminatoria pues la sal es sal y no puede cobrarse un precio discriminatorio a los pequeños compradores que son también competidores.

El concepto de calidad equivalente en el producto se explicó en el caso Borden, empresa que vendía leche en dos presentaciones, leche en lata con etiqueta roja y leche en lata con etiqueta azul, cada una con un logo y marca diferente.

Las Cortes señalaron que una leche era tan buena como la otra y por ello se trataba de productos de calidad equivalente, aún cuando el mercado, por efecto de las políticas de marketing y segmentación de la empresa sí los diferenciaba. Si la empresa acusada hubiera invertido un centavo de vitamina C en uno de los productos, entonces no tendría problema en cobrar un dólar más. No se trataría de productos iguales pues no se exige ningún criterio de proporcionalidad.

¿Cuál es el efecto de estas medidas en la competencia?

La doctrina reconoce diferentes niveles de perjuicio al mercado.

Primer nivel de perjuicio (*primary line of injury*).- La conducta ilegal daña a un competidor ubicado en la misma industria.

Por ejemplo, Dell vende computadoras a la Marina. IBM oferta sus productos a 100 dólares menos. El perjuicio a Dell se conoce como perjuicio del primer nivel de perjuicio. Si bien esta conducta es similar a la de los precios predatorios, en esta no se debe probar que se está vendiendo bajo el costo ni el tiempo que se requerirá para recuperar las pérdidas sino el que la firma demandada vende el mismo producto, de igual calidad y tipo, a dos mercados, cobrando precios diferentes en forma injustificada.

Segundo nivel de perjuicio (*secundary line of injury*).- Se causa el daño a un cliente. El cliente no puede obtener el descuento que se otorga a un tercero y el perjudicado pierde competitividad frente a otros compradores. Los precios discriminatorios generan dos tipos de clientes: Los que pagan el precio regular y los que obtienen mejores precios, sin justificación alguna.

Tanto en el derecho americano, como en el peruano, la discriminación de precios se juzga acorde a la regla de la razón. Las firmas plantean diversas defensas entre las que se hallan las diferencias en costos, volumen, calidad del cliente, igualar a la competencia, etc.

Defensa de los descuentos funcionales

Los Descuentos Funcionales

Esta conducta se presenta cuando un determinado fabricante vende a un distribuidor mayorista a un precio y al distribuidor minorista a otro distinto. Luego iguala el precio del mayorista con el del minorista, si este último efectúa su distribución en forma integral, como, por ejemplo, el caso de las grandes cadenas de tienda (Wall Mart, Sears, Ripley ó Falabella).

¿Es posible vender a diferentes precios productos (bienes y servicios) a personas que desempeñan funciones distintas?

Las Cortes han contestado que no. Que no es legal ni válido establecer un precio vertical diferente para aquellos que se ubican en la misma etapa de la cadena, sean distribuidores, mayoristas y minoristas.

Si se trata de un mayorista y un minorista es posible diferenciar los precios, por hallarse en diferente etapa de la cadena de comercialización. Si se trata de dos minoristas la diferenciación no es válida. Si se produce esta discriminación se incurre en ilegalidad sancionada por las normas de defensa de la libre competencia.

Defensa de los costos

Las empresas plantean varias defensas a esta acusación. Una es la diferencia de la tarea. Otra defensa se basa en los costos. Las firmas pueden tratar de justificar sus precios diferenciados en función de los mayores costos pero ¿cuáles costos pueden incluirse?

utilidades mayores, debido a la posición que ocupa en el mercado a expensas de los consumidores.

En la práctica la discriminación que más se encuentra es la diferenciación en precios.

Conrath[871] afirma:

«La ilegalidad de la discriminación de precios ha sido criticada por dos razones:

Primero, algunos economistas afirman que una firma con poder monopólico producirá más si se le permite cobrar precios diferentes a clientes diferentes, dependiendo de la demanda del producto.

Segundo, el establecimiento de precios oligopolistas está a menudo interrumpido, primero, por descuentos para clientes particulares, seguido de crecientes descuentos para otros clientes y luego por la competencia vigorosa. En tal mercado, una ley que prohíba la discriminación de precios podría tener el efecto no intencionado de apoyar un cártel o un oligopolio que no compite significativamente. Por estas razones, algunos dirían que una ley de esta naturaleza es menos importante que otras leyes antimonopolio o, inclusive, que es indeseable».

El mismo autor considera que son varios los factores que deben ser considerados para evaluar si estamos frente a una discriminación, entre ellos:

1. Si el despacho de la mercadería está incluido, o si el cliente recoge el producto a su cuenta y costo.

2. Si cualquier servicio adicional es suministrado con el producto.

3. Si se ofrece una garantía con el producto.

4. Si las condiciones del mercado cambiaron (entre la oportunidad de cotización del primer precio comparado con la del segundo precio).

– La depreciación o la amortización.
Los costos fijos
Los costos variables
En general es difícil entablar esta defensa por lo oneroso de la prueba y por el grado de subjetividad involucrado en la asignación de los costos.
Defensa de equiparar los precios de la competencia
Una tercera línea de defensa es cuando la empresa sostiene que se ha recurrido a precios discriminatorios para enfrentar, de buena fe, los bajos precios de la competencia. El objetivo de la empresa es igualar los precios de sus competidores pero no más allá. Se puede competir pero sin crear un primer nivel de perjuicio.
El problema de esta defensa radica en cómo conocer el precio del competidor.
No se puede intercambiar información con los competidores, pues si tratamos de verificar ésta forma directa incurrimos en una conducta ilegal. De allí su dificultad.
Las Cortes han señalado que no es obligación del denunciado el conocer los precios reales de la competencia sino que basta el intento de buena fe de enterarse de los mismos.
Si nos mienten los competidores igual la empresa cumplió con esta defensa, pues se realizaron los mejores esfuerzos. Es además ilegal pagar comisiones a un comprador u otorgarle otras ventajas que equivalgan a modificar el precio en forma indirecta (como comisiones, pago de publicidad, almacenaje gratis, entrega y servicios adicionales, información gratuita).
Lo importante es que aquello que se ofrece a un cliente se ofrezca a todos los demás, si cumplen las mismas condiciones.

871 CONRATH, Craig W. *Prácticas Monopolísticas de Firmas Dominantes – Abuso de Posición Dominante.* s/f b, p. 81.

5. Si el cliente es un mayorista o un intermediario que desempeña ciertas funciones que, de lo contrario, tendrían que ser desempeñadas por el fabricante, tales como mantener una oficina y personal de ventas.

6. Si atender a un cliente particular requiere costos específicos o evitar costos específicos.

7. Si una firma está igualando un precio competitivo.

8. Si una firma está ofreciendo una promoción o precio especial, por ejemplo, para introducir un producto en una nueva área geográfica.

Finalmente Posner[3] nos dice:

Sobre la discriminación de precios

Hasta aquí hemos supuesto que el monopolista vende su producto a un solo precio. Este supuesto se justifica de ordinario. Si el monopolista vendiera a dos precios diferentes, los compradores a quienes se cobrara el precio menor revenderían a los compradores a quienes se cobra el precio mayor. Tal reventa (conocida como arbitraje) imposibilitaría al vendedor el mantenimiento de precios diferentes. Sin embargo, el arbitraje no es siempre viable. Es posible que el producto no se pueda almacenar para su reventa futura (como ocurre en el caso de muchos servicios) o puede haber restricciones contractuales contra la reventa. Si el monopolista puede impedir el arbitraje, es probable que fije precios diferentes para compradores diferentes, dependiendo no de los costos de venta, que son los mismos, sino de la elasticidad de las demandas del producto. Esto es la discriminación de precios.

La pendiente negativa de la curva de demanda implica, como hemos visto, que los consumidores (o a algunos de ellos) estarían dispuestos a pagar precios muy superiores al costo por algunas unidades del producto del monopolista, precios sólo ligeramente superiores al costo por otras unidades adicionales, y nada en absoluto por más unidades. No hay un solo precio que extraiga el valor pleno asignado por los consumidores a la posibilidad de comprar algunas unidades del bien sin sacrificar los beneficios menores, pero todavía positivos, con los que podrían venderse unidades adicionales. Idealmente, al monopolista le gustaría negociar por separado con cada consumidor por cada unidad. Entonces no rechazaría jamás a un cliente que esté dispuesto a pagar un precio igual al costo y su producción sería idéntica a la que se obtiene bajo la competencia. Pero los costos de transacción de la discriminación de precios perfecta (también llamada «de primer grado») son prohibitivos. De ordinario, lo mejor que puede hacer el monopolista discriminante es dividir a sus clientes en pocos grupos y fijar un solo precio (aunque diferente) para cada grupo.

Es indeterminado el efecto de la discriminación de precios imperfecta (de tercer grado) sobre la producción[873]. Supongamos que el precio monopólico único es $10 pero, en lugar de cobrar ese precio, el monopolista clasifica a los compradores en dos grupos y cobra $5 a los miembros de uno y $20 a los miembros del otro. El monopolista gana ventas: las que hace al primer grupo que no pagarían $10 pero están dispuestos a pagar $5. También pierde ventas: las de los miembros del segundo grupo que están dispuestos a pagar $10 pero se niegan a pagar $20. Las ventas perdidas podrían superar a las ventas ganadas. La producción del monopolista podría ser menor, aunque sus beneficios sean mayores.

Como hemos señalado la doctrina reconoce los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio. Consiste en el supuesto que una empresa, con posición de

872 POSNER (s/f). *Op. cit., p.* 416.

873 SCHERER (1990). *Op. cit.*, pp. 316, 321.

dominio en ese mercado, reduzca sus precios por debajo de sus costos, con la intención de generar pérdidas a sus competidores y así eliminarlos del mercado.

Si bien esta conducta causa perjuicio a otros competidores, beneficia en el corto plazo a los consumidores por la disminución en el precio del producto. Como hemos señalado esta situación es solo temporal. El bajar los precios por debajo de los costos va a perjudicar a los demás competidores y a la larga eliminará la competencia generándose una situación de monopolio.

Es necesario considerar que bajar los precios por debajo del costo no puede sostenerse mucho tiempo por lo que la empresa que utilizó esta medida tendrá que subir sus precios luego, produciéndose una situación desventajosa para los consumidores.

La predación[874] es sancionable cuando es llevada a cabo por una empresa que goza de posición de dominio en el mercado. Cuando esta conducta es realizada por una empresa que no goza posición de dominio se considerará como una conducta dirigida a competir vía precios o la utilización de una estrategia competitiva con el objeto de ganar una mayor participación de mercado.

> «Cualquier teoría seria de lo que es la predación debe partir de constatar que la empresa predadora va a incurrir en pérdidas durante el desarrollo de su práctica, pero está en la capacidad de hacer un cálculo racional que considere las pérdidas como una inversión en búsqueda de ganancias monopólicas futuras. Para ello, las ganancias futuras esperadas deben superar las pérdidas actuales»[875].

La frontera entre una conducta predatoria y una conducta competitiva es casi imperceptible. La autoridad es la que tiene que determinar en cuál situación se encuentra la empresa. «El mal que se trata de evitar es que, luego de que la predación haya sido exitosa, la empresa en su posición de dominio use la participación obtenida en el mercado para fijar precios monopólicos».

---

874 **Precios Predatorios**

Se define como precios predatorios aquellos precios fijados por una empresa a un nivel tan bajo que se ubican por debajo del costo. Su real objetivo es eliminar a los competidores del mercado y luego de lograr este objetivo elevar los precios de los productos a niveles monopolísticos.

Los profesores Areeda y Turner de Harvard Law School señalan la dificultad de diferenciar entre lo que podemos denominar precios predatorios de simples precios bajos que benefician al consumidor, logrados a través de mejores procesos y métodos o por economías de escala.

Estos profesores señalan que sólo debe investigarse una empresa acusada de precios predatorios si los bienes y servicios que esta vende son por debajo del promedio, de largo plazo, de sus costos variables. Si no se verifica este hecho no es válido ni adecuado. El problema práctico radica en que es muy difícil calcular estos costos variables de largo plazo.

El caso más ilustrativo de precios predatorios en la jurisprudencia americana es el de Matushita, empresa japonesa, que fue acusada por los fabricantes de televisores americanos de utilizar precios predatorios durante 20 años, con la finalidad de eliminar del mercado de televisores a la industria americana. Las Cortes dijeron que esta acusación no tenía sentido ni lógica alguna.

La clave del análisis que uno debe hacer es la siguiente: ¿Qué plazo necesita una empresa para poder recuperarse de los precios bajos que cobra? Si estos se han cobrado durante 20 años no hay forma de hacerlo. Es imposible recuperar la pérdida.

El foco del análisis es pues, cuánto habrá que cobrar para resarcirse de las pérdidas creadas por los precios bajos y el tiempo que demanda el recuperarse. ¿Es posible que el infractor pueda recuperar sus pérdidas? Debido a este análisis la figura es muy rara, pues su probanza es muy difícil.

875 BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself.* New York: The Free Press, 1993, p. 144. Citado por Bullard, Alfredo. *Op. cit.*

Esta situación amerita analizar qué tipo de empresa es, si los precios fijados se logran en virtud de una situación de eficiencia y no por la aplicación de precios predatorios. Lo que hay que evitar, en última instancia es sancionar a una empresa que actuando competitivamente logra una óptima rentabilidad y una máxima eficacia, lo que le permite tener precios inferiores frente a sus demás competidores.

Posner[876] comenta sobre precios predatorios en los siguientes términos:

LA DEPREDACIÓN

Hasta ahora hemos hecho hincapié en la adquisición de poder monopólico mediante la consolidación u otras formas de la cooperación entre competidores. Una cuestión importante consiste en saber si tal poder puede obtenerse o aumentarse mediante los esfuerzos de una empresa. Podemos dejar de lado el caso en que la empresa obtiene un monopolio o una participación grande en el mercado. Por su eficiencia superior o por una licencia gubernamental, para concentrar, nuestra atención en las tácticas que se consideran abusos del proceso competitivo. Una es la discriminación de precios depredadora: una empresa vende por debajo de su costo en algunos mercados; una vez arrojados sus competidores establece un precio monopólico[877]. Los casos confirmados de discriminación de precios depredadores eran raros incluso antes de que la práctica fuera ilegal. La razón es que esta práctica es muy costosa para el depredador, quien incurre en una pérdida presente y sustancial a cambio de ganancias no sólo diferidas sino que pueden ser temporales, porque una vez que expulse a los competidores existentes del mercado y establezca un precio monopólico, nuevos competidores se verán atraídos al mercado por ese precio; es posible que deba repetir la táctica.

Si sólo la amenaza de la discriminación de precios depredadora bastara para alinear a los competidores, se emplearía a menudo porque cuesta poco hacer una amenaza (fuera de los costos de un castigo legal). No obstante, la amenaza debe ser creíble para que resulte eficaz. Una amenaza de vender por debajo de costo no sería creíble de ordinario. La víctima de la amenaza sabría que quien la hace estaría restringido por su propio interés, porque resulta muy costoso vender por debajo del costo. Sin embargo la amenaza puede ser creíble cuando el que amenaza tiene una posición monopólica en varios mercados diferentes, mientras cada uno de sus competidores vende sólo en uno de tales mercados. El monopolista podría ser capaz de convencer a cada competidor de que llevará a cabo la amenaza de vender por debajo del costo en mercados particulares a fin de volver más creíbles sus amenazas en otros mercados. El costo de uno o dos episodios de venta por debajo del costo podría ser pequeño en comparación con los beneficios que obtiene el monopolista al establecer su credibilidad.

Supongamos entonces que a veces podría intentarse el establecimiento de precios depredadores y que tal práctica debe prohibirse. ¿Cómo podremos volver operativo el concepto de la venta por debajo del costo? Si una empresa estuviese operando a toda su capacidad y vendiendo a un precio competitivo (es decir, $p = MC$), entonces, curiosamente, toda reducción del precio sería por debajo del costo. Decir que la firma está operando a toda su capacidad es decir que está operando en una región de costo marginal creciente: de otro modo, podría haber vendido más al precio competitivo. Por tanto, si expande su producción, como tendría que hacerlo para ganarle ventas a la empresa que desea depredar, aumentará su costo marginal, mientras que su precio (que suponemos no mayor que su costo marginal) habría

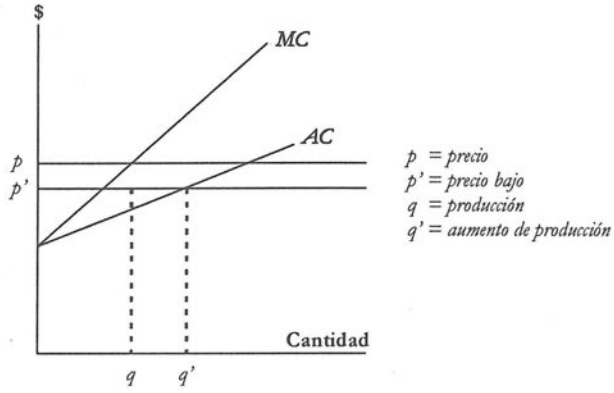
876 POSNER (s/f). *Op. cit., p.* 417.

877 Si los consumidores resultaran perjudicados a largo plazo, ¿por qué cooperan con el depredador comprándole cuando vende por debajo del costo?

declinado. Sería una regla extraña que toda reducción del precio sea presumiblemente depredadora (¿Por qué habría de reducir jamás su precio una empresa competitiva?).

Supongamos que el presunto depredador ha adquirido ya cierto poder monopólico, de modo que está vendiendo por encima de su costo marginal, y que decide reducir el precio. Mientras no reduzca su precio más allá de su costo marginal al mayor nivel de producción generado por la reducción del precio, no estará vendiendo por debajo del costo en ningún sentido relevante para la política de la competencia, porque su reducción del precio sólo podría hacer quebrar a un competidor menos eficiente, de costos marginales mayores. El problema que se crea cuando se hace de esta observación la base de una regla legal es que el costo marginal no es una cifra que aparezca en los libros de contabilidad de una empresa o que pueda derivarse fácilmente de las cifras que aparecen allí. Aunque los costos marginales son una función de los costos variables antes que de los costos fijos (por definición, los costos fijos no se ven afectados por los cambios de la producción), el costo marginal y el costo variable no son sinónimos.

Supongamos que los costos variables por concepto de mano de obra, materiales y de otra clase, en la producción de 100 adminículos, ascienden a $100, y que serían $99 si se produjeran 99 unidades, de modo que el costo marginal de la empresa con una producción de 100 es $1. Supongamos además que si la producción aumenta a 101 unidades, agotando la capacidad existente en la empresa, sus costos variables totales de toda su producción se dispararán a $110. Su costo variable medio será entonces $1.09 ($110 / 101). Su costo marginal será $10. Si la empresa bajara su precio de $3 a $2, a fin de crear una demanda para la producción mayor, incurriría en la *fijación depredadora* del precio, pero esto sería difícil de probar porque un tribunal tendría dificultades para calcular el costo marginal de la empresa. Se ha sugerido que se emplee en su lugar el costo variable medio[878] pero ese costo es en nuestro ejemplo, como hemos visto, sólo $1.09. Su empleo como una aproximación al costo marginal (que es $10) conduciría a la conclusión incorrecta de que la reducción del precio (a $2) no era depredadora porque $2.00 > $1.09.



La gráfica anterior es una representación esquemática de este problema. La empresa es una empresa competitiva que quiere ser monopolista. Afronta una curva de costo marginal creciente, lo que implica un límite definido para el tamaño eficiente de la empresa. La empresa baja el precio a *p'* y aumenta su producción a *q'* (¿qué determina *q'*?). En este punto, su costo

878 AREDA y TURNER (1975). *Op. cit.* Hay una bibliografía abundante sobre precios depredadores con Easterbrook, Frank H. «Predatory Strategies and Counterstrategies». En: *48 U. Chi. L. R.* 263 (1981); JOSKOW, Paul L. y Alvin K. KLEVORICK. «A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy». En: *89 Yale L.J.* 213 (1979).

marginal supera a su precio. Como su costo variable medio, que aumenta más lentamente que el costo marginal (porque el elevado costo de la última unidad de producción se promedia con los costos menores de las unidades intramarginales), es menor que su precio genera la impresión engañosa de que la empresa no está siendo depredadora.

Otro problema es el hecho de que el cálculo del costo variable, y por ende el cálculo del costo marginal, es muy sensible al periodo de que se trate. A muy corto plazo, la mayoría de los costos son fijos; a muy largo plazo, virtualmente todos los costos son variables (una excepción sería el costo de la formación de una sociedad anónima). La renta, por ejemplo, es un costo fijo a corto plazo pero es variable a largo plazo; si cambia la necesidad de espacio de la empresa pagará una renta diferente luego de la expiración del arrendamiento actual. Lo mismo se aplica al seguro, los sueldos de ejecutivos, las pensiones, los impuestos a la propiedad, la depreciación, la publicidad y muchos otros costos. En principio, el periodo en el que se debe determinar si los costos son fijos o variables, el periodo de la presunta fijación de precios depredadores. Si la reducción del precio dura un mes, los costos variables pertinentes serán los que varían en el curso de un mes, como las horas de trabajo empleadas en la elaboración del producto y las materias primas consumidas en su fabricación. Entre más dure la reducción del precio, mayor será la fracción de los costos de la empresa que son variables. Si se permitiera a una empresa que estableciera su precio indefinidamente al nivel de su costo variable a corto plazo, podría sacar del mercado a una empresa mucho más eficiente, simplemente porque los costos variables a largo plazo de esa empresa (los costos en que tendría que incurrir la empresa para permanecer en el mercado) serían mucho mayores que los costos variables a corto plazo de una empresa menos eficiente. En nuestro ejemplo, los costos variables medios a largo plazo de la empresa depredadora podrían no ser $1.09 sino $2.20. Presumiblemente, sin embargo, su costo marginal a largo plazo sería mucho menor que $10 y probablemente apenas mayor que $2.20. Para completar la simetría, adviértase que a largo plazo (el plazo pertinente cuando una reducción depredadora del precio persiste durante mucho tiempo) se funden los costos variables medios con los costos totales medios (costos fijos más costos variables, todos divididos por la producción de la empresa).

Esta discusión demuestra que el costo variable medio es una buena aproximación del costo marginal a largo plazo. ¿Tendría alguna vez sentido que una empresa practicara la fijación de precios depredadores durante un periodo prolongado? Después de todo, eso alargaría el periodo de reposición en que el depredador, habiendo destruido a su presa, eleva su precio a un nivel monopólico; y los beneficios monopólicos obtenidos en ese periodo tendrían que descontarse hasta su valor presente para decidir si conviene vender por debajo del costo (un costo corriente).

Esta cuestión ilustra los difíciles problemas contables que surgen en los casos de precios depredadores. Los contadores, preocupados como están por minimizar la discreción de los administradores en la elección de los gastos, no siempre captan la realidad económica en sus convenciones. Veamos el caso de la publicidad. Los contadores requierèn que los gastos de publicidad se traten como gastos corrientes. Dado que los efectos de la publicidad duran a menudo más de un año, en realidad son gastos de capital y debieran depreciarse durante su vida útil.

¿Cuándo podría hacer una diferencia, en un juicio por precios depredadores, que los gastos de publicidad se consideraran como gastos corrientes o que se capitalizaran y depreciaran?

Una complicación más es el hecho de que una norma legal basada en el costo marginal o en el costo variable medio resulta manipulable porque, dentro de ciertos límites, una empresa puede sustituir los costos variables con costos fijos.

Supongamos que la empresa puede elegir entre una planta muy intensiva en capital y una planta muy intensiva en mano de obra. La primera tendrá costos fijos mayores, la segunda costos variables mayores, porque es más fácil variar la cantidad de mano de obra con la demanda del producto de la empresa que la cantidad de capital. Por tanto, el primer camino le

dará a la empresa mayor flexibilidad en la fijación de su precio bajo una norma legal que equipara el precio depredador a la venta por debajo del costo marginal o del costo variable medio. En esta forma, la norma legal puede distorsionar las decisiones de inversión de una empresa.

LA CUESTIÓN DEL "DUMPING" Y EL LIBRE COMERCIO

El *dumping* es la práctica de empresas extranjeras de vender sus productos en el territorio objetivo a precios menores que los fijados por ellas en sus mercados nacionales y está prohibida por la ley y los tratados de la OMC cuando causa "un daño importante" a la industria. La ley impone también "aranceles compensatorios" (es decir, un impuesto a la importación) a las importaciones que hayan sido producidas con la ayuda de un subsidio del gobierno del productor. Aunque las previsiones contra el *dumping* y de aranceles compensatorios no se clasifican convencionalmente como leyes anti-monopólicas, responden, o por lo menos tratan de responder, a políticas similares. La discriminación de precios y el subsidio gubernamental representan distorsiones de los precios eficientes, competitivos, aunque esta conclusión depende del sentido preciso en que se empleen los términos de "discriminación" y 'subsidio'. En el sentido del economista, la discriminación no se refiere al hecho que un vendedor cobre precios diferentes, no justificados por una diferencia de los costos; la competencia implica la igualación del precio al costo marginal, de modo que sólo una diferencia en el costo puede justificar una diferencia en el precio.

De ordinario, una empresa discrimina cuando tiene poder monopólico, es decir, cuando la elasticidad de la demanda, y no sólo el costo marginal, determina el precio que cobra. Un subsidio destinado a permitir que una empresa venda su producto a un precio menor que su costo marginal produce la misma distorsión que el poder monopólico que le permite vender el producto por encima de su costo: el subsidio y el cambio de precio resultante atraen consumidores de los productos cuya producción es socialmente menos costosa, así como el precio monopólico atrae a los consumidores hacia productos cuya producción es socialmente más costosa.

El hecho que la discriminación y los subsidios puedan distorsionar la competencia no es por sí mismo una razón poderosa en favor de las leyes anti-*dumping*, y de aranceles compensatorios. Supongamos que una empresa japonesa vende su producto a un precio monopólico en Japón, porque allí hay restricciones a la competencia, y a un precio competitivo, es decir, un precio igual a su costo marginal, en los Estados Unidos. Esto es discriminación de precios, pero sólo podrá perjudicar a las empresas estadounidenses si sus costos marginales son mayores que los de la empresa japonesa, o si están vendiendo a precios monopólicos, en ningún caso se beneficiaría la eficiencia, la competencia o el bienestar de los consumidores estadounidenses castigando a la empresa japonesa.

El que deba (o no deba) castigarse a la empresa dependerá de los significados que se asignen al "daño importante" y a la "causa". Puede argüirse que si la industria estadounidense se ve perjudicada cuando la empresa japonesa está vendiendo a un precio igual a su costo marginal, se tratará de un perjuicio que se inflige a sí misma, un perjuicio debido a la incapacidad de las empresas estadounidense para minimizar sus costos o para competir[879]. El único argumento económico para castigar sería que así se podría presionar al gobierno de Japón para que relajara las restricciones competitivas en el mercado japonés que permiten la discriminación de la em-

879 De igual modo, si los costos de la industria nacional se disparan y su precio aumenta, en consecuencia y por ende, aumentan las importaciones y la industria nacional pierde ventas, ¿es este perjuicio (la pérdida de ventas y, presumiblemente, de beneficios) «causado» por las importaciones o por el aumento de los costos? Véase ROUSSLANG, Donald J. «Import Injury in US Trade Law: An Economic Vies». En: *8 International Review, Law & Economy* 177 (1988).

presa, que podrían estar perjudicando a los empresarios y trabajadores estadounidenses al impedir que las empresas de los Estados Unidos entraran al mercado japonés.

Por supuesto, si la empresa japonesa está vendiendo por debajo del costo en Estados Unidos, esperando recuperarse más tarde una vez que destruya a sus competidores estadounidenses, habrá un interés antimonopólico convencional; pero no necesitamos una ley antidumping para eso. Adviértase, sin embargo que cuando es toda una industria extranjera, y no una sola empresa, la que supuestamente está fijando precios de depredación en los Estados el alegato debiera verse con un escepticismo mayor que el suscitado de ordinario por, las acusaciones de precios depredadores. Una cosa es que una sola empresa decida bajar primero su precio y más tarde (quizá años después) aumentarlo cuando haya eliminado a sus competidores. El que un grupo de empresas pueda realizar esta maniobra implica un grado de durabilidad y coordinación que pocos carteles pueden alcanzar.

El análisis de los aranceles compensatorios es similar. Si se subsidia a la empresa extranjera para que venda en los Estados Unidos a un precio más bajo, la cuestión económica consiste en saber si el subsidio lleva al precio de la empresa por debajo de su costo marginal y, en caso afirmativo, si es probable que el subsidio se retire cuando los competidores estadounidenses de la empresa abandonen el mercado para siempre. Si no es así (si los exportadores de la nación extranjera controlan de tal modo la política económica de esa nación que es probable que sus exportaciones sean subsidiadas indefinidamente), podría argüirse que el subsidio debiera tratarse como algo que confiere un beneficio permanente a los consumidores estadounidenses, el cual probablemente superará a los costos de los productores estadounidenses. De otro modo, será de nuevo una variante de la situación convencional de precios depredadores.

Si un productor estadounidense prueba que el productor extranjero está vendiendo por debajo del costo, ¿debería poder recuperar toda la pérdida que se le impuso, o sólo la pérdida en que habría incurrido si hubiese estado vendiendo a un precio igual al costo marginal y hubiese minimizado ese costo?

Por supuesto, las preocupaciones que animan a la ley anti-*dumping*, el arancel compensatorio y otras medidas dirigidas contra las prácticas comerciales presuntamente "injustas" de los productores extranjeros van mucho más allá de una preocupación por los precios predatorios. La preocupación dominante es la de proteger a la industria estadounidense frente a los productores extranjeros que tienen costos genuinamente menores, ya sea porque pagan salarios menores, incurren en menores costos de control de la contaminación y otros costos de la regulación, están mejor administrados, tienen mejores trabajadores, o tienen plantas y equipo más modernos. Las políticas tienen esta motivación "proteccionistas", y se debate ahora si hay buenos argumentos económicos en favor del proteccionismo. En general, la respuesta es negativa, si se piensa que lo que debe maximizarse es el bienestar económico del mundo en conjunto. En cambio, si lo que se quiere maximizar es la protección del bienestar nacional, es posible que el proteccionismo pueda justificarse ocasionalmente. Por ejemplo, si la nación es un importador tan grande de un producto particular que tiene un poder monopsónico, quizá pueda imponer un arancel al producto para obtener ingresos fiçales que, sumados a los beneficios de los competidores nacionales protegidos, superen a los costos de los consumidores nacionales.

Adviértase que una cuota, es decir, un tope a la cantidad del producto que puede importarse, no puede justificarse sobre esta base porque no genera ninguna recaudación.

Aunque una nación no tenga poder monopsónico, y aunque considere como la meta apropiada de su política la maximización del libre comercio por todo el mundo, una medida proteccionista (aquí esta designación es incorrecta) podría ser apropiada como una represalia para desalentar a otras naciones que pretendan adoptar medidas proteccionistas. Presumiblemente, entre mayor sea la participación de un país en los mercados de importación del mundo, más potentes serán sus medidas de represalia. Por otra parte, tal país podría tener

también poder monopsónico, de modo que en la práctica será difícil determinar si sus medidas aparentemente proteccionistas lo son en realidad o son meras represalias.
Los Estados Unidos (un gran importador) ha explotado esta ambigüedad en sus propias políticas comerciales.

Como bien sostiene Alfredo Bullard:

«En la mayoría de casos sobre abuso de posición de dominio tratados en la legislación antimonopolista, la discriminación es una práctica sujeta a la "regla de la razón", es decir, una práctica que solo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores.

En cada caso deberá determinarse si la empresa que goza de posición de dominio tiene motivos razonables que justifiquen las diferencias de trato entre sus clientes.

La definición económica estándar de discriminación de precio es la venta del mismo producto, bajo las mismas condiciones a diferentes precios. Sin embargo una diferencia de precio no necesariamente significa que hay discriminación de precios»[880].

Esto se nota sobre todo en el descuento que se otorga por volumen, esto es, un descuento que se logra por una gran compra. La capacidad de compra otorga poder a los clientes. En el ámbito empresarial se presentan dos situaciones. Una es la de la empresa o persona que cuenta con el suficiente respaldo financiero para efectuar una compra importante y además pagar en efectivo. Esto se traduce usualmente en mejores precios, descuentos significativos y condiciones de entrega preferencial. La otra es la de la empresa que compra en volumen reducido y solicita crédito. Aquellas empresas que solicitan crédito y otras facilidades a más de comprar en volúmenes menores serán tratados en forma diferente.

Con respecto al derecho comunitario europeo, el Artículo 86 del Tratado de Roma señala lo siguiente:

«Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar el comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir particularmente en aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja constitutiva»[881].

Joliet[882] expresa que «todos los ejemplos de prácticas abusivas expuestas en el Artículo 86 se refieren a casos en que el poder del mercado es explotado, usado o ejercido en detrimento de proveedores o compradores. El más visible en este sentido es la inclusión de la fijación unilateral de precios injustos, la cual (...) no tiene connotaciones puramente antimonopólicas. Todos los ejemplos del Artículo 86 reflejan la preocupación primaria del Tratado respecto de los proveedores y compradores, en lugar de los competidores».

---

880 BULLARD GONZÁLES (S/F E). *Op. cit., pp.* 304-305.

881 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 421.

882 CABANELLAS (1983). *Op. cit.,*. p. 667.

Como ya hemos señalado, el Tratado de Roma, al igual que otras legislaciones que tratan el tema prohíbe no la condición de las empresas en sí misma, sino las conductas ilegales y le presta atención a las empresas denunciadas si es que estas tienen una posición dominante en el mercado. Las empresas con posición dominante no pueden realizar ciertos actos o conductas que si podrían tolerarse en otras empresas que no gozan de esta posición.

La razón es que las empresas que tienen un poder de mercado y realizan ciertas conductas están obteniendo ventajas que no hubieran podido obtener en caso existiera una competencia efectiva.

El artículo 5 del D.L. 701 establece las circunstancias concretas en las que no se puede acusar de discriminación de precios a una empresa dominante pues precisa las excepciones a la prohibición de discriminación, todas ellas de naturaleza comercial, válida en todos los giros de negocio.

Si bien es requisito esencial el analizar caso por caso, para determinar si enfrentamos una situación discriminatoria o una práctica comercial no admisible, hay ciertos elementos que de presentarse pueden ayudar a aclarar el panorama, a saber:

Tratándose de un bien que requiere un conocimiento de alta tecnología, calidad y seguridad es probable que la empresa ofertante exija al demandante del bien o servicio ciertos requisitos técnicos los que deben ser cumplidos. Esta exigencia no será considerada una práctica discriminatoria si ciertas empresas que no llegan a cumplir con lo estipulado se les deniega el bien. Por el contrario, la calidad del bien suministrado recae directa y finalmente en el consumidor quien es verdaderamente el beneficiado.

La diferencia en el tratamiento de casos en los cuales existen condiciones iguales no hace que la práctica sea *per se* ilegal. Debe analizarse si la práctica comercial es normal en el mercado y evaluarse la razonabilidad de la conducta a través del estudio de la conducta en el mercado (regla de la razón).

Como dice Alfredo Bullard para poder considerar que existe una infracción a la obligación de no discriminar establecida en el inciso «b» del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Que la empresa goce de posición de dominio.

2. Que quede demostrada la discriminación o trato diferenciado, sea en precio, condiciones contractuales o calidad de servicio, y

3. Que las prestaciones objeto de la aparente discriminación sean equivalentes, esto es, que no existan diferencias que pudieran explicar razonablemente costos diversos que justifiquen las diferencias de precios o condiciones, de acuerdo a lo que es normalmente aceptado en el mercado correspondiente.

La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales

En un mercado en que no existe competencia, es decir, en un mercado monopólico, las empresas tenderán a tener más utilidades si optan por vender sus productos a precios distintos dependiendo a qué consumidor se dirigen. Esta situación no ocurre en un mercado competitivo en que existe un solo precio que es el «precio de equilibrio».

Lo injusto radica en el tratamiento diferenciado de los agentes del mercado a pesar de existir prestaciones equivalentes, o sea el tratar casos iguales en forma desigual.

La forma como se presenta este tratamiento diferenciado usualmente es en la «diferenciación de precios», que como lo hemos expresado puede darse solamente en un mercado monopólico y no en un mercado competitivo.

2.5.5. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos. Las Ventas Atadas

Son casos de abuso de posición de dominio:

c. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

El jurista Joaquín Garrigues expresa que «hay abuso de posición de dominio cuando la empresa dominante, atenta sólo a su propio lucro, impone su poder a los participantes en el mercado, obligando a los consumidores a pasar por condiciones contractuales no equitativas, privando a los competidores indirectamente de la posibilidad de vender (como sería el caso, por ejemplo, de una cláusula de compra exclusiva a favor del vendedor que impidiese a los compradores comprar en otro lugar distinto), entonces surge el abuso de la posición dominante, abuso que se ejerce, precisamente a través de instrumentos jurídicos, concretamente a través del instrumento jurídico de la libertad de pactos, que permite a estas empresas incluir cláusulas lesivas para el otro contratante»[883].

Para Khemani hay *subordinacion de venta* cuando:

> «Hay subordinación de venta cuando un producto no puede adquirirse por separado de otros productos. La subordinación de venta se parece a la venta vinculada. A título de ejemplo, un fabricante de ordenadores puede imponer al adquiriente de un ordenador de la compra de la totalidad de los productos auxiliares (disquetes y papel de impresora, por ejemplo) o de ciertas cantidades de estos productos. Otra forma de subordinación de venta consiste en comercializar un producto completo (por ejemplo un automóvil equipado con todas las opciones, como el cambio automático, un aparato radio-casette y el aire acondicionado).
>
> Gracias a la subordinación de venta, el fabricante puede realizar una economía o aumento de eficiencia que, al repercutirse en parte sobre el comprador, podrán llevar a un precio de compra total inferior al que se habría aplicado si los diferentes productos hubieran sido suministrados o comprados por separado. Pero la subordinación de venta corre asimismo el riesgo de constituir un obstáculo para el acceso de las empresas a los diferentes segmentos del mercado. Desde el punto de vista de la competencia, la subordinación de venta y más en general, la venta, vinculada tienen una incidencia completa que es preciso apreciar caso por caso fundiéndose en la regla de la razón»[884].

---

883 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*, p. 193.

884 KHEMANI, R.S. *Op. cit.*, pp. 86-87.

Otro caso que suele presentarse es la *venta vinculada* que Khemani define como:

«Situación en la que la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto. Una variante la constituye la venta forzosa de una gama completa de productos, mediante la cual un vendedor empuja u obliga aun comprador a adquirir la gama completa de productos, mientras que este último solo tiene un interés principal en la compra de un producto específico. La venta vinculada constituye a veces un instrumento de discriminación a través de los precios. Se han identificado problemas de competencia puesto que puede obstaculizar las ventas de productos afines por parte de las empresas competidoras o crear barreras de entrada para las empresas que no ofrezcan una gama completa.

Pero, a la inversa, esta práctica constituye asimismo un factor de eficiencia, al rebajar los costos de producción y de distribución de la gama de productos y al garantizar para los productos complementarios una calidad similar a la del producto principal. Así un fabricante de ordenadores podrá subordinar la venta de este producto a la compra de ciertos disquetes con objeto de evitar todo daño o mal funcionamiento de su material debido al uso de disquetes de inferior calidad. Se admite cada vez más que, en ciertas situaciones de mercado, la venta vinculada puede estar justificada en el plano comercial. En el plano de la política de competencia, son cada vez más numerosos los economistas que preconizan la aplicación de la regla de razón en caso de venta vinculada»[885].

Generalmente se trata de situaciones en las cuales la empresa exige la adquisición de bienes o prestaciones suplementarias al producto que se adquiere. En la doctrina se le conoce como ventas atadas e implica la obligación de adquirir un bien o servicio no deseado como parte de un bien o servicio que sí se desea.

Por ejemplo una empresa que vende un producto de limpieza al precio de S/.6, pero que en realidad su precio, en un mercado competitivo es de S/.5. En principio el consumidor puede estar dispuesto o no a pagar la diferencia. Sin embargo la empresa opta por adicionar al producto una pasta de dientes especial, atando este producto al producto principal.

La empresa que tiene una posición de dominio estipula que el precio es S/.7.50. El consumidor no tiene otra opción que adquirir ambos bienes. Esto le obliga a un mayor desembolso si desea adquirir el producto de limpieza y genera una mayor utilidad en el ofertante a expensas de la empresa o persona que compra el bien.

La venta atada es más explícita aún en los servicios financieros. Imaginemos el caso de una banco acreedor que tiene una posición de dominio en un mercado específico y que negocia con una empresa deudora el refinanciamiento de sus obligaciones las cuales no pueden ser abonadas debido a la crisis que agobia a la empresa. Luego de negociar nuevos plazos y condiciones, la entidad financiera solicita como condición esencial la mejora de la garantía. Hasta ahora la operación no tiene elementos irregulares. Sin embargo se presenta la venta atada cuando el banco solicita: 1. Que el estudio de viabilidad lo efectúe tal o cual consultor de confianza del banco; 2. Que la tasación de los bienes a otorgar en garantía hipotecaria y prendaria la realicen los tasadores del banco y 3. Que la implementación de la escritura de refinanciamiento de obligaciones se haga en la Notaría designada por el banco. Todas estas obligaciones son ventas atadas injustificadas y aceptadas en nuestro medio por la posición de dominio del banco en un determinado mercado.

885 *Ibidem*, p. 89.

Es necesario diferenciar cuándo nos encontramos ante una cláusula de atadura y por consiguiente la empresa, aprovechando la posición que ocupa en el mercado, hace un abuso de ella obligando al consumidor a la aceptación de una prestación suplementaria que no guarda relación con el objeto del contrato principal o de lo contrario cuando estamos en una situación en que la empresa haciendo uso de su eficiencia beneficiará al consumidor introduciendo un producto suplementario, con un costo muy bajo, produciendo el efecto contrario al caso anterior. Este sería el caso de una nueva máquina de afeitar que viene con una nueva tecnología de limpieza de cuchillas que permite un uso mayor de las mismas. El limpiador que se vende con la máquina de afeitar no es una venta atada sino un suplemento competitivo que busca diferenciar el producto en el mercado frente a la competencia.

En el análisis de los argumentos que se esgrimen en la Resolución 107-96TRI/SDC/INDECOPI Expediente 0018-95-CLC[886] entre Chomin's Promotion S.R. Ltda. como empresa denunciante y el Sindicado de Artistas Intérpretes del Perú como asociación denunciada se expresó, entre otros argumentos, que «...debe determinarse, si al exigir a los artistas extranjeros el cumplimiento de una contraprestación adicional como requisito para otorgar el pase intersindical, la misma que consiste en el pago del 2% del valor patrimonial de sus contratos de trabajo, el Sindicato ha abusado de la posición dominante que ostentaba».

En la resolución comentada se determinó que «El Sindicato no se encuentra autorizado a exigir a los artistas extranjeros, que se afilien y que paguen por servicios que podrían no necesitar o no desean y que sí les otorgaría el Sindicato, condicionando la entrega del pase intersindical a la adquisición de tales prestaciones adicionales».

La resolución concluyó que el condicionamiento de afiliación, impuesto por el Sindicato para la obtención del Pase Intersindical constituye una cláusula de atadura, tipificado en el inciso C del Artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

Guillermo Cabanellas[887] señala «el caso más usual de imposición de prestaciones u operaciones suplementarias resulta en los supuestos de empresas que utilizan su poder de mercado respecto de un artículo determinado, para obligar a los interesados en adquirirlo a comprar otros bienes de ellas».

La venta de un producto original con partes y accesorios lo hace más atractivo, beneficiando al consumidor, pero además se beneficia la empresa ya que el objetivo de aumentar las ventas se cumple. Esta es una práctica comercial legítima. Sin embargo, debemos precisar que los compradores disminuyen su posibilidad de elegir libremente y esto si va en contra de los principios de la economía de libre mercado. No se considera una cláusula de atadura de este artículo si la empresa que ejercita esta práctica no se encuentra en una posición dominante o está ejerciendo una de sus facultades como es la de hacer más atractiva su venta beneficiando al consumidor. Si por el contrario esta conducta proviene de una empresa con poder monopólico y desea imponer una prestación suplementaria y no necesaria, perjudica la libre elección del consumidor, atentando contra su libertad y por lo tanto nos encontramos ante un abuso de la posición de dominio.

---

886 INDECOPI (1996). «Resolución No. 107-96-TRI/SDC/INDECOPI». En: *Op. cit.*

887 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 686.

Para Joaquín Garrigues[888]:

«Se trata de pactos que suelen condicionar la venta de servicios o de mercancías producidas en régimen de monopolio (por ejemplo, si se trata de un producto patentado) a la compra de otras mercancías producidas en régimen de libre competencia.

Estos contratos atan al propio contrato cosas o servicios que no desea el contratante, quien se somete a la imposición de la otra parte, para poder conseguir precisamente la mercancía o el servicio que a él le interesa».

Los criterios para comprobar si las prestaciones adicionales se corresponden con los fines del contrato o no, son: 1) La «naturaleza del contrato» y 2) Los «usos comerciales». Abanto Vásquez[889] señala que los «contratos de atadura se practican a menudo, junto con discriminaciones, en relación con derechos industriales, especialmente cuando se persigue conseguir o preservar un dominio sobre un mercado mediante la negativa a la celebración de contratos atados a licencia de *know-how* o de derechos de autor y otros».

2.5.6. Otros casos de efecto equivalente

f. Otros casos de efecto equivalente

Con gran acierto el legislador, luego de enunciar los varios supuestos en los cuales se verifica abuso de posición de dominio, en virtud del inciso f) deja abierta la posibilidad de incluir otras situaciones no señaladas, ni previstas pero que por la dinámica de la economía puedan presentarse. El legislador logra a través de este inciso dar un carácter no limitativo ni taxativo a nuevas situaciones de efecto equivalente.

En este sentido señalaremos lo que debemos entender por «**efecto equivalente**».

En primer lugar el *Diccionario de la Lengua Española* define como efecto: «Lo que sigue por virtud de una causa. Impresión hecha en el ánimo. Fin para el que se hace una cosa...»[890].

El *Diccionario Larousse*[891] utiliza en su definición los mismos términos que el *Diccionario de la Real Academia.*

El *Diccionario Jurídico* de Amado Ezaine define efecto como:

«Efecto: Es su acepción general, constituye el hecho consecuente que se deriva de otro llamado antecedente. Fenómeno resultante de una causa. En Derecho, la palabra efecto tiene muchos significados. Por ejemplo, el efecto declarativo, es el que producen los actos de igual naturaleza (declarativos), como sería el reconocimiento de un hijo...»[892].

Finalmente sobre el término efecto opina Cabanellas:

888 GARRIGUES (s/f). *Op. cit., p.* 195.

889 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, pp. 234-235.

890 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 791.

891 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 368.

892 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, p. 207.

«Efecto: Consecuencia, resultado. Derivación, resulta. Fin, intención, propósito, objetivo. Impresión o mella. Mercadería, mercancía o artículo de comercio. Valor, documento o título mercantil...»[893].

Por otro lado el término equivalente es definido por el *Diccionario de la Lengua Española* como: «Que equivale a otra cosa. Aplícase a las figuras o sólidos que tienen igual área o volumen y distinta forma...». Equivalencia: «Igualdad en el valor, estimulación, potencia o eficacia de dos o más cosas. Igualdad de áreas en figuras planas de distintas formas, o de áreas o volúmenes en sólidos diferentes...»[894].

El *Diccionario Larousse* señala: Equivalente: «Que equivale a otra cosa». Equivalencia: «Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o varias cosas»[895].

El *Diccionario de Derecho Usual* de Cabanellas define equivalente como:

«Equivalente: Que implica equivalencia. Lo igual o equiparado a otra cosa o valor, potencia, estimación, significado, eficacia y otra cualidad.

Equivalencia: Igualdad o asimilación de valor, eficacia, atribuciones, categoría y otras circunstancias. En lo idiomático, sinónimo»[896].

En consecuencia este acápite trata de conductas que producen los mismos resultados, es decir, distorsionan el mercado. A continuación analizaremos otro tipo de conductas.

Alfredo Bullard[897] considera otras situaciones de efecto equivalente en las que una empresa utiliza su posición de dominio. Bullard nos da algunos casos traídos de la legislación comparada.

2.5.6.1. Los convenios de exclusividad

En los artículos anteriores definimos lo que eran los convenios, pactos o acuerdos.

El término exclusividad significa para el *Diccionario de la Lengua Española* lo siguiente:

«Exclusividad: Cualidad de Exclusivo.

Exclusivo: Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir. Único, solo, excluyendo a cualquier otro»[898].

Cabanellas define exclusividad como «La índole exclusiva (única o excluyente) de una cosa. Exclusiva significa: Causa de exclusión, repulsa para rechazar a quien aspira a un empleo, puesto o cargo. Privilegio de que gozan personas individuales o colectivas para hacer lo prohibido a la generalidad o para excusarse de lo exigido a los demás. Facultad reservada a un representante, comisionista o razón social, para vender un producto en una ciudad, territorio o nación. Monopolio»[899].

---

893 CABANELLAS (1983). Op. cit., p. 375.

894 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 863.

895 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, 399.

896 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 494.

897 BULLARD GONZÁLES (s/f e). *Op. cit.*, pp. 308-310.

898 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit., p.* 931.

899 CABANELLAS (1983). *Op. cit., p.* 623.

Una cláusula de exclusiva es definida por Cabanellas como:

«En el comercio, la que exige al comprador que solamente pueda revender en determinada zona o valiéndose de intermediarios concretamente designados . Desde el punto de vista del vendedor, aquella que restringe la venta de sus productos a favor tan solo del comprador, concesionario absorbente, que se reserva la enajenación por sí o la distribución que juzgue mejor»[900].

El código civil peruano en sus artículos 1616 y 1617 señala:

Pacto de exclusividad a favor del suministrante

Artículo 1616: Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad a favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación.

Esto significa según Arias Schreiber:

«Si en el contrato se ha pactado la cláusula de exclusividad en beneficio del suministrante, esto es, del productor de bienes (materias primas, etc.) la contraparte, a quien el Código denomina el beneficiario del suministro o sea el suministrado, está sujeto a un deber de abstención, que inclusive se extiende a no satisfacer sus necesidades de abastecimiento con medios o recursos propios.

El precepto ha sido concebido en defensa de los intereses del suministrante, quien por la cláusula de exclusividad ha adquirido el derecho de ser el único en abastecer al suministrado y obviamente planifica su política de producción y colocación de la misma a mérito de tal exclusividad. Sería insólito, por decir lo menos, que en estas circunstancias el suministrado pudiese recibir las prestaciones de terceros o de abastecerse a sí mismo, pues con ello se desnaturalizaría ese pacto»[901].

Pacto de exclusividad a favor del suministrado

Artículo 1617: Si la cláusula de exclusividad se pacta a favor del beneficiario del suministro, el suministrante no puede, directa o indirectamente, efectuar prestaciones de igual naturaleza que aquellas que son materia del contrato, en ningún otro lugar.

Por otro lado Arias Schreiber indica:

«Cuando la cláusula de exclusividad ha sido establecida a favor del suministrado, el suministrante no puede proporcionar a terceros prestaciones similares a las que constituyen el objeto del contrato, en ningún otro lugar. Esta exclusividad consiste, por lo tanto, en otro deber de abstención, esta vez asumido por el suministrante y que le asegura al suministrado la materia prima u otros bienes que requiere para su procesamiento o actividad, al tiempo que hace uso de dicha exclusividad dentro del complejo juego de la competencia...»[902].

Los convenios o pactos de exclusividad no constituyen una conducta sancionable por nuestra legislación. Estos pactos pueden darse en una diversidad de contratos como en los de agencia, suministro, distribución, etc. Los artículos transcritos líneas arriba son tan solo un ejemplo.

---

900 *Ibidem, p. 164.*

901 ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.* Tomo II, 1987, p. 182.

902 *Ibidem, p. 183.*

Se habla de convenio de exclusividad cuando un proveedor con posición de dominio celebra convenios con los distribuidores de sus productos para que no puedan vender ningún producto de otro competidor. De hecho, la legislación peruana no los recoge ni sanciona expresamente. En principio, no existirían razones para cuestionar su validez.

Al respecto Abanto Vásquez opina:

> «A primera vista los acuerdos de exclusividad, es decir, aquellas vinculaciones para restringir a una parte contractual en sus posibilidades de adquirir (o vender) productos o servicios de otros productores o distribuidores, no parecen ser muy graves. Pero estas prácticas en manos de un monopolio o de un grupo de empresas con poder de mercado o cuando se realizan con medios reprochables (amenazas, presión económica), desarrollan una peligrosidad evidente contra la competencia»[903].

Según algunos tratadistas, éstos deben ser declarados ilegales en aquellos casos en que exista una posición de dominio en el mercado, pues la empresa monopolística podrá, a través del acaparamiento de distribuidores, crear una barrera temporal (hasta que se desarrollen nuevos canales de distribución) para la entrada de competidores en el mercado. Los convenios de exclusividad dificultan la entrada de competidores en el mercado precisamente porque obligan a ésos a desarrollar sus propias cadenas de distribución para poder acceder al mercado, con los costos consiguientes.

Sobre el tema la Resolución No. 018-94-INDECOPI/CLC[904] señala lo siguiente:

- El 21 de enero del año 1994, la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A., denunció ante la secretaría técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre competencia, al Alcalde del Consejo Distrital de San Antonio, Sr. Donald Jaime Aguilar Sánchez y al Sr. Juan A. Chumpitaz, por haber concertado condiciones de comercialización de cervezas y gaseosas en el balneario de León Dormido, impidiendo que se puedan comercializar productos diferente a la cerveza Cristal y la gaseosa Inca Kola.

- Que ha quedado demostrado que el Alcalde y el Regidor de Balnearios de la Municipalidad de San Antonio-Cañete, suscribieron un convenio con el Sr. Juan Chumpitaz, Distribuidor de Cerveza Cristal en la zona de Mala, mediante el cual este último se comprometió a ejecutar obras y prestar servicios favorables para el distrito: y, a cambio, el Municipio se comprometió a dar la Exclusividad de venta de cerveza en la playa de León Dormido.

- Que el hecho que el beneficiario de la exclusividad haya realizado obras en beneficio del distrito no configura una causal eximente de responsabilidad, ni una justificación de la conducta observada, dado que ningún municipio está facultado, legalmente, a otorgar exclusividades de ningún tipo.

- Que ha quedado plenamente demostrado que el Municipio Distrital de San Antonio a través de su alcalde y el regidor Aguilar han obligado a las personas que desearan contratar para el verano de 1994 la concesión de uno de los módulos del Balneario de León Dormido, a expender en forma exclusiva los productos gaseosa Inca Kola y cerveza Cristal

---

903 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 175.

904 MORALES ACOSTA, Alonso. «Caso: Abuso de Posición de Dominio Exclusividad de Cerveza Cristal e Inca Kola». En: *Separata de la Universidad de Lima: Tutela del Consumidor.* Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1998, pp. 229-232.

La comisión multisectorial declaró fundada la denuncia, y señaló que ninguna autoridad puede subordinar el otorgamiento de una concesión a la suscripción de un contrato que tenga una cláusula de obligatoriedad de venta exclusiva de productos de una determinada marca.

Para la Comunidad Económica Europea los convenios o pactos de exclusividad son exenciones individuales al artículo 85.1 y se encuentran reguladas en reglamentos individuales para cada caso.

2.5.6.2. Fijación de precios mínimos de reventa

La empresa fabricante de productos establece un precio mínimo, por debajo del cual no pueden los minoristas o distribuidores vender al público. Una modalidad menos radical es la de «precio sugerido al público». Esta práctica tampoco se encuentra prohibida expresamente en nuestra legislación, y creemos que ello es correcto, pues en términos generales no afecta negativamente la competencia. La fijación de precios mínimos de reventa evitan la competencia vía precios entre los minoristas. Debe destacarse sin embargo, que incentiva la competencia vía servicios entre ellos (promociones de ventas, salones de exhibición, propagandas, publicidad, etc.). Esto es importante si se tiene en cuenta que estos servicios secundarios pueden ser importantes para maximizar el nivel de ventas.

2.5.6.3. Explotación Desleal

La conducta abusiva tipo «explotación desleal» de una posición dominante surge cuando la posición dominante se usa en un mercado en perjuicio directo de los suministradores, clientes (incluyendo clientes reales o potenciales de los competidores) o consumidores. Este tipo de abuso forma una categoría distinta a pesar de que haya una superposición considerable con los abusos anticompetitivos ya discutidos. Esta sub-sección cubre:

- Precios y condiciones desleales
- Discriminación
- Abuso de derechos de propiedad industrial e intelectual
- La vida fácil

2.6. RESTRICCIONES DE LA LIBRE COMPETENCIA

Introducción

La libre competencia es un bien jurídicamente protegido por nuestra Constitución y por diferentes leyes regulatorias nacionales. La libre competencia constituye el motor más importante de la economía pues contribuye a la eficiencia del mercado y garantiza una mejor distribución de los recursos, así como, en última instancia, promueve el bienestar de los consumidores.

Como sabemos existen factores esenciales en un mercado de libre competencia, entre ellos:

- Independencia de las partes
- Oportunidad de acceso
- Libertad de elección entre distintos ofertantes y demandantes

La defensa de la libre competencia es el elemento clave de todo sistema jurídico de libre mercado. En otras palabras corresponde al derecho de la competencia el regular y crear las condiciones adecuadas para que la economía funcione en un régimen de libre mercado.

Con respecto a las diferentes legislaciones protectoras de la libre competencia, podemos afirmar que existen dos grandes sistemas para la defensa de la libre competencia. Eduardo Galán Corona señala:

> «En función de la postura adoptada ante lo que generalmente podríamos denominar prácticas colusorias se habla de legislaciones basadas en el principio de la prohibición y legislaciones basadas en el principio del abuso. En efecto, entendiendo por prácticas colusorias aquellas restricciones de la competencia que surgen como consecuencia de acuerdos o conciertos entre empresas que de este modo unifican o limitan su libre y autónoma conducta»[905].

En las legislaciones basadas en el principio de la prohibición, se sanciona la restricción, muchas veces aún antes que esta restricción se lleve a cabo, mientras que en el principio del abuso, se aplica las normas sancionadoras solo cuando se constata que ocurrió un abuso y esta práctica ha causado perjuicio a otros.

Nuestro ordenamiento legal señala en el Artículo 6 del D. Leg. 701:

> Artículo 6.- «Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.
>
> Son prácticas restrictivas de la libre competencia:
>
> a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
>
> b) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

---

[905] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, pp. 55-56.

c) El reparto de las cuotas de producción;

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;

e) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras, y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones;

f) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas;

j) Otros casos de efecto equivalente».

Las prácticas colusorias son aquellos convenios restrictivos de la competencia (acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas) celebrados entre empresas que de este modo tratan de limitar la libre competencia, afectando en última instancia a los consumidores. El principio prohibitivo sanciona la restricción atacando su fuente. El principio del abuso implica que la sanción sólo tendrá lugar si se constata que tal práctica resulta nociva.

Antes de ver su aplicación en el derecho comparado es necesario señalar lo que se entiende por colusión. Según el *Glosario de Economía Industrial y de Derecho de la Competencia* el término colusión significa:

«Cualquier coalición, asociación fraudulenta o acuerdo entre vendedores cuyo objetivo sea subir los precios o imponerlos y reducir la producción para acrecentar los beneficios. A diferencia del cártel, la colusión no exige necesariamente un acuerdo formal, ya sea declarado u oculto, entre los miembros. Se observará, sin embargo, que los efectos económicos de la colusión y del cártel son idénticos y que, estos términos se emplean a menudo el uno por el otro.

La colusión entre empresas con objeto de subir o de imponer los precios y de reducir la producción se considera, en la mayor parte de los países, como la infracción más grave de la reglamentación de la competencia. Desde el punto de vista de sus modalidades, la colusión manifiesta la fecundidad de la imaginación del ser humano.

Puede revestir la forma de un *gentlemen's agreement*, acuerdo informal en el que el respeto mutuo, las convenciones sociales, los vínculos, los contactos personales bastan para asegurar la puesta en práctica de los precios determinados de común acuerdo y de las prácticas mercantiles unidas a ello. La colusión es, en general, más fácil si los productores son poco numero-

sos y fabrican productos homogéneos, pero se ha podido asimismo comprobar casos de acuerdo sobre precios en la venta de productos complejos.

La colusión no requiere necesariamente un acuerdo o una comunicación explícita entre las empresas. En situación de oligopolio, las empresas tienen tendencia a ser interdependientes en sus decisiones de precios y de producción, de manera que la actuación de una firma repercute en la de otra u otras firmas y ocasiona una contramedida. En estas condiciones, en un mercado oligopólico, tendrán en cuenta las actuaciones de sus competidores y coordinarán sus actividades como si hubieran constituido un cártel, sin haber no obstante concluido un acuerdo explícito o conocido por terceros. Para calificar una tal coordinación, se habla a menudo de colusión tácita o de paralelismo deliberado de los comportamientos.

Un cierto número de elementos puede facilitar las colusiones en materia de precios.

Así ocurre cuando:

i) Las empresas pueden aumentar los precios industriales y mantenerlos a un nivel elevado. Si las barreras de entrada son de escasa importancia o si existen productos de sustitución, la colusión se encamina a su fracaso y las firmas no se ven instigadas a unirse al cártel o a perpetuarla;

ii) Las empresas cuentan con que su colusión no se pueda detectar con facilidad o con que no sea seriamente reprimida. Desde ese momento, aporta mucho más que las multas que habrá que pagar en caso de condena o que la hipotética pérdida de reputación causada por esta colusión si se descubre;

iii) Los costos de organización son escasos. Podrá ser difícil establecer una colusión si ésta exigiera largas negociaciones y si su puesta en práctica resultase muy onerosa con motivo de las medidas a adoptar para asegurar y controlar el respeto de las obligaciones contraídas por las partes;

iv) Los productos son homogéneos o muy similares. La diferenciación de los productos, en particular en el plano de su calidad y de su duración, constituye un obstáculo en una cierta medida a los acuerdos de fijación de precios uniformes. En efecto, resulta entonces difícil para las partes establecer si las variaciones de ventas se deben a una evolución de las preferencias o bien a estrategias, al conceder a ciertas empresas en secreto rebajas ocultas;

v) Se encuentra muy concentrada aquella rama de actividad en donde sólo un pequeño número de empresas asegura lo esencial de la producción. Resulta en general menos costoso establecer una colusión si los productores son poco numerosos. Las posibilidades de descubrir los casos de falta de respeto a los precios convenidos son asimismo mayores;

vi) Existe una agrupación profesional o industrial. Estas agrupaciones ayudan a menudo a coordinar las actividades económicas e intercambiar informaciones, lo que puede facilitar la colusión. Permiten asimismo economizar sobre los costos de la coalición, a nivel de su organización y de su control.

No existe, sin embargo, colusión de manera automática cuando las condiciones arriba enumeradas, o alguna de ellas, se encuentran reunidas en un determinado mercado. Por otro lado, todo un conjunto de factores puede limitar las posibilidades de colusión. Citaremos en particular la heterogeneidad de los productos, las diferencias de costo de una firma a otra, la situación coyuntural, la existencia de una clientela que tiene necesidades complejas, el cambio tecnológico, una escasa frecuencia de compra, expectativas discordantes de las empresas y la incitación a conceder descuentos y adjudicarse una parte de mercado más importante, a

espaldas de las demás empresas. Este último factor constituye una causa importante de disgregación, con el paso del tiempo, de la colusión»[906].

Veamos su aplicación en el derecho comparado. La Comunidad Económica Europea tiene por finalidad la formación de una comunidad en el ámbito económico, esta tiene carácter supranacional convirtiéndose así en un auténtico mercado común entre los países miembros. El Tratado de Roma que lo regula tiene normas destinadas a asegurar el mantenimiento de un régimen de mercado con competencia eficaz y por ello contiene prohibiciones a conductas que pueden dañar el sistema, provengan estas de los poderes estatales o de las propias empresas.

El Tratado de Roma garantiza la libre competencia en base a dos prohibiciones fundamentales:

- La prohibición de las prácticas colusorias; y
- La prohibición del abuso de la posición dominante.

Con respecto a la prohibición de las restricciones nacidas de la colusión podemos decir que el tratado prohíbe:

(...) Los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de las asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que pueden perjudicar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto impedir o falsear la competencia dentro del Mercado Común.

Este precepto incluye todas las restricciones a la competencia producto de la colusión.

Podemos concluir que es una prohibición bastante amplia pues comprende todo tipo de acuerdos o prácticas concertadas entre empresas, así como decisiones de asociaciones de empresas cuyo objeto sea restringir la competencia, sea mediante una colusión en el plano vertical u horizontal. Analizando el artículo y en concordancia con la opinión de Eduardo Galán, decimos:

«que esta prohibición no tiene un carácter absoluto, toda vez que el párrafo de este precepto establece las posibilidades de exceptuar determinados acuerdos y decisiones, bien individualmente, bien en bloque, en base a sus beneficiosos efectos, conforme a su sistema de exceptuación a priori, esto es, previa autorización del órgano competente, es decir, la Comisión»[907].

El principio económico que prima en la Comunidad Europea es el de un régimen de mercado abierto a la competencia. Este régimen de competitividad desaparecería si entre los miembros no existiera un modelo económico común que debe ser protegido. Este es el motivo fundamental de la prohibición de todo tipo de restricción a la competencia.

El objetivo de la Comunidad Europea es promover el progreso social y económico de los Estados miembros eliminando las barreras que los dividen y creando un genuino Mercado Común. La política de competencia tiene un papel clave a representar asegurando que la cobertura del mercado proporcione todos los beneficios que de ella se espera. Debe

906 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 21-22.

907 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, pp. 76-80.

asegurar que tales barreras no sean reemplazadas por divisiones de los mercados a consecuencia de prácticas comerciales restrictivas o medidas proteccionistas adoptadas por los Estados miembros.

Como es de esperar ninguno de los sistemas nacionales europeos aplica de manera ortodoxa e implacable sus normas. En los sistemas se producen excepciones o de lo contrario se especifica taxativamente cuando nos encontramos ante una situación de abuso de posición de dominio y cuando frente a prácticas restrictivas. La mayoría de los sistemas legislativos no sanciona la posición monopolística en sí misma o la posición dominante sino mas bien determinadas conductas que generalmente han provocado perjuicios para el interés económico general perjudicando la competitividad y eficiencia del mercado.

Debemos diferenciar claramente entre Competencia Desleal y Prácticas Restrictivas de la Competencia. En la competencia desleal se busca disputar la atracción de los consumidores utilizando para este fin actos o medios censurables, contrarios a los usos y costumbres mercantiles. En cambio con las Prácticas Restrictivas de la Competencia lo que se busca es impedir o limitar la competencia en sí, sea mediante acuerdos, recomendaciones o prácticas concertadas entre las empresas, generando perjuicio para el interés económico general.

Las normas que regulan las prácticas restrictivas de la competencia buscan proteger la libre competencia como sistema y por ende el bienestar final de los consumidores.

Las prácticas restrictivas de la libre competencia se originan a través de acuerdos o convenios mediante los cuales las empresas unifican y/o limitan la libre competencia. Es por esta razón que aún en casos en los cuales las empresas celebran acuerdos o convenios en beneficio de los consumidores (como un acuerdo entre cinco productores para cobrar la mitad del precio de sus productos a las poblaciones afectadas por las lluvias) las restricciones a la competencia son sancionadas.

Estas prácticas son anticompetitivas, independientemente que puedan o no consolidar un monopolio o que sean o no una restricción efectiva de la libre competencia. Por su propia naturaleza son prácticas prohibidas y por lo tanto el legislador las sanciona. Así, en el ejemplo precedente lo sancionable no es el fin filantrópico sino la concertación entre los productores.

Sin embargo, el concepto de restricción de la competencia engloba las restricciones puras y las restricciones accesorias. Para ilustrar esta definición transcribiremos parte de la Resolución 206-97TDC/Indecopi[908].

Se puede realizar una distinción entre las restricciones a la competencia: por un lado están las restricciones puras, que son aquellas consideradas *per se* ilegales, es decir, que se prohiben objetivamente, independientemente que pueda o no generar daños al mercado; y, de otro lado están las restricciones accesorias o complementarias.

De acuerdo a dicho autor, será *per se* ilegal el acuerdo de fijar precios y reparto de mercado cuando dicho acuerdo no se dé como consecuencia de una unión convenida entre los integrantes del mismo para mejorar determinada actividad productiva.

---

908 Resolución 206-97-TDC/Indecopi. Expediente 0077-95 CLC/INDECOPI.

Así, los acuerdos desnudos o puros son considerados *per se* ilegales, toda vez que tienen como finalidad y efecto restringir la producción, y, en consecuencia, restringir la competencia. Son a estos acuerdos a los que hace referencia el artículo 6, inciso a) y b) del Decreto Legislativo No. 701.

En cambio, aquellos acuerdos accesorios o complementarios, sí bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de *joint venture* u otra forma de integración productiva.

Así, los acuerdos accesorios o complementarios pueden ser equiparados a los contratos de integración que no son considerados ilegales y que también tienen la facultad de lograr eficiencia en el mercado. A manera de ejemplo, un estudio de abogados está compuesto por miembros que pueden competir entre sí pero, sin embargo, acuerdan eliminar esa rivalidad o competencia y prefieren integrar sus actividades con la finalidad de brindar un servicio más efectivo compartiendo costos.

El objetivo de todas las legislaciones protectoras de la libre competencia es lograr un mercado eficiente. Este mercado no se desarrolla libremente ya que en la práctica se suscitan problemas en varias dimensiones, a saber: en la estructura de los mercados, en la organización de éstos, en la conducta de los competidores, y en el comportamiento de cada uno de los que participan en la cadena de producción y distribución de los productos, provocando distorsiones que intentan ser corregidas con sanciones de distintos tipos. Todas estas medidas persiguen una misma finalidad: la de lograr un mercado eficiente.

No olvidemos que varias de las prácticas restrictivas a la libre competencia son sancionables por el solo hecho de realizarse (*naked restrictions*). No es necesario aplicar la «regla de la razón», es decir, analizar los hechos y circunstancias que se relacionan con el suceso o de cuantificar los efectos nocivos de tal conducta. Estas conductas serán siempre objeto de sanción por el simple hecho que las partes han incurrido en ellas, es decir, se califican a priori. Estas prácticas restrictivas traen siempre perjuicios a la economía, pues distorsionan el mercado y evitan que éste sea eficiente. Por ello se las considera prácticas *per se* ilegales, es decir, las normas prohiben objetivamente el desarrollo de una conducta independientemente que pueda generar daños o no al mercado.

La norma protege el sistema del mercado de manera abstracta. En otros términos la norma sanciona conductas cuando estas restringen o pueden restringir la competencia (bien jurídico protegido) y no se limita a actuar ante perjuicios concretos. El concepto surge del análisis que hace la Sala del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Resolución 276-97 TDC/Indecopi[909] donde los denunciados son la Asociación de Avicultura y Avícola San Fernando, Molinos mayo y otros.

> «... El término "puedan producir" alude a la posibilidad de sancionar prácticas que efectivamente no hayan tenido efectos, bastando para ello que exista la posibilidad de que afecten la competencia. Si la norma sólo hubiera querido que se sancionen los casos en los que se

[909] Resolución 276-97-TDC/Indecopi. Expediente 029-96 CLC/INDECOPI.

demuestre un perjuicio concreto, como sugieren las empresas avícolas, se hubiera limitado a considerar como sancionable sólo las prácticas que "produzcan" el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y no las que "puedan producir" como hace el texto vigente. La norma alude entonces a un análisis abstracto de cuándo una práctica es idónea para causar perjuicios al sistema de mercado, no a un análisis de perjuicios concretos».

La Sala continúa diciendo «... La Sala considera que el error en la interpretación propuesta parte de no considerar la afectación del bien jurídico "competencia" como una afectación en abstracto, esto es, como la protección de un interés que puede ser dañado sin que existan efectos perjudiciales concretos. El artículo 3 se refiere al bien jurídico protegido por la norma, lo que no implica que la vulneración a dicho bien deba producirse necesariamente en concreto; bastando que sea una afectación abstracta».

Las restricciones a la competencia pueden darse en dos aspectos: Por un lado, en un aspecto estructural, es decir, actos que debilitan la intensidad y rol de las fuerzas competitivas, al afectar aspectos de la estructura del mercado. Como ejemplo de esto encontramos las concentraciones empresariales y las posiciones de dominio en el mercado. Independiente del aspecto estructural del mercado, existe otro aspecto que se conoce como conducta. Esta está constituida por el hecho que las empresas actúan autónoma y libremente poniendo en práctica sus parámetros de acción para la consecución de sus objetivos; estos parámetros de acción abarcan tanto el precio, calidad, publicidad, etc. como las inversiones e innovaciones tecnológicas. Esta categoría esta integrada por los actos y conductas que afecten alguno de los elementos esenciales de la competencia.

Fikentscher[910] considera otro tipo de clasificación, atendiendo a la causa que motiva las restricciones. Este autor se refiere a las restricciones de la competencia efectuadas a través de situaciones. Serán restricciones a la competencia las prácticas colusorias prohibidas y restricciones de la competencia las posiciones de dominio en el mercado. En realidad como el mismo autor reconoce, no es claro si cuando enfrentamos una restricción de la competencia ésta es producida por las medidas adoptadas o por la situación de las empresas.

Podemos también considerar otra clasificación de las restricciones a la competencia, a saber: restricciones horizontales y restricciones verticales. Se comprende en las restricciones horizontales las conductas tales como acuerdos o convenios que afectan la libre competencia, acuerdos celebrados entre aquellos que participan en el mercado (otros competidores) en un mismo nivel de la cadena productiva. Con respecto a las restricciones verticales podemos decir que son aquellos acuerdos celebrados entre empresas que pertenecen a diferentes niveles del proceso productivo. Entre las restricciones más importantes tenemos la fijación de precios y de condiciones de comercialización entre productores y distribuidores.

Las prácticas restrictivas señaladas el D. Leg. 701 son abiertamente anticompetitivas. En otras palabras ello significa que el objetivo de las empresas o personas que las llevan a cabo es evitar o restringir la libre competencia y por esta razón estas prácticas son consideradas una violación a la normatividad regulatoria del libre mercado y la ley aplicará para su sanción la «regla *per se*» y no la «regla de la razón». Nos referimos sobre todo a la concerta-

910 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 48.

ción horizontal de precios, a los acuerdos entre productores y a la división o repartición de mercados entre los competidores. Estos acuerdos son sancionables, sin tener el legislador que analizar si el desarrollo de estas conductas pueden generar o no daño al mercado, es decir, si las restricciones tienen efectos procompetitivos superiores a los anticompetitivos.

Nuestro ordenamiento legal considera que el régimen económico de competencia en el mercado es el más adecuado para la solución de los problemas de asignación de los recursos económicos del país. El sistema de libre mercado necesita de protección legal por la tendencia de los competidores a su eliminación o distorsión, al ser estos competidores conscientes que podrían obtener mayores ventajas económicas emulando al monopolio vía la concertación. La protección del sistema defiende la libertad individual y el ejercicio de la actividad económica. El interés de proteger a los competidores particulares tiene estrecha relación con la protección última de los consumidores.

La política de la legislación protectora de la libre competencia, considera que existe una necesidad y tarea continua, la de identificar y suprimir prácticas restrictivas o abusivas de empresas que intenten dividir el mercado repartiéndose partes del mismo o asignándose clientes.

Analicemos a continuación los términos del artículo 6 del D.Leg. 701:

Acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas

Estos son los medios o instrumentos en virtud de los cuales se puede generar la colusión o restringir la libre competencia.

En primer lugar, analizaremos el significado de la palabra «acuerdo» según el *Diccionario de Lengua Española de la Real Academia*:

> «Resolución que se toma en los tribunales, comunidades o juntas. Resolución premeditada de una sola persona o de varias. Reflexión o madurez en la determinación de alguna cosa. Conocimiento o sentido de alguna cosa. Parecer, dictamen, consejo. Recuerdo o memoria de las cosas. En lo antiguo, reunión de los magistrados de un tribunal con su presidente y los fiscales, para deliberar y resolver sobre objetos de aplicación general...»[911].

Por otro lado, el *Diccionario Jurídico Omeba* lo define así:

> «Del latín *ad cordis*, que alude a la idea de unidad. Es sinónimo, en un sentido general, de convenio, contrato, pacto, tratado, en cuanto alude a la idea común del concierto de la conformidad de las voluntades que concurren a concretar un objeto jurídico determinado.
>
> En el ámbito del Derecho y como una acepción general y amplia se aplica a la idea de la resolución y de un cuerpo colegiado, con jurisdicción y competencia: tribunal, asamblea, consejo, sociedad, etc.
>
> En un sentido estricto y legal significa la resolución dictada por un cuerpo colegiado que tiene la jurisdicción y el imperio para hacerla cumplir.
>
> En otro sentido se aplica al concierto de dos voluntades para un fin jurídico común.

911 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 36.

Especialmente se habla del acuerdo administrativo, que es la resolución de un órgano colegiado en el que existe más de una voluntad. Distinguiéndose así de la orden, el decreto, la resolución.

En el Derecho internacional se designa con el nombre de acuerdo a una clase de tratado, que la doctrina distingue de los tratados – contratos»[912].

Por su lado, el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* de Guillermo Cabanellas, lo define como:

«Resolución tomada por unanimidad o por mayoría de votos sobre cualquier asunto por tribunales, corporaciones o juntas. Reunión de magistrados para deliberar sobre un asunto. Sentencia, fallo, mandato judicial y decreto, resolución, orden o disposición gubernativa que emana del poder supremo. Sentido, juicio, estado normal de un cerebro sano. Consejo, opinión, dictamen. Decisión reflexionada... En lo sociológico, el acuerdo constituye una fase de la asociación humana, que, según el predominio de lo personal o de lo humano, tiende a expresarse como pareja o como concordancia, armonía, asimilación, concordia o fraternidad. El acuerdo, aún implicando comunidad de opiniones y a veces sentimientos, no alcanza la efusión de emociones y recuerdos que configura la identidad de los espíritus(...). Además de significar resolución, el acuerdo es el concierto de dos voluntades o inteligencias de personas que llevan un mismo fin»[913].

Pedro Flores Polo define el acuerdo como:

«Resolución adoptada por un tribunal en asuntos de su competencia. Por extensión, se le llama así también a la reunión en sí misma y al texto de la resolución adoptada en ella... La palabra viene del latín *ad cordis* que hace referencia a la idea de unidad. En sentido genérico se le utiliza como voz sinónima de contrato, convenio o tratado, porque hace referencia a la idea común del concierto y la conformidad de las voluntades que concurren a concretar un objeto jurídico determinado. En otro sentido genérico hace referencia a la idea de resolución adoptada por un cuerpo colegiado o deliberante. Dentro de esta última acepción, forma específica, significa resolución dictada por un cuerpo colegiado (tribunal, por ejemplo), que tiene jurisdicción expedita y poder de imperio para hacerla cumplir. En Derecho Internacional sirve para denominar a los tratados»[914].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* lo define como:

«Unión, armonía entre dos o más personas: vivir en perfecto acuerdo. Resolución tomada en común por varias personas, especialmente por una junta, asamblea o tribunal: tomar un acuerdo. Pacto, tratado: acuerdo comercial»[915].

Por otro lado Amado Ezaine lo define de la siguiente manera:

«Resolución adoptada por un tribunal en asuntos de su competencia. Por extensión, se le llama así también a la reunión en sí misma y al texto de la resolución adoptada en ella(...). La palabra viene del latín *ad cordis*, que hace referencia a la idea de unidad. En el Derecho Internacional sirve para denominar a los tratados...»[916].

---

912 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 447.

913 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 151.

914 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, pp. 97-98.

915 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 40.

916 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, p. 39.

El *Glosario de Economía Industrial y de Derecho de la Competencia* lo define de la siguiente manera:

«Se caracterizan así los acuerdos expresos o tácitos concluidos en su mutuo interés por dos empresas normalmente competidoras. Los acuerdos con objeto de restringir la competencia pueden referirse a los precios, la producción, los mercados y la clientela. Se asimilan a menudo a cárteles o a actos de colusión y constituyen, en la mayoría de los países, una infracción del derecho de la competencia, puesto que tienen como efecto aumentar los precios, limitar la producción y van acompañados de otras consecuencias perjudiciales desde un punto de vista económico.

Estos acuerdos pueden llevarse a cabo de manera muy formal y detallada y constituir el objeto de una convención escrita y explícita entre las partes. Pueden ser implícitos y consistir en compromisos que las partes acuerdan tácitamente respetar. Un acuerdo expreso no es necesariamente declarado, es decir, sujeto a observación pública por parte de terceros. Al contrario, la mayor parte de los acuerdos que incluyen prácticas restrictivas de la competencia son en general ocultos y su existencia no se puede descubrir fácilmente por parte de las autoridades de la competencia.

Todos los acuerdos entre empresas no suponen siempre un perjuicio a la competencia y no están necesariamente prohibidos en derecho de la competencia. En varios países, el derecho de la competencia prevé la exención de ciertos acuerdos de cooperación que pueden favorecer una mayor eficiencia y un cambio dinámico en el mercado. A título de ejemplo, los acuerdos entre empresas a efectos de la puesta a punto uniforme de normas de productos, podrán ser autorizados cuando permitan realizar economías de escala, una mayor utilización del producto y la difusión de tecnologías. Asimismo, las empresas podrán ser autorizadas a cooperar en materia de investigación y desarrollo (I&D), a intercambiar datos estadísticos o a constituir empresas mixtas con motivo de grandes proyectos industriales, a fin de repartirse sus riesgos y de recaudar el capital necesario. Pero en general, sólo hay exención si el acuerdo o el convenio concluido no sirve de fundamento a un acuerdo sobre los precios o cualquier otra práctica que suponga perjuicio a la competencia»[917].

El mismo texto[918] define además otro tipo de acuerdos que pasaremos a señalar:

Acuerdo de especialización.- El derecho de la competencia permite a menudo a las empresas concluir contratos de especialización para la producción de una gama limitada o específica de productos, con objeto de realizar economías de escala específicas del producto(...). En diversos sectores, las empresas pueden producir en una escala por debajo del óptimo productos múltiples y similares. Los acuerdos de especialización están encaminados a facilitar una reorganización de la fabricación de estos productos, de tal manera que ésta se racionalice y se alarguen las series. Podrá ser necesaria una disposición formal a favor de estos acuerdos y una exención de la aplicación del derecho de la competencia, para asegurar a las empresas que los concluyan, que no serán perseguidas por coalición ilegal. Los acuerdos de especialización juegan un papel muy particular en las economías de los países pequeños, donde el mercado no tiene un tamaño suficiente para que las empresas puedan sacar partido de economías de escala potenciales y específicas de un producto.

Acuerdo de racionalización.- Acuerdo entre las empresas de un sector (concluido generalmente con el aval o la autorización de los poderes públicos), que tiene por objeto el cierre de unidades de producción ineficientes, la reducción de los excesos de capacidad y la reorgani-

917 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 11-12.

918 *Ibidem*, pp. 12-13.

zación de la producción, a efectos de aumentar la eficiencia y los resultados del conjunto del sector.

El análisis económico que realiza la Secretaría Técnica del Indecopi contra Avícola San Fernando, Molinos Mayo y otros por presunto cártel define el término «colusión», como «arreglos de cooperación para no competir (en la forma de acuerdos explícitos o tácitos) con el fin de elevar el precio de mercado por encima del nivel competitivo. Se asume que los resultados que brindan los mercados competitivos son eficientes socialmente hablando, por lo tanto, cualquier práctica que atente contra el mismo, puede considerarse como una limitación a la competencia...»[919].

Los distintos términos utilizados en el art.6 del D. Leg. 701 giran en torno a un concepto, el acuerdo entre dos o más personas con la finalidad de crear restricciones a la competencia logrando con ello beneficios ilegales. Los distintos acuerdos no solo dañan el sistema creando alteraciones en la estructura del mercado, sino que en última instancia perjudican al consumidor y a la sociedad en su conjunto.

Respecto del concepto «decisión» encontramos los siguientes significados:

El *Diccionario de la Real Academia* lo define así:

«Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa. Firmeza de carácter»[920].

Según el *Diccionario Enciclopédico Larousse*:

«Resolución adoptada en una cosa dudosa: tomar una decisión; Firmeza de carácter: Actuar con decisión; Sentencia o fallo en cualquier pleito o causa; Parte dispositiva de una ley...»[921].

Por su parte Flores Polo lo define como:

«Sentencia, fallo o resolución en cualquier juicio, pleito, litigio o proceso. Resultado de una deliberación individual o colectiva. Resultado de la deliberación judicial, promovida en un Tribunal...»[922].

Ahora bien, Guillermo Cabanellas lo conceptúa de la siguiente manera:

«Resolución o determinación en materia dudosa. Parte dispositiva de una ley o reglamento. Sentencia o fallo en cualquier pleito o causa. Firmeza de carácter. Acción que provoca la victoria de una batalla o en la guerra. Medida, plan para adecuada ejecución. Resolución de un concilio de la iglesia sobre cuestión hasta entonces discutida...»[923].

Respecto a la palabra «actuaciones paralelas», los textos jurídicos la definen por separado.

Así, el *Diccionario de la Real Academia* define **actuación** de la siguiente manera:

«Acción y efecto de actuar. Autos o diligencias de un procedimiento judicial»[924].

---

919 Expediente N° 029-96-CLC.

920 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 667.

921 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 316.

922 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 403.

923 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 25.

924 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 35.

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* define «actuación» como:

«Conjunto de actos, diligencias y trámites que componen un expediente, proceso o pleito»[925].

Amado Ezaine define actuaciones como:

«Actuados judiciales o procesales en general. Dícese de toda diligencia, trámite o procedimiento que se realiza con ocasión de un juicio (Couture). Tramitaciones que constituyen las piezas de un expediente y que se redactan durante la secuela del procedimiento. Su ejecutor directo es el Actuario o Escribano o Secretario de Juzgado. En estricto sentido jurídico, actuación es la acción y el efecto de actuar y, en plural, las diligencias o autos propios de un procedimiento»[926].

Por su parte Flores Polo añade a la definición lo siguiente:

«Los diversos elementos materiales que van formando el proceso constituyen las actuaciones, involucrando el concepto: los actos de las partes, de los magistrados y de los auxiliares de la administración de justicia»[927].

Para Cabanellas, esta palabra se define de la siguiente manera:

«Conjunto de actos, diligencias, trámites que integran un expediente, pleito o proceso. Las actuaciones pueden ser judiciales y administrativas, según se practiquen ante los tribunales de justicia o en la esfera gubernativa»[928].

Por su parte la *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala lo siguiente:

«Actuar es tanto como poner en acción, ejercer una persona o cosa actos propios de su naturaleza, ejercer funciones propias de su cargo u oficio. En lenguaje forense equivale a formar autos, proceder judicialmente, según la definición de la academia. Así, pues, actuación será la acción y el efecto de actuar y, en plural, con sentido forense, los autos o diligencias de un procedimiento judicial. De ahí que los secretarios judiciales, encargados de formar los autos y de dar fe en los mismos, sean también denominados actuarios. Los diversos elementos que forman o van formando el proceso constituyen las actuaciones y en ellas se comprenden los actos de las partes, de sus representantes en juicio, de los jueces y de sus auxiliares(...). Para algunos autores las actuaciones son actos de formación, integrados por la transcripción de un documento o de un hecho del que se quiere dejar la debida constancia (actos de documentación) y por la unión de los autos o expediente de un documento previamente escrito (actos de incorporación)(...). Según la autoridad que intervenga en la tramitación, las actuaciones tendrán carácter judicial, administrativo, castrense, eclesiástico, etc.»[929].

Ahora procederemos a definir lo referente a **«paralelas»**:

Según el *Diccionario de la Real Academia* esta palabra se define de la siguiente manera:

925 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 40.
926 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, p. 97.
927 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 38.
928 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 149.
929 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 446.

«...Correspondiente o semejante. Cotejo o comparación de una cosa con otra. Comparación de una persona con otra, por escrito o de palabra...»[930].

Cabanellas la define como:

«Con base en lo geométrico, de equidistancia siempre y en todas sus partes entre líneas o planos, lo similar o análogo; lo parecido o semejante. Lo que sigue un proceso, curso o desenvolvimiento igual o muy comparable a otro fenómeno hecho o conducta. (Penas paralelas, Posesión paralela, Primos paralelos)(...). Como sustantivo, paralelo se emplea por comparación entre cosas o personas; ya para establecer similitud o concordancia, ya con la finalidad de determinar una diferencia dentro de órdenes iguales y entre cuanto quepa relacionar u oponer...»[931].

Teniendo la definición de ambas palabras por separado, podemos tener una idea de lo que pueden significar cuándo éstas convergen.

En lenguaje usual nos referimos a dos conductas que se asemejan al compararlas.

Refiriéndonos en particular al concepto de «recomendaciones», seguiremos definiendo los diferentes significados que se les da a nivel gramatical.

La Real Academia lo define de la siguiente manera:

«Acción y efecto de recomendar o recomendarse. Encargo o súplica que se hace a otro, poniendo a su cuidado o diligencia una cosa. Alabanza o elogio de un sujeto para introducirle con otro. Autoridad, representación o calidad por la que se hace más apreciable y digna de respeto»[932].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse*:

«Acción y efecto de recomendar. Alabanza en favor de alguien para interceder cerca de otro. Escrito en que se recomienda»[933].

Por su parte Flores Polo lo define como:

«En términos generales, encargo para cuidar de una persona o atender una gestión o negocio, de modo gracioso o bajo súplica. Solicitud que una persona hace a otra bajo el fundamento de la amistad, para que el recomendado alcance lo que no puede por méritos propios(...). En otro sentido, advertencia, consejo»[934].

Cabanellas tiene un concepto más amplio de recomendación el cual es:

«Encargo, petición, orden para cuidar de una persona o un asunto. Presentación o elogio de alguien, con indicación de sus dotes o méritos. Juicio favorable de algo, cuyo reconocimiento o empleo se encarece a otro. Súplica. Consejo. Antecedente o reglamentación de un Convenio de la Organización Internacional del Trabajo(...). Como refuerzo de amistad, influjo o poder para trato especial y benévolo, especialmente con quien aspira a puesto o destino cómodo y bien remunerado, constituyen las recomendaciones (en el fondo inexactas o injustas, además de indicar falta de méritos propios en el pretendiente y de justicia en quien resuelve)

930 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1527.

931 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 80.

932 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1742.

933 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 859.

934 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 390.

verdadera plaga en la vida pública. Si por compromiso deben formularse a veces, por justicia no han de atenderse en perjuicio de los desamparados. Con noble propósito de rectitud en la Administración, se han dictado numerosas normas prohibiéndolas y aún tildándolas de faltas; pero no han tenido aplicación o resultan de extirpación tan rebelde como la propina(...). Son instrumento de gobierno del caciquismo y de los poderes personales. De llevar implícita alguna recompensa, las recomendaciones atendidas por autoridades o funcionarios públicos constituyen especie de cohecho(...). Las recomendaciones de la OIT son los acuerdos de la organización internacional del Trabajo, cuando reúnan dos tercios de votos entre los delegados presentes, pueden adoptar dos formas como tratados internacionales de índole laboral: convenciones, especie de leyes; y recomendaciones, serie de principios que carecen, en su ejecución, de la fuerza imperativa de que están dotados los convenios de la O.I.T....»[935].

En el concepto decisión, recomendación, actuación paralela, o prácticas concertadas encontramos un elemento común: «ponerse de acuerdo» o «estar de acuerdo».

Sin embargo, es posible establecer cierta diferenciación en la terminología utilizada por el legislador. La expresión «acuerdo» hace referencia a un convenio, aunque no se limita a contratos vinculantes en derecho. Un compromiso que es vinculante sólo en una dimensión moral es por lo tanto un acuerdo. Tal compromiso puede ser tácito, explícito, oral, escrito, pudiéndose realizar por cualquier medio en que pueda inferirse que existe voluntad para restringir la voluntad.

Podemos por ello afirmar que no es necesario que el acuerdo tenga una forma determinada y por lo tanto se encuentran dentro de esta concepción las prácticas unilaterales de empresas que tácitamente son aceptadas por otras empresas, los acuerdos verbales entre competidores, los acuerdos formales entre empresas, las recomendaciones que tienen por finalidad restringir la libertad de acción.

Como dice Christopher Bellamy[936] «...Tal acuerdo puede ser escrito u oral, y puede ser inferido de todo tipo de circunstancias. Por otra parte, si las partes establecen unos acuerdos informalmente para restringir la competencia entre ellas, incluso si éstos no son legal ni moralmente vinculantes, puede dar lugar a una "práctica concertada". Una serie de acuerdos, conexos, pueden ser interpretados en su conjunto como un solo acuerdo».

«Normalmente se realiza una distorsión entre acuerdos de tipo horizontal, que son acuerdos entre empresas que operan al mismo nivel, es decir que son competidoras y aquellas de tipo vertical, esto es entre empresas operando en diferentes niveles de la cadena de producción»[937].

Es difícil imaginar que un acuerdo (entendiendo como acuerdo entre caballeros a los acuerdos informales entre empresas), es decir, el acuerdo en su sentido amplio, que no origina obligaciones jurídicamente exigibles, pueda ser objeto de algún tipo de sanción. Aunque como lo hemos precisado líneas arriba estas prácticas son sancionables a priori, sin mediar análisis alguno y por lo tanto sin cuantificar sus efectos reales en el mercado.

935 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 41.

936 BELLAMY Y CHILD (1992). *Op. cit.*

937 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*

Como hemos señalado anteriormente los acuerdos de fijación de precios y distribución de mercado se consideran *per se* ilegales.

La palabra «acuerdo» en el Tratado de Roma (Artículo 85-1) no se limita a contratos vinculantes en derecho. Tal como lo ha señalado la Comisión Europea «es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación con la otra». Christopher Bellamy[938] precisa que un compromiso vinculante sólo moralmente es por lo tanto un «acuerdo» en el sentido del artículo 85-1.

El artículo 85-1 dice:

> «Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:
>
> a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
>
> b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
>
> c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
>
> d) Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
>
> e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos»[939].

Alberto Bercovitz[940] señala que, en sentido estricto los acuerdos entre empresas comprenden los contratos, y en general, los convenios con efectos jurídicos vinculantes. Es diferente la naturaleza jurídica del contrato; su posible calificación jurídica es diversa en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales; la forma del convenio, sea escrito o verbal, expreso o tácito, bilateral o multilateral, de tipo societario o no.

Se han llegado a considerar como acuerdos los contratos tipo que aplica una empresa cuando contrata con sus mayoristas y detallistas.

Hay que mantener el criterio que los pactos, cualquiera que sea su forma y denominación, que creen obligaciones jurídicamente exigibles son «acuerdos» a los efectos del artículo 85.1, aunque se denominen *gentlemen's agreements* o acuerdo de caballeros; pero si no crean ese vínculo exigible en Derecho, entonces no serán acuerdos sino que podrán considerarse en su caso como un concierto de voluntades que está en la base de una práctica concertada.

Si consideramos un acuerdo que ya no esta en vigor pero existen pruebas de una concertación continuada entre las partes, se aplicarán las mismas reglas, esto es, las sanciones

---

938 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, pp. 78-79.

939 *Ibidem*, p. 73.

940 BERCOVITZ, Alberto. «Tratado de la Comunidad Económica Europea en Derecho de la Competencia». Baldo Krezalja. Lima: PUCP, s/f, pp. 35-36.

como si se tratara de prácticas restrictivas de la libre competencia en vigor, aplicando el procedimiento respectivo.

En cualquier acuerdo es necesario precisar quiénes son las partes involucradas. Puede presentarse el caso que la conducta de una filial se relacione con la principal. En este caso debe analizarse si la empresa principal ha aceptado y participado en la conducta anticompetitiva de la filial. Aunque la empresa no participó directamente en el acuerdo puede ser incluida como parte del mismo.

Para Garrigues el mero acuerdo entre caballeros, las prácticas unilaterales de empresas, tácitamente aceptadas por otras empresas o las recomendaciones que restringen la libertad de acción de los miembros de asociaciones de empresas, caen dentro de este amplio concepto. La opinión de Alberto Bercovitz es discrepante pues para este autor es necesario que el acuerdo cree un vínculo exigible en Derecho.

Veamos la aplicación del concepto en la jurisprudencia nacional. En la Resolución 105-96TRI/SDC/INDECOPI[941] la denunciante fue la Municipalidad Provincial de Lambayeque y las denunciadas la Cooperativa de Transporte San Pablo. En el análisis que realiza la Comisión sobre el Artículo 6 hace referencia, entre otras conductas, a «las actuaciones paralelas, las cuales no constituyen una infracción a la Ley, puesto que en el mercado la competencia puede determinar una tendencia a estandarizar los precios. De esta manera, la existencia de prácticas o actuaciones paralelas en un mercado que ofrece condiciones objetivas para una concertación, constituye tan solo un primer indicio de cooperación. Por ello para determinar la existencia efectiva de una concertación, es indispensable que existan pruebas o indicios que demuestren la existencia de un acuerdo o la adopción de una voluntad común entre los competidores».

Estas figuras (como acuerdos, decisiones, recomendaciones) se conocen en la doctrina como «acciones concertadas». Las acciones concertadas se refieren a cómo los competidores se relacionan unos con otros y por lo tanto podemos concluir que se trata de acciones que llevan a restricciones de tipo horizontal.

En nuestro ordenamiento legal no se castiga todo acuerdo entre competidores. Algunos acuerdos son ilegales *per se* al tratarse de restricciones explícitas o desnudas. Los demás acuerdos deben ser evaluados en función a las consecuencias de estas acciones concertadas. Si estas acciones concertadas producen efectos anticompetitivos, entonces los acuerdos son considerados como prácticas restrictivas de la libre competencia. En estos casos se aplicará la regla de la razón. En la primera categoría se halla la concertación de precios y la división de mercados. En la segunda la concertación en la calidad, la limitación o el control en la distribución.

La regulación y prohibición de las prácticas restrictivas de la libre competencia en el derecho americano se encuentra comprendida en la sección primera de la *Sherman Act.*, conforme a la cual «todo contrato, combinación o forma de *trust* o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley». Este es el precepto básico que versa sobre las prácticas

941 INDECOPI (1999a). *Op. cit.*, p. 176.

colusorias. Conforme a ésta, las restricciones de la competencia que surjan de acuerdos, entendidos estos en su sentido más amplio, son sancionadas penalmente.

Los medios de colusión que plantea el *Sherman Act* americano son: el contrato, la combinación y la conspiración. Se ha hablado mucho sobre el contenido de cada término, esto es, si los términos podrían considerarse sinónimos o si tienen el mismo contenido. En realidad lo que interesa es que en la práctica existe un «acuerdo de voluntades» Estos acuerdos ocasionan restricciones a la competencia. Los órganos regulatorios deben demostrar la existencia del acuerdo, esto es, un concierto de voluntades de las empresas que restrinjan la competencia.

Los términos usados por la legislación norteamericana no son similares. La palabra *contract* hace referencia a un convenio formal, a un acuerdo de voluntades vinculante dentro del campo jurídico.

Con respecto a los términos *combination* y *conspiracy*, Kintner[942] considera que la combinación describe con frecuencia una unión de dos o más personas, siendo la conexión subyacente un contrato o un acuerdo: Hampton y Hibner, apoyándose en una reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal, afirman que *combination* hace referencia a una asociación de carácter abierto en contraposición al acuerdo que existe en una *conspiracy* (conspiración).

Sin embargo, nosotros consideramos que *conspiracy* o conspiración tiene una acepción más fuerte, contraria a derecho. Implica un consenso de voluntades entre dos o más personas con la finalidad de obtener un resultado ilegal, existiendo el consenso de lograr un resultado contrario a la ley.

La aceptación por los competidores, sin un acuerdo previo, de una invitación a practicar un plan, cuya consecuencia necesaria es, de ser llevado a cabo, la restricción del comercio interestadual, es suficiente para establecer la existencia de una conspiración ilegal bajo la Ley Sherman.

El Tratado de Roma regula la defensa de la Libre Competencia en la Comunidad Europea en sus artículos 85 y 86. El sistema de defensa europeo tiene como base dos prohibiciones fundamentales: la prohibición de las prácticas colusorias y la prohibición del abuso de posición dominante.

La prohibición de las prácticas colusorias prohibe los acuerdos entre empresas, todas las decisiones de las asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que puedan perjudicar el comercio entre Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto impedir o falsear la competencia dentro del Mercado Común.

El concepto de «acuerdos entre empresas» incluye aquellos comprendidos dentro de un marco contractual. Asimismo los llamados «acuerdos de caballeros». Lo que no se permite es que una de las partes acuerde voluntariamente limitar su acción con respecto a la otra.

Eduardo Galán señala que «basta pues toda colusión entre empresas con el objeto o el efecto de restringir la competencia para ser prohibido, sin considerar si se trata de colusión

942 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, citando a KINTNER.

en un plano horizontal o vertical, si se ha producido de hecho un efecto restrictivo o no, cualquiera que sea la forma de manipulación de la colusión etc.»[943].

El Derecho de la Competencia comunitario expresado en el Tratado de Roma trata las restricciones verticales diferente a las restricciones horizontales. Acorde al derecho europeo las restricciones verticales pueden tener consecuencias tanto positivas como negativas para la competencia. Por ello estas conductas exigen un análisis en cada caso concreto y es a menudo aplicable el Reglamento de exención para determinadas categorías de acuerdos, que aunque estén dentro de la prohibición del Artículo 85(1) del Tratado, son autorizadas por sus efectos positivos.

En la legislación y doctrina europea existe un criterio uniforme al tipificar los acuerdos verticales en:

Acuerdos de distribución exclusiva:

Acuerdos en los cuales una empresa se compromete con otra para proporcionarle ciertos bienes para su reventa en una parte definida del mercado. Como consecuencia de estos convenios se mejora la distribución del producto y se propicia la competencia intermarca.

Acuerdos de compra exclusiva
Acuerdos en los que una parte se compromete a adquirir un determinado producto únicamente de la otra, con miras a su reventa. Estos acuerdos suelen incluir una cláusula de no competencia. Permite a las partes contar con una planificación precisa y anticipada de su producción y ventas, reducir costos de producción y almacenamiento.

Acuerdos de distribución selectiva

En estos acuerdos, un productor se compromete a suministrar sus productos sólo a distribuidores que satisfagan ciertos requisitos técnicos, mientras que los distribuidores autorizados se comprometen a no comprar o vender bienes a mayoristas que no estén dentro de la lista previamente aceptada.

Acuerdo de Franquicia

Se trata de acuerdos en virtud de los cuales una parte garantiza a la otra el derecho de explotar una franquicia para la comercialización de determinados bienes y servicios, a cambio de una ayuda financiera directa o indirecta.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos señala que las restricciones verticales son «prácticas aplicadas por los fabricantes o los proveedores en referencia a la reventa de sus productos. Las prácticas más frecuentes en este terreno son los precios impuestos, la distribución exclusiva y la exclusividad territorial o las demás restricciones geográficas en el mercado. En un sistema de distribución exclusiva y/o de exclusividad territorial, el fabricante autoriza a un único distribuidor para comercializar el producto. El

943 *Ibidem*, p. 99.

problema consiste en saber si esta exclusividad confiere al distribuidor un poder sobre el mercado. La doctrina económica está muy dividida sobre este punto. En general, el poder sobre el mercado del distribuidor se encuentra limitado por la competencia inter-marcas. El objetivo perseguido por el productor consiste normalmente en incitar al distribuidor a promocionar el producto y asegurar un mejor servicio a la clientela»[944].

La Comisión de la Comunidad Europea ha planteado la necesidad de revisar los Reglamentos de exención por categorías. La Comisión ha aprobado la mayoría de Reglamentos de exención por categorías que expiraban en 1999. La idea es adecuarlos a las condiciones exigidas para no tener que notificar a la Comisión sobre los acuerdos que restringen la libertad contractual de las partes. Con ello se pretende un tratamiento menos rígido.

Podemos apreciar que el inciso 3 del Art. 85 del Tratado de Roma admite la excepción en bloque de determinadas categorías de acuerdos y decisiones, junto a la excepción de acuerdos y decisiones individualizados.

El artículo 85(3)[945] dice:

«No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas.
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas.
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.

b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate».

Las excepciones pueden darse en forma individual o en bloque. Por lo tanto las prohibiciones de los artículos 85 y 86 no son de carácter absoluto.

Durante los últimos años la Comisión ha acumulado una notable experiencia en la aplicación del Artículo 85 del Tratado, principalmente referido a alianzas estratégicas en el sector de las telecomunicaciones. Myriam Posada[946] señala «El tipo de alianza en cuestión va más allá de un simple acuerdo para transferir ciertas tecnologías, acometer la distribución de ciertos servicios, poner en común un número limitado de actividades o poner en marcha una nueva actividad en un mercado geográfico preciso». La aplicación concreta del Artículo 85 a una alianza dependerá en gran medida de la identidad, actividad y posición en el mercado de cada una de las compañías involucradas. Pues dichas alianzas son nor-

---

944 OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 85.

945 BELLAMY Y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 821.

946 POSADA DE SAN ANTONIO, Miriam. «Los Presupuestos Económicos del Derecho de la Competencia». Publicado en: *Derecho de la Competencia Europeo y Español.* Dykinson, 1999, p. 39.

malmente altamente relevantes desde el punto de vista de la aplicación de los Artículos 85 y 86 del Tratado.

El Tratado de Roma ataca las restricciones a la libre competencia en su origen. Todo acuerdo, decisión o práctica concertada que restrinja la competencia esta prohibida. No es necesario conocer las consecuencias o los efectos prácticos de tales manifestaciones de voluntad.

Volviendo a nuestro ordenamiento legal, podemos señalar que el Artículo 6 del Decreto Legislativo No. 701 establece claramente la prohibición sobre todo tipo de prácticas colusorias. Tanto el Tratado de Roma como la legislación americana sigue un criterio preventivo pues prohibe las fuentes que dan lugar a tales prácticas. Nuestra legislación no sanciona con nulidad las fuentes, es decir, donde nacen las prácticas colusorias como son los acuerdos, decisiones, recomendaciones (...) sino el hecho que estas prácticas restringen, impidan o falseen la competencia.

El Artículo 6 es claro cuando señala «que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia». La prohibición recae en las prácticas mismas y no en las fuentes. El convenio o el acuerdo no se prohibe sino el hecho que dicho acuerdo tenga por objeto una restricción de la competencia.

Christopher Bellamy[947], comenta que el «concepto de decisión» incluye las reglas de la asociación de que se trate, decisiones que vinculan a los miembros y sus recomendaciones. Los acuerdos llevados a cabo en el marco de una asociación pueden ser analizados como «decisiones» de tal asociación o como «acuerdo» entre sus miembros.

Práctica Concertada

Se entiende por este término a la colaboración consciente entre dos o más personas con una finalidad contraria a la ley. El término implica también un acuerdo de voluntades entre dos o más personas con la finalidad de limitar, restringir, la competencia, por ende obtener un resultado ilegal.

El significado de «práctica» en su sentido estricto ya fue tratado líneas atrás en lo concerniente al análisis exegético del artículo 1ro de la ley. Por ello pasaremos a definir qué se entiende por «concertar».

Según la Real Academia Española:

> «De latín *concertare*. Componer, ordenar, arreglar las partes de una cosa, o varias cosas. Ajustar, tratar el precio de una cosa. Pactar, ajustar, tratar, acordar un negocio. Traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes(...). Cotejar, concordar una cosa con otra...»[948].

Según el Diccionario Enciclopédico Larousse:

> «Pactar, ajustar, acordar(...). Concordar, convenir entre sí una cosa con otra...»[949].

En términos jurídicos, Cabanellas lo define como:

---

947 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 20.

948 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 530.

949 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 271.

«Contratar, pactar. Componer, ordenar, disponer, arreglar. Ajustar, tratar, acordar un negocio. Cotejar o concordar dos o más cosas. Convenir el precio de algo. Combinar entre sí diversas partes...»[950].

La legislación peruana en materia de protección de la libre competencia engloba en su ámbito de acción a todas las «personas naturales o jurídicas, sea de derecho público o privado, que realicen actividades económicas». Sin embargo cuando trata el tema del abuso de posición de dominio omite referirse a las personas naturales y se refiere exclusivamente a «una o más empresas». Esto ocurre cuando se refiere a las prácticas restrictivas de la libre competencia pues la ley menciona únicamente a las empresas.

Se debe tratar de una omisión involuntaria, pues es claro que las personas naturales que se dedican a la actividad empresarial pueden igualmente entrar en concertaciones o acuerdos colusorios. Los convenios pueden darse entre personas naturales que actúan empresarialmente, entre personas naturales y empresas y entre empresas o personas jurídicas.

Es más claro el derecho antitrust norteamericano cuando dirige su ordenamiento a todas las personas, naturales o jurídicas, capaces de ejercer actividad económica.

El Decreto Legislativo No. 701 no define lo que se entiende por cada una de las prácticas restrictivas de la libre competencia. Por ello no encontramos una definición de lo que la norma considera como una práctica concertada. Como hemos señalado la legislación de la Comunidad Económica Europea ha servido de antecedente a la legislación peruana.

Joaquín Garrigues[951] opina que constituye una práctica concertada aquella forma de coordinar entre empresas que; sin haber alcanzado la categoría de acuerdo, sustituye de manera consciente los riesgos de la competencia por una colaboración en la práctica.

Esta práctica concertada puede inferirse de la conducta de las empresas cuando, por ejemplo, escasea en el mercado un producto comestible básico sin que medie motivo alguno, o por el contrario el producto se encuentra asequible en el mercado pero sufre un aumento simultáneo de precio en toda la industria sin razón aparente (no se elevan sus insumos, ni los filtros que lo afectan, ni la energía).

Para Alberto Bercovitz[952] «toda práctica concertada implica la concurrencia de dos elementos. En primer término una conducta de dos o más empresas, generalmente coincidente o paralela pero puede tratarse de conductas diferentes, con reparto de funciones entre las empresas participantes y que las prácticas sean consecuencia de un previo concierto de voluntades que realizan las empresas entre ellas».

Para ilustrar este concepto nos referiremos a lo señalado por la Comisión Técnica del Indecopi en la Resolución 0082-1998/TDC-Indecopi[953] cuando dice: «... Por concertación de precios se entiende cualquier conducta coordinada o acordada entre las empresas denunciadas dirigidas a generar determinados precios distintos a los que se presentarían en el libre juego de la oferta y la demanda.

---

950 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 253.

951 GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*

952 BERCOVITZ (s/f). *Op. cit.*, p. 358.

953 Resolución 0082-1998/TDC-Indecopi. Expediente 031-96-CLC.

Estas conductas pueden implicar acuerdos directos sobre cuál debe ser el nivel de precio, o acuerdos diferentes que tienen un objetivo análogo, como sería el caso de la distribución de mercados, restricciones de producción, destrucción o eliminación de producción para controlar la oferta, etc. Evidentemente todas estas acciones son perfectamente legítimas cuando una empresa las desarrolla por separado de las otras, en función de su propia evaluación de las condiciones de mercado. Una empresa es libre de fijar de manera independiente los niveles de precios a los cuales desea vender sus productos, o la cantidad que va a producir o el lugar donde va a vender.

Lo que está penado por ley es cuando estas decisiones no son tomadas de manera independiente, y por separado, por cada empresa, sino que han sido adoptadas de manera conjunta mediante acuerdos, recomendaciones o decisiones coordinadas. Estos acuerdos afectan directamente la libertad de elección de los consumidores y por tanto la ley ha determinado su ilegalidad. Las concertaciones restrictivas de la libre competencia son sancionables porque restringen la producción haciendo que, por ejemplo, menos consumidores tengan acceso a los productos o que se eleven los precios, forzándolos a pagar más de lo que hubieran pagado en condiciones de normal funcionamiento de la libre oferta y demanda»

Por lo tanto podemos concluir que es necesario una colaboración entre empresas, sin llegar a ser un convenio. Tratándose mas bien de un concierto de voluntades. Tal colaboración implica una cooperación entre las empresas para evitar de esta manera los riesgos de la competencia, y creando a raíz de esta colaboración una restricción de la competencia.

Alberto Bercovitz hace una distinción entre prácticas concertadas y acuerdos y decisiones y señala que las prácticas concertadas presentan una nota diferenciadora, tanto frente a los acuerdos como frente a las decisiones. Radica esta diferencia en que, mientras que el artículo 85.1 prohibe los acuerdos entre empresas y las decisiones de las asociaciones de empresas que tenga por objeto o produzcan el efecto de restringir la competencia, en las prácticas concertadas no cabe tal dualismo, pues por el mero hecho de ser prácticas no pueden tener por objeto, como los acuerdos o decisiones, una restricción de la competencia, sino que al ser ejecutadas las prácticas producirán o no el efecto restrictivo de la competencia, en consecuencia, las prácticas concertadas quedan prohibidas únicamente cuando se han ejecutado y las restricciones de la competencia se han producido, mientras que los acuerdos y las decisiones quedan prohibidos por el párrafo 1° y son nulos de pleno derecho en virtud del párrafo 2° del artículo 85, cuando tienen por objeto una restricción de la competencia, aun cuando ésta no se haya producido por no haberse iniciado la ejecución del acuerdo o la decisión. En los acuerdos y decisiones es suficiente para quedar prohibidos que tengan por objeto restringir la competencia, aunque no se produzca tal efecto, mientras que las prácticas han de producir el efecto restrictivo.

El Tribunal de la CEE ha establecido los siguientes requisitos para determinar la existencia de prácticas concertadas:

a. Un contacto efectivo entre las partes que frecuentemente consistirá en reuniones, discusiones, intercambios de información, sondeos de opinión, ya sea oral o escrito; y

b. Tal contacto tenga como objetivo influenciar la conducta en el mercado, y en particular suprimir por adelantado la incertidumbre respecto de la conducta futura de una empre-

sa o tenga el efecto de mantener o alterar la actuación comercial de las empresas de que se trate, en un aspecto que hasta aquel momento estaba regulado por el juego de la libre competencia.

Guillermo Cabanellas expresa que las prácticas concertadas propiamente dichas incluyen «una forma de coordinación entre empresas que, sin haber llegado al nivel en que se ha concretado un convenio, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por la cooperación práctica entre aquellos»[954].

Y Carlos Parodi[955] señala que existen seis condiciones básicas para la colusión. Estos son:

- Que exista concentración del mercado por el lado de los productores (oferta).
- Que el número de empresas que conforman el «resto del mercado» sea reducido.
- Que la demanda sea elástica (precio competitivo).
- Que la entrada al mercado tome tiempo, de modo que se constituya en una barrera al ingreso.
- Que el producto sea homogéneo.
- Que la demanda sea elástica o declinante. Es difícil pensar en una colusión cuando la demanda esta creciendo, pues los acuerdos serían más complejos de obtener.

Para que exista una práctica concertada es suficiente que una empresa independiente ajuste consciente y voluntariamente su conducta acorde a los deseos de otras personas o empresas.

La prueba explícita, documentaria, de una práctica concertada resulta muy difícil de obtener pues los conspiradores conocedores de la ilegalidad de su accionar difícilmente dejarán pruebas escritas de sus acuerdos. Por ello la prueba de su existencia radica en las consecuencias de la práctica concertada, es decir, en los efectos que este comportamiento empresarial produce. No olvidemos, sin embargo, que una situación de mercado puede ocurrir por distintas circunstancias, por lo que el órgano regulador debe acreditar que estas circunstancias no hubieran ocurrido sino mediara concertación entre empresas. La prueba de la evidencia es fundamental para determinar la existencia de prácticas concertadas. La evidencia más saltante es la coordinación formal o informal entre las empresas involucradas.

Es así como la Comisión en su Resolución 0082-1998/TDC-Indecopi expresa lo siguiente:

> «...la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.

954 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 280.

955 PARODI TRECE, Carlos. *Análisis Económico del Caso del Pollo: ¿Concertación o ajuste del mercado?*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Mayo, 1997.

Sobre el particular, cabe señalar que las leyes que regulan la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, en particular aquellos tramitados ante los órganos funcionales de Indecopi, permiten la actuación de pruebas instrumentales, periciales y de inspección que tengan pertinencia con la cuestión que se discute y, además, facultan a las Comisiones y Oficinas del Indecopi para requerir y actuar todo tipo de documentos, así como para citar e interrogar a las partes, sus representantes o terceras personas.

Pero, adicionalmente, nuestro sistema legal permite el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios —esto es, de auxilios, establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos—, que están regulados en el Código Procesal Civil y cuya aplicación es supletoria al procedimiento administrativo en virtud de la Primera Disposición Final de dicho código.

Son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales. Los indicios pueden, en algunos casos, por si solos, generar convicción plena sobre los hechos (indicios necesarios) o, en otros casos, contribuir a alcanzar este resultado conjuntamente con otras pruebas e indicios (indicio contingente). El indicio es pues un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una declaración, etc.). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar el indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado)»[956].

La concertación entre productores no reduce los costos de manufactura ni produce una mayor eficiencia productiva. Sólo se logra un precio concertado en detrimento de la eficiencia del mercado, por lo que esta conducta es sancionada sin entrar en detalles. Si la práctica tuvo el éxito deseado, la conducta es *per se* ilegal ya que no produce ningún beneficio en términos de eficiencia y más bien daña la competitividad del mercado y en última instancia al consumidor.

En todas las legislaciones del mundo la concertación de precios es considerada una práctica restrictiva explícita o desnuda y por ende sancionable bajo la regla *per se*.

En la práctica el órgano administrativo o judicial deberá probar:

- Una conducta paralela en el mercado
- Un contacto entre las partes

Si ambos extremos se cumplen se presumirá a raíz de esta evidencia, la existencia de una práctica concertada.

Christopher Bellamy opina que «no se presumirá una práctica concertada, si hay una explicación alternativa, pero el intercambio de información confidencial desde el punto de vista comercial, u otros contactos similares permitirán probar una práctica concertada. La proximidad de fechas relevantes y la ausencia de competencia entre las empresas serán significativas, como lo serán también acuerdos previos entre las partes si lo hubiere habido. Una justificación económica plausible para la conducta paralela será importante y posiblemente concluyente»[957].

---

956 Resolución 0082-1998/TDC-Indecopi. Expediente 031-96-CLEC.

957 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 92.

Actuaciones Paralelas

La conducta simultánea o paralela de las empresas no necesariamente nos debe llevar a la conclusión que estamos frente a una práctica concertada. Es muy probable que ante una determinada oferta y/o demanda las empresas adopten medidas y conductas inteligentes, siendo estas muchas veces similares entre ellas. Es importante determinar si entre las empresas ha habido contactos o situaciones que conlleven a definir que ha habido un concierto previo, o actuaciones paralelas.

La **actuación paralela** no implica una concertación. Podemos estar ante una actuación paralela en precios, volúmenes de venta, nivel de ingresos, pero esta actuación no demuestra la existencia de concertación alguna.

Así, en aquellos mercados en los cuales existe un líder indiscutible y varias empresas seguidoras, la elevación o disminución de precio será seguida o emulada por los demás pues es el líder el que señaliza la política del sector.

También se genera un paralelismo de precios en una economía super competitiva, donde todos los productores no pueden elevar sus precios dada la alta elasticidad cruzada (precio/cantidad) y el gran número de ofertantes y demandantes.

«Que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia»

La restricción en su sentido amplio es definida de la siguiente manera:

La Real Academia Española define la «restricción» como:

«Del latín *restrictio – onis*. Acción y efecto de restringir, limitar o reducir. Limitación o reducción impuesta en el suministro de productos de consumo, generalmente por escasez de estos».

Consecuentemente, «restrictivo» tiene como significado: «Dícese de lo que tiene virtud o fuerza para restringir o apretar. Dícese de lo que restringe, limita o acorta»[958].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala como significado de restringir:

«Del latín *restringere*. Reducir, limitar generalmente cosas materiales expresada en abstracto, como gastos, bienes, etc...»[959].

En términos jurídicos Cabanellas la define de la siguiente manera:

«Limitación, disminución de facultades o derechos. Escasez o rebaja en la provisión de ciertos productos o alimentos. Consumo reducido que por necesidad o previsión se establece en épocas de guerra y otras varias anormales de índole económica, sanitaria o distinta clase...»[960].

Sobre el término «impedir» tenemos:

---

[958] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1785.

[959] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 879.

[960] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 207.

Según la real Academia Española:

«Del latín *impedimentum*. Estorbar, imposibilitar la ejecución de una cosa. Suspender embargar(...). Impedimento: Obstáculo, embarazo, estorbo, para una cosa. Cualquiera de las circunstancias que hacen ilícito o nulo el matrimonio...»[961].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

«...Imposibilitar o hacer difícil la ejecución de una cosa. Impedimento: Obstáculo, estorbo para una cosa(...) circunstancias que obstaculizan la celebración de un matrimonio»[962].

Por último, por falsear se entiende, según la Real Academia Española:

«De falso. Adulterar o corromper una cosa, como la moneda, la escritura, la doctrina, el pensamiento...»[963].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

«Contrahacer o corromper una cosa haciéndola disconforme con la verdad, la exactitud, etc...»[964].

En términos jurídicos, Cabanellas lo define de la siguiente manera:

«Realizar una falsificación, imitando con mayor o menor habilidad, pero siempre con mala fe, alguna cosa; sobre todo dinero o bienes valiosos, y escrituras o documentos. Cometer falsedad; mentir o engañar al exponer el propio pensamiento o al reproducir la palabra de los demás. Perder su resistencia o solidez una persona o cosa»[965].

Flores Polo, por su parte define lo que es la «falsedad»:

«Falta de verdad. En Derecho tiene una acepción amplia que se refiere a toda ocultación de la verdad, alteración o deformación de la misma. La falsedad tiene diferentes consecuencias y manifestaciones jurídicas...»[966].

Y sobre ese mismo término la *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala:

«La noción que puede darse de la falsedad es negativa: falsedad es lo que va contra la fe pública... En el uso corriente de lenguaje parece que indica lo mismo falsedad que falsificación, y así igualmente se dice falsario que falsificador, falsificación que falsedad, sin embargo, tienen un significado distinto en el Derecho Penal...»[967].

El Código Alfonsino, recuerda que Alejandro Groizard y Gómez de la Serna designó con el nombre genérico de falsedad a «Todo mutamiento de verdad, que deberían llamarse falto de verdad, abarcando también las acciones falsas, que debieran llamarse falsificaciones»[968].

---

961 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1144.

962 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 542.

963 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 947.

964 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 441.

965 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 12.

966 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 586.

967 OMEBA (1980). *Op. cit.*, pp. 849-850.

968 GROIZARD, A y GÓMEZ DE LA SERNA. *El Código Penal de 1870*. 2da edición. Tomo III. Madrid, 1911, p. 768.

Las leyes sobre defensa de la competencia prohiben todas aquellas conductas comerciales que limiten, restrinjan, impidan o falseen la competencia, así como las prácticas monopolísticas. A partir de esta prohibición general, las leyes de cada país establecen una lista de prohibiciones sobre conductas comerciales específicas.

Como señala Guillermo Cabanellas[969] «La legislación sobre la Libre Competencia protege una forma de comportamiento económico, un marco de conductas relacionadas con la producción de bienes y servicios. Este marco de comportamiento no es definido claramente, muy por el contrario no es ni siquiera definido. Los conceptos de limitar, restringir, distorsionar la competencia requieren para su aplicación de casos concretos.

El costo de determinar fehacientemente que ciertas prácticas explícitas o desnudas (*naked restrains*), que por su naturaleza típicamente anticompetitiva deben prohibirse porque restringen de manera efectiva la competencia en perjuicio del consumidor, es muy oneroso. Es por este elevado costo administrativo y judicial que estas prácticas, que no contribuyen en nada a favorecer el funcionamiento del libre comercio, deben ser declaradas «*per se*» ilícitas

Para Otamendi[970] la limitación a estas prácticas, hace referencia a aspectos de la competencia susceptibles de cuantificación; por ejemplo, cuando se fijan topes a las fluctuaciones de precios (acuerdos horizontales de precios) o a las fronteras territoriales a la concurrencia (repartición de mercados). Así, Otamendi observa que; «Se ha explicado que se impide la competencia en caso de su eliminación total; que existen una restricción cuando no se elimina totalmente sino sólo en cuanto a ciertos aspectos de la competencia o que se limita cuantitativamente (...)».

Las limitaciones cuantitativas sólo tienen relevancia en cuanto afectan a los elementos cualitativos que hacen a la esencia de la competencia. La distinción entre restricción y limitación carece de contenido práctico. La limitación se caracterizaría por la existencia de un determinado fenómeno económico (la competencia) cuya intensidad, determinable a través de las distintas graduaciones, sufriría una disminución.

Guillermo Cabanellas[971] considera también que el concepto restringir engloba los de limitar y distorsionar y que, por lo tanto, estos dos son sobreabundantes.

La triple figura utilizada por nuestro ordenamiento, responde, justamente, al peligro que la no utilización de un concepto, como el de distorsión, dejaría a ciertas conductas anticompetitivas fuera del marco de la prohibición legal.

La triple formulación que reciben en el artículo 1 de la LDC los actos anticompetitivas (limitar, restringir, distorsionar) ha sido tomada del artículo 85 del Tratado de Roma. Dado que la competencia no es un elemento cuantificable, los conceptos de limitación y restricción, de por sí similares en muchos aspectos, no suponen la existencia de un parámetro mensurable cardinalmente, susceptible, en consecuencia, de sufrir reducciones en su intensidad, tamaño u otras medidas igualmente cuantificables.

---

969 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*

970 OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*, p. 248.

971 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 248.

Hay mayor flexibilidad en la legislación comunitaria europea, al admitir la validez de conductas anticompetitivas en caso estas sean favorables al progreso técnico y económico y por ello no se privilegia la regla *per se*.

En el Derecho de Defensa de la Libre Competencia Americano (*Antitrust Law*) se considera que existe una infracción *per se* cuando se demuestra o acredita los extremos que hacen que determinada conducta de las partes esté sujeta a investigación, por ejemplo, el haber efectuado un acuerdo para fijar conjuntamente sus precios. No es necesario efectuar análisis adicional alguno sobre los motivos de tal conducta, sus causas o efectos, a fin de determinar su ilicitud.

Las diferentes legislaciones que tratan sobre la protección de la competencia en cuánto a las prácticas colusorias adoptan uno de los dos sistemas. El sistema basado en el principio de la prohibición el cual sanciona la limitación o restricción de la competencia, antes que el hecho se produzca, mientras que el otro sistema se basa en el principio del abuso que significa que la sanción sólo tendrá lugar si la restricción se confirma.

Podemos así afirmar que hay dos sistemas: El que hemos denominado sistema de control *a posteriori*, por ejemplo, el de Francia o el de Estados Unidos, en el cual las empresas mismas juzgan si el acuerdo cae o no dentro de la prohibición, y, como son ellas las que libremente lo juzgan, corren con las consecuencias, de poner o no en práctica el acuerdo que luego puede ser declarado ilícito. Las autoridades administrativas se limitan a vigilar que no se ponga en funcionamiento acuerdos prohibidos y cuando conocen estos acuerdos(...). entonces se declara la nulidad del acuerdo y se impone la sanción correspondiente que cubre tres aspectos: administrativo, civil y penal.

Como podemos verificar en este sistema los acuerdos se juzgan por sus efectos en el mercado. Los esfuerzos de control están concentrados solamente en las verdaderas restricciones, esto es, aquellas que son perjudiciales a la competencia. El inconveniente de este sistema es que las personas no saben o no conocen si el acuerdo celebrado que han llevado a la práctica es o no legal hasta que se produce la decisión de la autoridad administrativa.

Frente a este sistema encontramos el sistema al cual denominaremos *a priori* que es el que siguen Alemania y otros países acorde al Tratado de Roma.

Con respecto a este sistema Cabanellas expresa[972] «La limitación y la restricción se caracterizarían, por la existencia de un determinado fenómeno económico, la competencia, cuya intensidad, determinable a través de distintas graduaciones sufriría una disminución. En cuanto a la distorsión de la competencia, tal figura supone una imagen a priori de la concurrencia, que se vería modificada de manera de resultar una conducta o conjunto de conductas diferentes de esa imagen».

El derecho americano precursor de toda la normatividad de Defensa de la Libre Competencia, establece en la sección 1 de la *Sherman Act* de 1890 lo siguiente: «todo contrato, combinación en forma de *trust* o de otra forma o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley». Según este artículo todas las decisiones que restrinjan la competencia son

[972] *Ibidem*, p. 248.

sancionables, basta constatar que un determinado acuerdo o intento de llegar a un convenio final (conspiración) restringe la competencia para que se generen consecuencias finales. No olvidemos que el *Sherman Act* es una norma penal.

En los actos de Competencia Desleal se utiliza la expresión «Falsear» que es una expresión que se adapta mejor a los actos de competencia desleal. En cambio cuando utilizamos términos como Impedir o Restringir la competencia, hacemos referencia a la libre competencia, a la competencia como sistema. Se presenta una limitación de la Libre Competencia cuando impedimos directa o indirectamente a otra persona o empresa el ejercicio pleno de una actividad económica determinada.

El D. Leg. 701 prohíbe las prácticas restrictivas derivadas de convenios, decisiones, o conductas conscientemente paralelas.

Los ataques contra los agentes del mercado o contra las instituciones que fomentan la competencia constituyen prácticas restrictivas de la competencia. Estas se verifican a través de conductas entorpecedoras o prohibidas. Estas conductas atentan en general contra la validez del bien jurídico.

Abanto Vásquez complementa este concepto: «Atentados contra la eficiencia funcional de un mecanismo tan esencial de la vida económica como la competencia causan distorsiones económicas y peligros para la macroeconomía. Precisamente estos atentados son 'afecciones' contra el bien jurídico «libre competencia», las que, debido al carácter valorativo de lo afectado, no tienen por que implicar siempre directamente un menoscabo de intereses individuales[973].

Entre los objetivos del Decreto Legislativo 701 se encuentra el definir «las conductas reprimidas por su virtualidad para restringir, impedir o falsear la competencia. Y «elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar, de modo cabal, el correcto funcionamiento de los mercados»[974].

La lesión a la libre competencia no alcanza a constituir un perjuicio para los valores protegidos por el Decreto Legislativo mencionado, siendo necesario además que se configure un daño respecto de elementos más amplios del sistema económico.

Como dice Frieddrich Hayek «Lo nocivo no es el fenómeno del monopolio en sí, sino la limitación de la competencia que puede acompañar al mismo. De manera general, por lo tanto, cabe afirmar que lo que es lesivo, para la colectividad no es la existencia de aquellos monopolios que son consecuencia de una mayor eficacia empresarial, o bien del exclusivo control de determinados recursos limitados, sino la posibilidad de mantener dicha privilegiada posición una vez desaparecidas las causas que la produjeron. Ello deriva sobre todo de la circunstancia de que el monopolista está en posición de utilizar su ventajosa situación, no solo para establecer un precio único aplicable a toda su clientela, sino también para discriminar entre los distintos consumidores en base a los precios a cada uno de ellos demandados...»[975].

---

[973] Abanto Vásquez (1997). *Op. cit.*, p. 39.

[974] Ministerio de Justicia. *Libre Competencia.* Lima: Ed. Normas Legales, Artículo 6° del D. Leg. 701, p. 40.

[975] Hayek (s/f). *Op. cit.*, p. 151.

Alfonso Miranda[976] complementa lo dicho cuando afirma que: en la actualidad la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes, pero pretenden controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se presenten los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos ni la erradicación de todos los existentes sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a las prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la relación de este tipo de prácticas.

Habiéndose hecho referencia a la concentración económica, cabe señalar que ésta es aquella:

> «Situación en la que un pequeño número de empresas o de grupos de empresas representa una gran proporción de la actividad económica en términos de ventas, de activos o de empleo. La noción de concentración incluye, por lo general, al menos cuatro conceptos distintos:
>
> - La concentración global.- mide la parte relativa de las grandes empresas en relación con el conjunto de la economía nacional. Este indicador es utilizado ante todo por los economistas, los sociólogos y los expertos en ciencias políticas. Lo emplean en el contexto de las teorías referentes al poder económico-político que las grandes empresas ejercen efectivamente o son susceptibles de ejercer con motivo de su peso económico en el seno de un país, de una industria o de una zona geográfica.
>
> - La concentración de una rama de actividad o del mercado (que se llama a menudo concentración de oferta).- mide la parte relativa de las grandes empresas en la oferta de ciertos bienes (los automóviles, por ejemplo) o de ciertos servicios (los préstamos hipotecarios, por ejemplo). La teoría económica de la organización industrial ha introducido este concepto de concentración industrial o de mercado mostrando que, si las demás cosas no varían por otro lado, una fuerte concentración del mercado es más propicia a prácticas de monopolio nocivas desde el punto de vista de la asignación de los recursos y de los resultados económicos. La concentración del mercado es un posible indicador de poder sobre el mercado.
>
> - La concentración de la demanda.- mide la proporción de la producción de un producto principalmente adquirido por un pequeño número de compradores. En el límite, puede haber un único comprador para un producto o servicio: existe entonces monopsonio. La concentración a nivel de la demanda puede reflejarse en un poder compensador que contrarrestre el poder sobre el mercado procedente de un índice elevado de concentración del mercado o de la concentración de la oferta.
>
> - La concentración del accionariado.- mide el grado de distribución entre los accionistas de los títulos de las sociedades cotizadas en bolsa. Esta noción se utiliza a menudo para dar cuenta de los activos en poder de ciertas familias o empresas o para medir el grado de control ejercido por ellas»[977].

976 MIRANDA LONDOÑO (s/f c). *Op. cit.*

977 OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 26-27.

La Libre Competencia

En los últimos 100 años de desarrollo de la legislación antimonopólica en los Estados Unidos se puede comprobar, por parte del legislador, una gran variedad de objetivos sociales y políticos. Estos objetivos han evolucionado con el tiempo, dando mayor énfasis a unos y otros conforme la disciplina se adaptaba a los profundos cambios sociales y tecnológicos del siglo XX. La ley de la competencia es pues flexible y evoluciona con el tiempo.

La protección tradicional que el ordenamiento jurídico liberal concede a la competencia se limita al reconocimiento y tutela a favor del empresario de derechos subjetivos absolutos, sobre bienes de la propiedad industrial de la empresa, frente a las usurpaciones de otros competidores, y a la garantía de la libre iniciativa económica privada frente a las injerencias del propio Estado.

Juan Ignacio Font señala «En los últimos veinte años esta concepción individualista y abstracta de la libre competencia ha venido siendo objeto de duras críticas en un contexto socioeconómico en el que el empresario, la empresa y los modos de ejercitar la actividad empresarial adquieren una nueva dimensión dinámica y social»[978].

El objetivo principal debe ser la **eficiencia económica** y la **reducción de los costos** para **beneficio** y **bienestar** final del consumidor.

Sobre la eficiencia económica la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico[979] señala que este término tiene numerosas acepciones. En el contexto de la organización industrial del derecho y de la política de la competencia, se entiende por eficiencia la forma de utilización óptima de recursos escasos. Se distinguen en general dos tipos de eficiencia: la eficiencia tecnológica (o técnica) y la eficiencia económica (de asignación o paretiana). Una empresa será técnicamente más eficiente que otra si produce una misma cantidad utilizando menos factores de producción. Al ser diferentes de los procedimientos de producción, todas las empresas no son técnicamente eficientes ni comparables en este plano.

Una empresa resulta económicamente eficiente cuando pone en práctica sus factores de producción, de tal manera que consiga una cierta escala de producción al menor costo posible. Hay un aumento de eficiencia si la empresa consigue producir a un menor costo un mismo volumen de producción o volumen superior. Al contrario que la eficiencia tecnológica, la eficiencia económica permite comparar diversos procedimientos de producción. Los economistas consideran en general que la competencia incita a la eficiencia tanto a las empresas como a los agentes económicos. La eficiencia multiplica las posibilidades de supervivencia y de éxito de las empresas y aumenta la probabilidad de utilización óptima de recursos económicos limitados. A nivel de empresa, la eficiencia proviene esencialmente de las economías de escala y de gama y, a más largo plazo, de la renovación tecnológica y de la innovación.

Se entiende por eficiencia de distribución o de consumo una forma de asignación de un conjunto de bienes y de servicios entre los consumidores, de tal manera que no resulte posible aumentar la satisfacción de un individuo sin disminuir la de otro.

---

978 FONT GALÁN (1987). *Op. cit.*, p. 115.

979 OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 40.

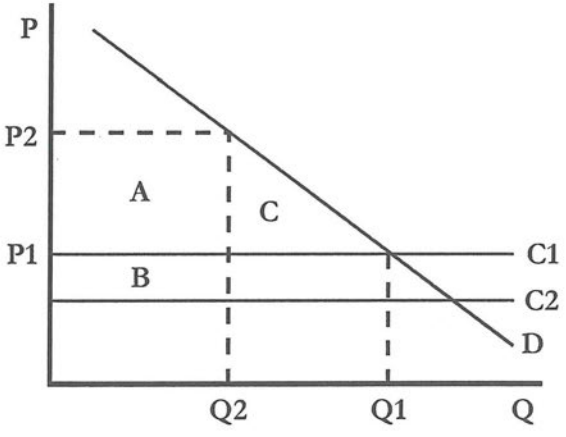
Por otro lado, existe además un tipo de eficiencia llamada *Eficiencia de Pareto*, llamada también eficiencia de asignación, la cual se presenta:

«Cuando la asignación de recursos es tal que no resulta posible mejorar la situación de uno de los agentes económicos sin perjudicar la de cualquier otro agente. Una situación se considera en general como eficiente en el sentido de Pareto, si los bienes se producen de la forma más eficaz posible (la menos costosa). Los términos *Óptimo de Pareto* (u óptimo paretiano) y *Eficiencia de Pareto* (o paretiana), se utilizan a menudo de forma indistinta. A veces, se reserva la expresión *Óptimo de Pareto* a los casos en los que existe eficiencia a la vez a nivel de producción y de asignación.

La pérdida neta de bienestar, mide la ineficiencia en el sentido de Pareto. En la figura incluida bajo el título "Efectos del Monopolio" sobre el bienestar (ver más abajo).

En términos generales, las políticas de competencia, surgen de la necesidad de corregir ciertas conductas o estructuras económicas que impiden el funcionamiento eficiente del mercado y lo alejan del modelo de libre competencia. El Diagrama, muestra en forma simplificada, los efectos del monopolio sobre el bienestar. La curva D, representa la función de demanda y las curvas C_1 y C_2, los costos (constantes) de una firma que se comporta como un monopolio. El área C, representa la pérdida de eficiencia social, mientras el área A, los beneficios monopólicos.

Efectos del Monopolio sobre el bienestar



Un primer tema de discusión respecto de los efectos del monopolio sobre el bienestar se refiere a cuál es en realidad la pérdida de eficiencia social que ocasiona la posición de dominio de una firma en el mercado. Al menos parte de los beneficios monopólicos (área A) también debería considerarse como pérdida de eficiencia, en la medida que dichos recurso reflejan la disposición a pagar por parte de la firma, a fin de mantener su posición de dominio en el mercado. Parte de los beneficios monopólicos esperados por los productores pueden ser destinados a la organización de *lobbies* orientados a ejercer presión frente a la administración pública, con el fin de imponer una determinada barrera a la entrada de nuevos competidores o, en el caso de varias firmas, dichos recursos pueden destinarse a la implementación de acuerdos de precios, repartición de cuotas del mercado, entre otras medidas. En este sentido, las pérdidas de eficiencia asociadas al monopolio serían significativamente mayores a las que representa el área C.

Se trata entonces, el primer teorema de la economía de bienestar. En virtud de este teorema, una economía en la que impera una competencia perfecta en todos los mercados será siempre eficiente en el sentido de Pareto, sino existen crisis de los mercados»[980].

Ahora bien, en lo referente a la reducción de Costos para beneficio del consumidor, el Glosario del Economía Industrial y de Derecho de la Competencia define los costos como:

«el valor que representa la utilización de los factores de producción utilizados por una empresa (costos de mano de obra, costos de productos intermedios, costos de capital). Se diferencian costos fijos y costos variables. Los costos fijos son independientes de las cantidades producidas. Se trata, por ejemplo, de los intereses sobre préstamos, de las tasas inmobiliarias y de los alquileres. Los economistas incluyen igualmente en los costos fijos un tipo adecuado de rendimiento del capital, suficiente para mantener al capital en su nivel de utilización actual.

En efecto, todos los costos económicos tienen costos de oportunidad, es decir, el costo de un uso alternativo. Por consiguiente, el **costo de oportunidad** del capital es el rendimiento que producirá el capital si estuviera empleado de otro modo. Los **costos variables** están en función de las cantidades producidas. Las cargas vinculadas a los productos intermedios, a los carburantes y combustibles, al personal de producción y a las operaciones de mantenimiento, por ejemplo, son costos variables. Cuanto más se piensa sobre una larga duración, más variables resultan los costos.

Los **costos totales** representan la suma de los costos fijos y de los costos variables. El costo medio se obtiene dividiendo los costos totales por las cantidades producidas. El costo marginal es el incremento del costo total resultante de la producción de una unidad suplementaria. El costo marginal está únicamente en función de los costos variables, puesto que los costos fijos no varían si la producción aumenta.

El **costo marginal** juega un papel muy importante en la teoría económica. La firma que optimice su beneficio, establecerá siempre su producción de manera que el costo marginal resulte igual a los ingresos marginales»[981].

También existen **costos alternativos** dentro de los cuales encontramos al costo de oportunidad que es la «noción económica esencial por la que se mide el costo de utilización de un recurso en relación con la mejor utilización alternativa posible de este recurso. El costo de oportunidad vinculado a la producción de una unidad de un bien X, es igual al beneficio al que es preciso renunciar si se asignan los recursos considerados a la producción de este bien antes que a la producción de otro bien. Si existen varias posibilidades de utilizaciones alternativas, el costo de oportunidad corresponde al beneficio que producirá la utilización alternativa óptima (o máxima). Los costos de oportunidad, que juegan un papel fundamental en la teoría económica, son difíciles de medir. Se califican a menudo como costos implícitos, al contrario que los gastos monetarios, que constituyen costos explícitos y se miden sobre la base de los principios contables habituales»[982].

Por su parte los **costos de transacción**

980 *Ibidem*, p. 41.

981 *Ibidem*, p. 30.

982 *Ibidem*, pp. 30-31.

«Son los costos ocasionados por cualquier transacción comercial en un mercado y los costos de establecimiento y de cumplimiento de los contratos.

La economía de los costos de transacción, cuyos fundadores son Coase y Williamson, se basa en la idea de que las organizaciones económicas son fruto de un comportamiento de minimización de los costos (en particular de los costos de transacción) en un mundo de información limitada y de oportunismo.

La teoría de los costos de transacción se ha utilizado muy especialmente para explicar la integración vertical, las empresas multinacionales y la franquicia»[983].

Los **costos irrecuperables**

«Son los costos fijos que la empresa no puede recuperar una vez que se han comprometido. Estos costos están vinculados a ciertas actividades que exigen activos especializados que sólo pueden difícilmente asignarse a otros usos. Los mercados de ocasión para estos activos son, por consiguiente, extremadamente limitados. Los costos irrecuperables son siempre costos fijos, pero todos los costos fijos no son irrecuperables.

Se pueden citar como ejemplo de costos irrecuperables las inversiones en equipos que sólo pueden permitir fabricar un producto extremadamente específico, la puesta a punto de productos a la medida, así como los gastos de publicidad y de investigación y desarrollo. De una manera general, los costos irrecuperables tienen relación con activos que resultan específicos para la empresa.

La ausencia de costos irrecuperables es una hipótesis fundamental en la teoría de mercados abiertos a la competencia. Estos costos constituyen en efecto una barrera de salida del mercado. Ahora bien, la posibilidad de apertura a la competencia supone que la empresa pueda salir del mercado libremente y sin costo. Los costos irrecuperables se reflejan asimismo mediante barreras de entrada. La existencia de costos irrecuperables disminuye la probabilidad de liberación del compromiso de las empresas instaladas y aumenta la de una reacción agresiva por su parte frente a las empresas aspirantes»[984].

En lo que respecta al **beneficio** tenemos que éste es en la teoría económica «el excedente que obtiene la empresa en relación con el rendimiento normal de su capital. El beneficio corresponde al excedente de los ingresos totales en relación con el costo de oportunidad de la producción del bien. Por consiguiente, una empresa cuyo beneficio económico sea nulo obtiene, sin embargo, un rendimiento normal o competitivo. Cuando se habla de beneficio económico positivo, se quiere decir pues que la empresa obtiene una ganancia superior a la norma de la competencia.

El beneficio económico no se ajusta al beneficio contable. El **beneficio contable** es igual al excedente de ingresos en relación a los costos explícitos consentidos para obtener estos ingresos. Estos costos no tienen en cuenta los costos de oportunidad ni un rendimiento normal del capital. Además, existen diversas categorías de beneficio contable cuyo cálculo puede resultar diferente de un país a otro.

En lo referente a la política de la competencia, el problema se encuentra en que un beneficio económico positivo puede ser (pero no lo es necesariamente) el indicio de un poder de monopolio. Pero al no poderse observar el beneficio económico, es preciso recurrir

983 *Ibidem*, p. 31.

984 *Ibidem*, p. 31.

al beneficio contable. Un beneficio contable positivo puede simplemente reflejar un rendimiento normal o competitivo»[985].

Ahora bien, el bienestar del consumidor «se mide a través de las ventajas proporcionadas a los individuos por el consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define mediante la evaluación por parte del individuo de su propia satisfacción, teniendo en cuenta su renta y el nivel de precios de los bienes y servicios. Para medir con exactitud el bienestar de los consumidores, es preciso conocer pues las preferencias de los individuos.

En la práctica, la economía aplicada del bienestar recurre a la noción de excedente de consumidores para medir el bienestar de estos últimos. El excedente de los consumidores es un indicador del bienestar total de ellos. Desde el punto de vista del derecho y de la política de la competencia, las opiniones son discrepantes en cuanto al objetivo a perseguir. Para algunos, es preciso maximizar el excedente de los consumidores; para otros, es preciso asimismo tener en cuenta las ventajas que se obtendrán por parte de los productores»[986].

Entendemos como **consumidor** según el Diccionario Enciclopédico Larousse:

«Que consume. Persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta algún tipo de bien o servicio, que recibe de quien lo produce, suministra o expide»[987].

Por otro lado, Flores Polo define al *consumidor* de la siguiente manera:

«Dícese de la persona o entidad que constituye el fin de la producción, o sea que cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades a través de los actos de consumo de bienes y servicios. En los últimos tiempos, el consumidor, entendido en su acepción social, es un elemento de mucha importancia para la fijación de precio de productos esenciales en los países en que rigen controles, como es el caso del Perú. En este sistema, se fijan los precios de venta final y márgenes de utilidad para productos y servicios de primera necesidad, en defensa del interés de las grandes mayorías, a fin de que los productores e intermediarios no lucren con exceso; recortándose así la libertad de comercio y restringiéndose la aplicación de la ley de la oferta y la demanda»[988].

Es claro que esta visión, felizmente superada, de control de precios no protege al consumidor sino que más bien lo perjudica. Estadísticamente ha quedado demostrado que con los controles de precios los bienes y servicios se elevan proporcionalmente mucho más que cuando se derrumban las barreras de ingreso, el Estado deja de intervenir en la economía y los competidores compiten.

Cabanellas define consumidor como:

«Genéricamente, cualquiera que consume, en las distintas acepciones verbales de consumir. En lo económico, tanto como adquirente, en oposición al productor, industrial o comerciante, aún cuando no asimile o gaste materialmente. En lo alimenticio, el que ingiere. Derrochador (renta y soberanía del consumidor.)»[989].

---

985 *Ibidem*, pp. 17-18.

986 *Ibidem*, p. 18.

987 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 279.

988 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 343.

989 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 322.

La primera obligación del Estado es asegurar el correcto funcionamiento de la competencia, porque sin ésta no puede hablarse de un verdadero mercado. En una economía competitiva de mercado los empresarios se esforzarán por satisfacer las necesidades del consumidor ofreciéndole un producto de calidad a precios razonables. Un producto que deberá ser objeto de innovación o renovación permanente y constante bajo el riesgo de perder al cliente a manos de la competencia.

En este sentido el modelo tiene como premisa que los fabricantes de bienes y servicios mejorarán permanentemente sus ofertas pues el consumidor es rey y puede optar entre varias opciones. Cuando éstas no existen por la presencia de un monopolio o en un Estado que cierra el mercado, todo el sistema se resiente en perjuicio del consumidor, de la eficiencia y de la innovación.

Se entiende por **mercado** según la Real Academia Española:

«Del latín *mercatus*. Contratación pública en lugar destinado al efecto y en días señalados(...). Sitio público destinado permanentemente, o en días señalados, para vender, comprar o permutar bienes o servicios. Conjunto de operaciones comerciales que afectan a un determinado sector de bienes. Plaza o país de especial importancia o significación en un orden comercial cualquiera. Conjunto de consumidores capaces de comprar un producto o servicio. Cosa o cantidad que se compra...»[990].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* define **mercado** de la siguiente manera:

«Contratación pública de mercancías en un sitio destinado al efecto y en días señalados. Lugar o edificio público destinado permanentemente, o en días señalados, a comprar, vender, o permutar géneros y mercancías(...). Ambito que comprende a los consumidores y productores que normalmente tienen influencia sobre la formación del precio del bien objeto de cambio...»[991].

Flores Polo nos proporciona una definición jurídica de *mercado*:

«En términos generales y en su sentido jurídico comercial, la palabra mercado identifica el lugar público donde concurren los comerciantes y consumidores, concretándose la oferta y la demanda a través de las transacciones correspondientes. En un sentido más restringido y de mayor contenido económico, mercado es la situación de la oferta y la demanda de determinados bienes y servicios en un momento y lugar determinados. Por tal razón, los comerciantes y empresarios, en general, suelen decir que el mercado está deteriorado cuando la situación general de la oferta y la demanda en un lugar es negativa, por retracciones en las compras o en las ventas o algún otro factor concurrente en estos mecanismos tan complicados. También se habla de mercado de materias primas, mercado de acero, mercado del cobre, para referirse a la situación de la oferta y la demanda respecto de determinados bienes, en un momento y lugar determinados, y con especial referencia a su cotización, que es producto de las variaciones de la oferta y la demanda. En este sentido, el mercado puede ser local, regional, nacional o mundial. Como referencia, distinguimos la acepción doméstica de mercado, como centro de abastos o lugar donde se adquieren productos de primera necesidad, especialmente alimentos...»[992].

---

990 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1358.

991 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 660.

992 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, pp. 191-192.

Para nuestros fines es importante conceptualizar el mercado en el cual actúan las empresas bajo estudio ¿involucra una industria?; ¿una zona? ¿comprende a productores y clientes? Son algunas de las complejas definiciones y decisiones que se deben realizar en todo análisis de mercado relevante.

Por otro lado, Cabanellas señala:

«Numerosas acepciones personales, reales y de relación posee esta voz, que etimológicamente se refiere a la compra de toda clase de objetos. Según una definición legislativa de Venezuela, quizás restringida o por demás doméstica, por mercado se entiende el establecimiento destinado a las operaciones de compra y venta de artículos de primera necesidad y de consumo diario. También cualquier sitio, sea edificio, la vía pública u otro punto, donde se compran, venden y permutan mercaderías y géneros, con carácter permanente o en determinados días tan sólo. La contratación y tráfico que en tales lugares y ocasiones se realiza. Los concurrentes a un mercado, como centro de contratación mercantil o pública. País, comarca, población de gran importancia en el comercio nacional o internacional. País comprador de otro, productor y exportador. Cosa o cantidad comprada. Feria. Compra de los alimentos y otras cosas precisas para la alimentación de una familia y las atenciones de la casa.

En un amplio concepto económico, por mercado se entiende el conjunto de hechos y relaciones que concretan la oferta y la demanda y fijan los precios de los productos.

Por último, con proyección en las relaciones de competencia y hostilidad económica entre los pueblos, se denomina mercado la zona de influencia comercial de una potencia, que encuentra así compradores de sus productos y colocación para sus capitales»[993].

Y la *Enciclopedia Jurídica Omeba* nos dice:

«En una gran ciudad puede haber tantos mercados como ramas comerciales existen y estos mercados pueden estar o no localizados en lugares determinados. El núcleo central es la lonja donde acuerdan reunirse los comerciantes para llevar a cabo sus transacciones...»[994].

Para una definición económico-financiera de mercado recurrimos a Bernard y Colli quienes señalan:

«Lugar en el que se efectúan contratos de compra-venta o alquiler de bienes, servicios o capitales(...). Lugar de confrontación entre la oferta y la demanda de bienes, servicios o capitales. En consecuencia y por extensión: conjunto de las operaciones que afectan a un ámbito o lugar de intercambio dados(...). Estado y evolución de la oferta y la demanda en un ámbito dado(...). Conjunto de las condiciones que terminan la producción y comercialización de un producto(...). País o zona de producción. Salidas que pueden tener para sus fabricados los productores(...). Lugar de encuentro físico o abstracto, el mercado es la institución fundamental de cualquier economía de intercambio. Pero sus funciones pueden variar según el sistema o régimen económico: en la economía de mercado liberal, es el lugar de intercambio en que se forma el precio que permite los intercambios; en una economía de sistema de precios planificados, el mercado será solamente, en su caso, el lugar efectivo de los intercambios...»[995].

---

993 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 391.

994 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 593.

995 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 915.

Las normas de competencia comprenderán todas las normativas y políticas dirigidas a asegurar el correcto funcionamiento de los mercados nacionales y la relación de éstos con los internacionales.

Luis Tineo expresa que «el objeto básico establecido en las leyes de competencia de la región es la promoción y protección de la libre competencia. La competencia se asume como el medio más eficiente de distribución de recursos y, en consecuencia como el instrumento que garantiza mayores beneficios para los consumidores en términos de variedad, calidad y precio de los bienes y servicios»[996].

Los sistemas legales de países desarrollados y aquellos en vía de desarrollo que han optado por el modelo de una economía de mercado reconocen el rango de bien jurídico protegido a la competencia, pues esta constituye el medio para la realización de fines antes considerados como bienes jurídicos merecedores de protección directa (bienestar económico y libertad de empresa y consumidores). El bien jurídico «libertad de competencia» engloba todos estos fines pero de estos es el elemento «libertad de actividad económica» el más importante y aquel que sirve como medida delimitante con respecto a actos ilícitos.

Así, podemos afirmar que son objetivos principales de la ley de competencia:

1) La eficiencia económica

2) El bienestar del consumidor, y

3) La protección al proceso de competencia en sí.

Es el proceso de competencia en sí el que se debe proteger y no a los competidores. Las normas de defensa de la libre competencia no están diseñadas para proteger pequeñas y medianas empresas que frente al mayor tamaño y eficiencia de los conglomerados industriales o multinacionales deben salir del mercado. Ni tampoco proteger a los competidores de la revolución tecnológica y globalización de la economía, lo que se protege es el sistema que permite reglas claras de acción e iguales oportunidades para competir.

Para Manuel Abanto «El bien jurídico libertad de competencia engloba bienestar económico, libertad de empresas, consumidores, pero de todos estos, es el elemento libertad de la actividad económica el más importante y el que sirve como medida delimitante con respecto a otros ilícitos»[997].

No se conoce proceso alternativo al de la libre competencia que supere los logros alcanzados en un mercado libre.

Cuando esta competencia es interferida o perturbada, se produce una situación inferior en productividad y eficiencia a la situación conseguida a través de un mercado libre.

Frieddrich Hayek nos dice «Lo esencial es advertir que un espíritu empresarial desarrollado es, a la vez, resultado y condición de un elevado esfuerzo competitivo y que, para incrementar el nivel de competencia, no se conoce método alternativo alguno al de permi-

996 TINEO (1998). *Op. cit.*

997 ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 356.

tir el acceso a las correspondientes oportunidades a cuantos de las mismas deseen hacer uso»[998].

El Derecho de la competencia viene a ser el conjunto de normas que regulan la actividad concurrencial, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección. La competencia sirve al mismo tiempo valores sociales e individuales dentro de un régimen económico.

El Estado debe intervenir defendiendo los intereses generales del país, de la comunidad, protegiendo el interés público para lograr una situación eficiente de producción y distribución de bienes. El sistema económico debe estar regido por la soberanía del consumidor, quien a través de la elección adecuada da satisfacción de sus necesidades de bienes y servicios.

La función individual de esta normatividad se cumple a través de la tutela del desarrollo de la personalidad en el campo de la economía, es decir, como una manifestación de la libertad económica. Es función del Estado tutelar los intereses privados que resulten lesionados por las restricciones o limitaciones a la competencia establecidas por los competidores.

Consideramos importante compartir algunas reflexiones sobre la evolución de los mercados y el reacomodo de las relaciones políticas y económicas entre los Estados.

A principios del siglo XXI podemos comprobar una nueva correlación de fuerzas económicas con tres grandes bloques conformados por Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), los países de Europa Occidental (CEE) y Japón con los nuevos tigres del Asia (Corea, Taiwan, Singapur, Hong Kong).

En forma creciente se nota el impacto de China la cual está en negociaciones para ingresar a la Organización Mundial de Comercio (OMC).

¿Cuál es el papel del Perú en América Latina?

En Sudamérica se han conformado dos bloques, a saber: Mercosur (Brasil, Argentina, Paraguay y Chile como asociado) y la Comunidad Andina de Naciones (CAN) conformado por Perú, Bolivia, Ecuador, Venezuela y Colombia. Así pues no es posible negociar comercialmente si uno no se integra a bloques cada vez mayores. La importancia de lo dicho es que todos los bloques han adoptado el modelo de mercado competitivo como modelo rector.

De allí que sólo cabe dos opciones: aislarse del mundo o participar en él. Si uno participa deberá adoptar el modelo global de mercado. El segundo aspecto a considerar es la internacionalización de los mercados. Las empresas compiten globalmente y se financian a escala mundial. Por ello los países que desean ser objeto de inversión internacional y desarrollarse a través del impacto de los capitales mundiales deben promover la transferencia, eficiencia y competitividad de sus mercados.

Dentro de este contexto es fundamental tener presente que la libre formación de los precios es el indicador esencial de la competitividad y que son los precios relativos de los

998 HAYEK (s/f). *Op. cit.*, p. 137.

bienes los que llevan al consumidor a decidir finalmente por un producto u otro. Por ello[999] ninguna ofensa es más grave que la fijación concertada de precios. La fijación horizontal de precios es cualquier arreglo entre competidores que interfiere con la fijación de los precios en un mercado libre. Es ilegal, no importa el tamaño del mercado del cual se trate. No es necesario que el acuerdo literalmente fijo de precios para ser considerado ilegal. Si el propósito y el efecto de este acuerdo es elevar, bajar, regular o estabilizar los precios de los bienes o servicios, entonces se trata de fijación ilegal de precios. No importa si es directo o indirecto acompañado de un contrato expreso o de formas muy sutiles. La prohibición contra la fijación horizontal de precios comprende acuerdos para fijar precios mínimos o máximos no importa si los precios son razonables o no.

La prohibición se aplica a vendedores y compradores. Los acuerdos que caen bajo este rubro generalmente se presentan en una de estas 3 categorías:

1. Acuerdos entre competidores con el objeto de controlar los precios del mercado, directa o indirectamente, incluyendo acuerdos para fijar precios máximos o mínimos o para alcanzar estabilidad en los precios.
2. Discusiones de los precios o intercambio de información de los precios entre competidores para lograr estabilidad en los mismos.
3. Algunas prácticas de licitaciones.

Acuerdos para controlar precios directa o indirectamente

Los acuerdos entre competidores que involucran compras o ventas de bienes o servicios son acuerdos de fijación de precios. Son ilegales sea que controlen el precio en forma directa o indirecta.

Si el precio se acuerda, expresa o tácitamente, se tratará de un acuerdo directo de fijación de precios (incluye acuerdos de precios fijos, flexibles, uniformes, así como acuerdos para subir o bajar precios de compra o de venta) acorde a fórmulas de ajuste.

El control del mercado puede lograrse también en forma indirecta. Cualquier acuerdo que tiene por efecto estabilizar precios o manipularlos a través de la conducta concertada es ilegal.

Acuerdos entre vendedores para fijar precios mínimos

Las sanciones pueden recaer en competidores a distintos niveles funcionales, incluyendo fabricantes, distribuidores, mayoristas, minoristas, contratistas, licenciados profesionales. La mayoría de los acuerdos involucra acuerdos de precios mínimos a los cuales los bienes y servicios deben venderse.

Esta práctica consiste en que el productor indique:

«el precio mínimo (o máximo) al que el producto debe ser revendido. Desde el punto de vista de la política de la competencia, la imposición de un precio mínimo plantea serios pro-

[999] VON KALINOSWSKI, JULIAN y SULLIVAN, PETER. *Pricing Practices*. Ed. Lexis Publishing, 2000, pp. 3-1 a 3-19.

blemas. Uno de los argumentos mencionados es el siguiente: gracias a la imposición de precios de reventa, el productor se encuentra en situación de ejercer un cierto control sobre el mercado del producto. Esta forma de fijación vertical de los precios puede impedir que el quebranto de los márgenes de minoristas y mayoristas con el juego de la competencia. Pero puede mantenerse otro razonamiento; el productor puede querer proteger la reputación o la imagen de su producto e impedir por consiguiente a los minoristas el que apliquen precios de reclamo con objeto de atraer clientes. Por otro lado, al estar protegidos sus márgenes de beneficios gracias a los precios de reventa exigidos, el minorista puede verse estimulado a gastar más en los servicios relacionados con los productos, a constituir existencias, a hacer publicidad y a realizar otras acciones para aumentar la demanda del producto en su interés y en el del productor.

La imposición de precios de venta puede asimismo utilizarse para impedir cualquier parasitismo por parte de minoristas que estarían en condiciones de vender más barato porque, al contrario de algunos de sus competidores, no dedicarían el tiempo, el dinero y los esfuerzos necesarios para promocionar el producto e informar al público acerca del funcionamiento o las características del producto. Así, un minorista, en lugar de fijar precios de reventa puede preferir dedicar tiempo y dinero a explicar e indicar a sus clientes cómo utilizar un producto de empleo complicado, por ejemplo, un ordenador. El cliente, una vez que haya recibido esta información, podrá finalmente decidir la compra del mismo ordenador a otro minorista que venderá el producto más barato porque no habrá tenido que proporcionar informaciones ni hacer demostraciones. Los precios exigidos son objeto de una prohibición absoluta en numerosos países, concediéndose muy escasas derogaciones para ciertos productos. Un gran número de economistas preconizan hoy en día adoptar una actitud más flexible en el derecho de la competencia con respecto a los precios exigidos y a las demás restricciones verticales»[1000].

La fijación horizontal de precios puede aparecer a través de variadas conductas. Entre ellas:

1. Acuerdo entre distribuidores de usar listas de precios uniformes como punto inicial de negociación con los clientes.
2. Acuerdo de no promocionar precios.
3. Acuerdo de uniformizar las cuotas iniciales requeridas por los vendedores o establecer reglas uniformes para el otorgamiento de crédito.
4. Acuerdo de uniformizar los canjes sin importar los bienes sujetos a éste.
5. Acuerdo de especificar las diferencias de precio entre los diferentes calidades del mismo producto.
6. Acuerdo de unificar costos y márgenes.
7. Acuerdo entre los vendedores para cobrar un precio uniforme sin importar el lugar donde se venden los productos.
8. Acuerdo de los proveedores de unificar puntos básicos a favor de los minoristas o precios finales de entrega.
9. Acuerdo para establecer un descuento común o para eliminar descuentos.

[1000] OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 76-77.

10. Acuerdo de limitar la oferta o la producción.
11. Acuerdo para reflejar un precio general dentro de un rango, un nivel de precio, una escala o una fórmula de cálculo relacionada al mercado.
12. Acuerdo para subir los precios.
13. Acuerdo entre profesionales para no atender clientes, salvo que eleven honorarios.
14. Acuerdo que obliga a no vender a bajo costo.
15. Acuerdo para descontinuar la producción de un ítem y reemplazarlo por otro, un poco diferente pero con otro precio.
16. Acuerdo para fijar precios en un mercado de licencias.

Finalmente celebrar acuerdos de publicidad conjunta puede, en algunos casos, también ser considerado fijación ilegal de precios.

A todos estos acuerdos se les aplica la regla per sé, es decir, son ilegales en sí mismos. Sin embargo, cuando se trate de situaciones nuevas y no explícitas deberá recurrirse a la regla de la razón.

Acuerdos entre vendedores para fijar precios máximos

Es presumiblemente ilegal. Sin embargo debemos notar que beneficia al consumidor al permitir la competencia en precios bajo el máximo. Se ha concluido que es ilegal, como la fijación de precios mínimos, porque igualmente interfiere con la libre fijación de los precios lo cual lo hace inherentemente anticompetitivo.

Acuerdos entre competidores

Las normas *antitrust* también impactan en la fijación de precios entre los compradores. Si los compradores se ponen de acuerdo en una política o conducta común para sus compras es *per se* ilegal.

Esto no rige para las cooperativas de compra, siempre y cuando:

1. La compra conjunta no otorgue a los compradores un poder monopsónico (un monopolio desde la perspectiva del comprador). 35% del mercado es el nivel en el cual se considera que se crea un monopsonio.
2. El acuerdo no facilita la fijación de precios entre los miembros de la cooperativa. (Si el costo de la compra conjunta de los bienes es 20% o más del precio final el acuerdo puede ser considerado como uno que facilita la concertación de precios del producto final).
3. El acuerdo no demanda que toda la compra sea efectuada a través de la cooperativa.
4. Las negociaciones entre la cooperativa y los proveedores se conducen en forma independiente de las negociaciones entre los proveedores y los miembros independientes de la cooperativa.

La comunicación entre la cooperativa y sus miembros individuales, con respecto a las compras singulares, debe ser mantenida confidencial unos de otros.

Liderazgo en precios, paralelismo consciente y estabilización de precios

Los precios uniformes entre competidores no son en si mismo ilegales. Sin embargo, para que la uniformidad de precios escape a la acción de la legislación antitrust estos deben ser el resultado de toma de decisión independiente. Si los precios uniformes se determinaron en forma independiente el elemento «acuerdo» necesario para establecer una combinación ilegal o conspiración no existirá. De otro lado los precios paralelos pueden sugerir o ser el síntoma visible de una acción concertada.

La uniformidad en los precios es común en industrias oligopólicas. Estas industrias se caracterizan por tener un número limitado de participantes que fabrican bienes estandarizados (con similares niveles de producción) que se venden al mismo tipo de clientes. Los mercados oligopólicos existen en muchas industrias como por ejemplo las del tabaco, aeroespacial, automovilística.

En estos casos es frecuente que el líder de la industria fije un precio el que es seguido conscientemente por los demás competidores. Sin que existan otros factores, el precio resultante es un precio uniforme en la industria que no constituye una infracción a la legislación *antitrust* aunque el efecto es el mismo que la concertación de precios. Por ello el análisis debe comprender lo que se denomina los *plus factors*.

El paralelismo consciente (Un patrón que implica seguir al líder de la industria en la fijación de precios continua, en este caso, siendo reconocido como unilateral y legal)

Sin embargo, las cortes pueden determinar que miembros de una industria con una historia permanente de seguir el liderazgo de una firma quedan comprendidos en los alcances del artículo 1 del Sherman Act.

La acusación de una conducta paralela y concertada en los precios no es válida para las cortes sino se adiciona a ésta mayor evidencia. Esta otra evidencia incluye: discusiones sobre precios o el intercambio de información sobre los precios entre los competidores.

La conducta en los precios debe ser contraria al interés de los participantes por su falta de legitimidad o de razones de negocio que justifiquen la acción paralela, sumada a la evidencia de contactos entre competidores o amenazas mutuas a una tercera parte y la estrecha colaboración de un competidor en una conspiración que involucre a otros competidores.

Para que las acciones sean comprendidas en la ley debe excluirse la posibilidad de una acción independiente. La conducta paralela que puede ser competitiva o conspiratoria no puede en si misma, aisladamente dar lugar a una acción antitrust. Es neutral y no puede servir de evidencia de conspiración.

Señalización de precios

Las cortes reconocen que la fijación de precios puede ocurrir en forma indirecta, sin consentimiento expreso de las partes, sino inclusive sin que exista comunicación directa entre los conspiradores.

Se puede presentar una fijación de precios ilegal a través del proceso que se denomina señalización. Esto puede ocurrir en diferentes formas. Puede suceder a través de la publicidad de los precios o el uso de la prensa.

En ausencia de una evidencia directa de conspiración la prueba de señalización ilegal es difícil de establecer. En primer lugar las empresas deben ser capaces de publicitar sus precios pues los clientes tienen igualmente necesidad de conocer los futuros cambios. Los fabricantes y vendedores tienen el derecho de participar en todo tipo de debate público.

¿Qué constituye evidencia de señalización ilegal?

Parece que si una señal tiene un propósito legítimo no puede ser considerada como evidencia de fijación ilegal o conspiración. La señal que es objeto de sanción es una que debe excluir la posibilidad de conducta independiente.

Discusiones de precios, intercambio de información y prácticas de cooperación

La fijación horizontal de precios puede crearse mediante un intercambio de información sobre los precios. Este ilegal intercambio surge no solo de la obvia conducta de difusión de información y el intercambio de precios sino también de conductas no tan obvias como actividades de cooperación tales como un joint venture entre los competidores.

Difusión e intercambio de información sobre precios

Puede realizarse un intercambio de información formal a través de una asociación gremial o vía informal mediante acuerdos entre competidores. Esta es ilegal si el propósito es la fijación de precios, controlar producción o restringir el comercio.

El intercambio de información estadística sobre precios pasados que no identifican clientes específicos y que se hace disponible a todos los clientes y público en general no es evidencia de una conducta propia de fijación horizontal de precios, aún cuando el resultado final puede ser el de estabilizar precios o limitar la producción a través de una mejor comprensión de las leyes económicas.

De igual manera, un intercambio de precios dirigido a clientes específicos y realizado con el propósito de impedir que un cliente sea defraudado ha sido considerado por las cortes como válido pues éste no tenía la intención de fijar precios de común acuerdo, pese a que se reconoció que la información si tuvo efecto en los precios y en la producción.

Actualmente, sin embargo, el intercambio de la información no toma en cuenta la intención de las partes sino el efecto económico de la misma. Así, se encuentra ilegalidad sin tomar en cuenta el propósito sino sólo por una investigación sobre el efecto en los precios.

La nueva teoría del *antitrust* sobre el tema utiliza una visión económica y presume que todo intercambio de información sobre precios en un mercado oligopólico tiene efectos anticompetitivos. No se requiere examinar la intención de las partes para aplicar la regla *per se*.

Hay una excepción la cual se conoce como circunstancia controlante (*controlling circumstance*) en virtud de la cual se tolera el intercambio de información si el propósito dominante del intercambio es lograr una meta de negocio legítimo

Si bien las firmas pueden tener razones válidas y un marcado interés en conocer los precios de sus competidores, deben evitar los contactos entre competidores si estos hacen referencia a los precios. Estos contactos pueden acarrear una acusación de mantener o estabilizar precios. Si se desea conocer los precios de competidores mejor preguntárselos a un cliente o tomar conocimiento de éstos a través de una fuente pública.

Los competidores pueden intercambiar información sobre precios en muy limitadas ocasiones. Los intercambios de información se juzgan por la regla de la razón. Dependen de razones legítimas de negocios y generalmente se considera que el objeto de tales intercambios es para mantener o estabilizar precios sin que ello implique un daño a la competencia del mercado.

En los *Guidelines* del Departamento de Justicia Americano se contempla que la información puede obtenerse por un tercero, o con referencia a precios históricos y será pública si toda la información es manejada por terceros (asociados públicos en general), esta proporcionada en forma agregada, sin referencia a un competidor específico, tiene 9 meses de antigüedad e incluye a muchos participantes.

Cooperación entre competidores

Por necesidad ciertos tipos de prácticas de cooperación entre competidores existen. Los *joint ventures* son un ejemplo de estas. En ciertas circunstancias estos tipos de prácticas son legales y no involucran ninguna fijación ilegal de precios, a pesar que los acuerdos generalmente afectan precios.

Joint ventures

El *joint venture* es una aventura empresarial conjunta que involucra dos o más partes las que participan compartiendo riesgos y las utilidades del negocio. Puede conformarse en una de las siguientes tres formas: Mediante la compra conjunta de las acciones de una empresa existente, por un acuerdo contractual que no involucra una transacción de capital o por la creación de una nueva entidad jurídica bajo la propiedad conjunta de los socios del *joint venture*.

Existen variadas razones para ingresar en un *joint venture* tales como el deseo de compartir costos del desarrollo de un nuevo producto, anticipar los beneficios de una investigación conjunta, o la necesidad de utilizar las patentes del socio para desarrollar nuevos productos. Éstas se basan en el hecho que cada firma que participa trae una contribución al *joint venture* en términos de experiencia técnica o de *know how* o en términos financieros.

Los *joint ventures* incurren en responsabilidad si su objeto es fijar precios o dividirse clientes, ante la ausencia de cierta integración en las operaciones. Si el *joint venture* no tiene un incremento de producción o aumento de cualidades y eficiencias puede ser objeto de investigación por los organismos encargados del *antitrust*, sobre todo si comprende arreglos como la división de mercados, fijación de precios y restricciones al comercio.

El *joint venture* tiene que tener ciertas características para ser considerado legal:

a. Compartir riesgos y utilidades.

b. La integración parcial de recursos.

c. Lograr objetivos de negocio legítimos.

El nombramiento de un competidor como agente comercializador. El uso de un agente común de ventas. Las compañías que han desarrollado un producto juntas pueden desear comercializarlo en conjunto. Si de tal decisión resulta uniformidad de precios es *per se* ilegal. Así, si dos consorcios mineros acuerdan que una empresa actúe como vendedor exclusivo de la producción que le corresponde a la otra, el acuerdo es ilegal.

Naturalmente si los fabricantes tienen un convenio preexistente respecto a la uniformidad de precios, el hecho que uno venda los productos del otro al precio establecido sólo resalta la ilegalidad del acuerdo en sí.

Estos convenios son ilegales pese a no celebrarse por escrito o la no existencia de acuerdos que impidan la venta unilateral, serán igualmente ilegales aún cuando no existan coordinaciones diarias o consultas permanentes. La racionalidad de la ilegalidad es que es inconcebible bajo este convenio que se vendan los dos productos a precios diferentes. El agente comercial venderá los bienes en los mismos términos, bajo la premisa que los competidores desean que sus productos sean presentados en términos similares en el mercado.

El uso de un solo agente para ambas empresas también implica la preocupación que este es sólo un vehículo para permitir a los competidores vender su producto al mismo precio.

La prohibición de fijación de precios se aplica a vendedores y compradores. Los acuerdos que caen bajo este rubro generalmente se presentan en una de estas 3 categorías:

1. Acuerdos entre competidores, con el objeto de controlar los precios del mercado, directa o indirectamente, incluyendo acuerdos para fijar precios máximos o mínimos o para alcanzar estabilidad en los precios.

2. Discusión entre los competidores sobre los precios o intercambio de información sobre estas para lograr estabilidad.

3. Algunas prácticas de licitaciones.

Prácticas colusorias entre postores

Las prácticas colusorias entre postores son consideradas como una fijación horizontal de precios y son por ello *per se* ilegales. Son frecuentes en todos los países y por ello objeto de sanciones severas tanto económica como penalmente.

Estas prácticas colusorias caen en una de las siguientes 4 categorías:

1. Nombramiento de depositarios de las ofertas los que tienen como propósito realizar comparaciones entre las ofertas, concertar las propuestas de los postores y realizar arreglos para dividirse las utilidades.
2. La comparación de propuestas antes de someterlas para fijar un criterio similar.
3. Acordar presentar ofertas idénticas, ofertas mayores que las de otro, ofertas menores que otro, ofertas ficticias o fraudulentas.
4. Acuerdos para no ofertar competitivamente.

Las cortes y órganos reguladores consideran que un acuerdo para presentar en concursos o licitaciones ofertas idénticas equivale a un acuerdo horizontal de precios y es por ende ilegal *per se*. También se considera esta conducta como concertación horizontal si los competidores acuerdan utilizar un estimado común para efectuar el cálculo y presentar ofertas. Este mismo resultado ocurre cuando, por ejemplo, los contratistas buscan poner en vigencia un plan de ofertas previamente acordadas obligando al sindicato que no trabaje con aquellos contratistas que no cumplen el pacto.

Es igualmente ilegal el acuerdo entre los competidores para limitar sus compras en un remate un cierto porcentaje del total de productos disponibles, porque ello limita las ofertas y se puede manejar el precio de venta.

Los gremios empresariales y asociaciones de empresas competidoras son igualmente culpables de atentar contra la legislación de defensa de la libre competencia si se involucran en la distorsión de los precios al establecer sistemas de control para que se cumplan las reglas de entrega de las ofertas a un coordinador, siempre que estas reglas incluyan:

1. El requerimiento al contratista de someter ofertas separadas para los varios elementos de la construcción.
2. Prohibición de reducir la combinación de ofertas en más del 5% de aquellas presentadas en forma separada o combinada.

Cualquier acuerdo entre postores independientes designando a uno para que efectúe la oferta más baja y con ello obtener la buen pro con el precio más alto, viola la ley *antitrust*.

2.6.1. Las Restricciones Horizontales. La Colusión entre competidores

El artículo sexto del decreto Legislativo 701 describe cuáles son los actos que tipifican las restricciones la libre competencia. En este sentido el inciso a) del mismo señala:

a. La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precio o de otras concesiones comerciales o de servicio

Uno de los fundamentos de las normas que regulan la competencia es la preocupación por los actos o conductas que afectan la formación de los precios. Todas las legislaciones defensoras de la libre competencia tienen por finalidad que funcione un adecuado y eficaz sistema de precios.

El precio constituye el principal instrumento de la competencia por lo que la fijación concertada de este entre competidores, sea de una forma directa o indirecta, constituye una restricción que esta expresamente prohibida.

En la medida en que el precio es el principal instrumento de la competencia se prohibe expresamente aquellos acuerdos que consistan en «fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción. Un acuerdo de fijación de precios constituye por su propia naturaleza una restricción del juego de la competencia»[1001].

2.6.1.1. El paralelismo consciente de precios y los *plus factors*

La concertación horizontal de precios en la legislación norteamericana esta normada en la Sección 1 del *Sherman Act* la cual señala que cualquier contrato, conspiración o combinación entre dos ó más partes celebrado con el objeto de interferir con el desarrollo normal del comercio es sancionable penalmente.

El estudio de esta norma americana de naturaleza penal, precedente al D.L. 701 peruano, nos muestra la necesidad de un acuerdo entre dos o más firmas para que se configure un arreglo o acuerdo horizontal (por ejemplo, concertación en los precios, división de mercados o boicot de grupo). Sin pluralidad no existe conducta horizontal restrictiva.

Las Cortes y órganos regulatorios americanos (Federal Trade Commision y Department of Justice) consideran la fijación de precios o la concertación de tarifas comunes como ilegal *per se*. Esto significa que, aún si las tarifas o precios son razonables o fueran aprobadas por organismos oficiales no por ello dejarían de ser ilegales[1002]. Como son el fruto de acuerdos entre competidores se las considera restricciones desnudas o explícitas (*naked restrains*) y por ello no se admite justificación alguna. Son conductas que una vez comprobada su ejecución dan lugar a inmediata sanción sin que el emplazado pueda argumentar defensa alguna.

¿Por qué se sanciona estas conductas?. Porque una concertación de precios permite a las empresas conspiradoras hacer juntas lo que un monopolio puede hacer solo, esto es, cobrar al consumidor lo que pueden obtener como fruto de su alianza y no aquello que el mercado les pagaría si existiera competencia.

La concertación permite a las firmas involucradas actuar como si fueran un solo monopolio restringiendo producción y elevando los precios generando un costo social.

Sin embargo, no debemos olvidar que los carteles son muy difíciles de coordinar, debido a que las firmas participantes en estos tienen diferentes tamaños, costos fijos y variables distintas, así como capacidades instaladas diferentes. Incluso en casos conocidos como el

---

1001 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 207.

1002 La regla general es que no existe defensa ni justificación de ningún tipo cuando se trata de concertación de precios. La ley no permite el análisis de la razonabilidad y la razón es que esta conducta constituye una actual o potencial amenaza al sistema nervioso central de la economía (United States vs. Socony Vacuum Oil Co.). No es defensa aludir a la razonabilidad del precio (United States vs. Addyston Pipe & Steel Co.). No es defensa el que el propósito fue evitar una competencia ruinosa o eliminar la inestabilidad de los precios (United States vs. Socony Vacuum Oil Co.). JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 46.

cártel de la OPEC existe la tentación de ser infiel a lo acordado y beneficiarse de una traición al acuerdo, cobrando más de lo que hemos acordado y obtener el negocio de los demás, al bajar el precio de mis productos, es decir, acordar con los demás un precio y una cuota de producción y luego subrepticiamente vender por encima de la cuota a un mejor precio. Si todos piensan igual el cártel colapsa.

La concertación de precios[1003] puede tener efectos positivos como reducir la competencia ruinosa, esto es, la guerra de precios o reducir los costos de transacción pero, pese a ello, se la considera una conducta *per se* ilegal y como tal una restricción desnuda que no admite defensa alguna. En aquellos casos en los cuales las firmas conspiradoras son postores y las posturas se publican (como postores en una licitación o concurso de precios) es también ilegal *per se*, pues en estos casos una firma se verá en apuros si trata de engañar a los demás conspiradores al hacerse pública su oferta. El hecho que las ofertas se publiquen permite conocer quién engañó a los demás en el cártel y posibilita un mejor sistema de control.

Existen varios tipos de concertación horizontal de precios. El más conocido involucra empresas que participan como postores en concursos de precios y licitaciones. En esta situación se presentan varias posturas (ofertas). Los postores acuerdan que todos participarán en el concurso ofertando más que aquel postor del cual se espera que gane por ser, por ejemplo, el proveedor local de tubos de cemento para desagüe. El cártel funciona porque es difícil y costoso transportar tubos de lejos con lo cual los conspiradores se aseguran que existe una barrera de ingreso para los terceros. Todos los involucrados ofertan precios por encima del mercado. El control se efectúa cuando se otorga la buena pro porque cuando se abren los sobres en público y se puede verificar quién engaña al cártel y quién no. Esta concertación se persigue criminalmente en los Estados Unidos y está prohibida expresamente en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

[1003] **La concertación de precios es entendida en forma amplia.**

a. **Precios mínimos:** Cualquier acuerdo entre los competidores fijando precios mínimos es ilegal. (Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975)). Los honorarios mínimos de los Colegios de Abogados son ilegales.
b. **Precios máximos:** Si los competidores fijan precios máximos de reventa es ilegal. Estos acuerdos tienden a estabilizar los precios y distorsiona la asignación de recursos. Ej. Acuerdos entre doctores y compañías de seguros fijando precios máximos por los servicios médicos.
c. **Lista de precios negociados:** Acuerdos entre distribuidores de autos para usar listas comunes de precios son ilegales pese a que la lista era sólo referencial para el proceso de negociación con el cliente.
d. **Límites de producción.** El acuerdo entre competidores sobre cuánto deben vender o producir es ilegal y equivale a concertación de precios pese a no acordar ninguno en forma explícita.
e. **Límites en el precio de compra:** Un acuerdo entre compradores sobre el precio que ofertarán es ilegal (Mandeville Island Farms, Inc. vs. American Crystal Sugar Co.) así como el acuerdo entre compradores para limitar las compras y con ello deprimir un mercado (National Macaroni Manufacturers vs. FTC, 345 F.2d 421 (7th Cir. (1975)).
f. **Eliminación de ofertas competitivas:** Son ilegales *per se* los acuerdos éticos o métodos de cálculo entre los postores celebrados (National Society of Professional Engineers vs. United States).
g. **Eliminación del crédito de corto plazo:** El crédito es parte del precio de un producto si los competidores acuerdan eliminar el crédito a sus distribuidores es equivalente a eliminar un descuento y por ello es concertación de precios per se ilegal). JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 46.

Otra modalidad de concertación horizontal se presenta cuando una firma petrolera pretende estabilizar los precios de gasolina[1004] en un mercado recesivo y para ello decide adquirir la gasolina de las firmas más pequeñas para venderla en el momento adecuado.

Este intento de estabilizar precios también es ilegal *per se*. Según las Cortes todo tipo de arreglo o concertación que busque influir en los precios, sea incrementándolos, estabilizándolos o reduciéndolos, con razón o sin ella, haya logrado su objetivo o no, es *per se* ilegal.

Aún en aquellos casos en los cuales la firma señala que no era política suya afectar los precios, los acuerdos son *per se* ilegales, sin que pueda explicarse la conducta o se argumente que esta tenía como base salvar puestos de trabajo o los negocios. Estos no son argumentos válidos de defensa en *antitrust*.

Acordar precios máximos[1005] es también ilegal pues este tipo de acuerdo puede ser más bien una señal de lo que cada firma debe cobrar como precio mínimo. Las empresas al celebrar este tipo de acuerdos están siendo desalentadas de proveer servicios al consumidor o de invertir en innovación. Por ello también la fijación de precios máximos es *per se* ilegal.

Es importante tener en cuenta que no existe conspiración ni acuerdo dentro de una misma empresa. Así, si una matriz coordina una misma política con su filial o sucursal no incurre en ninguna infracción contemplada en la *Sherman Act* pues no se presenta ninguna conspiración. Tiene que tratarse de dos o más empresas. El término acuerdo demanda que exista un concierto de voluntades y una conducta común. No dos conductas que si bien pueden ser iguales no son sancionables si es que estas surgen y se explican independientemente.

Así, no basta que todas las firmas cobren lo mismo. Ello no es evidencia suficiente de una conspiración. Puede ser un indicio significativo en casos de un mercado oligopólico, con pocos vendedores en una industria altamente concentrada y con facilidades de coordinación, pero no constituye por sí misma prueba de delito.

El comportamiento de precios similares en un mercado da lugar a lo que se conoce en la doctrina como paralelismo consciente de precios. En la actualidad las Cortes requieren más que la simple verificación de conductas paralelas para juzgar que los demandados han incurrido en ilegalidad y merecen sanción. La doctrina americana los denomina los *plus factors*, esto es, la acusación requiere probar que cierto acuerdo tácito o explícito se adoptó por los demandados y que este acuerdo dio lugar al paralelismo consciente de precios. Sin embargo, reconociendo que las concertaciones horizontales de precio no son generalmente explícitas, pues los conspiradores no consignarán por escrito o en documentos, contratos o actas sus acuerdos ilegales. Las Cortes no tienen que probar mucho para inferir una conspiración. En el Perú se requiere de pruebas indiciarias.

¿Cuáles son aquellos hechos que dan lugar a una prueba indiciaria, esto es, aquella prueba que permite a la autoridad llegar a la conclusión que se ha incurrido en una concertación horizontal de precios?

[1004] Arizona vs. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).

[1005] United States vs. Socony Vacuum Oil Co. 310 U.S. 150 (1940).

1. Responder llamadas telefónicas de los otros competidores, los que se llaman entre sí para averiguar sobre los precios que los demás están cobrando.
2. El intercambio de información sobre costos o sobre cuotas de producción.
3. Crear un sistema de puntos en función del cual se oferta a los clientes los productos, en base a una posición geográfica única, esto es, todos los competidores ofertan sus bienes como si estos se fabricaran en una misma ciudad.
4. Crear un sistema de cuotas de producción, regulando los precios a través del control de la oferta.

La fijación o concertación horizontal de precios tiene su expresión más cabal en la conformación de los llamados cárteles que son reuniones de productores o distribuidores que deciden coordinar sus políticas productivas y comerciales con la finalidad de mejorar sus precios, sacar del mercado o impedir el ingreso de otros a la competencia mediante barreras de ingreso.

2.6.1.2. Los cárteles

¿Cuál es el objetivo del cártel?

Un cártel exitoso debe tener un efecto similar al monopolio al igualar el costo marginal con el ingreso marginal. Al emular la estructura monopólica, actuando las varias empresas como una, el cártel gana poder de mercado, control de precios y con ello utilidades monopolísticas.

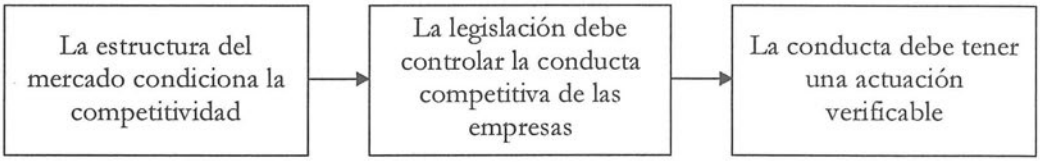
Veamos a continuación cuáles son las condiciones para la existencia de un cártel. En primer lugar deben existir pocas firmas en el cártel para poder coordinar efectivamente una política común, deben crearse barreras de entrada que impidan el ingreso de los competidores externos pues sino los beneficios del cartel se transferirán a los potenciales entrantes; que las firmas produzcan productos homogéneos y que exista cierta insensibilidad del consumidor con referencia al precio.

Como vemos la colusión o acuerdo entre firmas requiere ciertas características, a saber:

- A menor número de firmas en una industria, más factible coordinar acciones y metas comunes. Un elevado número de participantes hace inmanejable el control y monitoreo del cártel.
- A menor número de firmas mayor participación de mercado y con ello una mayor homogenización de los participantes.
- Condición básica de todo cártel es la existencia de barreras de ingreso. Sin barreras de ingreso ninguna reducción en el nivel competitivo entre las firmas de una industria puede elevar el precio, porque las utilidades resultantes de la restricción atraerá nueva competencia proveniente de fuera de la industria, la que se aprovechará del sacrificio que realizan los integrantes del cártel.

Así pues, toda colusión exitosa requiere barreras de ingreso para aislar el mercado de la competencia externa y pocas firmas para estabilizar el acuerdo y así eliminar la competencia dentro del mercado.

Cuando hablamos de libre competencia debemos tener presente un paradigma propio de esta disciplina el que puede diagramarse así:



Los órganos de control estudian las características de la estructura de mercado bajo investigación. Esto implica el estudio de las condiciones de entrada y las barreras de ingreso así como el número y tamaño de las firmas que compiten en la industria, la estrategia del negocio en cuanto su política de precios y la calidad de producto y variedad.

Asimismo, es objeto de escrutinio la política de investigación y desarrollo y las estrategias publicitarias que se emplean. Por otro lado se estudia la actuación económica de los competidores. No debemos olvidar que el precio debe reflejar el costo marginal de producción y la eficiencia de la firma. Cuando el precio no refleja estos factores sino distorsiones creadas por el abuso de la posición monopólica o por prácticas concertadas, debe procederse a la denuncia y sanción por los organismos reguladores.

Las conductas anticompetivas deben comprobarse y medirse. Por ello la aproximación empírica se basa en la observación de otras industrias próximas así como el comportamiento de las empresas dentro de una industria, a lo largo del tiempo, para comprobar si el margen de precios y costos varía en correlación con el poder de mercado, representado en la concentración de la participación de mercado de unas pocas firmas.

Si bien las utilidades de largo plazo, en un monto superior a la tasa normal de retorno, se logran mediante la concertación también por la eficiencia económica. Existen, sin embargo, varias explicaciones alternativas para explicar las utilidades de largo plazo por razones diferentes a la concertación, a saber:

1. Las firmas pueden lograr mayor eficiencia con mayor participación de mercado y reducción de costos. En industrias donde actúan grandes firmas se logra mayor eficiencia en costos.
2. También puede encontrarse elevadas utilidades debido al desequilibrio de ciertos mercados, con lo cual lo que se considera utilidad de largo plazo, es en el fondo utilidades de corto plazo.
3. En el mundo de los negocios los resultados económicos son aleatorios, debido a ello las simulaciones estadísticas no reflejan necesariamente las decisiones empresariales.
4. Las utilidades pueden ser el resultado de asumir riesgos mayores.

¿Cuál es la teoría económica aplicada por los órganos reguladores a la detección de precios concertados?

Como hemos señalado se requiere de ciertas condiciones estructurales en la industria para la formación de una conspiración, condiciones que faciliten la coordinación y permi-

tan que estos acuerdos sobrevivan a la traición de sus miembros y a las presiones externas de las empresas que quieren ingresar a obtener ventajas sin ser miembros del cártel.

Sin un nivel de información fluido y un adecuado mecanismo de coerción para mantener el precio, a más de barreras al ingreso, la conspiración colapsa sin necesidad de medidas legales. Además, si el mercado cuenta con muchas empresas es prácticamente imposible crear un cártel.

Se ha determinado que el número promedio máximo para un cártel exitoso es de 7.25. Es importante señalar que el 79% de todos los casos de cártel conocidos en la jurisprudencia comparada incluyen diez o menos firmas de las cuales cuatro exceden más del 50% de participación de mercado.

Una conspiración, para fijar y concertar precios, requiere una estructura o entorno especial sin el cual no funciona. Dos son pre-requisitos fundamentales para cualquier cártel:

- Barreras al ingreso.
- Homogeneidad del producto.

Lo dicho implica necesariamente:

1. Un número limitado de firmas de capacidades similares.
2. La homogeneidad del producto. Si los productores son varios ello implica generalmente estructuras diferenciadas de costos y por eso es inviable o difícil acuerdo alguno de precios ya que, de por sí, aún con productos homogéneos, los costos variarán debido a la diferente estructura financiera y capacidad de producción de cada empresa.

De existir estos dos factores es posible la reducción de los costos de las firmas involucradas en participar en la colusión. A esto debe agregarse como condición esencial dos nuevos factores, a saber: las barreras de ingreso y la insensibilidad del consumidor al precio.

Las barreras de ingreso protegen la utilidad monopolística del cártel de la competencia externa (las barreras de ingreso pueden fundarse en diversos aspectos tales como: patentes, economía de escala, secretos gremiales, dominio de canales de canales de distribución).

Por otro lado los productos homogéneos permiten un control más fácil por la dirección del cártel. Los factores que favorecen la colusión son: La ausencia de potenciales entrantes o la ausencia de pequeños vendedores.

Además todo cártel debe presentar:

1. Un alto ratio de costos fijos a costos variables.
2. Una relativa demanda a la que podemos denominar demanda estática.
3. Condiciones frecuentes de mercado reprimido y con poca utilidad.
4. Dispersión de compradores.

En todo cártel la colusión genera un comportamiento paralelo de los precios de las firmas involucradas, razón por la cual bastaría la simple constatación estadística del movimiento de los precios para proceder a la sanción. Sin embargo, ello no es así pues a pesar

que los precios paralelos son indicios de fijación concertada de precios, esta sola variable no es prueba absoluta porque también los precios paralelos pueden ser resultado de las siguientes situaciones:

1. Si bien un cártel puede fijar precios idénticos para sus bienes y servicios también surgen precios idénticos en industrias competitivas. Esta situación se presenta cuando hay una competencia perfecta. Los precios que requiere cada firma para sobrevivir en un mercado de competencia perfecta obliga a la empresa competidora a fijar su precio con el costo mínimo posible y en consecuencia todas las firmas competidoras determinan precios en forma similar, con resultados estadísticos afines.

2. Precios estables. Muchas veces se piensa que este factor de estabilidad en los precios por un lapso extenso implica un cártel. Sin embargo, la tasa de variabilidad o volatibilidad en el precio de un bien, en una industria determinada es función de la tasa de cambio en la demanda y de factores propios del costo de los insumos. Esto nos obliga a evaluar factores que finalmente son los que crean cambios. Así, en una industria altamente competitiva, los precios permanecerán estables si la demanda agregada del bien y los costos son, a su vez, estables.

3. Por otro lado las firmas integrantes de un cártel pueden variar sus precios frecuentemente si es que la demanda y la oferta cambian con facilidad. Si eso no sucede es que existen costos en el cambio de precios tales como implementar nuevas listas de precios y relaciones públicas, entre los miembros del cártel y del cártel con sus clientes.

4. Fijar precios distintos para productos similares puede implicar una discriminación de precios, pero también reflejar el costo de servir diferentes clientes con necesidades únicas.

5. La comparación de precios de la industria con el índice de precios al consumidor no es una medida adecuada, porque los precios pueden subir más rápidamente que el índice de precios al consumidor, debido principalmente a cambios de corto plazo en la economía.

Los factores de colusión o de concertación de precios a nivel horizontal son claros. Las firmas que desean coludirse deben acordar y fijar una estructura de precios, por lo tanto las condiciones también se hallan vinculadas a las barreras de ingreso y a la elasticidad de la demanda. No basta comportarse en forma similar o paralela. Toda colusión requiere de características específicas de estructura de mercado y de conductas coordinadas a más de productos homogéneos.

Profundicemos en el tema de las restricciones horizontales y el comportamiento de cártel.

- Cuando los competidores entran en acuerdos que interfieren con el libre comercio la conducta es clasificada como restricción horizontal. La conducta toma varias formas tales como fijación de precios, división de mercados o acuerdos para no comercializar con terceros.

- Del punto de vista de política de libre competencia estos acuerdos interfieren con la libertad individual. La política de libre competencia controla las concentraciones económicas de poder industrial y además se preocupa por reducir las deficiencias del mer-

cado. La primera parte de ésta política significa protección al pequeño productor, la segunda protege a la competencia más que a los competidores.

- La historia de la legislación de libre competencia muestra una evolución en la cual no solo se protege al pequeño competidor sino que las normas en la actualidad se concentran en los mecanismos para mejorar las condiciones de mercado.

- Al presente existe una visión equilibrada del tema la cual se denomina análisis estructural. Esta se focaliza en el estudio de la estructura de mercado y razona sobre qué condiciones en la estructura del mercado deben provocar ambientes competitivos normales.

- En los Estados Unidos se constata, a través de recientes decisiones jurisprudenciales, un rechazo a la aplicación pura de la regla *per se* en favor de la regla de la razón orientada a la eficiencia del mercado.

- La regla de la razón permite sopesar el daño que se hace a la competencia contra el beneficio económico común aún cuando la conducta supuestamente ilegal afecte precios. Esta regla permite una solución propia del mercado más que la intervención de organismos reguladores del *antitrust*.

- En la regla de la razón se debe probar, además, que los denunciados actuaron con conocimiento de las consecuencias. No se debe olvidar que medidas anticompetitivas pueden en ciertas circunstancias incrementar la eficiencia económica y del mercado.

La regla de la razón implica analizar los acuerdos en función de:

- Los hechos peculiares a cada negocio.

- La historia de las restricciones; y

- Las razones por las cuales se impusieron.

Un elemento de sumo interés es la medición y relación del poder de mercado y las restricciones horizontales. Para ello debemos tomar en cuenta la efectividad de la fijación de precios. El tratamiento moderno de la regla *per se* es aplicable sólo cuando la fijación de precios es expresa. La Corte americana ha limitado sus fallos a aquellos casos en los cuales las empresas pueden controlar en una forma sustancial un giro o negocio en el comercio inter-estatal. En otras palabras el tratamiento de la regla *per se* se aplica cuando la fijación de precios es efectiva. Esto lo vincula a la capacidad o poder de mercado.

Además debemos realizar un análisis de producción. Varios casos de importancia han mostrado que el análisis de la regla *per se* es inapropiado cuando no se combina con el análisis de la capacidad de producción, que mide el efecto de la conducta ilegal en la competencia. La ausencia de prueba del poder de mercado no justifica, sin embargo, una restricción explícita en el precio o en cuotas de producción.

A ello debemos agregar el análisis del poder de mercado. La Corte debe analizar el poder de mercado en una determinada estructura industrial. Por ejemplo, la corte ha sostenido que acuerdos en los cuales se anuncian variaciones de precios futuras es legal pero el acuerdo según el cual las partes deben sujetarse a estas variaciones de precios, junto con

mecanismos de obligatoriedad y coerción a los competidores, es ilegal. El simple intercambio de información de precios en un mercado oligopolio puede ser considerado ilegal si se cumplen condiciones como el control del 90% del mercado, un producto no diferenciado y fungible y además compradores que son insensibles a variaciones de precio, esto es, el precio es inelástico. La Corte analizará la estructura de los mercados para demostrar su nivel de competitividad y juzgará en qué casos el intercambio de precios constituye un acto anticompetitivo en la industria.

En cuanto a la doctrina de las restricciones accesorias debemos señalar que esta doctrina afirma que no se puede imponer restricciones convencionales al comercio, salvo que las mismas sean accesorias al propósito principal de un contrato que en sí mismo es legal.

La doctrina lo grafica del siguiente modo:

	Restricción Directa	**Restricción Accesoria**
Restricción razonable	Legal	Legal
Restricción no razonable	Ilegal	Legal

Según esta doctrina las restricciones a la competencia deben ser evaluadas acorde al análisis de la regla de la razón. La regla *per se* es sólo aplicable a restricciones directas, explícitas o desnudas.

La Corte debe determinar si la restricción es accesoria o explícita y por ello es apropiado, en todo análisis, preguntarse si el acuerdo promueve la influencia de la empresa y la productividad en el momento en el cual fue tomado. Esto significa que debe tomarse en cuenta si el acuerdo va a contribuir al éxito de la aventura conjunta y promete mayor productividad y producción.

Si la práctica muestra que el acuerdo restringe la competencia o hace decrecer la producción, la Corte no se verá obligada a investigar más y aplicará la regla *per se*. Caso contrario, es de aplicación la regla de la razón que profundiza la investigación del acuerdo.

2.6.1.3. Regla *Per se* y Regla de la Razón

En cuanto al desarrollo de la regla de la razón podemos decir que la regla de la razón permite sopesar factores competitivos y determinar si la restricción es razonable o no y si existe una interferencia significativa o impacto de importancia en la competencia. Bajo esta norma, solamente las restricciones no razonables son ilegales.

Algunas conductas son de por sí inherentemente anticompetitivas y por ello no razonables. Ejemplo de estas son la concertación horizontal de precios y el reparto de mercado. Sin embargo, no todas las conductas restrictivas son inherentemente anticompetitivas y por ello debe evaluarse caso por caso.

La legalidad o ilegalidad se basa en establecer si la restricción regula y en algunos casos promueve la competencia o si restringe y destruye la competencia. Para ello la Corte debe considerar las características de cada negocio, las condiciones antes y después que

go, el sólo cambio de información de precios no es ilegal en sí misma siempre que sea genérico y agregado.

Las asociaciones de comercio promueven la actividad gremial la que está protegida por la Constitución cuando ésta promueve la competencia. Esta libertad de reunión y de empresa puede plasmarse en el intercambio de información sobre insumos, información sobre avances de la tecnología, la promoción o defensa de la industria, compartir innovaciones, la publicidad conjunta, la promoción y estandarización de algunos productos. Por ello cuando se presenta una acusación que involucra una Cámara de Comercio o una institución gremial las Cortes deben necesariamente recurrir a la regla de la razón.

Con referencia a la información, la Corte Suprema americana ha sentado ciertos parámetros señalando que no constituye concertación:

1. El intercambio de información sintética o agregada pero que no contiene información individual sobre determinadas empresas o clientes.
2. Que no se brinde información presente o futura sobre casos concretos.
3. Que no existan o se desarrollen mecanismos de control y coerción para presionar a los miembros del gremio a tomar determinadas decisiones.
4. Cuando la información está disponible a miembros asociados al gremio y no miembros de la Cámara o asociación de la industria, contra el pago de una tasa razonable e incluso para el público en general.
5. Cuando la estructura de la industria sugiere que ésta no está altamente concentrada ni tiende a la colusión.

Cuanto menos concentrado un mercado más pro competitivo será el intercambio de información porque ésta promoverá la eficiencia al lograr que los vendedores fabriquen los productos que desean los consumidores.

No menos importante es el análisis de las externalidades y la defensa llamada defensa del *free-rider*. Como señalamos una externalidad es un costo o beneficio ocasionado a un tercero derivado de una decisión que no toma en cuenta a éste tercero.

El ejemplo más claro es cuando dos empresas celebran un convenio de compra-venta que implica contaminar un río al arrojar sus desechos en éste. El pueblo río abajo sufre las consecuencias de decisiones en las cuales no participa ni se beneficia.

El *free-rider* es también una externalidad. Cuando pinto mi casa mi vecino se beneficia con los gastos de mejora que hice en mi inmueble.

Una comprensión de esta externalidad es importante porque los fabricantes o distribuidores que celebran un acuerdo de cooperación pueden tener interés en eliminar la posibilidad que terceros se beneficien con los gastos de publicidad o promoción que ellos efectúan, sin que ello implique un real acuerdo colusorio o restrictivo.

Hay externalidad «cuando la producción o el consumo de bienes y servicios tiene por resultado ocasionar, para los demás agentes económicos, costos o ventajas que no se reflejan en los precios de estos mismos bienes y servicios. La contaminación constituye un ejemplo clásico de externalidad negativa o de deseconomía externa. El que una empresa

arroje substancias químicas a un lago puede destruir los peces y la flora, en perjuicio de los pescadores y de los agricultores de la vecindad. En cambio la construcción de una carretera podrá constituir una externalidad positiva (economía externa), al crear una nueva zona para viviendas, favoreciendo el desarrollo del comercio o del turismo, etc. La invención del transistor produjo un gran número de externalidades positivas para la fabricación de los materiales modernos de telecomunicaciones, de estereofonía y de informática. Se producen externalidades cuando los derechos de propiedad no son claramente atribuibles»[1006].

A lo largo de los años se ha elaborado aquello que conocemos actualmente como doctrina de conspiración. Tanto el *Sherman Act* como la Ley Clayton condenan toda forma de combinación, acuerdo, condición o entendimiento a las que comúnmente se les llama acciones concertadas o encuentro de mentes. En este contexto una acción concertada debe ser más que una acción unilateral y por lo tanto involucrar a dos o más partes que deben haber acordado hacer algo.

En *antitrust*, el contrato, combinación o conspiración se usan indistintamente. Esto implica que la conducta debe ser dañina y que debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Incrementar el riesgo de una acción anticompetitiva y sus resultados.
2. Expandir el poder de mercado.
3. Crear una restricción anticompetitiva que no se hubiera podido lograr de otro modo.
4. Ceder la autonomía de la decisión unilateral en materia de competitividad.

Los acuerdos implícitos merecen comentario aparte:

La conspiración difícilmente se encuentra en forma escrita o explícita por lo que debe ser inferida por los órganos reguladores. Para ello se utilizan varios criterios, siendo uno de los más importantes el paralelismo consciente de precios el que puede constatarse estadísticamente. Como hemos señalado el simple paralelismo no es prueba suficiente de colusión debiendo ratificarse ésta con otras pruebas adicionales (los *plus factors*).

El paralelismo consciente implica dos momentos. El primero es el comportamiento normal de los precios que reflejan su volatilidad usual. Luego se verifica un momento específico a partir del cual los precios de las empresas bajo estudio adoptan un comportamiento anormal al seguir todos una misma tendencia paralela. En general los precios se elevan y se ubican en un nivel distinto, no necesariamente máximo pero sí suficientemente alto como para generar una adecuada rentabilidad a todas las firmas competidoras del cártel.

Además del paralelismo consciente de precios se deben encontrar otros factores para proceder a condenar una conducta como colusoria:

1. Si la acción de los denunciados implica un cambio radical de conductas previas.
2. Si el denunciado es consciente que a sus co-denunciados se les ha solicitado que se conduzcan en forma similar.

[1006] OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 51-52.

3. Si el denunciado ha sido invitado a participar en una conspiración.
4. Si cada uno de los denunciados tiene motivos para lograr utilidades sustanciales y para actuar en forma concertada.
5. Si el denunciado participa activamente en el esquema y esta conducta se convirtió en una acción sustantiva o conducta uniforme.
6. Si la conducta del denunciado sigue una acción inter-dependiente en el sentido que el cumplimiento por sí solo no le generará utilidades salvo que todos hagan lo mismo.

Como puede verificarse la conducta paralela no basta por sí sola para incurrir en sanción, sino que debe complementarse, entre otros, con los factores arriba señalados.

Las características de la estructura de un mercado para la existencia de una concertación tipo cártel son expuestos en el siguiente cuadro comparativo el que se ha preparado con especial referencia a la industria avícola. Este cuadro fue presentado por la defensa de las industrias avícolas frente a la acusación del Indecopi que estas habían celebrado un acuerdo de concertación indirecto de precios al voluntariamente limitar sus cuotas de producción. La resolución jurisprudencial se consiga en el presente trabajo.

Análisis de las posibilidades de un cartel:

Estudio de factibilidad de un cártel en la industria avícola peruana

CARACTERÍSTICA DEL MERCADO	REQUISITOS PARA LA CONCERTACIÓN	MOTIVO POR EL CUAL EN LA INDUSTRIA AVÍCOLA NO ES FACTIBLE UNA CONCERTACIÓN
Condiciones de entrada: Barreras de ingreso	Alta	Fácil acceso La barrera es baja, temporal, cuantitativa y cualitativa
Número de tamaño de las firmas de la industria	Pocas firmas y de tamaño parecido	Muchas empresas de tamaños diversos y costos distintos
Estrategia de negocio en cuanto: - Política de precios - Calidad de productos y variedad	Inelasticidad de la demanda Pocos productos sustitutos	Precios altamente volátiles Productos muy sensibles a sustitutos (pescado, menestras)
Política de investigación y desarrollo	Alta tecnología Patentable	Tecnología conocida, difundida en el mercado
Estrategias publicitarias	Requiere alto porcentaje	Producto conocido. Sigue ciclos del mercado

Sobre la racionalidad del cártel, Gellhorn y Kovacic señalan lo siguiente:

«Racionalidad del Cártel

Existen dos formidables obstáculos para la coordinación de un cártel exitoso. En primer lugar los miembros del cártel deben ponerse de acuerdo en los términos de su colaboración. Esta tarea relativamente simple involucra una serie de problemas. Las partes deben decidir que van a producir de tal modo que las firmas no utilicen la calidad de los productos y la diferencia de los servicios para desviar las ventas de otros miembros del cártel.

Los miembros del cártel también deben decidir cual es su producción total y a que precio deben cobrar sus productos. Las firmas establecidas pueden tener el temor que si ellos elevan inmediatamente sus utilidades nuevos productores estarán tentados de entrar en la industria. Mantener un cártel requiere erigir barreras a los nuevos entrantes o lograr que éstos sean admitidos en el cártel. Sin embargo esta última política elimina la razón para la existencia del cártel, esto es si los miembros del cártel tienen que aceptar una porción más pequeña del mercado o si la producción se elevara los precios caen. Los miembros de un cártel no estarán seguros de cual es el nivel de producción que maximiza sus utilidades en el corto plazo.

Una vez que se han logrado acordar los niveles de producción y precios, el cártel debe dar a cada miembro una cuota de producción: Los miembros del cártel probablemente tienen diferentes costos y participaciones de mercado. En consecuencia tienen diferentes preferencias en relación con el nivel adecuado y la correcta distribución de la participación del mercado.

Así una firma en crecimiento espera un incremento en su participación de mercado en el futuro y una firma en decadencia insistirá que el acuerdo mantenga su cuota actual de ventas. Todo esto hace que sea muy difícil lograr consensos.

Asumamos que los miembros del cártel arriban a un consenso para restringir producción y subir precios. Las firmas deben resolver un segundo problema. Deben sujetarse a un plan común frente a los incentivos de cada miembro de violar los términos del acuerdo. Una vez que los miembros de una industria acuerdan fijar un precio por encima del costo marginal, cada una de las firmas tendrá la tentación de engañar.

En tanto que otros honren sus compromisos si es posible engañar sin ser descubierto parecería tonto no hacerlo.

El engaño proviene de la toma de conciencia de cada miembro del cártel que al vender al menor precio o mayor cantidad obtendrá utilidades muy superiores.

Existen algunas razones por las cuales los cárteles pueden ser beneficiosos en algunos casos. Por ejemplo un cártel puede proteger una industria de una competencia ruinosa, y de este modo mantener la capacidad necesaria especialmente cuando los costos fijos constituyen un gran porcentaje de los gastos totales (trenes) aislados de ciertas presiones competitivas las firmas son libres para financiar la innovación necesaria y conducir otras investigaciones así como proteger la calidad de sus productos. Cada uno de éstos supuestos beneficios son contradichos en la doctrina. En última instancia el tema es si el mercado puede evaluar el valor de una actividad particular. Si los consumidores están dispuestos a través de sus decisiones de compra a apoyar la calidad, deben algunos grupos industriales imponer un mínimo de calidad. Los cárteles no deben sustituir las decisiones del mercado»[1007].

[1007] GELLHORN y KOVACIC (1994). *Op. cit.*, pp. 159-162.

Nos vamos a referir a continuación el tratamiento de los Cárteles en la doctrina europea:

La legislación anticompetitiva, acorde al modelo europeo, merece reflexión aparte pues tiene un desarrollo diferente al modelo americano.

El artículo 85(1) del Tratado de Roma regula toda clase de acuerdos o decisiones destinadas a crear prácticas concertadas. Estos acuerdos no tienen porqué adoptar la forma de un contrato. En general pueden ser:

a. Acuerdos horizontales, llamados así porque se adoptan entre empresas operando en un mismo nivel de la cadena de valor. Ejemplo: 2 fabricantes o 2 distribuidores mayoristas o 2 minoristas.

b. Acuerdos verticales, llamados así porque se adoptan entre empresas operando en diferentes niveles de la cadena de valor comercial. Ejemplo: 1 fabricante y 1 distribuidor.

En el derecho europeo se denomina prácticas concertadas a aquellos acuerdos que tienen por objeto o efecto la restricción de la competencia. La evidencia de una cooperación informal o práctica concertada entre 2 o más partes es suficiente para aplicar el artículo 85(1). Para que el órgano regulador pueda inferir una práctica debe probar dos aspectos fundamentales: Una conducta prohibida por el artículo 85(1) y el previo contacto entre las partes.

La coordinación de las empresas o personas debe llevar a un comportamiento o conducta paralela que no corresponde a las condiciones normales del mercado en lo que se denomina un paralelismo consciente. Este es un comportamiento anómalo de los precios de venta o volúmenes de producción el que se inicia luego de la conspiración, reflejada en una o varias reuniones de las empresas involucradas. Para determinar esta responsabilidad se estudia la naturaleza del producto, el tamaño, el número de participantes y el volumen y tamaño del mercado.

¿Cuáles son los criterios de interpretación de la Comisión europea para la calificación de una política restrictiva concertada?

Son varios, a saber:

Criterio 1: La práctica concertada

Se considera evidencia de una práctica concertada:

1. La tasa de incremento del precio a raíz del acuerdo entre las empresas así como los productos comprendidos sobre los que se aplicaron los acuerdos. Se debe verificar si estos incrementos fueron idénticos para todas las partes involucradas.

2. Las fechas en las cuales se produjeron o anunciaron los aumentos son similares. El cartel genera cierta simultaneidad lo que implica coordinación.

3. Las instrucciones para aumentar los precios fueron enviadas por los denunciados a sus subsidiarias, filiales y representantes en forma idéntica y en fechas simultáneas.

4. Se produjeron reuniones informales entre las partes.

No olvidemos que el comportamiento paralelo de los precios puede ser el resultado no de acciones concertadas sino la respuesta de un mercado oligopólico en el cual las firmas competidoras siguen al líder de la industria. Si el comportamiento paralelo de los precios se suma a las cuatro consideraciones arriba expuestas se puede determinar una práctica concertada.

Criterio 2: Los organismos reguladores para poder aplicar el artículo 85 (1) deben acreditar la concertación. Para ello deben probar:

1. Que los participantes trabajaron un plan común.
2. Analizar cualquier contacto directo o indirecto que tenga por objeto influir en la conducta de un competidor actual o futuro en el mercado.
3. El paralelismo exclusivo, sin comunicación, no constituye evidencia de práctica concertada. El hecho que dos o más negocios sigan cursos idénticos de acción puede ser el resultado de decisiones independientes basadas en las prácticas o exigencias del negocio.

Recordemos que el artículo 85 del Tratado de Roma señala varias prácticas sancionables, tales como:

1. La fijación de precios.
2. Acciones coordinadas para limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones.
3. La repartición de los mercados.
4. Los acuerdos discriminatorios.
5. Las ventas atadas.

Criterio 3: Acuerdos de precios

La norma señala que estos acuerdos deben directa o indirectamente afectar los precios de compra o venta. Art. 85 (1). - El acuerdo debe ser examinado a la luz de su contexto económico. Si en el contexto el acuerdo no limita la competencia entonces no se encuadra dentro del art. 85 (1).

¿Cuáles son los factores relevantes a considerar?

- La posición de las partes en el mercado lo que requiere una definición del mercado relevante.
- La naturaleza del producto que es afectada por la restricción.
- La existencia de acuerdos similares y el efecto que esto ocasiona en el mercado.
- El impacto de la legislación nacional en el mercado.

Aquí cabe detenernos en el análisis de una institución europea llamada la

Regla de Minimis. El artículo 85 (1) no prohíbe todo acuerdo, decisión o práctica concertada cuyo objeto o efecto es la restricción de la competencia. Esta tiene que ser además significativa.

Por ejemplo, no se aplican sanciones cuando el acuerdo tiene un efecto insignificante en el mercado, por la posición débil de las partes involucradas en el mercado o en el producto. En otras palabras, los acuerdos de poca importancia son de minimis y no caen bajo el espectro del artículo 85 (1). Es por esta razón que se debe hacer un estudio del contexto económico.

La Comisión ha señalado algunos parámetros para esta medición y evaluación. Los acuerdos de concertación no son objeto de sanción si:

- Los productos sujetos al acuerdo y otros productos sustitutos de los elaborados por las firmas, por su precio y características, no representan el 5% del total de productos de esa naturaleza en el mercado.
- Las ventas anuales de las firmas involucradas no representan 50 millares de unidades de cuenta.

Los productos a considerar son de 2 tipos:

1. Idénticos a los cubiertos por el acuerdo.
2. Productos considerados por el consumidor similares por sus propiedades, precio o uso.

Así encontramos varios supuestos de inaplicabilidad de sanciones. El artículo 85 (3) señala que no se aplica el art. 85 (1) cuando se presentan acuerdos entre partes o asociaciones que contribuyan a mejorar la producción o distribución de bienes o productos o bien promuevan el progreso técnico o económico proporcionando a los consumidores una parte de los beneficios resultantes siempre que:

- Las restricciones sean indispensables.
- No implique la posibilidad de eliminar a la competencia en forma sustancial.

Así son válidos los acuerdos que:

(A) **Permitan a los consumidores una parte de los beneficios**	(B) **Contribuyan o mejoren la producción y distribución de bienes** **Progreso técnico y económico**
(C) **El acuerdo no imponga restricciones que no sean indispensables para lograr los objetivos señalados en A y B**	(D) **No obligue al participante a eliminar la competencia con referencia a una parte sustancial de los productos bajo estudio**

La Comisión Europea debe analizar el Mercado Relevante para poder medir el impacto de cualquier medida colusoria. Hemos señalado que el mercado relevante debe ser evaluado bajo distintos parámetros, siendo los más importantes: el mercado de productos, mercado geográfico y la dimensión temporal.

El mercado relevante del producto es el área del producto y servicio en la cual el producto o servicio efectivamente compite. Esto requiere la medición de la elasticidad del bien y de la sustituibilidad del mismo. El segundo criterio es el área geográfica lo que permite conocer donde ocurre la competencia. Esta área está limitada principalmente por los costos de transporte y costos de transacción que involucra recurrir a otro sector para abastecerse. Si el bien es intangible y puede ser entregado sin costo, como es el caso de un *software* que se vende por *internet* directamente de máquina a máquina el área geográfica considerada será global, esto es, el mundo.

Finalmente tenemos la dimensión temporal que involucra un análisis dinámico de la industria bajo estudio. Si esta se expande o contrae y la velocidad de cambio en la misma.

Una vez definido el mercado relevante se evalúa si la restricción acordada por las firmas involucradas elimina o restringe la competencia.

Existen varias condiciones empresariales que promueven los acuerdos de colaboración entre las empresas. Mencionaremos 4:

La primera condición es cuando el acuerdo mejora la producción, distribución, promoción y progreso técnico o económico. Nos estamos refiriendo a los acuerdos de producción. El resultado de estos son:

- La mejora en la producción de bienes (acuerdos de especialización y *joint venture* o sociedades de riesgo compartido).

- El permitir fabricar ciertos bienes u ofrecer determinados servicios, así como la automatización y control de la calidad. Estos convenios evitan la duplicidad en las áreas de investigación y desarrollo. Este es un aspecto muy importante por cuanto el desarrollo de las empresas requiere de dos elementos: Innovación y marketing. El primero permite la adaptación de la empresa a los cambios en el entorno mediante el continuo ajuste de sus bienes y servicios, en consecuencia el lanzamiento de nuevos productos que satisfagan las nuevas necesidades. La segunda, el marketing, es descubrir intereses y generar ventas. El problema radica en los altos costos de investigación y la probabilidad que estas investigaciones no resulten exitosas. Por ello las empresas prefieren compartir riesgos.

  Entre varias razones tenemos:

- Evitar la duplicidad en plantas, herramientas y maquinarias.

- No menos importantes son dos tipos de acuerdos: distribución y especialización. Los acuerdos de distribución comprenden los convenios de distribución exclusiva. Los llamados acuerdos de progreso técnico comprenden los convenios de investigación conjunta, el intercambio de información técnica y las patentes exclusivas.

La segunda condición es que los convenios generen beneficios al consumidor y al mercado en su conjunto. Estos acuerdos están referidos a todos los efectos positivos en el mercado, los que se traducen en:

- Precios más bajos y competitivos.
- Una mejora en la oferta de los productos
- Una mejora continua de los productos ofertados y mejor variedad de productos.

Así la reducción en los precios, los costos y el incremento en la oferta y variedades son prueba que parte de los beneficios, producto del convenio, han sido trasladados al consumidor.

La tercera condición es la indispensabilidad de la misma. En principio las normas propugnan la eliminación de toda restricción no esencial.

¿Cuáles son aquellos acuerdos que se consideran indispensables? Mencionaremos 4:

1. Obligación de abstenerse de buscar clientes, establecer sucursales o distribuidoras, fuera del territorio exclusivo otorgado en distribución.
2. Obligación de no celebrar otro acuerdo de producción y especialización sobre productos similares.
3. Obligación de la firma matriz de no competir con el *joint venture* creado con la empresa local.
4. Exclusividad de la firma matriz en el *know how*, *how to* y *show how*, necesario para que el beneficiario desarrolle e invierta en el proceso otorgado en licencia.

La cuarta condición es cuando el acuerdo no permite la eliminación o restricción de la competencia en relación con una parte sustancial de los productos relevantes. Esta condición requiere estudiar el mercado relevante. No olvidemos que este debe medirse acorde a dos dimensiones principales, a saber:

1. El mercado relevante del producto.
2. El mercado relevante geográfico.

Habiendo tratado estos aspectos veamos éstos tratados en la jurisprudencia peruana sobre prácticas restrictivas.

Toda conducta concertada que afecta la determinación de los precios constituye una restricción de la libre competencia y por lo tanto se encuadra dentro de las conductas expresamente prohibidas señaladas en el Artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

Cuando este acuerdo se logra de manera directa y explícita la situación es más clara para el órgano regulador que aplica la regla *per se*, pero existen circunstancias en las que no se puede determinar con precisión si ha habido o no acuerdos y/o decisiones entre los competidores. En estos casos se debe estudiar el efecto en el mercado para inferir si este acuerdo se tomó o no. Por lo tanto es imprescindible estar atento a los efectos producidos en el mercado, a las situaciones particulares ocurridas que permiten inferir que estos

acuerdos se han llevado a cabo. En general podemos decir que todo acto o conducta anti-competitiva tiene efectos directos o indirectos sobre la formación de los precios.

El tema de concertación horizontal de precios nos obliga a referirnos a la figura de los cárteles. En la Resolución 081-96TRI/SDC/INDECOPI[1008], el Sr. Vicente Torres denuncia a la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. por supuesta práctica restrictiva contra el sistema de libre competencia. La Comisión argumentó que expide su pronunciamiento atendiendo a que ha quedado acreditada la existencia del Acta de Concertación del 15 de mayo de 1991 en la que se concede exclusividad para el desarrollo del servicio de transporte manual de carga a los afiliados de la Asociación y el Sindicato, encargándoles también el control de las puertas para evitar el ingreso de otros trabajadores de esta actividad.

La Comisión consideró en la resolución apelada «que el acuerdo al que arribaron los denunciados con fecha 15 de mayo de 1991 para que solo un número determinado de carretilleros de las dos entidades gremiales involucradas pueda prestar sus servicios en el Mercado, constituye una concertación de condiciones de comercialización y como tal, es una práctica restrictiva a la ley de la libre competencia acorde a lo señalado en el Artículo 6, inciso a) del Decreto Legislativo 701».

La Comisión consideró que el Acta de Concertación, no fue un acuerdo para fijar precios pero si una concertación en las condiciones comerciales y por ende esta situación influye indirectamente en la libre determinación de los precios, generándose una práctica restrictiva de la libre competencia.

Sin embargo, el argumento que utilizó la defensa y que determinó que la Sala del Tribunal declarase finalmente infundada la denuncia presentada fue que «el Acta de Concertación de fecha 15 de mayo de 1991 contiene no solo un acuerdo vertical entre el administrador del Mercado y los carretilleros, sino horizontal, entre los competidores (es decir, entre las entidades gremiales representantes de los carretilleros), quienes concuerdan con limitar la oferta en el mercado a un número determinado de competidores. En principio un acuerdo entre competidores podría ser considerado como una práctica restrictiva y por lo tanto sancionable...».

En resumen, (...) la Sala consideró que la naturaleza de este acuerdo es competitiva pues ordena el mercado. Para la Sala el acuerdo en cuestión persigue reglamentar la necesidad de EMMSA de limitar el acceso al Mercado a un número determinado de carretilleros.

Podemos concluir que no todo acuerdo o concertación entre competidores, aunque conlleve una limitación en el ejercicio de la libre competencia, debe llevarnos a concluir qué es una práctica restrictiva. Tenemos que analizar los efectos y repercusiones que tiene el acuerdo en el mercado. Cuál es la finalidad del acuerdo, y si los consumidores se benefician del mismo. Cada caso requiere de un análisis particular y debe ser analizado en el contexto que se aplica. Por eso en el caso comentado la Sala declaró infundada la denuncia presentada porque en el contexto en el cual se verifica la práctica de limitar el número de carretilleros se entiende que busca en última instancia la protección del consumidor, ya que ocupando el mercado un área determinada no es posible el acceso de un número inde-

[1008] Resolución 081-96TRI/SDC/Indecopi. Expediente 086-94-GLC.

terminado de carretilleros. Esto podría provocar una grave congestión ocasionando confusión y desorden, lo que impediría un control adecuado de parte de las autoridades.

Christopher Bellamy y Graham Child[1009] nos dicen al respecto: «Es sancionable un acuerdo explícito entre suministradores para fijar los precios y también por una práctica concertada restringir la competencia en los precios, por ejemplo, mediante una concertación informal en las fechas y los importes de los incrementos de precios o el intercambio de información sobre los precios de un modo parecido».

Esto se ilustra en la Resolución 105-96TRI/SDC/INDECOPI, Expediente 116-94-CLC[1010]. En el Informe Final No. 016-95-CLC, la Secretaría Técnica de la Comisión consideró que en el caso bajo estudio se había producido:

> «Un acuerdo horizontal de precios entre cinco de las seis empresas denunciadas lo que se desprendería de la proximidad de las fechas en que comunican y hacen efectivo el incremento de sus tarifas.
>
> Para ello además tomó en cuenta que, si bien las tarifas no eran idénticas, variando en cuestión de uno o dos céntimos, por razones de facilidad en dar cambio, la tarifa efectiva era de S/.070 (setenta céntimos del Nuevo Sol). A su vez, consideró que el hecho que los denunciados hayan empezado a hacer efectivo el aumento de tarifas en fiestas patrias constituía un indicio de concertación».

La Sala revocó esta resolución. Lo que se argumentó por parte de los denunciados es que no existían pruebas ni indicios que determinaran que el incremento en las tarifas realizadas por las empresas sancionadas haya respondido a circunstancias ajenas al propio mercado. Las empresas manifestaron que los incrementos producidos se debieron a razones de índole competitivas y a un análisis de costos debidamente sustentado, no habiéndose acreditado la existencia de ninguna concertación. Es así como el comportamiento similar de los precios no necesariamente es una práctica restrictiva de la competencia, pues puede obedecer, como en este caso, a la fluctuación del mercado.

Asimismo, la figura de concertación de precios cubre no sólo los «precios» en sí, en el sentido más estricto, sino también descuentos, márgenes, rebajas y condiciones de pago. Otros supuestos que directa o indirectamente restringen la competencia en los precios son aquellos acuerdos como no dar presupuesto sin consultar previamente, no desviarse de las listas de precios, no ofertar otros precios que aquellos que hayan sido publicados, no vender a otros precios que no sean los ofertados ni conceder rebajas por causas distintas a las rebajas en los costos, e incluso no vender «bajo costo». Un acuerdo sobre listas de precios restringe la competencia incluso si las partes quedan en libertad para conceder descuentos o rebajas. Asimismo el acuerdo sobre «elementos básicos» sobre los que se calculan los «precios individuales».

La norma señala la fijación concertada de precios entre competidores fabricantes como una conducta que restringe la competencia. Esto es válido para el acuerdo entre distribuidores, con referencia al precio de un producto o productos.

[1009] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 208.

[1010] INDECOPI (1999a). *Op. cit.*, p. 173

En un sistema de libre mercado o de competencia el precio debe fluctuar libremente. Todo intento de condicionar esta volatilidad fijando un margen determinado por el lado de la oferta o la demanda se enmarca dentro de un impedimento de la competencia. En un sistema de libre competencia nadie debe ejercer el poder de controlar el mercado y por lo tanto establecer precios arbitrarios.

Podemos afirmar que fijar precios en un mercado está en relación directa con el poder de una o varias firmas para controlar el mercado y en consecuencia de realizar esta conducta se está atentando contra la libre competencia. Basta la realidad que se pueda controlar el precio, pues no interesa si este precio está dentro de un margen de razonabilidad.

Sin embargo es conveniente mencionar la distinción que hace Rober H. Bork citada por la Sala de Indecopi en la Resolución 206-97 TDC/Indecopi[1011] cuando dice que los acuerdos de fijación de precios y distribución de mercado se consideran *per se* ilegales pero hay que distinguir aquellos acuerdos de fijación de precios y distribución de mercados destinados a complementar un acuerdo de cooperación con la finalidad primordial de optimizar las posibilidades de competencia del grupo integrante.

Robert H. Bork indica las condiciones que deben reunir este tipo de acuerdos accesorios o complementarios para ser considerados legales.

Bork señala que, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizar, si se determina que el acuerdo es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo, así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando el acuerdo pueda ser beneficioso pero no sea considerado esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios o complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

1) Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;

2) Las reducidas cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no permiten determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;

3) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

En la Resolución 276-97-TD INDECOPI[1012] en el proceso iniciado de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultores y Otros (Las Empresas Avícolas) se esgrimió entre las cuestiones en discusión «si de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios deben sancionarse de acuerdo a la "regla de la razón" o de acuerdo a la regla "*per se*"».

[1011] Resolución 206-97-TDC/INDECOPI. Expediente 0077-95-CLC/Indecopi.

[1012] INDECOPI (1999b). *Op. cit.*, p. 171.

«Los convenios que dan origen a tal poder en potencia bien pueden ser considerados como restricciones irracionales e ilegales, sin necesidad de llevar a cabo una investigación detallada para establecer si un determinado precio es o no razonable» afirman Bellamy y Child[1013].

Es así como uno de los argumentos utilizados en reiteradas oportunidades por las empresas avícolas fue que «la Comisión y la Secretaría Técnica han cometido un error de interpretación al considerar que la concertación de precios es una práctica «*per se*» ilegal. En ese sentido, los denunciados sostuvieron que la infracción debió ser analizada utilizando la llamada «regla de la razón» en virtud de la cual solo son sancionables las concertaciones, si se demuestra que han tenido efecto perjudicial para el mercado». Las empresas avícolas afirmaron que en este contexto el Artículo 3 del D. Leg. 701 establece que «sólo están prohibidas y deben ser sancionados los actos y conductas que generen perjuicios al interés económico general».

En el informe que obra en el expediente se esgrime una interpretación acorde al método histórico señalando que en ciertos casos de concertación de precios esta debe ser analizada bajo la llamada «regla de la razón» y no en aplicación de la llamada «regla *per se*». El argumento se sustenta en que los antecedentes históricos del Decreto Legislativo 701, es decir, los cuerpos normativos de otros países en los que se inspiró la norma (sistema europeo y argentino) consagraría la «regla de la razón», es decir, que debe acreditarse la existencia de un efecto concreto de la práctica en el mercado para que la misma sea sancionable, pues el Artículo 3 de esta norma (D. Leg. 701) exige que tales prácticas «generen perjuicios para el interés económico general».

Sin embargo, la Sala determinó que para aclarar la intención del legislador vía el método histórico, era necesario recurrir a las exposiciones de motivos, que son fuente directa de la intención del legislador. Así, la modificación introducida por el Decreto Legislativo 807 estuvo sustentada en una Exposición de Motivos, fuente directa de la intención del legislador y como tal tiene un peso específico mayor y que debe primar sobre inferencias extraídas de fuentes indirectas de dicha intención. La Exposición de Motivos del D. Leg. 807 modificadora del D. Leg. 701 estableció lo siguiente: «Dejar claramente establecido que la concertación de precios es *per se* ilegal, es decir, un supuesto que no admite justificación».

Así mismo la Sala considera que incluso una interpretación literal, conjuntamente con una interpretación sistemática del Decreto Legislativo 701 conducen a considerar que el principio aplicable a las concertaciones de precios es la regla «*per se*». La Sala argumenta que la distinción entre la «regla *per se*» y «la regla de la razón» no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos, mientras que en el caso de la segunda sí. Por el contrario, en ninguno de los dos casos es necesario demostrar los efectos de la práctica en concreto. En los casos de la regla «*per se*» la definición que las prácticas en abstracto son perjudiciales a la competencia ha sido hecha previamente y de manera definitiva por la ley. En cambio cuando se aplica la «regla de la razón» si bien hay una definición preliminar de la ley, se deja a la autoridad administrativa definir en abstracto si la práctica es perjudicial. En ambos casos se considera que la práctica es perjudicial, lo que cambia es sólo la discrecionalidad del funcionario en su calificación.

[1013] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 215.

La Sala continuó explicando que el texto del Decreto Legislativo 701 y sus sucesivas modificaciones han estructurado un sistema en el que es posible distinguir supuestos «*per se*» ilegales, de supuestos en lo que corresponde aplicar la «regla de la razón». Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario, cuando el objeto ha sido tipificar la infracción sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera simple.

El tema de precios es complejo. Los precios constituyen el indicador por excelencia de la libertad de opciones en el mercado. El modelo propugna que debe existir la libre circulación de mercancías y servicios a través del mercado. Ahora bien, si el mercado trabaja de manera efectiva, resulta imposible mantener diferencias de precios significativos en diferentes partes del mercado. El precio de un producto será uno en todo nivel, de modo que el precio, de un determinado producto, de una misma marca debe ser el mismo en todos los lugares donde el producto es vendido.

Tratándose de restricciones horizontales surgidas por concertación de precios me parece oportuno transcribir parte del análisis económico que realizara Carlos Paredes PHD en el caso de la denuncia del Indecopi contra la Industria Avícola en el cual se señala cuáles son los argumentos que expusieron las empresas denunciadas para justificar los acuerdos celebrados. En el informe se lee lo siguiente:

Cuando las firmas se coluden para fijar precios, el objetivo siempre es el mismo: incrementar y/o estabilizar precios. Por lo general, la colusión intenta colocar los precios en un nivel cercano a aquél maximizador de beneficios, desde el punto de vista monopólico. En teoría, estos intentos buscan ampliar la brecha entre el precio y el costo marginal, por lo que reducen la eficiencia económica. Sin embargo, la cuestión es evaluar si existieron o no justificaciones válidas para la fijación. Por lo general, las firmas tratan de justificar los acuerdos bajo los siguientes argumentos:

- Los acuerdos previenen justamente la desaparición de la competencia. Este argumento es muy popular en industrias caracterizadas por altos costos fijos en relación a los costos variables. Cuando la demanda cae en estas industrias, el costo marginal suele ser menor que el costo medio, porque cada firma opera en el tramo decreciente del costo medio. Bajo estas condiciones, la curva de demanda de la firma siempre se encuentra por debajo de la curva de costo medio. Bajo estas circunstancias, ningún precio no discriminatorio, cubrirá los costos medios. La firma, sólo podrá sobrevivir si atrae nuevos compradores a un precio menor. Esto sólo puede mantenerse si se mantiene al margen a los compradores que adquieren el producto a otras firmas, a precios más altos. Si este secreto se «devela», entonces, la reducción de los precios de toda la industria producirá pérdidas en todas las firmas.
- Los acuerdos reducen los riesgos y conducen a una economía más estable. Un riesgo alto, desincentiva la inversión, reduce la oferta y aumenta los precios. Entonces, la fijación de precios, al reducir el riesgo, incentiva la inversión.
- Los acuerdos, si bien es cierto conducen a mayores beneficios, son necesarios para incentivar la investigación y el desarrollo. Pero, la colusión no la incentiva, pues ello dificultaría la continuación de la colusión, es decir, de llegar a nuevos acuerdos. Si en

una industria, los nuevos productos son desarrollados con rapidez (como en el mercado informático), los acuerdos rara vez funcionan. Y esto es evidente en el caso del pollo.

- El hecho que las exportaciones hayan aumentado puede deberse al nuevo entorno; justamente la estrategia del gobierno es orientar la economía al exterior. Por lo tanto, por lo menos es cuestionable, que la mayor exportación de huevos fértiles sea resultado de la concertación y no de las condiciones económicas generales.

  Más que una concertación con el objetivo de abusar de la posición de dominio en el mercado, puede tratarse sólo de un ajuste de la oferta a la demanda. El sistema competitivo presupone justamente eso: que la oferta se adecúa a la demanda. Como los productores de pollo no controlan todas las etapas del proceso productivo del mismo, es natural pensar que se pongan de acuerdo entre ellos, para estabilizar los precios y evitar fluctuaciones bruscas. Esto es deseable desde el punto de vista competitivo; más aún, los precios del pollo presentan una tendencia declinante, por lo que no es claro que se haya perjudicado al consumidor (a pesar que el espíritu es penalizar la concentración *per se* y no sus consecuencias).

- Una objeción relevante está vinculada a lo que se considera «ideal», pues a partir del contraste con esa situación es que se determina la falta. La teoría económica define el modelo de competencia perfecta, como una situación ideal que rara vez (por no decir nunca) ocurre en la realidad. Esto ocurre por la cantidad de supuestos que la definen, a saber, muchos competidores, muchos vendedores, producto homogéneo, información perfecta de todos los agentes económicos involucrados en el proceso y libertad de entrada y salida de agentes del mercado. En esas circunstancias, el precio será igual al costo marginal (en el sentido económico del término) y será determinado por el libre mercado. Ningún agente económico tiene poder, individualmente, para influir en el precio. Dado lo restrictivo de las condiciones de partida, ningún mercado las cumple fielmente. Desde esta óptica, la competencia perfecta es deseable, pero como un ideal y no una realidad. El punto está en lo que significa el término «competencia» en este contexto, pues implica que no existe competencia por precios, pues nadie puede alterarlo. Basta observar la realidad, para notar que en todos los mercados existe competencia por precios, a través de la publicidad, campañas promocionales, etc. Dicho de otro modo, las industrias no son competitivas, económicamente hablando, sino que por lo general alguna o algunas de las empresas tienen cierto poder sobre el precio. Las estructuras de mercado que más se acercan a la realidad son la competencia monopolística y el oligopolio.

- Dada la magnitud de las multas, «el remedio puede ser peor que la enfermedad». En la situación actual, las empresas difícilmente podrán cumplir con las mismas, pues el intento las llevaría a la quiebra. A partir de ahí, lo más probable es que se forme un nuevo oligopolio, con actores que afinarán sus prácticas para saltar a Indecopi. Adicionalmente a esto, puede producirse una externalidad negativa para el resto de la economía, pues ningún agente, deseará ajustarse ante un cambio en las condiciones del mercado, pues existirá el temor de que Indecopi lo observe como una práctica anticompetitiva. Y ello limitaría la competencia y la innovación en lugar de promoverla. Dicho de otro modo, cualquier cambio en precios, representaría a un acuerdo. Esto es totalmente refutable. No se analizan las otras condiciones que determinan los precios,

como la demanda y los costos. Si los costos siguieron a los precios, es ilógico pensar que sus variaciones se deben exclusivamente a acuerdos de colusión.

En la legislación norteamericana, tan pronto se constata la existencia de un determinado acuerdo tendiente a restringir la competencia, la sanción legal debe recaer sobre tal práctica, sin considerar si en ella concurren circunstancias que lo hagan razonable. La fijación concertada de precios es una típica infracción *per se* bajo la legislación *antitrust* de los Estados Unidos.

No olvidemos que en Estados Unidos se ha producido importantes controversias sobre cuál tendencia debe ser aplicada, si la «*per se condemnation theory*» o la «*rule of reason*», pero como es sabido en el campo de las prácticas restrictivas explícitas o desnudas la teoría del «*per se condemnation theory*» es aplicable. La jurisprudencia norteamericana es más severa en este tipo de prácticas que con otras conductas del campo de la protección de la libre competencia.

No podemos dejar de señalar que en los últimos cuarenta años las cortes y órganos administrativos americanos se han alejado de la regla *per se* privilegiando un análisis estructural funcional del mercado en el cual se analizan los efectos procompetitivos o anticompetitivos de la conducta bajo estudio.

La prohibición en la legislación norteamericana se extiende no solo a aquellos actos que dan lugar a los precios acordados sino también a los supuestos sobre los que se actúa concertadamente con la finalidad de alterar los precios. El derecho antimonopólico americano sanciona las conductas concertadas con relación a los precios en la medida en que sus efectos restrinjan la competencia.

Los elementos que permiten justificar una conducta concertada que incida sobre la formación de los precios, bajo el derecho estadounidense, son marcadamente más reducidos que bajo otros regímenes jurídicos. En este sentido la legislación estadounidense es mucho más severa cuando enfrenta las restricciones a la libre competencia si estas prácticas tienen relación con los precios.

En la legislación de la Defensa de la Libre Competencia en el Mercado Común encontramos el Artículo 85.1 el cual en su apartado (a) prohíbe expresamente aquellos acuerdos que «consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción». Las posibilidades que estos acuerdos se consideren justificados conforme a los criterios del Artículo 85 inciso 3 del Tratado de Roma son muy difíciles. Las exenciones previstas se ha otorgado únicamente en circunstancias excepcionales.

Guillermo Cabanellas[1014] señala los casos que se comprenden dentro de la prohibición de conductas horizontales relativas a los precios, prevista en el Artículo 85 inciso 1 a) del Tratado de Roma. Así, menciona los siguientes:

a. Acuerdos que fijan precios de venta y reventa, y que limitan determinados descuentos.

b. Acuerdos destinados a evitar las ventas por debajo del costo, o evitar descuentos no relacionados con los costos, o el cobro de precios distintos a los publicitados.

[1014] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, pp. 328-329.

c. Sistemas de precios recomendados por una organización empresarial.

d. Acuerdos entre los miembros de una asociación empresarial para imponer determinados precios sobre los distribuidores.

e. Mecanismos destinados a compensar a determinados productores en caso que vendan fuera de su mercado local a precios distintos de los vigentes en éste.

f. Convenios destinados a fijar un mecanismo uniforme de cálculo de precios, particularmente en relación con el punto geográfico a utilizarse como base de tal cálculo.

g. Acuerdos mediante los cuales se establecen márgenes de comercialización a ser aplicados por los distribuidores sobre ciertos productos, convenidos por aquéllos.

Una empresa puede tener la capacidad de lograr que los precios aumenten, al elevar sus precios por encima de niveles competitivos. Para que una empresa pueda lograr elevar sus precios frente a un competidor significa que ella posee considerable control directo o indirecto del mercado relevante. Esta conducta no es considerada una práctica que restrinja la libre competencia y sea sancionada en la mayoría de las legislaciones sobre competencia.

Una forma de fijar precios en forma indirecta es a través de la conformación de cárteles. Esto sí vendría a ser una restricción de la competencia porque se priva al consumidor de opciones en el mercado.

2.6.1.5. Otras Concertaciones de Precios

Von Kalinowsky señala sobre la concertación de precios lo siguiente:

Fijación de Precios[1015]

Las restricciones explícitas o desnudas son aquellas prácticas «que siempre o casi siempre tenderán a restringir la competencia o reducir la producción. Estos son *per se* ilegales y anticompetitivos»[1016]. Entre las restricciones consideradas *per se* ilegales están los acuerdos explícitos de precios, tanto horizontales como verticales.

Concertación de Precios

Esta conducta se define como cualquier combinación creada con el propósito y con el efecto de subir, rebajar, fijar o estabilizar el precio de un *commodity* o servicio.

Las Cortes no investigarán si se fijaron precios mínimos o máximos o estudiar los intentos de justificar la conducta, tales como que los precios son razonables, o que existía una tendencia a la baja en el mercado o que los motivos para los acusados no eran anticompetitivos. Ninguno de estos argumentos será considerado.

[1015] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, pp. 1-1 a 1-3.

[1016] Broadcast Music Inc. vs. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1, 9-10, 99 S. Ct. 1551, 60 L. Ed. 2d 1 (1979). VON KALINOSWSKI, Julian; SULLIVAN, Peter y MCGUIRL. *Antitrust Laws & Trade Regulation.* 2da. Edición, Capítulo 12.

Se presentan restricciones de precios tanto por acuerdos horizontales como verticales. Las restricciones verticales son prácticas en la distribución que permiten a un fabricante o mayorista, en la cadena de distribución, controlar el precio de reventa de su comprador en el mercado. Las restricciones horizontales de precio se refieren a los acuerdos entre dos o más competidores ubicados en un mismo nivel del ciclo productivo o de distribución de acuerdos que interfieren con la fijación libre de precios en un mercado competitivo.

Sobre estas restricciones verticales Gellhorn y Kovacic señalan:

> « **Restricciones Horizontales**
>
> La política legislativa asume que la sociedad en su conjunto puede perder los beneficios de la competencia si a los rivales se les permite juntarse y consolidar su poder de mercado. Los acuerdos para restringir la producción y aumentar los precios por encima del nivel competitivo directamente impiden la competencia. Los actos colectivos para excluir a los rivales del mercado pueden lograr los mismos efectos negativos. Si bien las cortes asumen la existencia de estos resultados indeseables, un análisis cuidadoso de los cárteles también revela que estos acuerdos no benefician a cada parte que integra el cártel. Más aún, la investigación conjunta, los acuerdos de producción o de mercado pueden reducir los costos e incrementar la competencia. Por ello debe evaluarse si la conducta del acuerdo horizontal debe ser condenada automáticamente o si solo debe serlo si de hecho causa un daño significativo»[1017].

Precios predatorios[1018]

La política de precios de una empresa puede confrontar las normas *antitrust* aún en ausencia de combinaciones o conspiraciones verticales u horizontales.

Existen dos formas en las cuales la conducta de una firma actuando en forma individual genera problemas a la libre competencia. Estas son: los precios predatorios y los precios discriminatorios.

Los precios predatorios son una forma de manipular los precios fijándolos bajo el costo con la intención de destruir a la competencia. Esta prohibido en la sección 2 del *Sherman Act* cuando estos son usados para adquirir un poder monopólico y bajo la sección 2(a) del *Robinson-Patman Act* cuando se les usa para discriminar entre competidores.

La discriminación de precios, en la forma de precios predatorios, es ilegal bajo la sección 2(a) del *Clayton Act*. La pregunta básica bajo el *Clayton Act* es si la intención del vendedor al reducir sus precios fue predatoria. El requisito del intento puede ser acreditado con expresiones verbales o escritas en un intento expreso (evidencia directa). También se puede inferir de circunstancias tales como la conducta del mercado, política de precios y tamaño relativo de la empresa.

Sin embargo, pareciera que cualquier restricción impuesta a la posibilidad o la habilidad de las empresas para reducir sus precios (predatorios o no) está equivocada y es contraria a los objetivos claves del Sherman Act. Más aún, podría argumentarse que fijar precios bajos

---

[1017] GELLHORN y KOVACIC (1994). *Op. cit.*, pp. 156.

[1018] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, pp. 4-1 a 4-4.

tiene efectos procompetitivos. El riesgo no está en esta política agresiva sino en las consecuencias del largo plazo.

En el caso Matsushita Electrical Industrial Co. v. Zenith Radio Co., 475 U.S. 74 (1986) el demandante afirmó que el denunciado había incurrido en precios predatorios estableciendo precios bajo el costo por un tiempo extenso. La Corte la halló poco plausible. A los demandantes se les exigió que aporten evidencia concreta que excluya la posibilidad que los denunciados actuaron independientemente en fijar sus precios en los Estados Unidos. No es coherente, señaló la Corte, que una firma pueda mantener precios bajo el costo por un extenso periodo pues no podrá recuperar las pérdidas.

No olvidemos, antes que nada, que la reducción de precios beneficia directamente a los consumidores ofreciéndoles menores precios. Más aún, las reducciones de precios actúan como un límite a la habilidad de las firmas dominantes en mercado concentrado a que continúen ejerciendo poder de mercado, razón por la cual las cortes no favorecen los reclamos de empresas contra los precios predatorios.

A pesar de los aparentes efectos procompetitivos de los recortes de precios los precios predatorios pueden afectar adversamente la competencia si una firma intencionalmente recorta sus precios por un periodo suficiente de modo que el resultado es la eliminación de la competencia, al eliminar a los competidores.

El recorte de precios, en este caso, sí es anticompetitivo porque elimina a los competidores del mercado. Una vez que la competencia está eliminada la firma que mantiene una política predatoria puede elevar sus precios a niveles monopólicos y herir a los consumidores con altos precios.

Joskow y Klevorick definen el concepto de precios predatorios en los siguientes términos:

> «Los precios predatorios involucran una reducción de precios en el corto plazo de modo tal de sacar del mercado o desalentar a las empresas ingresar al mismo. Es un esfuerzo para ganar altas utilidades a través de mayores precios en el largo plazo, con precios superiores a aquellos que se hubieran podido ganar si la reducción de precios no se hubiera efectuado»[1019].

Una vez que la competencia sale del mercado la firma que ha desarrollado una política predatoria no sólo se recupera de las utilidades pérdidas durante el periodo de la reducción sino que puede fijar precios no competitivos y sumamente altos por un largo plazo. La habilidad para recuperar las utilidades es un elemento clave en cualquier proceso sobre precios predatorios[1020].

Las cortes no favorecen ni ven con buenos ojos las denuncias de precios predatorios, considerando los casos muy raros y no pausibles. Se debe probar varios aspectos:

1. El demandante que busca establecer que ha sido víctima de un daño competitivo debe probar fehacientemente que los precios quejados están bajo la apropiada medida de costos.

[1019] JOSKOW y KLEVORICK. «A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89», *Yale L.J.* 213, 219-220 (1979).

[1020] VON KALINOSWSKI; SULLIVAN y MCGUIRL (s/f). *Op. cit.*, p. 29.

2. El predador tiene una peligrosa probabilidad de recuperar su inversión de precios bajo costo en el corto plazo, a costa del mercado.

Bajo la *Robinson-Patman Act*, debe probarse que la firma predatoria tiene el propósito de recuperar los precios bajo costo a través de precios supra competitivos.

Sólo pueden existir precios predatorios si se acreditan precios *supra* competitivos o si las empresas han celebrado actividades en colusión o se trata de un precio oligopolio. No se puede probar o creditar precios predatorios por la simple subida sucesiva de precios.

Medidas apropiadas para determinar el costo

No está claro cuál es la medida que las Cortes deben considerar. Los Cortes utilizan varios estándares:

1. Por debajo del costo variable promedio (costo total variable dividido entre las unidades producidas).
2. Costo promedio total (costo fijo total y costo variable dividido por las unidades producidas).

1. La Corte Suprema ha señalado que la medida apropiada de costo no puede ser el costo promedio total. Más aún, la Corte sugiere que los precios sobre el costo que están por debajo del mercado y de los costos competitivos no pueden perjudicar a la competencia.
2. Por debajo del costo incremental.
3. Por debajo de la utilidad de corto plazo que maximiza precios.

La más conocida definición de precios predatorios es la elaborada por los profesores Areeda & Turner. Según estos académicos un precio no debe ser considerado predatorio si iguala o excede el costo marginal de producir el producto. Si las firmas no reportan estos costos marginales de producción los autores sugieren usar el costo variable promedio como evidencia.

Cuando una firma fija precios igualando el costo marginal sólo las firmas menos eficientes sufrirán pérdidas por unidad de producción a ese nivel de precio.

El costo marginal permite que los recursos se asignen apropiadamente desde que el precio señala con precisión el costo verdadero de los productos.

Desde un inicio del proceso la firma demandante debe demostrar a la Corte que es probable que sucumba al esquema de precios predatorios de la firma denunciada y que el mismo la elimina del mercado. Tres son los factores que se comprenden:

a. La naturaleza y cantidad de la producción de los bienes involucrados.
b. La posición relativa de la firma predatoria y su meta u objetivo en el mercado.
c. Debe demostrarse que es posible en una segunda etapa que la firma denunciada pueda cobrar precios supercompetitivos.

Este análisis involucra el estudio del mercado relevante. Si este análisis, por ejemplo, muestra que el mercado es altamente difuso y competitivo, o que el ingreso es fácil, o que el denunciado carece de capacidad instalada excesiva para absorber el mercado de sus rivales y no es capaz de crear rápidamente esta nueva capacidad no se probará la eficiencia de los precios predatorios; así, el demandante debe probar todos estos aspectos o su caso será desestimado. A más de ello el recurrente debe acreditar la posibilidad de cobro de precios *supra* competitivos y que existe la probabilidad que el esquema predatorio alegado pueda causar un incremento en los precios sobre el nivel competitivo en tal nivel que compense los altos gastos del esquema predatorio, incluyendo el tiempo y dinero invertido en él.

Para probar los precios predatorios un demandante debe acreditar que el acusado tiene una alta probabilidad no sólo de alcanzar un monopolio en el mercado sino de mantenerlo el suficiente tiempo como para recuperar sus pérdidas, incluyendo un monto razonable en concepto de retorno del dinero perdido cargando a los consumidores precios monopólicos (etapa de recuperación).

Discriminación de precios

La sección 2 (a) del *Clayton Act* prohíbe a un vendedor vender sus bienes con precios diferenciales que discriminen entre los competidores si ello disminuye la competencia del mercado.

Cuando se promulgó en 1936, la norma tenía como finalidad evitar que las firmas grandes se aprovechen de su poder y lo usen con ventaja en los precios frente a las empresas pequeñas del mercado.

La norma prohíbe la discriminación de precios directa e indirecta. Las diferencias de precios indirectos se presentan principalmente en los servicios, descuentos o ventajas al cliente que son consideradas formas indirectas de discriminación de precio.

Existen varias defensas ante la acusación del uso de precios predatorios. Mencionaremos algunas:

a. El vendedor puede demostrar que las diferencias de precios están justificadas por los costos de los productos o del servicio que otorga.

b. Son el resultado de medidas gerenciales adoptadas de buena fe para enfrentar a la dura competencia.

c. Se han adoptado debido a las condiciones cambiantes del mercado.

d. Asimismo pueden obedecer al hecho que los descuentos son funcionales y legítimos.

A fin de estudiar las consecuencias jurídicas procederemos al análisis de la figura. Para la norma deben existir al menos dos ventas o dos compras y estas deben ser contemporáneas. Las operaciones deben ser razonablemente contemporáneas, esto es, debe mediar un tiempo corto o simultáneo. Cada caso se verifica en sus propios méritos.

Para incurrir en la figura de precios discriminatorios se requiere un período más corto, si los precios en la industria cambian velozmente por efecto de obsolescencia. Existen

industrias con una alta tasa de innovación como son la cibernética, robótica, telecomunicaciones, etc.

> «Por ello se debe tomar en cuenta el carácter de la industria del vendedor, la naturaleza del producto y la extensión del tiempo que transcurre entre las dos ventas»[1021].

Se presentan problemas cuando una corporación es dueña de una empresa (subsidiaria) a la cual le vende. La regla general es que el demandante debe acreditar algo más que la existencia formal de dos empresas para que la operación de venta sea considerada como una venta discriminatoria. La defensa debe acreditar el control de una empresa por la otra o que la matriz controla efectivamente el sistema de fijación de precios y la distribución de los productos.

Si las operaciones se consideran ventas y estas tienen claras diferencias en cuanto precios entre las realizadas por la matriz con su filial y las de la matriz con terceros entonces si se incurre en discriminación de precios. La doctrina actual no considera ventas las transferencias al interior de una empresa (ventas entre departamentos o unidades de negocio al interior de una corporación).

Con referencia a los productos podemos señalar que la norma habla de bienes similares o de calidad equivalente. Esto requiere responder dos preguntas:

1. ¿Son los *commodities* o productos genéricos físicamente similares o idénticos? Si es así. ¿A qué se le denomina de similar clase o calidad, aunque sean vendidos bajo marcas diferentes o tengan preferencias distintas de los consumidores?

2. ¿Involucran los *commodities* o genéricos una diferencia física distinta y legítima que afecte el uso que le da el consumidor, o su preferencia en el mercadeo?

El criterio de similar grado y calidad se halla razonablemente restringido a la discriminación de precios en todas las transacciones de negocios privados. Este concepto fue diseñado como una guía frente a aquellas transacciones comerciales que son insuficientemente comparables para ser reguladas por esta ley[1022].

El caso más importante dentro de la legislación americana es FTC vs. Borden Co 383 U.S. 637, 647 86 S. Ct. 1092 16 L. Ed. 2d. 53 (1966). La Corte Suprema sostuvo que productos física y químicamente iguales —uno vendido bajo una marca a nivel nacional y el otro bajo una marca privada— son equivalentes en cuanto calidad y tipo, aún cuando aquellos que se vendían con la marca general y reconocida tenía las preferencias de los consumidores. No puede diferenciarse un producto sólo en base a la preferencia en la marca que motive a los consumidores a pagar más.

Así pues las diferencias físicas y químicas deben ser reales y afectar el uso, consumo, preferencia o comercialización del producto.

[1021] Atty Gen Rep 120 (supp. 1968).

[1022] FTC vs. Anheuser-Busch, Inc., 363 U.S. 356 (1960).

La definición del precio

La norma sobre la discriminación en los precios no requiere probar intento de discriminar. En este sentido es objetiva, basta la comprobación de una diferencia en los precios. El precio significa el monto neto realmente pagado o entregado por los bienes[1023].

El precio puede ser definido como:

1. La cotización en la factura sometida al comprador, sin considerar si la factura contiene cargos por transporte asumidos por el vendedor, menos
2. Cualquier descuento, compensación o ventajas no reflejadas en la factura.

Si los precios son cotizados en planta (Ex Fab) el tema del transporte no se toma en cuenta. Si estas ventajas del transporte se confieren a unos y a otros no, entonces puede incurrirse en discriminación de precios. Un vendedor debe ofrecer las mismas ventajas y concesiones a sus clientes (descuentos, compensaciones, ventajas, retorno contra crédito). Salvo razones debidamente justificadas, bajo el riesgo de incurrir en esta causal de discriminación de precios.

2.6.2. La división de mercados, clientes y/o productos

Este concepto es tomado en cuenta en el inciso b) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701:

b. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento

La práctica restrictiva objeto de prohibición expresa que son los acuerdos sobre fijación de precios y aún en estos casos la doctrina moderna, sobre todo la europea, considera que debe analizar la conducta caso por caso, pues pueden existir raras ocasiones en que estos acuerdos podrían ser beneficiosos para la eficacia del mercado o la competencia en sí.

Con respecto a las demás prácticas restrictivas, se sigue un criterio menos rígido que el que regula la fijación horizontal de precios, a fin de determinar su legalidad o no. Para determinar la legalidad de estas prácticas se sigue la regla de la razón lo que obliga a considerar nociones como eficiencia, el beneficio a los consumidores, desarrollo a la comunidad y razones de interés público.

Algunas restricciones están encaminadas a reducir el riesgo de los participantes o aminorar los costos de transacción, otras a facilitar la entrada al mercado, o mejorar la distribución de los productos. En general, se produce una mayor eficiencia en el mercado si se mejora la competitividad. Podemos afirmar que existen prácticas perjudiciales y prácticas beneficiosas al mercado.

Existe consenso en la doctrina en el sentido que la probabilidad que restricciones verticales sean contrarias a la competencia dependerá en gran parte de la estructura del mercado, de las cuotas de mercado de las empresas interesadas, de la existencia o no de

[1023] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*

posiciones de dominio en el mercado, y de la proporción del mercado afectada por la restricción o las barreras de entrada.

Nos vamos a referir al reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Esta es una manera indirecta de fijación de precios, y por lo tanto es considerada una práctica restrictiva de la libre competencia condenada *per se* a nivel horizontal.

En nuestra legislación todo acuerdo o convenio en virtud del cual un grupo de competidores decide una división territorial de un mercado es considerada un acuerdo prohibido y por lo tanto merecedor de sanción. Es pues una de las restricciones explícitas o desnudas condenables en todos los sistemas de defensa de la libre competencia.

La división territorial de mercados es el acuerdo de no entrar en ciertos territorios, o los convenios de venta de ciertos productos en un mercado y de ciertos productos en otros, el establecimiento de cuotas, el asignar líneas de productos específicos, el acuerdo de mantenerse fuera del mercado un competidor del otro. Todas estas son algunas de las variadas formas de reparto de mercado.

Thomas Morgan en su obra «*Modern Antitrust Law*» señala que se define como el acuerdo entre competidores en virtud del cual se dividen territorios o clientes[1024]. Cada competidor se compromete a no vender en el territorio del otro contratante o no vender al cliente del otro.

¿Por qué esta conducta es negativa desde un punto de vista económico?

Porque a través de ella cada firma crea una zona donde no tendrá competencia, lo que le permite reducir su oferta de bienes y servicios e incrementar sus precios.

¿Cuándo una conducta de este tipo podría ser justificada?

Existe un supuesto en el cual la conducta puede ser considerada legal y es cuando la restricción es accesoria o complementaria a un contrato legítimo. A esto se le denomina *ancillary conduct*. Si una restricción es necesaria para que un acuerdo legal se dé y este es un acto o contrato legítimo entonces la restricción puede aceptarse.

Un caso jurisprudencial que hoy, bajo la regla de la razón, sería juzgado de diferente modo es el de Topco Associates Inc. Un número apreciable de pequeñas tiendas se organizaron como una cadena integrada de distribución constituyendo una cooperativa de compra. Acorde a sus estatutos cada miembro tenía derecho a un territorio exclusivo donde podía vender sus productos. Los estatutos regulaban la organización y el cumplimiento de los acuerdos. Esta medida les permitiría competir con grandes cadenas de distribución nacional. En la época del proceso, Topco fue encontrado ilegal pues se la juzgó bajo la regla *per se*. Hoy se usaría la regla de la razón y los resultados podrían ser contrarios pues su coordinación incrementa la competencia en el mercado no la reduce[1025].

Otro caso de interés ocurrió en el Estado de Georgia donde una empresa acordó con su competidora abandonar el Estado contra el pago de un porcentaje del incremento en

[1024] MORGAN, Thomas. *Modern Antitrust Law.*

[1025] *Ibidem.*

las ventas que lograría la firma que permanecía en el Estado. Esto implica una división del mercado y es *per se* ilegal, aunque actualmente y bajo ciertas circunstancias algunas Cortes aplicarían la *rule of reason*[1026].

La división de mercados puede ser directa o indirecta. Un ejemplo de división indirecta es la United States vs. Sealy Inc., 388 U.S. 350 (1967). Los colchones Sealy eran vendidos a través de distribuidores franquiciados. Las franquicias controlaban al franquiciante por ser ellos los dueños del franquiciante y por ello controlaban las operaciones de mercadeo del franquiciante y podían dividir el mercado tal como les parecía. La Corte Suprema consideró ilegal este tipo de arreglo.

¿Cuáles son los tipos de división de mercados?

Los acuerdos para dividir los mercados son ilegales si dividen territorios, clientes y/o productos.

Guillermo Cabanellas[1027] considera que «debe tenerse en cuenta que la división del mercado puede resultar una forma indirecta de otro tipo de operaciones. Así, por ejemplo, dos empresas, una de las cuáles tiene su planta en el este del país y la otra en el oeste, que distribuyen sus productos en todo el territorio nacional, pueden acordar que atenderán sus ventas en las zonas vecinas a las plantas de sus competidores con los productos de éstas. El efecto del acuerdo de esta especie será probablemente crear o fortalecer una división de mercados geográficos entre las dos empresas involucradas. Tal división, sin embargo, puede considerarse como resultado necesario de la estructura de costos del sector productivo considerado, y la concertación de la demanda en relación con las plantas más cercanas a los consumidores será una consecuencia que resultaría en condiciones competitivas no sujetas a restricciones».

Como hemos señalado las cuotas de participación entre grupos de competidores, imponiendo multas y sanciones a los infractores, viene a constituir un reparto de mercado y por lo tanto un acuerdo que atenta contra la libre competencia, aún en aquellos casos en los cuales se trate de competidores que no tienen una participación considerable del mercado. En todo caso se está frente a una práctica restrictiva de la libre competencia.

Guillermo Cabanellas[1028] comenta que «la prohibición contra las divisiones de mercados se aplica aun cuando sea el resultado de acuerdos tácitos o de conductas equivalentes a un paralelismo consciente indicativo de concertación entre varias empresas en materia de distribución de mercados. Igual regla se aplica a los acuerdos que, al asegurar una participación mínima de las empresas intervinientes en la comercialización de los productos de las demás en sus mercados nacionales, impiden una competencia efectiva en éstos, limitando las posibles rebajas de precio que podrían ser llevadas a cabo por otros distribuidores a fin de aumentar su participación de tales mercados».

El Artículo 85.1 del Tratado de Roma en su literal c) prohíbe los acuerdos para «repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento». Es decir, prohíbe los acuerdos que son

[1026] *Ibidem.*

[1027] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, pp. 433-434.

[1028] *Ibidem*, p. 438.

exclusivos entre productores, la concesión de derechos exclusivos de venta a un competidor en un determinado territorio, y la distribución del mercado entre los distribuidores. Tales acuerdos generalmente forman parte de acuerdos más amplios de cárteles de fijación de precios o reparto de mercados.

Christopher Bellany y Graham Child,[1029] expresan sobre el particular que «El Tribunal de Justicia señaló en Technique Minüre que debió prestarse una especial atención a si el acuerdo era capaz de compartimentar el mercado de determinados productos entre los Estados miembros. El requisito de que el acuerdo pueda afectar el comercio esta claramente cumplido si podría dar lugar a una compartimentación de los mercados nacionales, dificultando de este modo la interpenetración económica que el Tratado pretende conseguir». Asimismo, el Tribunal de Justicia mantuvo «que un acuerdo que se extendía sobre todo el territorio de un Estado miembro por su propia naturaleza tenía el efecto de reforzar la compartimentación de los mercados siguiendo las fronteras nacionales e impidiendo por ello los objetivos del Tratado CEE».

Asimismo, en dicho Tratado, el ejercicio del derecho en virtud de una licencia de marca para obtener una partición del mercado común es una conducta contraria al artículo 85.1. Principios similares se aplican a licencias de patentes y de *know how*, aunque algunas licencias de patentes pueden beneficiarse de la exención.

El Reglamento (CEE) 240/96 promulgado el 31 de Enero de 1996 derogó el Reglamento (CEE) 2349/84 del 23 de Julio de 1984, aplicable a las exenciones por categoría aplicable a los acuerdos de licencia de patentes y asimismo derogó el Reglamento (CEE) 556/88 del 30 de Noviembre de 1988, aplicable a los acuerdos de licencia de know-how, unificando en un solo reglamento las exenciones por categoría para los acuerdos de licencia de patente, los acuerdos de licencia de *know-how*, y los acuerdos de licencia mixtos de licencia de patentes y licencia de *know-how*. Este reglamento extiende su aplicación a los acuerdos que incluyen cláusulas accesorias sobre derechos de propiedad industrial o intelectual como por ejemplo el caso de las marcas.

El Reglamento 240/96 mantiene la misma duración para las cláusulas de exclusividad y las restricciones territoriales impuestas en los acuerdos de licencia de patentes y/o know-how.

Según el artículo 1 del Reglamento 240/96 estas cláusulas se refieren a:

1. La obligación del licenciante de no autorizar a otras empresas la explotación de la tecnología concedida en el territorio concedido;
2. La obligación del licenciante de no explotar él mismo la tecnología concedida en el territorio concedido;
3. La obligación del licenciatario de no explotar la tecnología concedida en el territorio del licenciante dentro del mercado común;
4. La obligación del licenciatario de no fabricar o utilizar el producto bajo licencia o de no utilizar el procedimiento bajo licencia en los territorios del mercado común concedidos a otros licenciatarios;

[1029] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 148.

5. La obligación del licenciatario de no practicar una política activa de comercialización del producto bajo licencia en territorios del mercado común concedidos a otros licenciatarios y, en particular, de no hacer publicidad expresamente destinada a dichos territorios, de no establecer en ellos ninguna sucursal y de no mantener en los mismos ningún almacén para la distribución del producto;
6. La obligación del licenciatario de no comercializar el producto bajo licencia en los territorios concedidos a otros licenciatarios, dentro del mercado común, como respuesta a pedidos de suministro no solicitados;
7. La obligación del licenciatario de utilizar solamente la marca de fábrica del licenciante o la presentación determinada por éste para distinguir el producto bajo licencia durante el período de validez del acuerdo, siempre que no impida al licenciatario identificarse como fabricante del producto bajo licencia; y
8. La obligación del licenciatario de limitar la producción del producto bajo licencia a las cantidades necesarias para la fabricación de sus propios productos, o de cualquier otra forma relacionada con la venta de los mismos, siempre y cuando el licenciatario fije libremente tales cantidades.

Aún con la lista expuesta es posible encontrar cláusulas contrarias al texto del artículo 85 (1) y acuerdos que no son autorizados por considerar que estos limitan la libertad de licenciante para fijar sus precios o son cláusulas de reparto de clientela entre los competidores.

El Artículo 5 del Reglamento 240/96 extiende su ámbito de aplicación a este tipo de acuerdos y a las licencias recíprocas, siempre que las partes no esten sujetas a ninguna restricción territorial en el mercado común con respecto a la fabricación, utilización y comercialización de los productos a que se refieren los acuerdos o con respecto a la utilización de las tecnologías concedidas o compartidas.

El Artículo 85 del Tratado CEE se aplica a las prácticas restrictivas que podrían afectar el comercio entre Estados miembros incluso si las empresas y asociaciones que son parte de las prácticas restrictivas están establecidas o tienen sus oficinas principales fuera de la Comunidad, e incluso si las prácticas restrictivas en cuestión afectan también a los mercados situados fuera de la CEE. Este fue el punto de vista que sostuvo la Comisión en la decisión Pasta de papel[1030].

La repartición de mercados ha sido tratada en la jurisprudencia y doctrina norteamericana. Así tenemos el caso Estados Unidos contra Topco en 1972. La Corte Suprema de los Estados Unidos aplicó el tratamiento *per se* a una serie de acuerdos de división del mercado entre competidores y competidores potenciales en virtud de los cuales las partes acordaron permanecer fuera del territorio uno del otro. La Corte estuvo fuertemente dividida en la decisión porque existían buenas justificaciones desde el punto de vista social y político. Sin embargo, la mayoría de la Corte sostuvo que habían determinados acuerdos como los de la división de los mercados que son ilegales *per se*.

[1030] *Ibidem*, p. 158.

El tratamiento de reparto de mercado es diferente cuando se presenta en el plano vertical:

Asignación de territorios exclusivos a favor de distribuidores.-

Esta medida equivale en el plano horizontal (restricción horizontal) a la división de territorios entre competidores lo que la ley considera *per se* ilegal.

Imaginemos que un fabricante nombra a X, Y, Z distribuidor como distribuidores exclusivos en un territorio determinado. En este territorio el distribuidor puede operar sin interferencia de los demás distribuidores. Al obtener este territorio para sí, o una lista exclusiva de clientes se reduce el número de firmas de las cuales el consumidor final puede comprar sus productos, esto es, el número de alternativas que tiene.

Si bien es cierto que el número de firmas que distribuyen los productos se reduce, también lo es el que al contar con un territorio asegurado las firmas distribuidoras exclusivas invertirán más en los rubros de promoción, servicio y atención al cliente. Las Cortes distinguen dos tipos de competencia al analizar esta conducta. La primera es la competencia dentro de una marca (*intra brand competition*) la que definitivamente se afecta al asignar y definir territorios exclusivos, pero también se presenta otra competencia, la competencia entre marcas (*inter brand competition*) la cual se intensifica al esforzarse cada distribuidor por vender sus productos y que no se vendan los de la competencia. Cada distribuidor exclusivo competirá agresivamente para capturar el mercado manteniendo el nivel necesario de eficiencia para beneficio del consumidor.

Es por esta razón que las Cortes americanas analizarán esta conducta y restricción bajo la regla de la razón.

Galán Corona[1031] precisa que «...la existencia en un mercado de varias empresas sólo puede tener relevancia a efectos de que exista competencia si dichas empresas actúan autónoma y libremente para el logro de sus objetivos, poniendo en práctica sus parámetros de acción y sujetos al riesgo mencionado de que sus clientes o suministradores abandonen la contratación con ellas».

Existe restricción a la competencia si la conducta de las empresas es modificada por convenios, decisiones o conductas, donde las empresas unifican o limitan sus posibilidades de actuación.

Todas las restricciones a la competencia son llevadas a cabo por empresas que a través de conductas o actuaciones unifican, eliminan, y modifican situaciones con la finalidad de falsear o tergiversar la competencia.

Sin embargo, el tratamiento a las prácticas restrictivas es un tema actual y controvertido por los cambios que provoca. Los acuerdos horizontales entre las empresas y en mayor grado, el tratamiento de las restricciones verticales pueden tener efectos positivos y negativos para la competencia. De allí lo apropiado del análisis, caso por caso, para la determinación de si se está incurriendo en una práctica restrictiva de la libre competencia o no.

[1031] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*

En la Resolución 206-97-TDC/INDECOPI[1032] el denunciante Miguel Segundo Ciccia Vásquez EIRL (Civa) y la denunciada la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (Mariscal Cáceres) se señaló «que en la práctica cuatro empresas que ofrecieron el servicio público de transporte terrestre internacional de pasajeros, acordaron juntarse para brindar dicho servicio desde el terminal, para lo cual convinieron en repartirse las rutas a ser cubiertas y que la tarifa de servicio sea fijada por la administradora de dicho local según los términos de los contratos suscritos por ellas y del reglamento interno que declararon conocer».

En opinión de la Sala, el acuerdo mencionado no constituye una práctica restrictiva de la libre competencia establecida en el Artículo 6 del Decreto Legislativo 701. «En este sentido la Sala estableció una diferenciación entre las restricciones a la competencia, cuando mencionó lo siguiente: «por un lado están las restricciones puras, que son aquellas consideradas *per se* ilegales, es decir, que se prohiben objetivamente, independientemente que pueda o no generar daños al mercado, y de otro lado están las restricciones accesorias o complementarias».

Estos acuerdos accesorios o complementarios, si bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados *per se* ilegales ya que pueden provocar la integración de una determinada actividad productiva y, en tal sentido la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos de transacción en beneficio del consumidor. «En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de *joint venture* u otra forma de integración productiva».

Así, la Sala estableció una distinción por un lado de aquellos acuerdos horizontales de fijación de precios y de distribución de mercado, que se consideran *per se* ilegales, de aquellos acuerdos de fijación de precios y distribución de mercado destinados a complementar un acuerdo de cooperación, con la finalidad primordial de optimizar las posibilidades de competencia del grupo integrante.

La Sala señala en estos casos que el reparto de mercado no puede ser considerado ilegal ya que es una asociación convenida entre empresas con la finalidad de lograr una mayor eficiencia del servicio, el consumidor resulta beneficiado ya que el terminal de esta forma le brinda una variedad de destinos, brindando un servicio integral, completo. Por lo tanto en este caso el convenio suscrito entre las empresas no debe considerarse incurso dentro del inciso a) y b) del Decreto Legislativo 701 ya que no constituye una restricción a la libre competencia, muy por el contrario permite ofrecer al consumidor un mejor servicio cumpliéndose en última instancia el objetivo de la libre competencia que es la «protección al consumidor».

Entre los considerandos que analiza la Sala hay uno que es importante señalar y es que la empresa Mariscal Cáceres, poseedora y administradora del terminal, no tiene una posición de dominio en el mercado.

Asimismo es interesante resaltar las conclusiones a las cuales llegó la Sala en la Resolución 0082/TDC-Indecopi[1033] en la cual determinó la existencia de una concertación de precios pero no así de repartición de mercado.

[1032] INDECOPI (1999b). *Op. cit.*

[1033] Resolución 0082-1998/TDC-Indecopi. Expediente 031-96-CLC.

«Así, de una lectura en conjunto de los documentos a los cuales se ha hecho referencia previamente, se desprende la existencia de indicios, corroborados con pruebas directas, de la existencia de prácticas de concertación de precios entre Proquinsa y Silicatos durante el período sancionado. Por otro lado, la empresa apelante no ha brindado ninguna explicación alternativa razonable, sobre las pruebas encontradas en el presente caso, que contradiga aquella a la cual la Sala ha arribado como conclusión.

Sin embargo, no obstante que las pruebas a las cuales se ha hecho referencia previamente acreditan la existencia de acuerdos de precios entre las empresas Silicatos y Proquinsa durante el período comprendido entre agosto de 1993 y octubre de 1994, la Sala considera que, con respecto a la existencia de presuntos acuerdos de reparto de mercado, no existen pruebas ni indicios suficientes que permitan inferir y concluir la existencia de tales acuerdos, por lo que debe declararse infundada la investigación de oficio en dicho extremo».

Sobre la concertación de precios Von Kalinowsky[1034] nos señala:

Control sobre los Precios de Reventa

Cualquier vendedor es libre de fijar los precios a los cuales oferta y vende sus productos a sus distribuidores. La preocupación de las normas *antitrust* surgen en el contexto de la distribución cuando el vendedor trata de controlar el precio de reventa de aquellos compradores que le compraron.

En términos de defensa de la libre competencia a esta figura se la denomina mantenimiento de los precios de re-venta.

La libertad de un vendedor para controlar los precios de re-venta o en el nivel de precios de sus bienes y servicios existe y es válido si se efectúa unilateralmente. Sin embargo si el control es el resultado de un acuerdo, expreso o tácito, entre el vendedor y sus distribuidores entonces este se considerará como fijación vertical de precios lo que está prohibido por la legislación *antitrust*.

Cualquier acuerdo que fije precios mínimos o niveles de precios para los bienes y servicios que se comercialicen a lo largo de la cadena de valor es *per se* ilegal, sin considerar la justificación o la posición del mercado del vendedor. Los acuerdos que fijan un precio máximo están sujetos a la regla de la razón y por ello se deberá investigar si la restricción de precios promueve la competencia en el mercado y de ser este el caso el acuerdo será válido. Si por otro lado se encuentra que el acuerdo afecta la competencia en forma adversa se le considerará una restricción no razonable e ilegal siendo objeto de sanción legal.

Las cortes han considerado dos opciones en virtud de las cuales el vendedor distribuidor o el fabricante puede unilateralmente controlar el precio de reventa de sus bienes y servicios, sin incurrir en responsabilidad legal. Estas son:

1. Pre-anunciar los términos y condiciones bajo los cuales contratará, incluyendo el anuncio de precios sugeridos y anunciar además que cesarán sus relaciones comerciales con aquellos distribuidores que no sigan esta política.

2. El uso de convenios de consignación o relación de agencia.

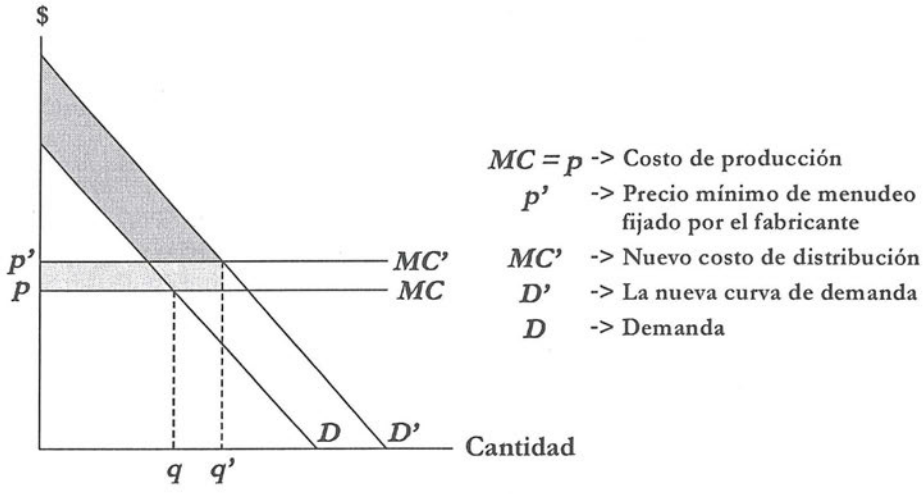
Otra área en la cual se puede limitar, en cierto modo, los precios de re-venta es a través de la licencia de patentes exclusivas.

[1034] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, Capítulo 2.

Al comentar sobre la conservación del precio de reventa, Posner[1035] dice:

«CONSERVACIÓN DEL PRECIO DE REVENTA

Cuando la ley se los permite, los fabricantes fijarán a menudo un precio de reventa por debajo del cual no se permitirá que los distribuidores vendan su producto. En el caso del Dr. Miles, la Suprema Corte sostuvo que, puesto que el resultado es el mismo que si los distribuidores se reunieran y se pusieran de acuerdo sobre el precio que van a cobrar, lo que sería una fijación de precio ilegal, la conservación de un precio de reventa es también ilegal en sí misma[1036]. Este razonamiento olvida la posibilidad de que la conservación del precio de reventa tenga un efecto adicional, ausente en el caso del cártel distribuidor: la provisión de un nivel óptimo de servicios de preventa para el producto del fabricante. Supongamos que hay un servicio de preventa valioso para el consumidor, proveído con mayor eficiencia por el distribuidor que por el fabricante, al que no se le puede fijar un precio separado del precio del producto del fabricante: un salón de exhibición bien provisto, atendido por vendedores corteses y uniformados, sería un ejemplo. El distribuidor que voluntariamente provea este servicio podría ser superado por un distribuidor rival que no lo haga. El segundo distribuidor puede 'gorrear' al primero, instando a sus clientes para que vayan a la tienda del primer distribuidor y luego regresen para darles un precio menor, lo cual puede hacer porque no gasta en la provisión de los refinados servicios de preventa proveídos por el primer distribuidor. Este es un buen ejemplo de un beneficio externo. Proveyendo servicios gratuitos al consumidor, el primer distribuidor confiere un beneficio a los distribuidores rivales de la marca del fabricante.



Un fabricante puede impedir la 'gorra' contra los distribuidores que provean servicios de preventa fijando un precio de menudeo mínimo a un nivel que genere ingresos suficientes por encima de los costos de la mera distribución a fin de que el distribuidor

[1035] POSNER (s/f). *Op. cit.*, p. 509.

[1036] Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons Co., 220 U. S. 373 (1911).

pueda proveer el nivel de servicios deseado por el fabricante. Impedido para competir en el precio, pero libre para competir en el servicio, cada distribuidor invertirá en servicios de preventa destinados a atraer a los consumidores de sus rivales. Esta competencia continuará hasta que los servicios de preventa alcancen el nivel deseado por el fabricante y se eliminen por completo los beneficios monopólicos que habrían ganado los distribuidores si hubiesen vendido al precio fijado sin ofrecer servicio alguno.

Resulta difícil entender que la ley quiera prohibir una práctica que ayuda a superar los problemas de la 'gorra' de los hombres de empresa que respetan la ley, pero tampoco es fácil demostrar que la conservación de un precio de reventa incrementa efectivamente el bienestar económico. Esto puede verse en la gráfica anterior, donde MC = p es el costo de la distribución al menudeo sin más, y es por lo tanto el precio de menudeo cuando no se proveen servicios de preventa; p' es el precio mínimo de menudeo fijado por el fabricante y MC' es el nuevo costo de distribución que incluye el servicio de preventa que p' induce a los distribuidores a ofrecer; y D' es la nueva curva de demanda, más alta, creada por la provisión de los servicios.

El fabricante está en mejor situación porque está vendiendo más y al mismo precio. (El precio que cobra el distribuidor no se ve afectado, o por lo menos no necesariamente tiene que verse afectado, por el hecho de que se fije un precio de reventa y así se generen los cambios indicados en la gráfica). Algunos consumidores estarán en mejor situación, incluidos por definición todos aquellos que compran el producto por primera vez gracias a los servicios que se proveen junto con él. No obstante, otros consumidores estarán en peor situación: quienes pagan un precio mayor que antes de la provisión de servicios de preventa pero no obtienen un beneficio correspondiente.

Los beneficios y los costos se comparan en las áreas sombreadas de la gráfica. El área sombreada entre las curvas de demanda es el beneficio obtenido por conservar el precio de reventa; el área sombreada entre las curvas del costo marginal es el costo. Los beneficios superan al costo, pero la gráfica podría volver a dibujarse sin dificultad para hacer que el costo supere al beneficio, aunque haya una demanda mayor a un precio mayor. La razón es que el beneficio conferido por un fabricante a los consumidores atendiendo a un precio menor que el que podrían verse obligados a pagar bajo un sistema de discriminación de precios perfecta (en otras palabras, el excedente del consumidor) no influye sobre las decisiones del fabricante porque, por definición, no es el receptor del beneficio. Es un beneficio externo, de modo que podría tomar medidas para reducirlo, siempre que así incrementara sus beneficios.

El efecto de la conservación del precio de reventa, que eleva el precio pero también la calidad (donde la calidad incluye los servicios de preventa ofrecidos con un producto), se describe a veces en términos de una disyuntiva entre la competencia de precios y la competencia en variables distintas del precio, lo que es correcto; o entre la competencia con una sola marca y la competencia entre varias marcas, lo que no es correcto. La conservación del precio de reventa limita la competencia de precios entre los distribuidores de la marca cuyo precio de reventa ha fijado el fabricante (la competencia de precios con una sola marca), y así promueve la competencia entre marcas al volver más atractiva la marca del fabricante en relación con otras marcas. (Su mayor atracción se mide por la distancia existente entre q y q'). Sin embargo, la competencia con una sola marca no se reduce; sim-

plemente cambia de la competencia de precios con una sola marca a la competencia de servicio con una sola marca. La conservación del precio de reventa sólo funcionará para un fabricante si induce a sus distribuidores a competir vigorosamente entre sí: sólo en la provisión de servicios, no en la reducción de los precios.

DE LAS FUSIONES AL MONOPOLIO Y EL OLIGOPOLIO

El hecho que una ley que castigaba sólo a la cartelización pudieran evadirla los miembros del cártel consolidándose en una sola empresa, provee de una justificación económica a la negativa de una mayoría de la Suprema Corte, en el caso Northen Securities[1037], a adoptar la posición del presidente Holmes en el sentido de que la Ley Sherman no era aplicable a las fusiones. Sin embargo, Holmes tenía razón cuando se preocupaba por las implicaciones que la ley llegara más allá de los cárteles para abarcar a las fusiones. Las condiciones de la oferta y la demanda en un mercado pueden ser tales que una empresa pueda proveer, a un costo medio menor que el de dos o más empresas, toda la producción demandada; o una empresa podría tener una administración mejor, en cuyas manos valdrían más que ahora los activos de todas las otras empresas. Ambas situaciones podrían conducir a un monopolio mediante una fusión, lo que podría generar ahorros mayores que los costos del precio monopólico resultante. Desafortunadamente, resulta muy difícil distinguir entre las situaciones de esta clase y el caso de una fusión para crear un monopolio que involucre pocos o ningún ahorro.

A pesar de su interés analítico, los monopolios son raros. Los oligopolios (mercados en los que pocas empresas realizan la mayor parte de las ventas) son muy comunes y la cuestión de su importancia competitiva es controversial. En los Estados Unidos las enmiendas hechas en 1950 a la Ley Clayton, que se han interpretado como una imposición de límites estrictos a las fusiones entre competidores, se defienden con frecuencia como necesarias para impedir los oligopolios. El número de empresas en un mercado es relevante para quienes se preocupan por los cárteles, porque entre menos sean las empresas serán menores los costos de coordinar sus políticas, pero hay tantos otros factores relacionados con la propensión a formar cárteles que resulta dudoso que este solo punto justifique una ley draconiana contra las fusiones. Es la opinión de muchos economistas que el oligopolio genera precios por encima de los competitivos aun cuando las decisiones de precios de cada empresa sean independientes, lo que provee la base intelectual de tal ley. El razonamiento es que, por una parte, cada empresa se resistirá a bajar sus precios sabiendo que su rebaja de precio tendrá un efecto tan rápido e importante en la participación en el mercado de sus niveles que éstos imitarán rápidamente la rebaja, lo que eliminará las ganancias de la primera empresa; por otra parte, si la empresa eleva su precio, sus competidores elevarán también sus precios, sabiendo que todos obtendrán mayores beneficios con el precio mayor.

La teoría de la interdependencia tiene problemas y, peor aún, podría ser ociosa. No explica cómo establecen los oligopolistas un precio mayor que el precio competitivo en primer lugar. Si, como la teoría postula, los oligopolistas están muy preocupados por las reacciones de sus rivales ante cualquier cambio del precio, una empresa que esté considerando un aumento del precio se preocuparía por la posibilidad de que sus competidores se

[1037] Northen Securities Co. vs. United States, 193 U. S. 197 (1904).

demoren en imitar el aumento, ya que, al retrasarse ganarían ventas a sus expensas. Otro problema es que resulta indeterminada la estrategia de precios óptima de una empresa que toma en cuenta las reacciones de sus rivales ante sus movimientos de precios. La empresa debe estimar no sólo cómo reaccionará el competidor ante un movimiento dado del precio, sino también cómo reaccionará el competidor ante su reacción y así hasta el infinito.

Un enfoque alternativo consiste en considerar la fijación anticompetitiva de los precios en mercados oligopólicos como una forma especial de la colusión donde la escasez de los vendedores minimiza la necesidad de la comunicación abierta. La teoría del oligopolio se convierte en un caso especial de la teoría de los cárteles aunque hay grandes dudas acerca de que la ley pueda hacer algo para impedir una colusión tan tácita que no se necesitan contactos entre las empresas coludidas para efectuarla[1038]. Sin embargo, quizá pueda impedir el surgimiento de un oligopolio prohibiendo las grandes fusiones horizontales.

2.6.3. Reparto de cuotas de producción

El Decreto Legislativo 701 aplica este concepto en el inciso del artículo 6).

c. El reparto de las cuotas de producción

Las prácticas restrictivas que se prohíben en el Artículo 6 del D. Leg. 701 no producen ningún beneficio social en términos de eficiencia. Por el contrario sus efectos pueden ser altamente anticompetitivos. Estas prácticas en general son consideradas ilegales *per se*. Por excepción y luego de un análisis estructural es posible que algunos acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a las que hace referencia el Artículo 6, sean declaradas válidas, salvo en aquellos casos que por su naturaleza explícita son *per se* ilegales. En estos casos de excepción se aplica la regla de la razón y se concluye que si la restricción contribuye a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones determinadas la restricción será válida.

El reparto de cuotas de producción, contemplado en el inciso c) del Artículo 6, es otra de las formas de limitar la competencia. Toda limitación o restricción de la competencia niega la independencia de las empresas a competir libremente e interfiere en la libre formación de los precios lo que trae un perjuicio para el consumidor.

La disposición c) del Artículo 6 del D. Leg. 701 tiene su antecedente legislativo en el apartado b) del inciso 1 del artículo 85 del Tratado de Roma. Esta norma se refiere a la limitación o control de los mercados, mientras que la disposición peruana se refiere al reparto de las cuotas de producción, concertación de la calidad de los productos, aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Como vemos, se incluye en este artículo aquellas conductas que restringen, falseen o limitan la competencia.

[1038] Véase, por ejemplo, a E.I. Du Pont de Neours & Co. vs. FTC, 729 F.2d 128 (2°.Cir.1984).

El *Sherman Act* y sus normas complementarias prohíben todo tipo de conductas restrictivas de la competencia. Sin embargo, como expresa Guillermo Cabanellas[1039]

> «...muchas de las prácticas anticompetitivas que resultan prohibidas bajo las disposiciones de la Ley de Defensa de la Competencia (Argentina) y del Tratado de Roma(...) son enfocados bajo la legislación estadounidense como restricciones relativas a los precios y sancionados conforme a los criterios vigentes para tales prácticas(...) las prácticas restrictivas relativas a los precios son ilícitos *per se*, situación que sólo se da en determinados supuestos de las conductas a ser analizadas. En el derecho estadounidense para poder distinguir las acciones restrictivas dirigidas a los precios se estudia el propósito o efecto de tales medidas, aún cuando esto se logre incidiendo sobre otros parámetros, como son la producción, o la comercialización, etc.».

La legislación europea es menos estricta que la legislación estadounidense pues el Tratado de Roma toma en consideración los efectos de tales conductas restrictivas sobre la economía en general.

En realidad un acuerdo horizontal que limita la producción constituye una restricción de la libre competencia y técnicamente estaría enmarcada dentro de la fijación de precios o de reparto de mercados. Al reducir la producción y con ello ofrecer menos bienes al mercado se logra elevar los precios pues se crea una falsa situación: al existir menor oferta, sube la demanda y con ello los precios.

Para la Comisión Europea tales acuerdos pueden tener efectos anticompetitivos. Sin embargo, la Comisión está dispuesta a considerar la concesión de una exención. En principio un acuerdo entre empresas competidoras mediante el cual se acuerdan asignar cuotas de fabricación o se limita de otra manera la producción es contrario a la letra y al espíritu del artículo 85.1 pero la Comisión, entre sus prerrogativas, permite la eliminación del exceso estructural de la capacidad productiva para así posibilitar que las industrias afectadas puedan recuperar su capacidad de generar beneficios.

El criterio seguido por la mayoría de las legislaciones defensoras de la libre competencia con respecto a determinar la legalidad o no de otras prácticas comerciales restrictivas horizontales diferentes a la concertación de precios no es tan rígido. En los demás casos citados taxativamente los distintos ordenamientos legales se observa y estudia los criterios de eficiencia, el incremento de la productividad, el beneficio al consumidor, el progreso técnico, las mejoras al medio social, y razones de interés general. En pocas palabras, se analiza cuidadosamente los efectos procompetitivos de la medida; si no es tal y mas bien perjudica la eficiencia del mercado recaerá en sanción.

La decisión de la Comisión Europea en el caso de Fibras Sintéticas citado por Christopher Bellamy Graham Child[1040] ilustra esta situación «la Comisión concedió una exención en virtud del artículo 85.3 a lo que se conoce como un «cártel de crisis». El sector industrial de las fibras sintéticas de la CEE sufría un exceso de capacidad productiva crónica. Las empresas del sector utilizaban aproximadamente un 70% de la capacidad productiva, mientras que el nivel mínimo para que hiciera sentido económico era el 85%. La totalidad de los principales productores de la Comunidad acordaron disminuir su produc-

[1039] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 344.

[1040] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 220.

ción (*output*) para que la capacidad productiva estuviera de acuerdo con la demanda existente. La Comisión sostuvo que el artículo 85.1 había sido infringido por el acuerdo horizontal adoptado por los productores, pero que podía concederse una exención según lo previsto en el artículo 85.3. Aunque en principio fuera cada empresa la que debía determinar su nivel de capacidad, el acuerdo era necesario en las circunstancias para reestablecer la viabilidad de la industria y eliminar las pérdidas y el costo social. Las fuerzas del mercado actuaban demasiado lentamente para obtener los resultados deseados en un período aceptable. Como quiera que tras la reestructuración, continuaría la competencia efectiva, podía concederse una exención al amparo del artículo 85.3. Algunos usuarios de fibras sintéticas recurrieron a la decisión de la Comisión, pero renunciaron posteriormente al recurso.

Se comprende dentro de este inciso y es considerando un reparto de cuota de producción o bien un acuerdo limitativo de la producción, cuando una o ambas partes acuerdan limitar su producción y satisfacer sus necesidades a través del producto de la otra parte o cuando una o ambas partes deciden dividirse la producción y producir bienes específicos y ambas partes suministra una a la otra lo que produce. A esta última modalidad se le conoce como acuerdos de especialización.

Debemos tener cuidado de no generalizar el ámbito de la norma y comprender decisiones racionales de producción entre empresas que participan en complejos procesos tales como las industrias aeronáuticas, espaciales, de telecomunicaciones, etc. Lo que se sanciona no es la división racional de las tareas sino los convenios de exclusión a terceros y la concertación directa o indirecta de precios, esto último a través de la reducción artificial de la producción mediante la asignación de cuotas máximas por miembro del cártel.

2.6.4. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponde a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor

Este criterio es considerado por el inciso d) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701. A saber:

d. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponde a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor

Sobre la «concertación» ya tenemos una definición muy amplia líneas arriba. Por lo tanto pasaremos a analizar lo que se entiende por calidad; ésta es definida por la Real Academia Española como:

> «Del latín *qualitas-atis*. Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a una cosa, que permiten apreciarla como igual, mejor o peor que las restantes de su especie(...). En sentido absoluto, buena calidad, superioridad o excelencia(...). Carácter, ingenio, índole. Condición o requisito que se pone en un contrato(...). Estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para un cargo o dignidad...»[1041].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

[1041] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 365.

«Conjunto de cualidades que constituyen la manera de ser de una persona o cosa. Carácter, genio, índole(...). Superioridad en su línea(...). Importancia o gravedad de una cosa(...). Consideración social, civil o política... »[1042].

En términos jurídicos, Flores Polo define calidad:

«La palabra tiene varias acepciones en Derecho. Condición o requisito que se pone en un contrato. Carácter o índole...»[1043].

Por su parte Cabanellas lo define de la siguiente manera:

«Modo de ser. Carácter o índole. Importancia. Descripción y circunstancias de una persona. Nobleza de linaje. Condición o requisito de un pacto. Estado, naturaleza, edad y otros datos personales o condiciones exigidas para determinados puestos, funciones y dignidades...»[1044].

Desde un punto de vista administrativo-gerencial calidad es sinónimo de productividad en el mercado. Una empresa produce bienes de calidad si estos guardan una relación adecuada entre el bien y el precio que se paga por el mismo, pero sobre todo si en las compras que efectúa el consumidor a lo largo del tiempo recibe siempre el mismo producto. Por ello un producto es de calidad cuando se tiene la seguridad de recibir lo mismo cada vez que se adquiera.

Ahora bien, luego de entender lo que es la calidad, pasaremos a definir lo que se entiende por normas técnicas, ya que la calidad a que se refiere el presente inciso debe respetar las normas técnicas nacionales e internacionales.

La Real Academia Española define norma de la siguiente manera:

«Regla que se debe seguir o a que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etc. Precepto jurídico»[1045].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse señala*:

«Del latín *normam*. Regla general sobre la manera como se debe obrar o hacer una cosa, o por la que se rigen la mayoría de personas. Uso, costumbre: hacer algo por norma. Mandato que establece la forma en que ha de ordenarse una relación social. Criterio o principio discriminatorio al cual se refiere implícita o explícitamente todo juicio de valor en materia estética o moral(...). Tecnológica: Regla que fija las características de un objeto fabricado, así como las condiciones técnicas de fabricación»[1046].

Sobre la «técnica» la Real Academia Española señala lo siguiente:

«Del latín *technicus*. Adjetivo perteneciente o relativo a las ciencias y las artes. Aplícase en particular a las palabras o expresiones empleadas exclusivamente, y con sentido distinto del vulgar, en el lenguaje propio de un arte, ciencia, oficio, etc....»[1047].

1042 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 186.

1043 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 152.

1044 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 23.

1045 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1447.

1046 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 715.

1047 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1950.

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* al definir la «norma técnica» se refiere a aquellas condiciones especificadas que se deben respetar para la fabricación de un producto o bien.

Gómez Leyva, al comentar sobre los estándares técnicos señala que son «acuerdos que limitan la variedad en la producción impidiendo la fabricación de productos diferenciados, se limita el desarrollo técnico o se obstruyen las importaciones»[1048]

Para que una empresa sufra la aplicación del presente inciso debe existir necesariamente una conducta que afecte negativamente al consumidor. Si bien en un modelo de Libre Competencia la concertación de empresas genera un perjuicio; éstos arreglos pueden ser positivos si están referidos a la calidad pues no se desea perjudicar al consumidor.

Esta práctica restrictiva se vincula al concepto de libertad de elección. Los consumidores deben poder contar con toda la gama de productos que las empresas puedan ofertar. Parte de la libertad del consumidor consiste en adquirir bienes de baja calidad al alcance de su capacidad adquisitiva. Cuando se establece por ley estándares mínimos se resta o limita al consumidor su libertad de adquirir bienes de baja calidad que son los únicos que su presupuesto le permite adquirir. Es el consumidor el que optará por una mejor calidad cuando esto le sea económicamente posible hacerlo.

Se incurre en una práctica restrictiva cuando se adopta el acuerdo y se perjudica al consumidor en su libertad de elección. No así cuando las normas surgen del Estado (gobierno central) o municipalidades (gobierno local) y están referidos a la salud e higiene popular industrial.

Sin embargo, no es relevante para el análisis de libre competencia el determinar si la empresa se ha beneficiado con este acuerdo o no, basta la comprobación de la práctica y que ésta ha afectado negativamente al consumidor lo que incluye la restricción a la libertad de elección ya comentada.

Debe tenerse en cuenta que muchas veces el interés de los consumidores resulta perjudicado, aún cuando los precios no hayan sido variados. Este perjuicio surge al reducirse la variedad de productos disponibles, al no mejorar la calidad de los productos o en no mejorar la eficiencia de estos.

Esto puede suceder al elevar el rigor de normas sanitarias o de higiene industrial, etc., tanto internacional como nacional, que obliga a las empresas a coordinar y cumplir. Así, los productores de mangos pueden acordar normas de higiene que los libre de la mosca de la fruta y les permita abrir el mercado americano o los ganaderos adoptar estrictas normas para prevenir males como la aftosa o el virus de las vacas locas.

La práctica que estamos analizando deviene en una práctica restrictiva siempre y cuando afecte negativamente al consumidor. Esto implica que su análisis requerirá siempre la aplicación de la regla de la razón.

Los acuerdos sobre estándares técnicos son variantes particulares de acuerdos horizontales. Estos pueden limitar la producción o dividir los mercados. En ciertas circunstancias la adopción de reglas comunes puede ser deseable.

[1048] GÓMEZ LEYVA (1998). *Op. cit.*, p. 119.

En la Comunidad Económica Europea «un acuerdo horizontal que limite el desarrollo tecnológico mediante el uso restrictivo de estándares técnicos puede entrar en el ámbito del artículo 85.1». El artículo 85.1 no se infringe, si las partes quedan libres de apartarse de los estándares acordados o de fabricar o vender otros productos que no son conformes a tales estándares.

Un acuerdo, en virtud del cual, el uso de una marca de calidad determinada se limita a productos que cumplan determinados estándares técnicos no infringe el artículo 85.1, siempre que la marca se obtenga libremente, y las partes queden libres para fabricar productos con diferentes características, y finalmente que el acuerdo no infrinja de otro modo la competencia. El artículo 85.1, no se infringe si los estándares están objetivamente justificados, por ejemplo, para la protección del consumidor, o no afectan de una manera significativa a la competencia».

La aplicación uniforme de determinados criterios técnicos para la fabricación de ciertos artefactos eléctricos, como el acuerdo que emanaba de tal homogenización, suscrito entre una firma holandesa y varias empresas alemanas, fue considerada como anticompetitiva en los términos del artículo 85 inciso 1b) del Tratado de Roma. Varias empresas alemanas acordaron que al fabricar y distribuir grabadoras de video y video cassettes, observarían los estándares técnicos aplicables al sistema VCR desarrollado por el fabricante holandés Philips. En aquel momento Philips era el fabricante líder de Europa de aparatos de video, y el efecto del acuerdo era impedir a las partes la fabricación o distribución de máquinas de video o video cassettes basadas en otros sistemas o tecnologías.

Emmerich expresa que: «La jurisprudencia de la CE ha declarado que las restricciones en los acuerdos de licencia de patentes son fundamentalmente incompatibles con el artículo 85, primer párrafo, cuando perduran más allá del plazo de duración del contrato, cuando contienen cláusulas de no competir o extienden el derecho industrial a productos libres de competencia y cuando en general son empleados para monopolizar mercados»[1049].

La Ley Sherman y sus normas complementarias, normas americanas regulatorias de la libre competencia, han sido aplicadas por las cortes de modo de comprender en su marco de prohibiciones todo tipo de conductas restrictivas de la competencia.

Muchas de las disposiciones del Tratado de Roma son enfocadas por la legislación estadounidense como restricciones relativas a los precios. No olvidemos que estas restricciones relativas a los precios son ilícitas *per se*. Guillermo Cabanellas considera como criterio distintivo fundamental utilizado en el derecho estadounidense para distinguir las acciones restrictivas dirigidas a los precios es el propósito o efecto de afectar tales valores, aún cuando se logre incidiendo sobre otros parámetros, como son la producción, la comercialización, etc.

2.6.5. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros

A continuación señalaremos el tratamiento de este criterio en el Decreto Legislativo 701:

[1049] ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, citando a EMMERICH.

e. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones.

«Esta conducta refleja una auténtica discriminación. Establecer, para prestaciones equivalentes condiciones diferentes; es una conducta sancionada por ley. Las más frecuentes discriminaciones se presentan en: los precios, los plazos, las condiciones de financiación, las garantías solicitadas, el volumen a suministrar, etc.»[1050].

En resumen esta discriminación refleja la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

Ahora bien, para explicar lo que entendemos por condiciones desiguales debemos proceder a un estudio exegético:

La real Academia Española define desigualdad de la siguiente manera:

«Calidad de desigual(...). Expresión de la falta de igualdad que existe o se supone que existe entre dos cantidades»[1051].

Y sobre el término condición nos señala:

«Índole, naturaleza o propiedad de las cosas(...). Circunstancias que afectan a un proceso o al estado de una persona o cosa...»[1052].

Una vez definidas, las condiciones desiguales, estas, son aplicadas a relaciones comerciales equivalentes, con lo cual se crea una ventaja ilegal para algunos competidores.

Consideramos necesario precisar sobre lo que se entiende por «desventaja», pues esta es la situación en la que se debe encontrar el competidor perjudicado para que se configure la figura señalada en el presente inciso.

La Real Academia Española define desventaja de la siguiente manera:

«Mengua o perjuicio que se nota por comparación de dos cosas, personas o situaciones. Inconveniente, impedimento»[1053].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

[1050] Las Cortes periódicamente han sugerido que la división horizontal de mercados podría estar justificada por la necesidad de evitar ventajas gratuitas a favor de terceros distribuidores (free riding) quienes podrían tomar ventaja de la publicidad a los productos y el servicio que se proporciona por otros distribuidores (General Leaseways vs. National Truck Leasing, 744 F.2d 588 (7th Cir. 1984). Sin embargo todavía la Corte Suprema americana aplica el concepto *per se*. JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 47.

[1051] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 717.

[1052] *Ibidem*, p. 534.

[1053] *Ibidem*, p. 736.

«Circunstancia o situación menos favorable de una persona o cosa con respecto a otra»[1054].

En términos jurídicos, Cabanellas señala lo siguiente:

«Perjuicio, inconveniente u obstáculo al comparar situaciones, personas o cosas. Curso adverso de un litigio o proceso, cuando los hechos, las pruebas o las resoluciones o las resoluciones se desnivelan, en la iniciación o durante el curso, a favor de la parte contraria. Retraso con respecto a otro en una competición o pugna»[1055].

La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes constituye una restricción de la libre competencia y es considerada como tal por las principales legislaciones regulatorias de la competencia. Guillermo Cabanellas[1056] expresa su criterio: «La discriminación en materia de precios o en relación con otros elementos supone que aquéllos no reflejan adecuadamente los costos involucrados en la oferta de los bienes o servicios respecto de los cuales se discrimina. Tal discriminación permite, asimismo instrumentar maniobras anticompetitivas de mayores dimensiones e importancia, al obstaculizar las operaciones de las partes que son víctimas de condiciones diferenciales perjudiciales».

Estas condiciones diferenciales a que se refiere Cabanellas llevan consigo situaciones anticompetitivas. La discriminación tiene como última finalidad limitar la competencia o restringir o impedir ésta. En cualquiera de las circunstancias la práctica deriva en una situación perjudicial para el competidor y para el consumidor.

Pueden presentarse diferencias de precios y diferencias de prestaciones cuando nos referimos a productos o servicios aparentemente iguales pero que no tienen la misma calidad. En este caso es válido que se permita aplicar condiciones desiguales porque las prestaciones no son equivalentes.

Debemos tener presente que el análisis de esta práctica se estudia bajo la regla de la razón lo que permite demostrar a la empresa bajo investigación su versión.

Las prácticas comerciales generalmente aceptadas son aquellas que no impiden, restringen o falsean la competencia, ya sea que estén reconocidas normativamente o no.

Sobre el término «descuentos», la Real Academia Española dice:

«Acción y efecto de descontar. Rebaja, compensación de una parte de la deuda. Operación de adquirir antes del vencimiento valores generalmente endosables. Cantidad que se rebaja del importe de los valores para retribuir esta operación...»[1057].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

«Cesión de un efecto comercial antes de su vencimiento por un importe inferior a su valor nominal. Diferencia entre el valor nominal de un efecto comercial y el valor efectivo, después del descuento. Ejercicio del derecho, concedido en la adquisición de un título, de reclamar su entrega en un plazo(...). Reducción sobre el precio de venta de un artículo, otorgada al comprador...»[1058].

En términos jurídicos, Flores Polo señala, sobre el acto de descontar:

[1054] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 340.

[1055] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 220.

[1056] *Ibidem*, p. 533.

[1057] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 705.

[1058] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 330.

«En el uso comercial, conceder rebajas o descuentos. Es frecuente en el medio comercial el descuento por mayor volumen de compras, o por pago al contado. En Derecho Bancario, es la operación por la cual un banco anticipa al portador de un título valor o efecto negociable, el importe de éste, contra transferencia en su valor de la propiedad de un documento. Generalmente, el banco cobra una comisión de descuento que responde a los intereses de la suma anticipada hasta el vencimiento del documento. Cuando los bancos descuentan a su vez a otros bancos los documentos que ellos han descontado a sus clientes, la operación se denomina redescuento»[1059].

Por su parte Cabanellas señala sobre descuento:

«Acción y efecto de descontar. Rebaja o compensación parcial de deuda. Operación mercantil consistente en adquirir antes del vencimiento valores endosables. Cantidad que se descuenta o se rebaja del importe de una letra, pagaré u otro documento mercantil para abonarla antes de vencer. Premio que a veces se concede al deudor para pagar antes de vencer el plazo. Rebaja en el precio de una mercancía, cuando se efectúa la operación de un comerciante a otro, por razones de amistad, de haber pasado de actualidad el producto, de haberse averiado por propaganda u otras causas. Cantidad que se deduce de sueldos o haberes, por contribución a fondos jubilatorios, sindicales, de montepío y otros motivos. Constituye una retención anticipada, que puede deberse a circunstancias también excepcionales, como la de embargos. También se recurre a este descuento, a favor del Estado y otras corporaciones públicas, por el impuesto de utilidades o créditos(...). Dentro del Derecho Mercantil, se denomina descuento comercial el calculado sobre el valor nominal del documento; y descuento racional, el cálculo sobre el valor efectivo en el momento del descuento. Todos estos descuentos se justifican jurídicamente con las mismas razones que las aducidas a favor del interés en general: como premio de un capital, simplemente anticipado cuando se efectúa un descuento...»[1060].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* lo define de la siguiente manera:

« Este vocablo, de uso frecuente en el ámbito económico-jurídico, es empleado para calificar diversos actos comunes en la práctica comercial. Es muy dispar la característica técnica de los actos comerciales que esta voz abarca, por cuya razón la designación aplicada no siempre se ajusta estrictamente al verdadero concepto gramatical del vocablo, o de sus sinónimos(...). Comenzando por el caso más vulgar, diremos que es sinónimo de rebaja en los casos de los descuentos de caja. Equivalente a compensación cuando la operación se refiere a la cancelación del saldo impago de una deuda de la que el acreedor hace remisión mediante un descuento global. Se utiliza para designar al coeficiente de ajuste que, bajo la denominación de descuento de venta, sirve para fijar precios reales que los fabricantes o grandes proveedores cobran a sus revendedores o agentes. Puede también ser una faz del interés cuando corresponde al monto que retienen los prestamistas en operaciones específicas, tales como descuentos de documentos...»[1061].

Además señalaremos lo que se entiende por «bonificación». A este respecto la Real Academia Española señala:

«...Conceder, por algún concepto, un aumento, generalmente proporcional y reducido, en una cantidad que alguien ha de cobrar, o un descuento en la que ha de pagar...»[1062].

1059 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 467.

1060 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 182.

1061 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 525.

1062 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 311.

El *Diccionario Enciclopédico Larousse*, lo define de la siguiente manera:

«...Descuento sobre el precio estipulado. Reducción del tipo de impuesto o de la cuota tributaria, que concede el Tesoro...»[1063].

Respecto de las circunstancias compensatorias a la que se refiere el presente inciso, consideramos necesario también definir a la «compensación»:

El término compensación es importante desde el punto civil y comercial. Así, la Real Academia Española señala:

«...Entre banqueros, intercambio de cheques, letras u otros instrumentos de crédito que están en posesión de alguno de ellos y aparecen girados contra otro, con liquidación periódica, ordinariamente cotidiana de los créditos y débitos recíprocos... Modo de extinguir obligaciones vencidas, cumplideras en dinero o en cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y deudoras; y consiste en dar por pagada la deuda de cada uno en cuantía igual a la de su crédito, que se da por cobrado en otro tanto...»[1064].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* conceptúa:

«Acción y efecto de compensar: una compensación económica. Modo de extinción de dos obligaciones recíprocas. Operación financiera en la que las compras y ventas se liquidan mediante transferencias recíprocas..»[1065].

En términos jurídicos, Flores Polo señala:

«Forma de extinción de obligaciones recíprocas hasta el límite de la menor de ellas. Si una de las deudas es superior a la otra, la compensación extingue la primera hasta la concurrencia del monto de la segunda... Etimológicamente, la palabra compensación viene de *cumpensarse* que significa: pesar simultáneamente dos obligaciones, cuyos titulares sean recíprocamente deudor y acreedor; por este sistema, quedan anulados los pesos iguales y sólo restará la diferencia entre ambos. Por ello en la doctrina más solvente, Josserand sostiene que hay compensación cuando dos personas son, respectivamente, acreedoras y deudoras una de otra; las dos relaciones obligatorias se extinguen recíprocamente, se saldan la una por la otra, se compensan por lo menos hasta el límite de la menor de ellas...»[1066].

Por su parte, Cabanellas dice:

«...igualdad resultante de bienes y males, de victorias y derrotas, de esfuerzos y recompensas, de faltas y sanciones. Resarcimiento; nivelación moral. En lo jurídico más estricto, igualdad entre lo dado y lo recibido; entre lo que se adeuda y lo que se nos debe; entre el mal causado y la reparación obtenida...»[1067].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* la define de la siguiente manera:

«La extinción, hasta el límite de la menor, de dos deudas existentes en sentido inverso de las mismas personas: *debiti el crediti inter se contributio.* El deudor extingue su deuda al oponerse al acreedor, como subrogado del cumplimiento, el crédito propio se emplea para la compensa-

---

1063 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 164.

1064 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 522.

1065 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 268.

1066 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, pp. 309-310.

1067 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 228.

ción, al mismo tiempo que se satisface de este crédito mediante acción directa extrajudicial contra el crédito del acreedor, que podría también embargar y realizar en su valor...»[1068].

El legislador peruano en este artículo ha sido muy concreto situándose en todos los casos previsibles en los que podría surgir una práctica restrictiva de la libre competencia. Por ello aborda el otorgamiento de descuentos y bonificaciones. El legislador enfrenta el problema de la realidad comercial que genera relaciones diferentes entre las empresas del mercado, acorde al volumen de transacción que efectúan entre ellos. Por ello no constituye una práctica restrictiva de la libre competencia el tratar en forma diferente a los diferentes.

El derecho estadounidense trata este aspecto en virtud de la Ley Clayton de 1914 donde la discriminación de precios se encuentra expresamente prevista y prohibida en su artículo 2. Los incisos c) d) e) de este artículo 2 consideran en qué circunstancia se equipara el pago de comisiones y descuentos. Así tenemos que:

El inciso c) dispone la ilegalidad de los pagos de comisiones o compensaciones de cualquier especie, así como descuentos que tengan funciones similares, en relación con operaciones de venta, salvo cuando tales pagos sean en contraprestación por servicios prestados en relación con tales operaciones. Esta prohibición sólo se aplica cuando el beneficiario es el comprador, o un representante o intermediario de éste.

El inciso d) prohíbe pagos del tipo descrito en el inciso precedente, aún cuando reflejen una contraprestación por servicios efectivamente prestados, si la oportunidad de operar en iguales condiciones no es también otorgada en términos «proporcionalmente iguales» a los demás compradores que compiten en relación con la distribución de los bienes involucrados.

El inciso e) prohíbe las prácticas discriminatorias que tengan lugar mediante la prestación de servicios adicionales en relación con los productos vendidos, cuando tales prestaciones no sean ofrecidas en términos «proporcionalmente iguales» a los restantes compradores.

El inciso f) extiende la prohibición de las discriminaciones declaradas ilícitas en los restantes incisos de ese artículo a la conducta de las personas que conscientemente las induzcan o acepten.

Cabanellas[1069] al analizar los incisos del artículo 2 de la Ley Clayton advierte que «a diferencia de otras disposiciones de la legislación *antitrust* estadounidense, pueden extraerse de las normas antes descritas numerosos elementos dirigidos a su aplicación en casos concretos y con singular valor desde un ángulo comparativo. A estos últimos efectos debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el artículo 2 de la Ley Clayton sólo se aplica a las ventas de bienes tangibles».

En el derecho comunitario europeo encontramos la aplicación de condiciones discriminatorias respecto de diferentes clientes en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma.

Las acciones anticompetitivas previstas en el Artículo 85 del Tratado de Roma son necesariamente multilaterales y se aplican a todo tipo de contratos y no solamente a los de

[1068] OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 432.

[1069] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 536.

compra-venta. El sentido de la prohibición es evidentemente amplio, comprendiendo todo tipo de acuerdos o prácticas concertadas entre empresas, así como las decisiones de asociaciones de empresas cuyo objeto sea restringir la competencia. Como dice Galán Corona[1070]: «Basta, pues, toda colusión entre empresas con el objeto o el efecto de restringir la competencia para ser prohibido, sin considerar si se trata de colusión en un plano horizontal o vertical, si se ha producido de hecho un efecto restrictivo o no, cualquiera que sea la forma de manifestación de la colusión etc. Esta prohibición no tiene, sin embargo un carácter absoluto, toda vez que el párrafo 3 de este precepto establece la posibilidad de exceptuar determinados acuerdos y decisiones, bien individualmente, bien en bloque, en base a sus beneficiosos efectos conforme a un sistema de exceptuación "a priori" esto es, previa autorización de órgano competente, es decir la Comisión».

Lo más importante es que a diferencia de la legislación estadounidense el inciso 1, apartado d) del artículo 85 requiere que se ocasione un perjuicio desde un punto de vista de la posición competitiva, sobre las partes que al necesitar de tal práctica se ven obligadas a pagar mayores sumas reflejadas en superiores precios o sufrir otras desventajas competitivas.

Sobre este tipo o figura de restricción Von Kalinowsky[1071] nos dice:

Existen diferentes asignaciones de mercado que son restricciones verticales diferentes al precio:

Las restricciones verticales diferentes al precio son tratadas en forma diferente por la legislación *antitrust*. Estas decisiones típicamente involucran la división del mercado reflejado en clientes o en restricciones territoriales.

Veamos un ejemplo: un fabricante puede disponer una limitación en los territorios en los cuales el distribuidor puede actuar o sobre los clientes a los cuales puede vender o para ambas categorías a través de una serie de distintas formas o modalidades.

La violación de estas restricciones, por parte del distribuidor, puede resultar en penalidades que incluyan el cese de la relación comercial.

En todos estos casos la legalidad de estas restricciones se juzgan bajo la regla de la razón, lo que significa que se debe evaluar si la restricción promueve o elimina la competencia en el mercado relevante. Sin embargo, si la restricción comprende algunos acuerdos sobre precios o sobre niveles máximos o mínimos de precios entonces es *per se* ilegal.

Existe una notable diferencia en los estándares bajo los cuales se juzga la división de mercados a nivel horizontal y vertical. Cuando nos referimos a divisiones horizontales nos referimos a los acuerdos entre competidores en un mismo nivel en tanto que las restricciones verticales hacen referencia a las divisiones a lo largo de la cadena de distribución.

Las divisiones horizontales de mercado adoptan dos formas: la división de clientes y la división de territorios. Una división territorial horizontal es una en virtud de la cual los competidores, acuerdan no competir uno en el territorio del otro. Una división de clientes es el acuerdo de no competir por los clientes del otro. El impacto en la competencia como

[1070] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 99.

[1071] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, Capítulo 3.

producto de este tipo de arreglos, es obvio. La competencia se reduce en detrimento del sistema. Los acuerdos de división horizontal son *per se* ilegales y son perseguidos por los órganos reguladores en todos las jurisdicciones.

De otro lado, las restricciones verticales que involucran una partición de mercado y que no comprenden el rubro precios son más bien vistas como una necesidad del proceso de distribución y por ende pueden ser consideradas pro competitivas en su naturaleza.

Difícilmente el Departamento de Justicia iniciará acciones por una división de mercados que no comprendan un acuerdo expreso o tácito sobre precios y las sujetará a un análisis de la regla de la razón.

Para poder evaluar el efecto de una práctica acorde a la regla de la razón, existen criterios que se deben tomar en cuenta, entre ellos:

1. Conforme el número de firmas que compiten en un mercado relevante decrece, la posibilidad de encontrar restricciones no razonables aumenta.
2. Las restricciones impuestas por una compañía de gran tamaño, con posición dominante en un mercado son probablemente no razonables en tanto que aquellas impuestas por una compañía con competidores de tamaño similar podrían ser consideradas razonables.
3. Una práctica comercial puede ser considerada no razonable si resulta en un incremento actual del tamaño del mercado de la compañía que impone la restricción, pese a que este factor es de mayor importancia en situaciones de prácticas monopólicas.
4. Si una práctica de distribución vertical incrementa la dificultad de entrada al mercado relevante por parte de nuevos competidores, es probable que la restricción se considere no razonable.
5. Las restricciones que ocurren en un mercado maduro serán probablemente consideradas no razonables mientras que si éstas se presentan en un mercado de rápida expansión pueden ser consideradas razonables.

Restricciones impuestas en Clientes y Territorios:

Las figuras principales de repartición vertical de mercado son:

1. Distribución exclusiva.- Esta restricción se presenta generalmente del fabricante al vendedor mayorista. Generalmente implica la designación de un distribuidor exclusivo para una determinada área de exclusividad que se otorga por un tiempo determinado. El vendedor queda restringido en el sentido que no puede nombrar otro distribuidor en el área exclusiva. Generalmente esta distribución exclusiva es parte de un acuerdo en virtud del cual otros territorios y clientes se imponen al distribuidor.
2. Cláusulas territoriales.- Esta restricción se impone al vendedor o a sus distribuidores. Típicamente requiere que el distribuidor venda en un solo territorio determinado.
3. Áreas de responsabilidad primaria.- Esta es una variante de cláusula territorial. Se la llama también zona de influencia. Requiere que el distribuidor opere principalmente en un área específica y que alcance ciertas cuotas y metas de ventas. El distribuidor es li-

bre de vender en otro territorio siempre y cuando atienda adecuadamente su área primaria. Surgen varias disputas entre las partes cuando el distribuidor falla en el servicio a su área principal por dedicar sus esfuerzos a otras áreas.

4. Cláusulas de ubicación.- Estas cláusulas son las favoritas en todas las operaciones de franquicia pues requieren que el franquiciado haga negocio en un área específica. Por el tipo de cláusula que configura es una forma más restrictiva de cláusula territorial.

5. Cláusulas de transferencia de utilidad.- Esta es otra variación de cláusula territorial. En esta restricción el vendedor requiere al distribuidor que remita una cierta cantidad de fondos producto de la operación (utilidad) a otros distribuidores si el primero vende fuera del área seleccionada.

6. Cláusula de repartición de clientes.- Esta restricción limita los clientes a los cuales el distribuidor puede vender. Se focaliza en los clientes, especificando su tipo (volumen, ubicación, giro, tipo de mercado).

Discriminación ilegal de precios[1072]

La ley prohíbe a un vendedor vender productos discriminando entre sus compradores si el efecto de tal discriminación es reducir la competencia.

Tanto la discriminación directa como la indirecta están prohibidas por ley. La diferencia de precios se puede presentar en varias formas tales como servicios, concesiones, descuentos. Todas estas son formas indirectas de discriminación.

¿Cuál es la Defensa que puede usar una firma acusada de discriminación directa o indirecta?

Como hemos visto tanto la discriminación directa como la indirecta genera responsabilidad para la firma bajo la presente ley. Salvo que el vendedor acredite que las diferencias de precios están justificadas por los costos, o es el resultado de una estrategia de buena fe para enfrentar a la competencia o es el resultado de las condiciones cambiantes del mercado.

La parte involucrada en una acción *antitrust* debe ser o una persona jurídica o una persona natural dedicada al comercio. Para esta figura debe tratarse de dos ventas contemporáneas y consumadas en las cuales el vendedor trata con dos compradores de bienes de una calidad equivalente. Los bienes deben ser vendidos para uso, consumo o reventa.

Las características que debe tener la operación para incurrir en la conducta comprendida en este caso son:

- El vendedor debe ser una persona individual, corporación, sociedad u otro tipo de asociación dedicada al comercio, industria o servicios.
- El producto debe ser un producto tangible, un bien o artículo y no un intangible tal como un servicio individualizado.
- El producto debe ser similar en su calidad y tipo.

[1072] *Ibidem*, pp. 5-1 a 5-28.

- La venta debe ser cercana esto es, se debe llevar a cabo en un tiempo razonablemente próximo.
- Deben existir diferencias reales en el precio. El precio incluye concesiones, términos de pago, compensaciones y otros descuentos.
- La discriminación debe ocurrir en el curso de operaciones comerciales normales.

El concepto de «persona» es definido en forma amplia en la ley. Así pueden ser individuos, sociedades, asociaciones, corporaciones. En cuanto la operación debe involucrar al menos dos ventas que se llevan a cabo en forma simultánea o al menos contemporánea. Esta interpretación es motivo de debate, debate que se concentra en la discusión del tipo de transacción (venta) y el tiempo en el cual se lleva a cabo (contemporánea).

El concepto actual es que deben ser razonablemente contemporáneas, esto es, dentro de un tiempo corto entre una y la otra. Cada caso, sin embargo, debe ser evaluado en sus propios méritos.

Como regla general se requiere un periodo más corto cuando se producen cambios rápidos en una industria pues son estos cambios los que determinan que el producto se vuelva obsoleto rápidamente. Por ello las Cortes considerarán el carácter de la industria en la cual actúa el vendedor, la naturaleza del producto y el lapso que existe entre las dos operaciones.

Un mismo vendedor debe ser el que discrimina entre dos o más compradores. El requisito fundamental que se trate de un solo vendedor encuentra problemas cuando las cortes enfrentan ventas efectuadas por una corporación y su subsidiaria en un mismo mercado.

No olvidemos que acorde al tenor del *Sherman Act* no cabe concertación posible entre una empresa filial y su matriz, por tratarse de una misma entidad jurídica. Esta restricción no es tan severa en los términos del *Robinson Pattman Act.*

Para considerar que las ventas corresponden a la matriz debe acreditarse algo más que la simple relación jurídica entre ambas. Debe probarse que la matriz controla a la filial o ha participado activamente en la fijación de la política de precios y distribución.

Cabe preguntarnos ¿cuál es la situación de las transferencias al interior de la empresa entre sus departamentos funcionales o entre la matriz y sus subsidiarias?

Si se trata de ventas a través de las cuales la matriz favorece a su filial entonces se incurre en discriminación de precios. Algunas cortes no consideran como ventas las transferencias entre unidades de una misma corporación, otras cortes sí. En general se consideran operaciones gravadas y se considera que la relación corporativa es unilateral.

En recientes decisiones de las Cortes americanas (Copperwild Corp. v. Independence Tube Co.) se eliminó la doctrina de la conspiración entre compañías por lo que no deberían ser consideradas ventas las efectuadas entre las diferentes divisiones de una empresa.

Se debe tratar de ventas de bienes tangibles, esto es, mercaderías. En general en la legislación americana no se comprenden los bienes intangibles o servicios pues ellos no se hallan regulados por la *Robinson-Patman Act.* Esta norma hace referencia a que la venta sea de un *commodity* o genérico.

Así, esta norma no comprende, en los Estados Unidos, el rubro licencia de películas, préstamos de dinero, licencia de derechos discográficos, propiedades, arreglos de consignación y reparaciones.

Calidad equivalente

El concepto de calidad equivalente se refiere a que la discriminación debe versar sobre bienes de calidad. Las ventas con precios diferentes por bienes no similares no acarrea responsabilidad alguna para el vendedor.

Para verificar si se trata de bienes similares debemos formularnos dos preguntas:

1. ¿Son los productos físicamente similares o idénticos? Si lo son, se considera que son equivalentes en calidad aún si se los vende bajo diferentes marcas o etiquetas; tienen los bienes diferentes consumidores o se comercializan en forma distinta.
2. ¿Tienen los bienes involucrados diferencias físicas distintivas que afecta el uso que le da el consumidor, o claras preferencias o diferencias en su comercialización? Si es así, puede ser que en la percepción del consumidor estos bienes sean distintos pese a que la variación real es pequeña y no tiene efecto en los costos del vendedor.

En FTC v. Borden Co., que constituye el caso más importante en la materia, la Corte Suprema Americana sostuvo que aquellos productos idénticos desde el punto de vista físico y químico, uno vendido bajo una marca nacional y el otro bajo una marca privada eran de calidad equivalente aún cuando la marca nacional había alcanzado una significativa preferencia sobre la marca privada. La Corte rechazó el argumento de la defensa que la diferencia se debía a los gustos del consumidor y la aceptación de la marca y que por ello el cliente estaba dispuesto a pagar más.

Las consecuencias de esta decisión son claras:

1. Cualquier diferencia física o química entre dos productos debe ser real y no artificial
2. Debe afectar el uso que le da el consumidor. La preferencia del consumidor en su comercialización no justifica que los productos no sean de igual calidad.

En las Cortes se trata este tema señalando que la diferencia no puede ser por preferencias, discriminativa, artificial o por el gusto del consumidor.

Cuando los productos se venden para su uso en procesos industriales las Cortes estudian su intercambiabilidad funcional como factor clave. Así, si dos productos tienen diferencias pequeñas pero éstas no afectan el uso al cual se destina el bien en el proceso entonces ambos bienes se consideran equivalentes.

Por otro lado, aún con cambios pequeños desde el punto de vista físico químico, si estos cambios afectan el consumo o preferencia del consumidor entonces se les considerará diferentes.

Con referencia al precio la legislación condena el que cualquier persona directa o indirectamente discrimine precios. La discriminación de precios se refleja en la diferencia cuantitativa del mismo y no tiene porqué probarse la intencionalidad de discriminación.

Precio es el monto neto, actualmente pagado o entregado, por los bienes. Puede ser definido como:

La factura de venta entregada al comprador, sin importar si esta factura contiene cargos por embarque que son asumidos por el vendedor, menos cualquier descuento, compensación o derecho en la factura. Si el precio de venta es ex fábrica.

Constituye tema de discusión los costos de transporte por cuanto la discriminación indirecta de precios puede incluir derechos y privilegios de entrega, la entrega libre de cargo, pre-pago de fletes, términos preferenciales de crédito, preferenciales sobre el retorno de mercadería, términos preferenciales de almacenamiento. Sin embargo, si el vendedor vende en base a precios de entrega (ex fab) el vendedor debe tener precios idénticos para todos sus clientes sin considerar los gastos de transporte, consolidación de carga u otros. Se puede considerar que existe discriminación si a algunos gozan de facilidades de transporte y otros no. Aún en aquellos casos en los cuales el vendedor asume parte del transporte y seguros.

A fin de evitar ser encausado en acciones de discriminación de precio el vendedor debe ofrecer a sus clientes las mismas condiciones y concesiones sean estas descuentos, rebajas, derechos que tienen un precio neto igual. Estos derechos pueden o no ser aceptados por los compradores pero que acepten o no, no genera responsabilidad para el vendedor.

En cuanto a discriminación directa o indirecta se puede señalar que esta última incluye de modo enumerativo lo siguiente:

1. Dar preferencia en las entregas.
2. Entregar bienes libres de cargo o bonos por la compra de mercadería.
3. Pagos de derechos de transporte o entrega.
4. Otorgar créditos preferenciales.
5. Canje de cupones contra facturas.

El daño que se efectúa a través de la discriminación de precios se basa en varios niveles y específicamente debe dañar a la competencia en varios niveles:

1. Reducen la competencia en cualquier línea de comercio.
2. Tiende a crear un monopolio en cualquier línea de comercio.
3. Dañar, destruir o evitar la competencia con cualquier persona que otorga o reciba el beneficio de la discriminación o con clientes que reciban o sufran la discriminación.

La discriminación reconoce 3 y hasta 4 niveles de competencia a saber:

a. Nivel del vendedor o primario (daño primario): Daño que se efectúa a los competidores del vendedor.
b. Nivel del comprador o secundario (daño secundario): Daño que se efectúa a los competidores del comprador favorecido.
c. Nivel terciario o nivel de daño a los clientes del comprador: Daño que se efectúa a los competidores del cliente del comprador favorecido.

Adicionalmente la Corte Suprema americana reconoce un cuarto nivel.

d. El nivel del cliente de los clientes de un comprador favorecido.

En todas estas categorías el demandante debe probar daños reales. No basta probar que pagó más sino que debe acreditar que debido a que el competidor obtuvo un precio menor fue favorecido y ello determinó la pérdida de clientes y negocios, todo debido a la discriminación.

Un vendedor al cual se le acusa de discriminación de precios puede tratar de justificar sus actos bajo algunas de las 3 diferencias que se consignan a continuación:

1. La defensa que se basa en equiparar a la competencia.
2. La defensa que se basa en los costos.
3. La defensa que se basa en las condiciones cambiantes del mercado.
4. La defensa basada en equiparar a la competencia.

Con referencia a la primera podemos señalar los siguientes elementos que definen el alcance de la misma:

- Si se trata de una acción para enfrentar a la competencia.
- Si se trata de una defensa diseñada para obtener nuevos clientes o para retener a los antiguos.
- Los precios de los competidores no pueden ser igualados en una región y por ello el vendedor tiene que adecuar estos precios a un segmento específico en esa región creando una diferencia con el resto de sus territorios.
- La carga de la prueba corresponde al demandante el que tiene que probar que las condiciones son irregulares.
- El precio de los competidores puede ser derrotado si el vendedor considerara razonablemente que reduciendo sus precios es la forma más adecuada para lograrlo.
- El menor precio del vendedor debe ser equivalente al menor precio del competidor y no de los clientes de los competidores.
- La disparidad de precios es el resultado del incremento de precios a un cliente en un monto menor que a otro cliente.

En general las defensas se basan en la buena fe comercial. Para ello la empresa debe solamente afirmar que actuó correctamente, sin consultar con los competidores, y en general al tomar su decisión de precios lo hizo basada en la experiencia previa con sus clientes, los reportes de otros clientes, el conocimiento de las condiciones de mercado, discriminación pública o demandas y amenazas de un cliente de un competidor.

Con referencia a la defensa basada en los costos podemos señalar que esta defensa es muy limitada y solamente se efectúa con respecto a ciertos costos de manufactura, venta o entrega, resultado de los diferentes métodos o cantidades en las cuales los bienes se vendan o entregan a los clientes.

El propósito básico de los ahorros en costos es evitar las diferencias en costos administrativos. Las normas de defensa de la libre competencia no aceptan el argumento en virtud del cual un cliente grande pide y logra precios menores (por su tamaño) frente a clientes pequeños. La mayoría de los costos que sirven de justificación son los siguientes:

1. Transporte y entrega.
2. Gastos de catálogo.
3. Depreciación o amortización.
4. Gastos de comisión.
5. Gastos de garantía.
6. Descuentos por volumen durante un cierto periodo.

Con referencia a la defensa basada en las condiciones de mercado podemos basarla en dos elementos exculpatorios:

a. Condiciones cambiantes en el mercado de los bienes.
b. Condiciones cambiantes en la comercialización de los bienes.

Esto último involucra el deterioro actual o inminente de bienes perecibles, la obsolescencia de productos estacionales, la venta de bienes bajo sanción judicial, la venta de bienes por liquidación de la empresa.

La diferencia de precio como resultado de la obsolescencia tecnológica o la introducción de nuevos modelos son causas suficientes para reducción de bienes que tienen lenta rotación.

2.6.6. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo de la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos

El inciso f) del artículo 6 del D.Leg. 701 señala:

f. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo de la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos

Sobre este criterio, Gómez Leyva señala que «el ejercicio de esta conducta, cuando la posición dominante es sólida —cuota alta en el mercado— es muy frecuente; pues a las prestaciones propias de un contrato vinculan otras que no desea el contratante —similar a la expresión del tendero: le vendo leche pero si me compra el pan— quien, ante la imposibilidad, seguramente, de proveerse de otro empresario, tiene que aceptar la imposición.

Mecanismo arbitrario y abusivo, también utilizado para fortalecer la colocación de bienes o servicios de empresas vinculadas a la que dispone de la posición de dominio»[1073].

Como señala el presente inciso, existe una subordinación de parte de una de las partes; y ésta aparece como consecuencia de una posición de dominio de la que se abusa para obligar a una a adquirir otro producto además del que se solicita.

Para entender lo que es la «subordinación», la Real Academia Española señala:

«Del latín *subordinatio-onis*. Sujeción a la orden, mando o dominio de uno...»[1074].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse*, sobre subordinar dice:

«Poner bajo la dependencia de otro: subordinarse a una autoridad. Establecer un orden de dependencia, considerar o clasificar como inferior o accesorio: subordinar los intereses particulares a los generales»[1075].

En términos jurídicos, Cabanellas señala lo siguiente:

«Sometimiento o sujeción a poder, mando u orden de superior o más fuerte. Dependencia. Situación o carácter de lo accesorio. Inferioridad en la importancia..»[1076].

Ahora, bien, respecto de las prestaciones suplementarias, tenemos, primeramente definir lo que son prestaciones:

«Del latín *praestatio-onis*. Acción y efecto de prestar. Cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto. Cosa o servicio que un contratante da o promete al otro. Renta, tributo o servicio pagadero al señor, al propietario o a alguna entidad corporativa...»[1077].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

«Acción y efecto de prestar un servicio, ayuda, etc. Servicio exigido por una autoridad. Objeto o contenido de la obligación, constituido por la conducta del obligado de dar, hacer o no hacer algo...»[1078].

En términos jurídicos, Flores Polo dice:

«En términos generales: el objeto de una obligación. El contenido de un deber jurídico. La cosa o el servicio que un contratante da o promete a otro. La doctrina más actual, establece como caracteres esenciales de la prestación, los siguientes: 1) Posibilidad: nadie puede ser compelido, en Derecho a ejecutar un acto imposible; 2) Licitud, toda prestación debe constituir un acto lícito prescrito por la ley vigente; 3) Determinación: los caracteres de la prestación deben aparecer definidos en el instante de su exigibilidad y en el de su cumplimiento; 4) Coercibilidad; toda prestación presupone el acto de cumplimiento de una obligación y por tanto tiene carácter compulsivo»[1079].

Por su parte, Cabanellas dice:

1073 GÓMEZ LEYVA (1998). *Op. cit.*, p. 164.

1074 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1911.

1075 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 940.

1076 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 534.

1077 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1662.

1078 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 821.

1079 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 331.

«Acción o efecto de prestar; préstamo, empréstito. Objeto o contenido de las obligaciones, consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Servicio o cosa que la autoridad exige. Trabajo o tarea que debe efectuarse en beneficio de la colectividad...»[1080].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala:

«Es concepto generalizado en la doctrina jurídica contemporánea que la prestación constituye el objeto o contenido de un deber jurídico...»[1081].

Ahora pasaremos a definir que se entiende por «suplementario». La Real Academia Española señala:

«Que sirve para suplir una cosa o completarla...»[1082].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* define:

«Que sirve para suplir, complementar, aumentar o reforzar una cosa. Supletorio...»[1083].

Flores Polo, considera como supletorio:

«Todo aquello que remedia una falta o defecto. Que complementa o que reemplaza»[1084].

Por su parte Cabanellas lo define como:

«Lo que suple o complementa. Lo que substituye...»[1085].

Estas prestaciones suplementarias, como sus definiciones lo señalan, no son aquellas principales o las que en su momento se acordaron, y que además no guardan relación con el objeto principal del contrato.

Sobre este tipo de subordinación, el *Glosario de Economía Industrial y Derecho de Competencia* la ha llamado subordinación de venta y señala que «hay subordinación de venta cuando un producto no puede adquirirse por separado de otros productos. La subordinación de venta se parece a la venta vinculada. A título de ejemplo, un fabricante de ordenadores puede imponer al adquiriente de un ordenador la compra de la totalidad de los productos auxiliares (disquetes y papel de impresora, por ejemplo) o de ciertas cantidades de estos productos. Otra forma de subordinación de venta consiste en comercializar un producto completo (por ejemplo, un automóvil equipado con todas las opciones, como el cambio automático, un aparato radio-cassette y el aire acondicionado)(...). Gracias a la subordinación de venta, el fabricante puede realizar una economía o un aumento de eficiencia que, al repercutirse en parte sobre el comprador, podrán llevar a un precio de compra total inferior al que se habría aplicado si los diferentes productos hubieran sido suministrados o comprados por separado. Pero la subordinación de venta corre asimismo el riesgo de constituir un obstáculo para el acceso de las empresas a los diferentes segmentos del mercado. Desde el punto de vista de la competencia, la subordinación de venta y

[1080] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 384.

[1081] OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 33.

[1082] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1921.

[1083] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 945.

[1084] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 557.

[1085] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 575.

más en general la venta vinculada, tienen una incidencia completa que es preciso apreciar caso por caso fundándose en la regla de la razón»[1086].

Los acuerdos horizontales entre empresas regulan principalmente precios pero también pueden regular las condiciones en las que se suministran los bienes o servicios. Este inciso prohibe los acuerdos que fijan cualquier condición adicional que por su naturaleza no guarda relación con el objeto de tales contratos y por ello restringen la libre competencia. Se trata de lo que se conoce como ventas atadas.

La prohibición contra las cláusulas de ventas atadas es común en el Derecho Comparado. Sin embargo no existe uniformidad respecto a los motivos o causas que fundamentan tal prohibición.

Se define esta figura como aquella en virtud de la cual un vendedor obliga a su comprador a comprar un producto si desea otro. Esto es exigir la celebración de una segunda operación no deseada. Condición de esta figura es que la parte vendedora goce de poder monopólico y que el producto que se venda tenga efectos sustanciales. En la actualidad estos requisitos no se exigen para incurrir en la ilegalidad[1087].

Existen diversas razones económicas para que esta figura se presente[1088]. La primera reflexión que debemos efectuar cuando se enfrenta esta conducta es si estamos frente a dos productos o no.

Tomemos por ejemplo el caso de un automóvil. En el automóvil se incluyen todo tipo de accesorios y partes (limpiabrisas, llantas, radio tocacassette, alarma). ¿Se trata de un solo producto o es un producto al cual se le han atado varios otros empaquetándolos como una unidad?

Las Cortes, en principio, consideran al auto como un solo producto salvo que se trate de algún aditamento especial y extraño al mismo.

¿Qué podemos afirmar de productos como la marca de Helados Baskin & Robins o Ben & Jerry? ¿Son los helados en sí parte de la marca? Estas firmas franquiciantes exigen que se les compre los helados como parte de su franquicia. Las Cortes han decidido que, efectivamente, en ciertas franquicias el nombre y el producto son lo mismo y que al licenciarse el logo se comprende la venta del producto (helado).

[1086] OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 86-87.

[1087] Un comprador acuerda comercializar solo aquellos productos de un vendedor y no los de sus competidores. Estos acuerdos adoptan la forma de contratos de suministros. El efecto es similar a las ventas atadas. En el caso Standard Oil las Cortes establecieron que a diferencia de las ventas atadas los contratos de suministro pueden ser beneficiosos al reducir los costos y permitir la entrada de nuevos competidores. La prueba que establece la Corte es preguntar si el monto involucrado en el contrato es sustancial. Si lo es, se presume un efecto anticompetitivo. JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 68.

[1088] Las Cortes han establecido una segunda prueba (además del monto sustancia o no) que focaliza en el tamaño del mercado que se cierra por el contrato. La simple comprobación que el control involucra un monto importante no tiene consecuencia. Se requiere que una parte importante del mercado quede cerrada a la competencia. Tampa Electric vs. Nashville Coal, 365 U.S. 320 (1961) sobre un contrato de suministro de carbón a 20 años porque menos de 1% del mercado quedaba comprometido (120 millones). JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 68.

En otros casos, como el de la franquicia de Chicken Delight, las Cortes han decidido que en la adquisición de la franquicia lo que se adquiere es un menú, un estilo de restaurante y un proceso tecnológico, es decir, un método de hacer negocio, y por ello no es necesario comprar los pollos. Los pollos conforman un segundo producto que se está tratando de atar a la franquicia. Así, cuando se trata de la adquisición de un formato o una metodología de negocio sí se presenta la venta atada. Cuando hablamos de un carro se le considera un producto siempre que no presente accesorios inusuales.

Podemos pensar en el caso de Microsoft. ¿Está esta firma atando sus productos cuando distribuye, gratuitamente, en sus paquetes operativos de *Windows* su *web browser*? ¿Son estos dos productos diferentes?

El caso Northen Pacific proporcionó los criterios bajo los cuales las Cortes americanas evalúan las situaciones de ventas atadas o empaquetadas.

Las ventas empaquetadas o atadas se consideran *per se* ilegales en los siguientes supuestos:

1. Si el vendedor tiene suficiente poder de mercado con respecto al producto que ata[1089] (aquel que la gente desea).
2. Se genera una apreciable restricción en la competencia en el mercado del producto atado (aquel que la gente no desea).
3. Una cantidad importante o significativa del comercio se afecta (este concepto no es relativo sino absoluto. Es un monto en dólares y no un porcentaje del mercado. Un monto significativo puede ser 100,000 o 200,000 dólares).

La violación se genera cuando se presenta la conjunción de dos factores: 1). Un poder de mercado, 2). Un producto que ata y otro que se vende vinculado forzosamente al primero. De presentarse esta conducta es *per se* ilegal[1090].

Un caso interesante en la doctrina americana es el de Hyde, médico anestesiólogo que demandó al Hospital de su localidad el Jefferson Parish Hospital District No. 2 pues este proporcionaba un servicio de cirugía al cual ataba el servicio de anestesia. Según el demandante se trataba de dos productos separados. Las Cortes decidieron que efectivamente los servicios eran prestados por dos grupos de especialistas diferentes y que eran realmente dos productos separados, los que si bien frecuentemente se vendían juntos, por desconocimiento del público, ello no impedía que uno como consumidor, no pudiera optar por su propio equipo de anestesistas. El caso, si bien aclaró los conceptos de venta atada, no tuvo sanción en contra del demandado porque los jueces supremos decidieron que podía comprobarse que el Hospital demandado no contaba con más del 30% del mercado y por ello carecía de poder de mercado.

Para que una venta atada sea considerada ilegal *per se* el demandado debe contar con por lo menos un 30% del mercado.

[1089] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, pp. 2-1 a 2-15.

[1090] Monsanto Co. vs. Spray-Rite Services Corp., 465 U.S. 752 at 768, 104 S. Ct. 1464, 79 L. Ed. 2d. 775(1984).

Un caso singular es el de la corporación Kodak[1091]. Esta conocida firma estableció como política para sus clientes el que aquellos que desearan servicios para sus máquinas debían adquirir repuestos originales del fabricante o distribuidor autorizado. Kodak no era un vendedor importante de los productos bajo estudio, pero la Corte llegó a la conclusión que Kodak tenía el monopolio de los productos Kodak, esto es, un monopolio en el mercado de repuestos para sus propias máquinas. Los compradores se hallaban en una situación de bloqueo o encerrados en un mercado para sus repuestos, ya que otras marcas no fabricaban las máquinas Kodak. De esta forma el servicio quedaba atado a la compra de los repuestos originales. Si uno puede ser un monopolio en un mercado específico la venta atada es *per se* ilegal.

Si bien las ventas atadas son *per se* ilegales los denunciados pueden ofrecer dos defensas:

a. Nueva industria:

Algunas Cortes aceptan las ventas atadas cuando éstas se realizan en el contexto de lanzamiento de un nuevo negocio de futuro incierto.

La atadura se justifica como una necesidad para asegurar un funcionamiento adecuado pero en forma temporal (United States vs. Jerrold Electronics, 187 F. Supp. 545 E.D. Pa. 1960).

Ejemplo: Fabricantes de antenas de televisión para cable requerían a los instaladores adquirir el contrato de servicios para asegurarse un funcionamiento adecuado del sistema. Esto fue asegurarse un funcionamiento adecuado del sistema. Esto fue considerado legal pero no cuando el negocio quedó establecido.

b. Control de calidad y protección de *goodwill*

Es una defensa que tiene poco éxito. El único caso donde se la puede considerar es cuando las especificaciones para un sustituto serían tan detalladas que prácticamente no puede proveerse (Standard Oil vs. United States, 337 U.S. 293 (1949)).

Para *goodwill* véase Trans Sport, Inc. vs. Starter Sports-wear, Inc.– no transbordó para no perjudicar el *goodwill.*

En el derecho argentino el inciso d) del artículo 41 de la L.D.C. incluye entre las conductas punibles a «las consistentes en subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales no guarden relación con el objeto de estos contratos».

Guillermo Cabanellas[1092] precisa que «a diferencia de otros tipos de conductas anticompetitivas las cláusulas atadas se encuentran expresamente contempladas por la legislación antimonopólica estadounidense. El artículo 3 de la Ley Clayton incluye una amplia disposición en tal sentido, pues declara ilegal «alquilar, vender o contratar la venta de bienes (...) patentados o no (...) o fijar el precio cobrado por ellos, o realizar rebajas o descuentos, respecto de tal precio, bajo la condición, acuerdo o entendimiento de que el

[1091] Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984).

[1092] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*

locatario o comprador no usará o comerciará bienes (...) de un competidor o competidores, cuando el efecto de tales operaciones pueda ser el debilitar sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio...».

La Ley Clayton se centra en el aspecto de la limitación de las compras a competidores, mientras que el derecho argentino se dirige a la imposición de prestaciones suplementarias como lo hemos señalado en párrafos anteriores.

La jurisprudencia norteamericana considera que «los contratos vinculados difícilmente sirven a otro propósito que no sea la supresión de la competencia». En el caso Northern Pacific Railway Company v United States, 356 U.S. 1.78 la Corte Suprema manifestó expresamente que las cláusulas atadas están sujetas a las prohibiciones que se regulan por la regla *per se*.

Sobre la venta vinculada, el *Glosario de Economía Industrial y Derecho de la Competencia*, señala que es:

> «La situación en la que la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto. Una variante la constituye la venta forzosa de una gama completa de productos, mediante la cual un vendedor empuja (u obliga) a un comprador a adquirir la gama completa de productos, mientras que este último sólo tiene un interés principal en la compra de un producto específico. La venta vinculada constituye a veces un instrumento de discriminación a través de los precios. Se han identificado problemas de competencia puesto que puede obstaculizar las ventas de productos afines por parte de las empresas competidoras o crear barreras de entrada para las empresas que no ofrezcan una gama completa... Pero, a la inversa, esta práctica constituye asimismo un factor de eficiencia, al rebajar los costos de producción y de distribución de la gama de productos y al garantizar para los productos complementarios una calidad similar a la del producto principal. Así, un fabricante de ordenadores podrá subordinar la venta de este producto a la compra de ciertos disquetes de inferior calidad. Se admite cada vez más que, en ciertas situaciones de mercado, la venta vinculada puede estar justificada en el plano comercial. En el plano de la política de la competencia, son cada vez más numerosos los economistas que preconizan la aplicación de la regla de razón en caso de venta vinculada»[1093].

Cabanellas[1094] expresa que «las cláusulas atadas, particularmente la limitación que imponen sobre la libertad de elección de los consumidores y el hecho que tales cláusulas responden a la existencia de un poder de mercado sustancial en manos de quien las exige, el que es utilizado para obtener ventajas adicionales de las contrapartes». Sin embargo, esto puede darse y se estaría ante una restricción de la competencia si quien impone las condiciones tiene poder en el mercado, de no ser así sólo tendrá el efecto de dificultar las operaciones de quien así pretende operar.

Galán Corona en su libro «Acuerdos Restrictivos de la Competencia» señala que es muy importante atender al empleo de los métodos. Por lo tanto hay métodos que son absolutamente correctos si son utilizados por empresas sin dominio en el mercado y estos mismos métodos, si son utilizados por una empresa que tiene dominio en el mercado, estaría limitando las posibilidades de los competidores por lo que sería sancionable acorde a la ley del *Sherman Act* (sección2).

[1093] OCDE (1995). *Op. cit.*, p. 89.

[1094] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*

Por otra parte el Derecho de la Libre Competencia de los países de la Comunidad Europea tiene esta prohibición fundamentalmente en los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. El concepto «restricción de la competencia» está dividido en el propio Art. 85 del Tratado. Abanto Vásquez[1095] señala que esto ha llevado a confusiones. «En efecto la Comisión le compete establecer cuándo hay una restricción ilícita de la competencia (primer párrafo) y cuándo existe una restricción que permite otorgar una exención (tercer párrafo)». Por una parte existe una interpretación muy extensiva del artículo 85 en su primer párrafo y recién en el tercer párrafo se aplica la «*rule of reason*» delimitadora de los ilícitos.

Guillermo Cabanellas[1096] señala que «la Comisión de las Comunidades Europeas ha dictado normas generales que han venido a complementar a las incluidas en el Tratado de Roma en materia de operaciones vinculadas. En el Reglamento 67/67 se dispone una exención general a favor de los acuerdos de distribución exclusiva, que resulta aplicable aun cuando se limite la posibilidad de operar con productos de terceros y se imponga la comercialización de la línea completa de artículos del fabricante involucrado. En el Proyecto de Regulación de Contratos de Licencia se considera que tales contratos se encuentran, en principio, excluidos de la prohibición prevista en el artículo 85, inciso 1 del Tratado de Roma, aun cuando impongan la obligación de adquirir determinados insumos del licenciante o de determinadas empresas designadas por éste, siempre que ello sea necesario para el funcionamiento técnicamente inobjetable de la invención objeto de licencia».

Las prestaciones subordinadas o las cláusulas atadas son producto de una situación anticompetitva en el mercado la que de resultar de un abuso de posición dominante o de la restricción de la competencia en el mercado correspondiente.

La subordinación puede presentarse bajo diversos aspectos: puede ser que se obligue al comprador a adquirir el producto conjuntamente con otro producto, no pudiéndose realizar esta operación de manera separada. La subordinación también podría presentarse cuando uno desea adquirir un producto y se nos obliga a comprar el producto de un determinado proveedor o también cuando uno desea un servicio y este está condicionado a determinadas condiciones. Generalmente la subordinación de la celebración de contratos a la celebración de prestaciones suplementarias se presenta cuando existe una posición dominante de mercado. En todos estos casos la imposición de estas cláusulas limitan la libertad de elección de los consumidores, pues se obliga al comprador a adquirir productos que no necesita. El comprador termina adquiriendo una mayor cantidad de productos que en circunstancias normales no las hubiera adquirido. Esta situación es claramente sancionable pues es contraria al buen y correcto funcionamiento de los mercados.

2.6.7. La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios: El boicot grupal.

El presente inciso del artículo 6 del D. Leg. 701 señala:

[1095] ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 215.

[1096] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 411.

g. La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios

Tanto la oferta como demanda son conceptos económicos plenamente conocidos y tratados en el análisis económico del derecho del presente trabajo. Pero para efectos de entender lo que se conoce de estos términos, pasaremos a definirlos:

Una definición económica de la oferta nos la ofrecen Bernard y Colli quienes señalan:

> «Puesta de bienes o servicios a disposición del mercado. Por extensión: volumen de bienes y servicios puestos así a disposición de la demanda(...). La oferta es, por definición, uno de los componentes fundamentales de la actividad económica, tanto si ésta se deriva de decisiones planificadas como si lo hace de iniciativas descentralizadas; es resultado del proceso de producción cuando se trata de bienes y servicios finales o un eslabón de este proceso si se trata de factores de producción o de bienes y servicios relativos al consumo intermedio...»[1097].

Estos mismos autores definen la demanda de la siguiente manera:

> «Cantidad de un bien o de un servicio que puede ser adquirida en un mercado en cierto precio definido y durante una cantidad de tiempo dada(...). La demanda constituye una noción fundamental en toda economía de mercado. Corresponde al fenómeno de intercambio considerado desde el punto de vista de sus participantes y, con mayor precisión, en la economía monetaria, desde el punto de vista que los ofrecen... Ex ante la demanda es una anticipación, ex *post* pasa a ser un dato...»

Francisco Mochón señala que «la ley de la demanda se le suele denominar en economía a la relación inversa existente entre el precio de un bien y la cantidad demandada, en el sentido que al aumentar el precio disminuye la cantidad demandada, y lo contrario ocurre cuando se reduce el precio»[1098].

Este autor además dice que «la función de demanda-precio o función estricta de demanda recoge *ceteris paribus* la relación entre la cantidad demandada de un bien y su precio. Al trazar la curva de demanda suponemos que se mantienen constantes los demás factores que puedan afectar a la cantidad demandada, tales como la renta»[1099].

Respecto de la oferta tenemos que «la curva de oferta es la expresión gráfica de la relación existente entre la cantidad ofrecida de un bien en un período de tiempo y el precio de dicho bien»[1100].

Por último, Mochón señala que «la función de oferta-precio o función estricta de la oferta recoge *ceteris paribus* la relación entre la cantidad ofrecida de un bien y su precio...»[1101].

Cuando una empresa con posición dominante en el mercado o un grupo de empresas en forma concertada se niegan a satisfacer las demandas de compra o adquisición de in-

---

1097 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 993.

1098 MOCHON (1997). *Op. cit.*, p. 33.

1099 *Ibidem*, p. 34.

1100 *Ibidem*, p. 36.

1101 *Ibidem*, p. 36.

sumos en forma injustificada incurren en una conducta o práctica restrictiva de la libre competencia.

Las empresas actúan a lo largo de la cadena de valor, la minera vende a la siderúrgica, ésta al fabricante de autos y éste a distribuidores mayoristas los cuales finalmente venden a los minoristas para que los vehículos lleguen al consumidor. Por ello se habla en la actualidad de sistemas abiertos donde los clientes y proveedores forman parte del proceso de transformación de insumos en bienes y servicios.

Ninguna empresa en la actualidad puede ignorar la participación de los clientes en la dirección de la producción, no en cuanto gestión sino en cuanto el norte u orientación de la misma so riesgo de perder ventas, participación de mercado y desaparecer. En un sistema integrado de esta manera los acuerdos de proveedores de no vendernos insumos o de clientes en nuestra industria de no adquirir nuestros bienes nos sacan del mercado. Prestemos atención que la ley no obliga a los proveedores a vendernos si media una causa justa como nuestra mala situación económica, poco crédito, falta de cumplimiento ni obliga a que nos compren. Lo que sanciona es la colusión injustificada pues esta rompe la cadena de valor y nos elimina como competidores.

La libertad que se tiene en una economía de libre mercado de aceptar o negarse a contratar o de realizar diversas actividades es un derecho consagrado en todas las legislaciones que regulan y protegen la economía de libre mercado, pero cuando una empresa, con posición dominante o grupo de empresas en forma concertada acuerdan no atender las demandas de compra o adquisición se incurre en infracción punible a no ser que éstas negativas estén adecuada y objetivamente justificadas.

Con respecto a este punto Guillermo Cabanellas[1102] opina que:

> «Las acciones concertadas tendientes a obtener o practicar la negativa de determinadas prestaciones deben dividirse en aquellas dirigidas a impedir la competencia de determinadas empresas con las firmas que llevan a cabo la acción concertada y las que presentan otros propósitos y efectos. Las primeras tienen lugar cuando un conjunto de empresas presiona sobre los compradores o abastecedores de un competidor, actual o potencial, a fin de impedir sus operaciones normales o cuando dichas empresas se niegan a operar con un competidor, impidiendo su permanencia en el mercado así afectado.
>
> Las segundas presentan gran cantidad de variantes y su importancia radica no en sus efectos directos sobre el funcionamiento de determinados mercados, sino en implicar, en razón de su carácter concertado una restricción sobre la competencia entre las empresas involucradas, que puede afectar los intereses de los consumidores o de otras partes que deben operar con aquéllas, por ejemplo, sus empleados».

Es necesario aclarar que la norma no permite negativas de satisfacción de las demandas cuando esta negación está dirigida a otros competidores en el mercado si la negativa tiene su origen en otros motivos que no sean económicos. La empresa o empresas tiene la libertad de optar o no por una demanda de compra o adquisición si las razones son justificadas.

[1102] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 517.

De la lectura del inciso podemos ver que el órgano regulador tendrá que analizar la situación desde una perspectiva de la regla de la razón con todos los pasos metodológicos que ello requiere.

Para incurrir en esta práctica se requieren varios elementos:

- Denuncia a instancia de parte que se siente perjudicada por la conducta de los denunciados.
- Concierto de voluntades entre varias firmas vendedoras o compradoras.
- Que se haya verificado una negativa a satisfacer demandas de compra u ofertas de ventas o prestación de servicios.
- Que las razones por las cuales no se desea vender o comprar sean injustificadas, lo que deberá probar la denunciante.

Como ejemplo de negativa de satisfacción de demanda tenemos la decisión del caso Polaroid/sss Europa[1103] donde la empresa de posición dominante negó suministrar un pedido a un cliente pequeño, por considerar que las cantidades pedidas excedían las necesidades del cliente, frente a lo cual la Comisión declaró como principio general de una infracción que una empresa que tenga posición de dominio en un mercado se niegue sin causa justificada a servir un pedido y también será así cuando la empresa en posición dominante condiciona el suministro del producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior.

El boicot grupal se define como la conducta de un grupo de firmas que en forma concertada declaran que no tratarán con determinada compañía o que si lo hacen lo harán bajo ciertas condiciones[1104].

El caso más ilustrativo en la jurisprudencia americana es el de la asociación de diseñadores textiles (National Designers Guild) los que declararon públicamente que no venderían sus diseños a aquellas tiendas que vendieran sus vestidos a precios de descuento o realización.

El National Designers Guild (Fashion Originators' Guild vs. FTC, 312 U.S. 457 (1941)), gremio que asocia a los diseñadores de prendas de vestir de marca, fue expreso al señalar que ninguno de sus miembros trataría con tiendas de descuentos. Si bien ninguna de las empresas del gremio fijó precios mínimos, el esfuerzo concertado se centró en combatir la posibilidad que sus productos bajaran de precio, denegando con ello el acceso de estos bienes a los consumidores, bienes que de otra manera podrían haber adquirido. Este es un claro caso de interferencia con el libre comercio (*restrains of trade*) contemplado en el *Sherman Act*.

¿Se considera actualmente los boicots grupales *per se* ilegales?, ¿Son estos frecuentes?

[1103] Cuando un grupo de competidores (dos o más) acuerdan no tratar con una persona o firma fuera del grupo. Tratar en ciertos términos, o coercionar proveedores o clientes para que no traten con la firma boicoteada entonces se genera una restricción de comercio (Klors Inc. vs. Broadway-Hale Stores). JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 47.

[1104] GÓMEZ LEYVA (1998). *Op. cit.*, p. 165.

Sí, los boicots se presentan todo el tiempo. Si los definimos como la conducta de un grupo de personas que no quieren tratar con nosotros (firmas de abogados que no nos aceptan, clubes sociales que no nos quieren, asociaciones deportivas o culturales que no nos invitan). No toda la gente nos quiere ni podemos obligarlos a tratar con nosotros. Es por esto que se debe aplicar la regla de la razón y no la regla *per se*. Si un grupo de empresas se niegan a vender gasolina a firmas que no hayan instalado medidas de seguridad o que manejan equipos y materiales peligrosos no incurren en una conducta ilegítima siempre que la misma se evalúe con la regla de la razón. Bajo la regla de la razón debe existir un impacto negativo para la competencia para que una decisión grupal tenga consecuencias legales.

¿Qué podemos decir de los acuerdos que otorgan más poder a determinadas empresas como son las cooperativas de compra? Si las consideramos como boicot de grupo se les debe aplicar la regla de la razón, excepto en los siguientes casos, donde la conducta se vuelve *per se* ilegal:

1. La conducta concertada impide el acceso a los competidores de elementos verdaderamente esenciales para competir (por ejemplo, a un agente de la bolsa no se le permite el acceso al mercado bursátil).
2. Las firmas involucradas son dominantes en el mercado.
3. No existe una eficiencia o justificación procompetitiva y de existir ésta la medida restrictiva a la competencia tiene más peso que el efecto procompetitivo.

No se tienen que presentar las 3 condiciones para que una conducta sea calificada *per se* ilegal. Esto queda a criterio de las Cortes y organismos reguladores.

Un ejemplo que ilustra estos criterios es el acuerdo de la Federación de Dentistas de Indiana la que acordó, como grupo, no cumplir con la exigencia de las compañías de seguros que solicitaban que, además de las facturas, se enviaran los rayos X tomados a los pacientes para poder pagar los honorarios y gastos.

El objetivo fundamental de la exigencia de las empresas aseguradoras era verificar si estaban pagando correctamente las facturas, esto es, por servicios efectivamente prestados. Ante la negativa grupal de los dentistas, las Cortes opinaron que esta decisión era *per se* ilegal. El efecto de la negativa era contrario a los intereses del consumidor porque con ella se pretendía mantener los precios altos. No se presenta ninguna ventaja competitiva en la decisión de los dentistas de negarse a cumplir con el requisito de las empresas aseguradoras.

En otro caso de jurisprudencia americana, un grupo de abogados procesalistas (*Trial lawyers*)[1105] acordaron que no defenderían de oficio a los acusados si no se mejoraba las tarifas que había fijado la Corte para estos servicios. Pese a que carecían de poder de mercado su conducta fue considerada *per se* ilegal. En la actualidad consideran que la misma conducta se evaluará más probablemente bajo la regla de la razón.

El análisis básico que debe realizarse de cualquier conducta grupal restrictiva es el siguiente:

[1105] FTC vs. Superior Court Trial Lawyers Association.

1. Comprobar si el acuerdo involucra un grupo significativo de empresas.
2. Si una parte importante del mercado queda comprometida.
3. Si las firmas tienen poder de mercado.
4. Es probable que la conducta grupal sea *per se* ilegal si las premisas anteriores son ciertas.

Si el daño al público es poco severo y existen características procompetitivas es probable que se recurra a la regla de la razón.

¿Cuál es el tratamiento en industrias altamente reguladas?

Cuando una industria se halla altamente regulada las Cortes generalmente aceptarán las reglas de la misma. Así las Cortes se negaron a cuestionar las reglas del New York Stock Exchange que limita la membresía de los agentes de bolsa (Silver vs. New York Stock Exchange, 373 U.S. 341 (1963)).

La suspensión de un jugador por la National Basketball Association por violación de las reglas de juego fue considerado una sanción razonable que protege el deporte organizado (Molinas vs. National Basketball Association, 190 F. Supp. 241 (S.D.N.Y. 1961).

¿Cuál es el efecto en los boicots políticos?

Los boicots motivados por razones políticas y sin propósitos comerciales se consideran fuera del alcance del *Sherman Act* (National Organization for Women vs. Scheidler, 968 F.2d 612 (7th Cir. 1992). Missouri vs. National Organization for Women, 620 F. 2d 1301 (8th Cir. 1980).

Sobre este tipo de restricción el profesor Von Kalinowsky[1106] señala:

Que los acuerdos de distribución excluyentes son restricciones generalmente juzgadas bajo la regla de la razón porque se considera que pueden tener efectos pro-competitivos en el mercado intra-marcas permitiendo al fabricante promocionar adecuadamente sus productos y cumplir su responsabilidad en cuanto la seguridad y garantía de sus productos.

Los acuerdos de compra excluyente en virtud de los cuales un vendedor impone restricciones a sus clientes son evaluados en forma más severa porque bloquean el mercado. Estos acuerdos generalmente obligan a los clientes a favorecer o privilegiar un fabricante sobre otros competidores. Se les conoce típicamente como acuerdos de distribución excluyentes.

Existen tres tipos de acuerdos que se utilizan comúnmente por parte de los vendedores para controlar las compras. Estos son:

1. Los acuerdos atados los que incluyen diferentes variaciones.
2. Los acuerdos de trato exclusivo o de suministro.
3. Los acuerdos de trato recíproco.

[1106] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, Capítulo 4.

De estas modalidades las que reciben el tratamiento más duro de las Cortes son los acuerdos atados y los acuerdos recíprocos pues son considerados *per se* ilegales.

Los acuerdos de trato exclusivo o de suministro son juzgados acorde con la regla de la razón.

Hay dos razones por las cuales un vendedor puede utilizar las restricciones de compra excluyentemente. La primera es una razón pro-competitiva. El criterio es que si un vendedor puede controlar a sus compradores y obligarlos a efectuar sus mejores esfuerzos para comercializar y servir eficientemente los productos todos podrán competir más efectivamente contra otros fabricantes. La segunda razón es una anti-competitiva. Evitar que los compradores compren de otros, en otras palabras cerrar el mercado a los demás competidores.

Algunos vendedores fabricantes logran este control al integrarse verticalmente totalmente en la cadena de distribución hasta llegar al consumidor final. La decisión de ser dueños de toda la cadena de distribución se basa en los costos que son los que finalmente determinan la conveniencia o no de ser dueño del sistema de distribución.

El profesor Thomas Morgan señala sobre los tratos exclusivos que esta conducta se diferencia de la figura de ventas atadas en que la relación entre las partes se basa en un contrato de largo plazo entre un comprador y un vendedor[1107].

La conducta se presenta cuando un comprador acuerda adquirir de un vendedor específico todas sus necesidades y el vendedor proveedor todos sus requisitos y necesidades del comprador.

No es diferente conceptualmente a las ventas atadas pues es un acuerdo de no tratar con otra parte distinta al vendedor. Pese a ello las Cortes han adoptado una posición distinta a la de la venta atada, pues en esta los vendedores imponen a los compradores productos que estos no desean en tanto que en los convenios de trato exclusivo ambas partes se benefician. En la venta atada el comprador no puede oponerse. En la figura de tratos exclusivos ambas partes se benefician e ingresan a la conducta libremente. Por ello es de aplicación la regla de la razón.

En los acuerdos de trato exclusivo se debe cuantificar el daño que estos ocasionan al mercado. ¿Cuánto es el porcentaje del mercado que se cierra a la competencia por efecto del acuerdo?

En las conductas de trato exclusivo no se considera un monto absoluto sino más bien uno relativo, es decir, como proporción del total del mercado. Así, por ejemplo, un monto

---

1107 La definición vista desde un punto funcional es la siguiente. El vendedor rechaza vender un producto A (el producto atado, que no se desea). Los compradores son presionados y los proveedores eliminados o impedidos. Los productos que se atan puede relacionarse en forma diversa: Pueden estar relacionados en proporciones fijas o el producto atado puede haber sido diseñado para ser usado con el producto que ata (software con una computadora especial) o pueden ser vendidos y usados en forma separada (semillas y fertilizantes).
Hay 3 principios básicos para una venta atada ilegal: 1) Deben ser dos productos separados. Uno que ata y el otro atado; 2) El vendedor debe tener suficiente poder de mercado en el producto que ata como para restringir la competencia en el mercado del producto atado; 3) El acuerdo debe tener un efecto importante en el mercado (T. Harris Young & Associates, Inc. vs. Marquette Electronics, Inc.) JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 63.

elevado y significativo puede ser ignorado si este es un porcentaje ínfimo de las cifras que se transan en esa industria[1108].

El hecho que la industria es acostumbrada a celebrar contratos exclusivos, creando con ello una significativa reducción del número de firmas que proveen el servicio será evaluada y tomada en cuenta por las Cortes americanas, en el análisis de la situación (regla de la razón).

El contrato con un solo proveedor de anestesia no es ilegal si esta exclusividad se logra en virtud de tratos exclusivos siempre y cuando no se cumplan ciertas condiciones:

1. Se mide la proporción del mercado en el suministro total del tipo de producto (bienes y servicios) que se ve afectado.
2. Se comprueba, a resultas de la misma, si el acuerdo particular impide la competencia en forma significativa.
3. Si el porcentaje es significativo o si su uso está difundido por los agentes económicos de modo que su sumatoria tiene efectos sustanciales en la competencia entonces la conducta será considerada ilegal.

Hemos señalado que los acuerdos atados ocurren cuando el vendedor obliga al comprador a comprar un bien que no desea al comprar un bien que sí desea. Este acuerdo atado es restrictivo porque fuerza al comprador a adquirir algo que no quiere. Este tipo de

---

[1108] Las razones para los acuerdos de empaquetamiento o atadura son diversas:

a. Ampliar el poder de mercado: Una firma puede usar el poder monopólico que tiene en la venta de un producto en un mercado para crear un poder monopólico y utilidades monopólicas en las ventas de otro producto al atar las ventas de ambos. Por ejemplo, una firma que vende un producto único, patentado, puede obligar a sus compradores a adquirir un producto relacionado atándolo al producto patentado. Teóricamente el monopolista es capaz de reducir o eliminar la competencia del producto atado y crear un monopolio para sí mismo en el mercado de ese producto.
b. Proteger sus productos, imagen y *goodwill*: Una firma puede tratar de proteger sus productos, imagen o *goodwill* con ventas atadas. Por ejemplo, una firma puede temer que sus productos tendrán un mal servicio si los que los atienden no están entrenados o autorizados y para eliminar tal riesgo se niega a distribuir repuestos o permitir que se dé servicio en forma independiente.
c. Incurrir en discriminación de precios o evadir el control de precios: Un acuerdo de empaquetamiento o atadura permite a la firma incurrir en discriminación de precios. Por ejemplo supongamos que una firma A tiene una patente sobre una impresora de alta velocidad a calor pero que los cartuchos que usa la impresora no están patentados y son usados ampliamente en el mercado y suministrados por varias firmas. Si la firma A alquila las impresoras a sus clientes a un mismo monto de alquiler pero requiere a sus usuarios que compren los cartuchos de tinta de la firma A entonces cobra más a los que usan más la impresora, aun cuando la renta sea igual para todos las firmas reguladas pueden usar las ventas atadas para evadir la regulación de precios. Si, por ejemplo, una firma de cable TV cobra mensualmente un monto autorizado la firma podría evadir el control del precio controlado requiriendo a sus clientes que alquilen las cajas convertidoras de señal en un precio inflado pues no está regulado.

Tomar ventaja de las eficiencias y economías de escala: La mayoría de los productos son de hecho combinaciones de varios productos y servicios separados, cada uno de los cuales puede ser eventualmente vendido en forma separada. ¿Tiene sentido decir que un fabricante de carros ata los motores al resto del carro?, ¿quieren los clientes comprar los productos en forma separada? La respuesta es no. Por una variedad de razones es probablemente más eficiente y efectivo desde el punto de vista de costo que el fabricante instale y venda el carro con el motor. Existen muchos ejemplos de eficiencias y economías de escala creadas por el ensamblaje y venta de productos relacionados en uno solo, integrado (Town Sound & Custom Tops, Inc. vs. Chrysler Motors Corp., 959 F.2d 468 [3d Cir.]. cert- denied, 113 S. Ct. 196 [1992]. JORDE, LEMLEY y MNOOKIN). *Op. cit.*, pp. 63-64.

requerimiento excluye a los competidores del mercado para los productos atados desde que los competidores del vendedor no pueden hacer estas ventas.

La competencia queda eliminada del mercado no porque el vendedor tenga un mejor producto o un mejor precio sino porque tiene suficiente poder sobre el comprador como para obligarlo a adquirir algo que no desea en virtud del producto que sí desea. Una variante agregada de este tipo de arreglo es cuando se fuerza la compra de toda una línea de productos.

Otro tipo de acuerdo excluyente son los denominados acuerdos de trato exclusivo en virtud de los cuales el vendedor acuerda vender bienes al comprador bajo la condición que el comprador acepte no comprar ningún bien de otros competidores. Los acuerdos de requerimiento son una variante de esta figura en virtud de la cual el comprador acepta comprar todo o una parte sustancial de sus necesidades a un solo vendedor. Igual que los acuerdos atados, estos tipos de acuerdos y requerimientos limitan la habilidad de los competidores del vendedor para celebrar negocios con el comprador y limitan la libertad de opción del comprador.

Otros acuerdos de distribución excluyente son los denominados acuerdos de trato recíproco. Parecidos a los convenios de exclusividad y de suministro surgen cuando un vendedor compra bienes de otra empresa solo bajo la condición que la segunda compre bienes de la primera. En ese sentido, los acuerdos de compra recíproca son en realidad acuerdos exclusivos o requerimientos de doble vía. Los acuerdos recíprocos no requieren que cada parte trate con la otra de forma exclusiva.

Los acuerdos recíprocos también tienen características de acuerdos atados. Los negocios son hechos con el comprador bajo la condición que el vendedor haga algo a favor del comprador. La posición del comprador generalmente le permite coaccionar al vendedor para que entre en un arreglo. En vez de comprar otro producto el vendedor se ve forzado a comprar el del comprador. Si bien ambas partes pueden desear entrar en este tipo de arreglos el efecto es limitar la competencia.

2.6.8. Restricciones Verticales[1109]

2.6.8.1. Mantenimiento de los precios de reventa

Los acuerdos verticales sobre precio se refieren a aquellos acuerdos celebrados entre personas en distinta ubicación en la cadena de distribución. Estos acuerdos establecen los precios mínimos de reventa o bien el rango de precio de los bienes o servicios.

La fijación vertical de precios involucra fijar un precio mínimo de reventa de los bienes o servicios y por ello es ilegal *per se*. Sin embargo, la fijación de precios de reventa máximos analizada acorde a la regla de la razón no es *per se* ilegal[1110].

[1109] A pesar que las normas hablan de un acuerdo o condición esta no requiere de formalidad ni ser explícita. Cualquier poder del vendedor para forzar al comprador es suficiente. Las Cortes consideran que el poder puede ser inferido de: 1) Coerción; 2) La política del vendedor para «influir» a sus compradores para que adquieran ambos productos y 3) La compra generalizada de ambos productos por los compradores. Ungar vs. Dunkin' Donuts of America, Inc., 531 F.2d 211 (3d Cir. 1976). JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 65.

Si bien se espera que un fabricante sea capaz de presionar por un precio máximo o mínimo a sus distribuidores o que el mayorista pueda fijar el precio a sus minoristas, no deben olvidar que estas acciones pueden llevarlos a la ilegalidad bajo las normas *antitrust*.

Las normas *antitrust* toleran la fijación vertical de precios en tres situaciones:

1. La conducta unilateral de un vendedor o de un fabricante, incluyendo anuncios de una política de precios sugeridos o el simple rechazo a contratar si no se cumple con esta política;
2. Acuerdo de consignaciones de buena fe;
3. Licencias de propiedad intelectual.

Precios sugeridos

La *Sherman Act* sólo sanciona «contratos, combinaciones o comparaciones». Por ello no es posible sancionar los acuerdos de una corporación con su subsidiaria pues no existe combinación ni acuerdo de uno[1111].

No existe pues sanción si un fabricante logra estabilizar sus precios en forma unilateral. La conducta unilateral no requiere de colaboración.

Para determinar una acción concertada se debe establecer que los actores involucrados actuaron consecuentemente, con un esquema común, que involucra precio en contraposición a un acuerdo para actuar en una misma forma. «Debe existir evidencia que tienda a excluir la posibilidad de una acción independiente del fabricante y sus distribuidores»[1112].

Existen dos tipos de conductas que son consideradas excluyentes de la posibilidad de acciones independientes razón por la cual resultan en acuerdos ilegales de mantenimiento de precios.

Estas son:

1. Obtener seguridades del comprador que la política del vendedor será cumplida.
2. El uso de medidas coercitivas para asegurar el acuerdo con la política de precios del vendedor.

En el primer caso encontramos acuerdos expresos en virtud de las cuales se mantendrán los precios de reventa. En cuanto al segundo caso, esto es, el uso de coerción para

---

[1110] A pesar que se aceptan algunas defensas en forma limitada (nuevas industrias y control de calidad) los arreglos son *per se* ilegales si se cumplen los siguientes requisitos: a) Son productos separados, b) Existe poder de mercado; c) Un monto mayor que *De Minimis* es afectado en el mercado. JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 65.

[1111] En este caso los demandantes eran un grupo de firmas de servicio independientes (150) que a pesar de no estar vinculadas al vendedor trataban de competir en el rubro del servicio de las copiadoras. Los demandantes plantean que el fabricante había atado el servicio de sus máquinas a la venta de repuestos y limitaba estos a las firmas independientes lo que hacía difícil competir. Las Cortes encontraron que existía venta atada entre el servicio y los repuestos aún cuando el fabricante no tenía poder de mercado en la venta de fotocopiadoras. (Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services) JORDE; LEMLEY y MNOOKIN. *Op. cit.*, p. 67.

[1112] BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 1142.

obtener una aceptación involuntaria al esquema de precios del vendedor, este es considerado por las cortes como una forma de acuerdo tácito de precios.

Queda comprendido el uso de terceras personas para llevar a cabo o implementar la política. El rechazo a contratar con compradores o vendedores que no cumplan es considerado dentro de esta combinación para el mantenimiento de precios en forma ilegal.

Medidas coercitivas

Las cortes consideran el uso de amenazas de aplicar sanciones por el no cumplimiento como una coerción ilegal. Son ejemplos de estas medidas coercitivas:

- Requerir que cualquier cambio en la lista de precios sea aprobada por el fabricante.
- Supervigilar (Esto incluye tales conductas como monitorear las listas de los distribuidores, requerir que los distribuidores presenten listas o requerir a los distribuidores que presenten sus planes de descuento para aprobación
- Retener reintegros a los distribuidores.
- Negarse a realizar publicidad compartida.
- El uso de contratos de distribución de corto plazo para inducir el cumplimiento de precios sugeridos (Esto constituye coerción porque el vendedor no sólo puede controlar los precios de cerca sino que puede usar los contratos de corto plazo como una amenaza de no renovación sino se cobran los precios determinados por el vendedor).
- Hacer demandas de cumplimiento (amenazar al distribuidor con el cese del contrato si no acuerda los precios de reventa y además terminar con los distribuidores difíciles o recalcitrantes).
- Dirigir a los distribuidores que cobren un precio específico (instruir a los distribuidores que cobren un precio y esperar que acepten).
- Retener la asistencia económica y tecnológica a los distribuidores.
- Implementar un precio de castigo inferior al del mayorista.
- Colocar a los distribuidores recalcitrantes a prueba.

De otro lado es importante tener en cuenta que la exposición, persuasión o argumentación no son en sí mismos coercitivos. Entre ellos tenemos las exhortaciones para continuar siendo competitivos, que se mantenga un margen de ganancia. Más aún, comunicar a un distribuidor la política de comercialización no es ilegal salvo que estos acepten con lo cual se genera un acuerdo ilegal.

El tema fundamental es si la conducta del vendedor es tal que interfiere con la habilidad del cliente para actuar libremente y ejercer su discreción en la fijación de precios.

Los programas de publicidad conjunta entre fabricantes y proveedores o entre distribuidores pueden ser peligrosos desde el punto de vista de la legislación *antitrust*, porque estos esfuerzos pueden ser comprendidos como acuerdos entre fabricante y proveedores para vender en un precio previamente acordado lo cual es una violación *per se*.

Estas políticas conjuntas son vulnerables. Más aún si los fabricantes obligan a:

- Revisar los avisos puestos por un distribuidor en un programa cooperativo, para ver si cumplió con los avisos propuestos.
- El fabricante provee un modelo de la publicidad a los distribuidores para colocar en sus puntos de venta y si en los avisos se incluye el precio del producto.

2.6.8.2. Otras Restricciones Verticales

Negativas injustificadas a contratar

Como regla general un fabricante es libre para efectuar cambios en su sistema de distribución, incluyendo cambios profundos y sustanciales del mismo.

También puede remover aquellos distribuidores que no cumplen con su visión del negocio. La clave que determina la ilegalidad es si el fabricante está actuando en forma unilateral o no. Una negativa unilateral a contratar que equivale a un esfuerzo de colaboración para fijar, estabilizar o controlar el precio de reventa se halla comprendida en la sección 1 del *Sherman Act.*

El terminar una relación comercial o negarse a vender a un cliente o un distribuidor es solo ilegal si esta es parte de una combinación o conspiración para estabilizar precios.

Así, es legal si un fabricante cesa a un distribuidor por no cumplir con los precios de reventa. La palabra clave aquí es combinación. Esta puede consistir en una coerción (acuerdos forzados) o en acuerdos del fabricante y terceros (otros distribuidores).

En los problemas de restricción vertical se debe tener en cuenta aspectos fundamentales. En tanto que no se adopten medidas de coerción u obligación en precios, una recomendación del fabricante puede ser beneficiosa para la competencia.

¿Cuáles son los factores a considerar?

Obligatoriedad: Existe una inclinación natural del fabricante para verificar los precios de sus distribuidores. Estos pueden aparecer en diarios, revistas, televisión o radio.

Sin embargo hay prácticas peligrosas como:

- Garantías del fabricante los que solicitan información sobre el precio de compra de los clientes finales.
- Programas de descuento que se extienden por largo plazo.
- Facturación directa del fabricante a los clientes del distribuidor.
- Publicidad cooperativa con copia de todo lo publicado al fabricante.
- Investigación y control de precios por parte del fabricante.
- Coerción: Es aconsejable desde un punto de vista del antitrust el diferenciar claramente los departamentos de créditos y cobranzas de los de venta y logística pues puede inferirse una coerción a través del envío de productos defectuosos, embarques tardíos, uso de transportadores lentos, enviar órdenes incompletas o tardar mucho en el despacho.

El crédito es otra área sensitiva pues los distribuidores pueden tener problemas de caja o de crédito. Así cambiar una política en forma injustificada de crédito a una de pago al contado se puede interpretar que se trata de obligar a cumplir con los precios sugeridos.

A fin de evitar problemas es importante seguir los siguientes pasos cuando un fabricantes desea terminar su relación comercial con un distribuidor cualquiera:

1. No amenace, actúe.
2. No suspenda, termine la relación comercial.
3. No restrinja, actúe la primera vez.
4. No discuta la decisión fuera de la empresa. Usted no desea crear una lista negra con los demás distribuidores de este cliente.
5. Considere los términos del contrato vigente y otras restricciones que puedan impedir ciertos cursos de acción.
6. Considere la razón por la cual ha tomado esta acción.
7. La decisión debe ser comunicada sin excusas ni justificación.

La coerción es una cuestión de hecho. El demandante debe probar con evidencia que sufre presión física o económica y que por ello se le obliga a acceder a las demandas.

Son ejemplos de conductas coercitivas:

- Impedir a un cliente que maneje ciertas líneas o productos.
- Entablar juicios o procedimientos administrativos sin causa justificada.
- Interferir con la publicidad del cliente.
- Interferir con los vendedores del cliente.
- Ofrecer rebajas a los clientes del cliente.
- Reemplazar con bienes de menor calidad los pedidos del cliente.
- Embarcar bienes defectuosos.
- Retener descuentos o reintegros.
- Recortar suministros o servicios.
- Inducir a otros proveedores a que se nieguen a vender al cliente.
- Embarcar órdenes parciales o atrasadas cuando existe inventario disponible.
- Embarcar tardíamente cuando hay disponible.

Acuerdos de consignación

En estos casos el vendedor suministra sus bienes al distribuidor en tanto que retiene el título y control de los bienes. Como el vendedor permanece como dueño puede legalmente fijar el precio en el cual el vendedor vende.

A fin de determinar que se trata de una consignación real debe evaluarse el riesgo del negocio. Si este es asumido por el consignatario no es realmente una consignación. Si un fabricante transforma su red de distribución de distribuidores independientes a consignatarios no incurrirá en control vertical de precios, aún cuando el efecto es un control de los mismos.

Las preguntas que debemos formularnos para verificar si se trata de un acuerdo de consignación real es si el consignatario tiene o no las características de un empresario independiente y asume parte del riesgo o no.

Factores para determinar si se trata de una consignación

1. ¿Quién tiene el título de los bienes?
2. ¿Se factura al distribuidor por los bienes?
3. ¿Se factura al distribuidor por el embarque?
4. ¿Quién tiene la propiedad y paga el impuesto de los bienes?
5. ¿Sobre quien recae el riesgo de los bienes no vendidos?
6. ¿Quién se encarga del inventario?
7. ¿Quién tiene la autoridad para efectuar la última venta?
8. ¿Pueden las ventas ser devueltas por la otra parte?
9. ¿Quién fija el precio?
10. ¿Ha dado el distribuidor garantías sobre los bienes a alguien más fuera del vendedor?
11. ¿Quién es el beneficiario de los seguros de incendio o de robo?
12. ¿Quién asume el riesgo de la pérdida en las ventas a crédito?
13. ¿La política de retorno de mercadería está limitada en cantidad, tipo de producto o antigüedad?
14. ¿Quién paga por la carga y embarque? ¿por la descarga?
15. ¿Quién paga el costo de facturar a los clientes?
16. ¿Se compensa al distribuidor en relación a la venta?
17. ¿Se paga al distribuidor cualquier tipo de consumo?
18. ¿Quién paga los costos del distribuidor?
19. ¿Quién es dueño de la tienda o propiedad del distribuidor?
20. ¿Quién tiene la responsabilidad de la promoción y publicidad?
21. ¿Sobre quién reposa la responsabilidad de mantener la satisfacción del cliente?
22. ¿Quién provee estantes y vitrinas?

23. ¿Existen otras razones para la consignación, tales como mantener un control de calidad?

El control de precios en los acuerdos de licencia

Un fabricante que goza de una patente, al conceder una licencia de fabricación o de uso puede fijar el precio bajo el cual el licenciatario vende su producto si:

1. El licenciatario vende en competencia con el licenciante.
2. El precio se relaciona con el producto patentado exclusivamente y con todo el producto. No solo parte de él.
3. El licenciado establece el precio en forma unilateral, basado en sus propios intereses.
4. El producto se halla patentado. No se aplica a un producto no patentado o donde lo que está patentado es el proceso o la maquinaria.
5. La licencia sólo requiere la venta del producto patentado con un mismo precio. Involucra una sola licencia y no se aplica a procesos o secretos industriales.

2.6.9. La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones

Inciso h) del artículo 6 del D. Leg. 701

h. La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones

En este inciso procederemos a analizar aquellos acuerdos comerciales que regulan las condiciones en la que se efectúa la producción, distribución y el desarrollo técnico o las inversiones.

Comenzaremos por el concepto de «producción»:

Cuando las firmas entran en un acuerdo para el intercambio de información acerca de sus procesos productivos logran un sustituto próximo a un acuerdo de fijación de precios pues al conocer los costos y el margen de contribución es posible coordinar acciones para regular indirectamente los precios finales para el consumidor.

El término producción es definido por la Real Academia como:

«Del latín *productio-onis*. Acción de producir. Cosa producida. Acto o modo de producirse. Suma de los productos del suelo o de la industria»[1113].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* define:

«Acción de producir. Cosa producida... Actividad mediante la cual determinados bienes se transforman en otros de mayor utilidad. Conjunto de productos agrícolas e industriales. Medios de producción, en la teoría marxista, conjunto de medios de trabajo (máquinas, etc.) y

[1113] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1672.

de los objetos (materias, etc.) a los cuales se aplican. Modo de producción, en la teoría marxista, conjunto constituido por las fuerzas productivas y las relaciones sociales de producción e intercambio que, define un periodo en la historia de la sociedad...»[1114].

En términos jurídicos, la *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala:

«Con excepción de los dones de la naturaleza, todos los artículos llegan a existir porque se producen.

Esta actividad comprende los medios de subsistencia y constituyen juntamente con el consumo, las principales proporciones de la humanidad.

Producir significa hacer efectivas utilidades materiales permutables, esto es, susceptibles de ser apropiadas y por ende intercambiadas en sociedad. Por esto, producción significa la serie de procedimientos humanos con que se hace efectiva o se acrece la utilidad de las cosas materiales.

Por medio de estos procedimientos humanos (creación de capacidad de satisfacción de necesidades) el hombre ha podido llevar un pausado y lento progreso, desde el estado primitivo hasta la nueva estructura del orden económico moderno.

Las actividades de la producción se hallan condicionadas a tres elementos, dependientes entre sí, a saber:

I. Los recursos son de magnitud limitada.

II. Los recursos sufren transformaciones antes de su uso.

III. Los recursos se hallan distribuidos sin uniformidad geográfica»[1115].

Para Cabanellas:

«Acción de producir. Su resultado o producto. Acto, manera o y forma de suceder algo. El conjunto de los productos agrícolas o industriales de determinado producto; o con amplitud mayor, con carácter nacional e incluso mundial. Técnicamente, el proceso de transformación de las materias primas.

Como resultado del conjunto de actos que sirven a la creación de la riqueza, la producción la integra el capital (los dueños de las maquinarias-herramientas), el trabajo (los dadores de actividad creadora) y la naturaleza, que proporcionan las bases indispensables. (Bienes y crisis de producción; factores de producción, precio de producción, prima a la producción, productividad; propiedad de la producción y de los medios de producción; reproducción, sobreproducción, superproducción, unidad de producción.)»[1116].

Bernard y Colli definen la producción desde un punto de vista económico y financiero:

«Creación de un bien o de un servicio adecuado para la satisfacción de una necesidad... La producción se considera como un ciclo creador de utilidad... Desde el punto de vista técnico representa una forma de combinar los factores de producción (recursos naturales, trabajo, bienes de producción) apropiados a dicho fin... En su aspecto económico, la noción de producción tiene un contenido que varía según los países. Se vincula a la naturaleza y características de los bienes y servicios creados mediante la combinación de los factores técnicos,

1114 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 825.

1115 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 422.

1116 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 444.

así como a las condiciones bajo las cuales se ofrecen para la satisfacción de las necesidades. Las utilidades creadas pueden de hecho poseer una base más o menos material; por otra parte, pueden intercambiarse o no en un mercado. Estas distinciones se ven claramente en las definiciones de producción utilizadas por los sistemas de contabilidad nacional...»[1117].

Bellamy y Child[1118] opinan «no hay objeción por el hecho de que una asociación sectorial recoja información estadística para obtener unas cifras agregadas de la producción o de las ventas de la industria de que se trate sin identificar las empresas individuales. De modo parecido, tampoco es sancionable según el artículo 85.1 si la información relativa a la producción o a las ventas de empresas determinadas se haga pública bajo los auspicios de una asociación sectorial. Sin embargo, el intercambio privado entre competidores de información que normalmente es confidencial como por ejemplo, la clasificación de las ventas por producto, o cliente, o la información sobre facturas, infringirá el artículo 85.1 especialmente si hay otras pruebas de conducta anticompetitiva. Cualquier supuesta transacción obtenida en el mercado se verá ampliamente desvirtuada por el hecho de que la información se mantenga únicamente accesible a las empresas promotoras».

El intercambio de información a nivel gremial o entre competidores puede ser no objetable y no sancionable, salvo específicas situaciones en que cae en conducta anticompetitiva cuando el nivel de información señaliza las pautas de conducta a seguir o da información precisa y analítica sobre cada competidor y no en forma agregada pues en estos casos incurre en una restricción a la competencia. El intercambio de información no es sancionable, si lo es el realizar acuerdos para limitar la producción dependiendo de la información que los competidores intercambian. Asimismo, es una conducta sancionable el limitar o concertar la producción pues al hacerlo logramos ofrecer menos productos al mercado. La restricción de la oferta tiene como objetivo principal elevar los precios que es la respuesta que esperan las firmas coludidas ante una demanda insatisfecha provocada por la limitación de productos.

2.6.10. La Distribución

En cuanto a la distribución de los productos una empresa puede vender sus productos de muy distintas maneras pero generalmente lo hace a través de intermediarios pues son estos los que tienen la capacidad financiera y conocimiento del mercado para llegar al consumidor.

Definiendo el término distribución según la Real Academia Española tenemos:

«Del latín *distributio-onis*. Acción y efecto de distribuir o distribuirse... Repartición del valor del producto entre los factores de la producción. Reparto de un producto a los locales que debe comercializarse...»[1119].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

«Acción y efecto de distribuir... Conjunto de operaciones a través de las cuales los productos y los servicios llegan a los diversos consumidores dentro del marco nacional...»[1120].

[1117] BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*

[1118] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 217.

[1119] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 765.

Bernard y Colli, por su parte, consideran:

«Conjunto de operaciones dirigidas a colocar los productos al alcance de los consumidores. La función de distribución es por tanto un conjunto de operaciones materiales y económicas intermediarias entre el productor y el consumidor, que implican una adquisición por el distribuidor y una nueva compra efectuada por el consumidor. Desde este punto de vista, juega un papel de ajuste o acoplamiento entre varias funciones... Este papel de ajuste ofrece por sí mismo tres puntos de aplicación:

- El primero, espacial, que consiste en transferir los productos a través del territorio a fin de ponerlos a disposición del comprador;

- El segundo, funcional, consistente en ajustar las exigencias de cantidad y calidad de los productores y de los consumidores, que no son idénticas, es decir, la oferta y la demanda...;

- El tercero, de orden temporal, consiste en adaptar las fechas y los ritmos para poner a la venta los productos de manera simultánea a los ritmos de producción y de demanda. La función de distribución debe, por otra parte, ejercerse en los plazos más breves posibles, a fin de evitar que ello pueda constituir un elemento de retraso»[1121].

Al respecto Bellamy y Child[1122] hace una concisa clasificación de los acuerdos de distribución:

i) **Acuerdos de agencia en exclusiva:** la relación entre las partes es la de principal y agente en sentido estricto. Normalmente se impide al principal que actúe a través de otros agentes, y al agente se le impide que actúe para otro principal.

ii) **Acuerdo de distribución en exclusiva:** el proveedor nombra a un distribuidor para un territorio determinado, que compra mercancías con el fin de revenderlas por cuenta propia, ya a usuarios finales o a minoristas. Normalmente se prohibe al proveedor la venta directa o el nombramiento de otro distribuidor, y a su vez el distribuidor se obliga normalmente a no comerciar con productos de la competencia.

iii) **Acuerdo de suministro exclusivo:** la empresa a la que se suministra (frecuentemente un minorista) se obliga a obtener todos sus pedidos de la mercancía de que se trate de un proveedor determinado. Este tipo de acuerdos incluye los que se dan frecuentemente en algunos países entre un fabricante de cerveza y un bar, y entre una marca de gasolina y una estación de servicio.

iv) **Acuerdos de franquicia:** el franquiciador o franquiciante concede una licencia a un minorista para vender mercancías con la marca del primero, normalmente en un establecimiento instalado y decorado conforme a las instrucciones del franquiciador y se obliga a proveerse únicamente de productos del primero o de fuentes autorizadas por aquél.

v) **Acuerdos de distribución selectiva:** el proveedor organiza un sistema de distribución en el que sirve únicamente a un número restringido de mayoristas o minoristas que se obligan a no suministrar a comerciantes no autorizados fuera del sistema.

[1120] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 354.

[1121] BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 544.

[1122] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 311.

vi) **Acuerdos de suministros para la industria:** en estos no se compra para la reventa sino para la producción industrial.

vii) **Subcontratación:** el trabajo se realiza y la mercancía se suministra por el subcontratista siguiendo instrucciones específicas del otro contratante.

Como el mismo autor expresa de estos incisos pueden derivarse dos tipos de restricciones:

- Obligaciones relativas a la contratación en exclusiva
- Restricciones relativas a la reventa de los productos de que se trate.

Para poder determinar cuando una forma de distribución se considera una limitación o un control concertado de la producción y por lo tanto una práctica restrictiva de la competencia se debe analizar caso por caso.

Sin embargo un contrato de distribución en exclusiva «normalmente impide al proveedor nombrar a otro distribuidor en el territorio, o vender en el territorio por sí mismo, mientras que el distribuidor se obliga a no vender productos a otros competidores». Esta situación limita la libertad de las partes. Debemos señalar que en vista de la complejidad del mercado muchas veces estos acuerdos lejos de ser una limitación a la libertad de las partes se transforman en la forma más conveniente de comercializar un producto. Las razones son varias, entre ellas: evita el trato con una gran cantidad de personas, hay una economía en el trabajo, en el tiempo, se disminuye el costo de transacción debido a que estos conllevan a una racionalización en la distribución. Por lo tanto nos encontramos ante una práctica que debe ser analizada cuidadosamente para evaluar la naturaleza pro competitiva o anticompetitiva de la misma.

Al respecto el derecho de la competencia en la Comunidad Europea[1123] señala que «no está predispuesto contra los acuerdos de distribución siempre que no haya protección territorial absoluta. De este modo el Tribunal ha estado dispuesto a dejar abierta la cuestión sobre si un contrato de distribución exclusiva simple o "abierto" sin protección territorial absoluta infringe o no el artículo 85.1. La Comisión ha concedido una exención por categoría a muchos acuerdos de distribución que no confieren una protección absoluta al distribuidor por medio del Reglamento 1983/83. Con ello, incluso si unas obligaciones determinadas de un contrato de distribución infringen el artículo 85.1, pueden ser plenamente válidas y exigibles ante los tribunales si el contrato en su conjunto entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 1983/83».

Respecto del «desarrollo técnico» tenemos:

En primer lugar, el concepto de desarrollo es el siguiente según la Real Academia es:

«Acrecentar, dar incremento a una cosa de orden físico, intelectual o moral... Progresar, crecer económica, social, cultural o políticamente en las comunidades humanas...»[1124].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

[1123] *Ibidem*, p. 317.

[1124] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 694.

«Acción y efecto de desarrollar y desarrollarse: desarrollo físico, desarrollo intelectual... Mejora cualitativa y durable de una economía y de su funcionamiento... proceso de crecimiento económico en el que la tecnología, la explotación de los recursos y la organización social y política satisfacen necesidades del presente sin comprometer la capacidad de satisfacer las de las generaciones futuras...»[1125].

En términos económico-financieros, se define de la siguiente manera:

«Proceso de transformación de las estructuras de una sociedad en relación con el crecimiento...»[1126].

Entonces el desarrollo acompañado de la tecnología que significa según la Real Academia Española:

«Conjunto de los conocimientos propios de un oficio mecánico o de arte industrial. Tratado de los términos técnicos. Lenguaje propio de una ciencia o arte. Conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto...»[1127].

Según el *Diccionario Enciclopédico Larousse* es:

«Estudio de medios, de las técnicas y de los procesos empleados en las diferentes ramas de la industria. Conjunto de los instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto... Medios materiales y organizacionales estructurales que sirven para aplicar los más recientes descubrimientos científicos»[1128].

Sobre la inversión, siendo un término de economía, lo definiremos de acuerdo a lo que señalan Bernard y Colli:

«Adquisición de medios de producción. Por extensión: adquisición de un capital para conseguir una renta. En una acepción familar: colocación en valores mobiliarios. En el sentido estricto de la palabra, consiste en una utilización de renta que se refleja en el aumento del patrimonio de bienes de equipo. Dado que determina la formación del capital y de su asignación a la producción, representa el caso opuesto al consumo que busca la satisfacción de las necesidades mediante la destrucción de bienes y servicios. En realidad, la frontera es en cierto modo fluida, como puede ser por su parte la distinción entre bienes de producción y bienes de consumo... Modalidades:

- La inversión bruta y la inversión neta deducida de la primera cuando se tienen en cuenta las cargas de amortización.

- La inversión productiva y la inversión improductiva. La primera se refiere a adquisición de bienes de producción que sirven a su vez para la producción o de bienes y servicios de consumo individualizados...; la segunda procura la asignación de la renta a la creación de equipos destinados a producir los servicios que respondan a la satisfacción de necesidades colectivas...»[1129].

Diversas conductas pueden ser adoptadas por quien está en posición de dominio para obstaculizar bien la producción, el mercado o el desarrollo tecnológico, tales como acuer-

---

1125 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 326.

1126 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 505.

1127 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1950.

1128 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 960.

1129 BERNARD y COLLI (1985). *Op. cit.*, p. 841.

dos sobre cuotas de producción o colocación en el mercado; adopción de medidas con relación a la inversión de capitales; limitaciones en los canales de distribución (restricción en apertura de sucursales o agencias), suministros de productos, servicios o materias primas, etc.[1130].

Esta práctica abusiva tiene la característica de que la empresa en posición dominante, se autolimita y actúa en tal forma con el objetivo de limitar a terceros.

Sobre el tema de la distribución Von Kalinoswky[1131] nos dice:

> «El sistema de distribución es el motor que dirige las empresas. Sin una eficiente distribución los negocios languidecen y no pueden competir eficientemente. El proceso de distribución comprende las actividades de fabricantes, distribuidores, minoristas, consumidores y pueden todas ellas generar problemas propios del *antitrust*».

Sobre el proceso de distribución el autor comenta:

Pocos fabricantes venden sus productos directamente al público consumidor. Típicamente la mayoría de sus productos son vendidos a uno o más intermediarios. Estos intermediarios tienen una variedad de nombres: distribuidores, brokers, mayoristas, entre los más conocidos. No importa como se les denomine, éstos intermediarios deben revender sus productos a lo largo de la cadena de distribución hasta que los bienes eventualmente lleguen a los consumidores.

Cada parte en la cadena de distribución asume ciertas responsabilidades y obligaciones. Como mínimo cada uno asume la obligación de pagar por los bienes que pasan por sus manos en concepto de propiedad y promover la venta del producto al siguiente agente en la cadena hasta llegar al consumidor final.

Conforme el producto desciende a lo largo de la cadena, cada parte involucrada retiene cierto interés y derecho sobre los bienes. Por ejemplo: un fabricante tiene el derecho de escoger a quien va a vender los bienes, a qué precio y bajo ciertas circunstancias retener la venta a sus distribuidores.

Sin embargo, al contratar distribuidores independientes el fabricante también pierde ciertos derechos. Por ejemplo: cuando un fabricante vende a un distribuidor independiente pierde el derecho de controlar el precio de reventa de éstos productos. Como el fabricante, cada distribuidor tiene el derecho de fijar sus propios precios de venta.

A diferencia del fabricante, el distribuidor en la cadena de distribución corre el riesgo que termine la relación de la persona que le suministra y en consecuencia pierda la habilidad del manejo de los bienes. Este hecho propio de la vida comercial requiere que los distribuidores presten atención a las demandas y requerimientos de los vendedores y frecuentemente estos distribuidores conocen que le sirve a sus intereses atender los deseos de los fabricantes.

Todo un fabricante tiene legítimo interés de supervisar la forma como se comercializan sus productos a lo largo de la cadena. Obviamente, en este caso la reputación del fabricante así como la competitividad de sus productos dependen de una exitosa comercialización.

[1130] GÓMEZ LEYVA (1998). *Op. cit.*, p. 163.

[1131] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, Capítulo 1 - Capítulo 6.

Sin embargo, existe una tensión en la ley. Las leyes de defensa de la libre competencia restringe la extensión o alcance con la cual el fabricante puede controlar la distribución de sus productos. La legislación de libre competencia reconoce que los distribuidores independientes tienen derechos que deben ser respetados lo cual pone al fabricante en una difícil posición.

En última instancia, el éxito puede depender del control absoluto del proceso de distribución pero este proceso es controlado por terceros, independientes del fabricante, los que pueden tener intereses divergentes.

En tanto que al fabricante se le entrega el poder de supervisar el proceso de distribución de sus productos, enfrenta varios grados de restricción, todos ellos ilegales, entre ellos:

1. controlar el precio de reventa de los productos,
2. seleccionar y cesar a aquellos que venden los productos,
3. organizar el proceso de distribución dividiendo el mercado entre distribuidores,
4. obligar a los distribuidores a comercializar sólo sus productos.

Cada una de estas decisiones tiene consecuencias derivadas de la Ley de Defensa de la Competencia.

Veamos ahora las restricciones verticales y horizontales:

Al proceso de distribución se le conoce como vertical cuando los bienes son transferidos del vendedor al distribuidor a lo largo de la cadena de valor hasta que los bienes lleguen a manos del consumidor. Por eso en términos de lenguaje *antitrust* se denomina restricciones verticales a los procesos que coaccionan o distorsionan el sistema de distribución.

Las restricciones verticales deben ser distinguidas de las restricciones horizontales que son aquellas que celebran los competidores ubicados en una misma etapa de la cadena de distribución. Así, la restricción vertical involucra negocios que operan en diferentes niveles y típicamente se refieren a un suministrador y un mayorista o a un mayorista y un minorista.

Existe en la ley un tratamiento distinto para las restricciones verticales y horizontales, siendo las restricciones horizontales sancionadas con la regla *per se*.

En el caso de restricciones verticales, excepto las que fijan precios mínimos de reventa y ciertos tipos de ventas atadas, las demás restricciones son juzgadas acorde a la regla de la razón.

En el caso Jefferson Parrish Hospital District N°2 *vs.* Hyde 466 US2, 104S.CT.1551, 80L.ED.2D (1984) la Corte Suprema sostuvo que una venta atada era *per ser* ilegal si se podían establecer los siguientes elementos:

1. se trata de dos productos y servicios separados,
2. la venta de un producto (el producto que ata) está condicionado a la compra de otro producto (producto atado),

3. el vendedor tienen un poder económico apreciable en el mercado en función al producto que ata y que le permite restringir el comercio y atar el otro producto,
4. una parte importante del comercio del producto atado está comprendido.

Como hemos señalado en cuanto restricciones horizontales la mayor parte de ellas son *per se* ilegales.

Entre las varias restricciones comprendidas mencionaremos cinco:

1. restricciones explícitas, tanto horizontales como verticales, que se refieren a un precio mínimo,
2. divisiones horizontales del mercado,
3. acuerdos sobre ventas atadas,
4. boicots grupales,
5. acuerdos de trato recíproco.

Como vemos la división horizontal de los mercados, cuando se presenta entre competidores es *per se* ilegal pero cuando se trata de una restricción vertical serán juzgados por la regla de la razón. En este sentido la decisión de un franquiciante de asignar un territorio a un franquiciado es generalmente evaluado por la regla de la razón y frecuentemente considerada legal.

2.6.10.1. El concepto de la distribución dual:

Una situación donde es difícil distinguir entre restricciones verticales y horizontales es cuando se involucra los sistemas de distribución dual. Se presenta esta situación cuando el fabricante no solo vende sus productos a intermediarios sino que compite con otros distribuidores vendiendo directamente a sus clientes.

El departamento de justicia americano ha definido el sistema en los siguientes términos «la distribución dual se refiere a la práctica del proveedor de vender al consumidor final tanto directamente como a través de distribuidores independientes». US Department of Justice Vertical Restrance Guidelines 22,AT p.m 1984.

Se debe tener cuidado al asegurar que las restricciones de Mercado no surjan como un acuerdo entre distribuidores independientes. Este acuerdo sí sería considerado una división horizontal de mercados la que es *per se* ilegal, sea o no el proveedor también un distribuidor.

Por otro lado, en la distribución dual se debe tener cuidado de no incurrir en otras prácticas ilegales como, por ejemplo, si el distribuidor dual vende sus productos a varios clientes a diferentes precios. Aquí se presenta un tipo de conducta que amerita una sanción. Esta conducta penada es la de discriminación de precios.

Entendemos por distribución dual al sistema de comercialización usado por un fabricante o productor en virtud del cual vende sus productos a través de facilidades propias (filiales o sucursales) pero también a través de distribuidores independientes, mayoristas o minoristas. Se la ha caracterizado como una integración parcial de las funciones del fabri-

cante el que vende directa e indirectamente. Como sistema puede ser eficiente y procompetitivo al crear ahorros en los costos de distribución y en la mejora del producto.

Según los *Guidelines* del Departamento de Justicia la integración vertical permite una planificación más eficiente, costos de transportes menores, un mejor control sobre la performance, una más rápida implementación de la innovación en la comercialización y un mejor acceso a la información de mercado.

Los fabricantes emplean la distribución dual para lograr cierto control sobre los canales de distribución. Con este sistema el fabricante tiene absoluto control sobre sus propios canales y un control parcial sobre los canales que manejan los distribuidores, pudiendo imponer alguna forma de restricción vertical sea en cuanto territorio o clientes.

Veamos a continuación algunos ejemplos de estructuras de distribución dual:

1. Un proveedor no solo distribuye sus productos a distribuidores independientes sino también distribuye sus productos a tiendas de las cuales es propietario, las que compiten con sus distribuidores.
2. Un proveedor vende a un distribuidor quien a su vez re-vende los productos a:
   - Vendedores independientes,
   - Vendedores que compiten pero que son propiedad o están controlados por un distribuidor,
3. Un fabricante distribuye sus productos a distribuidores que revenden a vendedores minoristas independientes. El fabricante compite con sus distribuidores vendiendo directamente a los minoristas independientes.
4. Un fabricante distribuye un producto bajo dos diferentes marcas. Una marca registrada y la otra genérica. El producto puede ser distribuido a través de puntos de venta de la empresa o a través de distribuidores independientes que compiten entre ellos.

El sistema de distribución dual existe en muchas industrias manufactureras.

El sistema también se encuentra en empresas no fabriles debido a que el sistema de distribución involucra competidores o potenciales competidores, este sistema genera oportunidades para colusión.

No existe en la doctrina una guía clara de cómo evaluar las restricciones en un sistema dual. Sin embargo, el aspecto clave es como se clasifica la restricción. Si la restricción es considerada como una relación de distribución vertical que fomenta la competencia entre las marcas se la juzgará bajo la regla de la razón. Si la restricción se la considera como una que restringe la competencia entre las marcas, entonces se la considerará una restricción horizontal sujeta a la regla *per se*.

Algunas Cortes consideran que la distribución dual que impone restricciones verticales distintas al precio, tales como restricciones en cuanto clientes o territorios, deben ser ilegales *per se* pero sujetas al análisis de la regla de la razón. En este sentido, debe considerarse si la restricción fue independientemente impuesta por el fabricante o no.

Procedamos a continuación a analizar algunas pautas metodológicas para determinar si la restricción impuesta por el distribuidor dual es de naturaleza vertical u horizontal.

Al examinar una restricción impuesta en un sistema de distribución dual hay que dejar de considerar el hecho que se trata de una distribución dual y focalizarse principalmente en el acuerdo que dio origen a la restricción. En otras palabras ignorar por el momento la complicación que surge del hecho que el fabricante es a la vez un suministrador y un competidor de los distribuidores.

Al evaluar el acuerdo cada aspecto del proceso debe ser visto en forma separada y se debe formular las siguientes preguntas:

1. ¿Es el acuerdo uno unilaterialmente impuesto por el fabricante y está destinado a incrementar la competencia entre las marcas?
2. ¿Es el acuerdo de naturaleza horizontal?
3. ¿Restringe el acuerdo la posibilidad de fijar precios?

El siguiente paso es examinar si la restricción es legal. Si la restricción es unilateralmente impuesta por el fabricante pero está sustentada en sólidas razones empresariales, es decir, está diseñada para promover la competencia entre las marcas y es razonablemente necesaria para lograr objetivos de negocios legítimos, entonces la restricción será juzgada bajo la regla de la razón y debe ser aprobada bajo los criterios.

De otro lado, si la restricción involucra un sistema de distribución dual que es en esencia horizontal, lo que significa que la restricción surge de algún tipo de acuerdo, expreso o tácito, entre competidores o potenciales competidores para restringir la competencia, entonces la restricción se la considerará *per se* ilegal, particularmente si un alto porcentaje de los puntos de venta de la compañía o de distribuidores están involucrados.

Este análisis también varía cuando el sistema de distribución involucra precios. Aún si la restricción es vertical en cuanto su naturaleza, si involucra precios mínimos de re-venta se la considerará *per se* ilegal.

¿Cuáles son los riesgos asociados a varias prácticas de distribución?

Hay cinco prácticas de distribución, generalmente presentes en un contexto vertical, que son consideradas peligrosas desde la perspectiva de las normas de defensa de la libre competencia y por ello deben ser evitadas. Estas prácticas incluyen:

1. **La fijación de precios mínimos de reventa**.- Mientras que un fabricante tiene libertad de sugerir precios de re-venta y tratar de persuadir a los distribuidores de cobrar esos precios, cualquier acuerdo entre comprador y vendedor que tenga como efecto del fijar un precio mínimo de re-venta está prohibido por la legislación protectora de la libre competencia. Los proveedores no deben adoptar ninguna acción que pueda ser interpretada como requiriendo este tipo de acuerdo de sus distribuidores. Dentro de este tipo de conducta se involucra la coerción, el obtener seguridades que los precios se respetarán o el emplear a terceras empresas para monitorear y vigilar los precios.
2. **Negativa a tratar comercialmente como resultado de quejas de distribuidores por la reducción de precios**.- Un fabricante puede terminar su relación comercial con

un distribuidor debido a quejas de los otros distribuidores quienes sostienen que el distribuidor no está vendiendo a determinados precios. Si bien la acción que toma el fabricante, como respuesta a las quejas de los distribuidores, no es en sí ilegal, se debe tener cuidado que la acción del fabricante no sea interpretada como una conspiración entre el fabricante y sus distribuidores o entre estos con la intención de concertar precios horizontales. Si el fabricante termina la relación con su distribuidor o se niega a contratar con él basado en una conspiración de los distribuidores se le considerará cómplice.

3. **Negativa a contratar a raíz de quejas de varios distribuidores**.- Similar a la negativa a tratar como resultado de la queja por la reducción de precios, se debe tener cuidado de no terminar la relación con un fabricante o rechazar contratar con él por quejas recibidas de los demás distribuidores. Como hemos señalado cualquier acción independiente puede ser o no ilegal. La preocupación surge cuando el cese o la negativa a tratar es interpretada como parte de una conspiración con los distribuidores. Cuando muchos distribuidores se quejan y luego se adopta la decisión surge la sospecha de una conspiración.

4. **Limitación de precios a los licenciatarios**.- Mientras que los acuerdos de licencia pueden ser una fórmula efectiva de controlar los precios de reventa, se debe tener cuidado que los mismos cumplan con todas las formalidades legales y que el licenciado pueda fijar y hacer cumplir sus precios sin interferencia de terceros en la cadena de distribución.

5. **Efectuar ventas atadas**.- Si bien muchas Cortes tienen cierta flexibilidad con los acuerdos de ventas atadas no olvidemos que estas son una violación per-se de la ley. En este caso, los proveedores crean acuerdos de atadura y usan su poder para obligar al cliente a adquirir productos adicionales que no desea.

2.6.10.2. Otros temas de distribución

Se pueden encontrar prácticas de distribución que no involucran riesgos de los anteriormente expuestas y que dependen principalmente de las condiciones de mercado. En otras palabras, no todas las prácticas de distribución vertical son peligrosas. Muchas de ellas serán juzgadas bajo las reglas de la razón y consideradas pro-competitivas si incrementan las competencias entre las marcas. Estos tipos de prácticas incluyen:

1. **Sugerir precios de re-venta**.- En tanto que los acuerdos de fijar precios mínimos o máximos de re-venta son ilegales, un fabricante puede sugerir precios y tratar de convencer a sus distribuidores que éstos precios deben ser los que se cobren a los clientes. Un fabricante puede publicitar sus precios sugeridos en tanto esta política no comprenda un acuerdo que obligue a que los distribuidores cobren ese precio.

2. **Establecimiento de territorios y clientes exclusivos**.- Este tipo de práctica de distribución es frecuente. Generalmente las restricciones en cuanto territorio y clientes son juzgadas mediante la regla de la razón, contando el fabricante con cierta flexibilidad para establecer estas restricciones.

3. **El establecimiento de acuerdos de trato exclusivo y de requerimiento de contratos**.- Si bien estas relaciones son similares a los acuerdos atados, las Cortes las juzgan acorde a la regla de la razón, pese a que frecuentemente obligan a los distribuidores a comprar los productos manufacturados por los fabricantes.

4. **El uso de tratos recíprocos**.- Los tratos recíprocos se deben verificar bajo la regla de la razón. Están típicamente justificados si las condiciones del mercado no permiten que la restricción tenga un efecto anticompetitivo.

2.6.11. El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas

Este criterio es utilizado en el inciso i) del artículo 6 del D. Leg. 701.

Como ya tenemos definidos los conceptos de concertación y oferta, pasaremos a definir lo que se entiende por licitación según la Real Academia Española:

> «Ofrecer precio por una cosa en una subasta o almoneda»[1132].

En términos jurídicos Flores Polo señala:

> «En Derecho administrativo, dícese del procedimiento administrativo de adquisición, mediante libre competencia de postores, en acto público (subasta o junta de almonedas). Se basa en la publicidad y libre acceso que corresponde a todos para prestar servicios o vender bienes del Estado, así como en la necesidad de garantizar el adecuado manejo de los fondos públicos destinados a dicho efecto; de allí que sólo por excepción se prescinde del requisito de la licitación o concurso de precios, o cualquier otra modalidad específica. También está generalmente aceptado en las licitaciones no necesariamente debe otorgarse la buena pro a la postura más baja o de menor precio, sino a la que ofrece mejores condiciones de calidad, servicio, mantenimiento, condiciones de pago, tecnología, etc.... Respecto a su naturaleza jurídica, la doctrina es bastante contradictoria. Por ejemplo Jéxe sostiene que la licitación significa que la competencia de los agentes administrativos está trabada y que constituye una especie de límite a la facultad discrecional de la Administración para la elección del cocontratante. Para Greca, la licitación es un acto condición previo, integrante de un acto administrativo complejo, que resuelve siempre en un contrato administrativo complejo, siendo su finalidad establecer un riguroso contralor en la disposición de bienes del estado, un trato igual para los particulares que comercian con al Administración pública y una eficaz defensa de los intereses colectivos...»[1133].

Por su parte Cabanellas lo define de la siguiente manera:

> «Venta o compra de una cosa en una subasta pública de la cosa perteneciente a varios condueños cuando no quieren permanecer en la indivisión ni se convienen para adjudicarla a uno o más de los condóminos...»[1134].

Sobre los Remates, Concursos o Subasta Públicas tenemos que por definición de la Real Academia Española, sobre Subasta:

[1132] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1255.

[1133] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 152.

[1134] CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 202.

«Venta pública de bienes o alhajas que se hace al mejor postor, y regularmente por mandato y con intervención de un Juez o una autoridad. Adjudicación que en la misma forma se hace de una contrata, generalmente de servicio público; como la ejecución de una obra, el suministro de provisiones, etc. Sacar a pública subasta una cosa. Ofrecerla a quien haga proposiciones más ventajosas en las condiciones prefijadas...»[1135].

El *Diccionario Enciclopédico Larouse* señala:

«Sistema de venta que consiste en vender una cosa al que ofrece más por ella. Sistema de que se vale la administración para adjudicar los contratos administrativos a los particulares que ofrecen condiciones económicas más ventajosas. Venta pública de los bienes embargados de un deudor, adjudicados al mejor postor...»[1136].

En términos jurídicos, Flores Polo señala:

«Etimológicamente, viene de las palabras latinas *sub hasta*, o sea: bajo lanza, representación simbólica de la forma como era vendido el botín del enemigo: Recogido el término por el Derecho Moderno, la subasta es la venta pública de bienes o servicios al mejor postor, por mandato administrativo, oficial o judicial... La subasta puede ser pública o privada...»[1137].

Por su parte Cabanellas señala:

«... En la actualidad la subasta es la venta pública de bienes (...) al mejor postor, por mandato y con intervención de la justicia. También el arrendamiento de bienes públicos al que más puje. Por extensión, la venta extrajudicial que se hace entre los concurrentes a un local, con adjudicación al mejor oferente. En Derecho Administrativo, uno de los medios de que la Administración se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que, ajustándose al pliego de condiciones, ofrece costo menor en las unas y prima mayor en los otros. En América se prefieren los sinónimos de licitación y remate...»[1138].

El mismo autor señala como clases de subasta las siguientes:

Según intervenga la autoridad judicial o no, las subastas se clasifican en judiciales y extrajudiciales. De éstas últimas, resultan las de mayor garantía las notariales. Por la causa determinante, las hay voluntarias y forzosas. Por los requisitos, ordinarias y extraordinarias. Por la graduación, primeras, segundas o terceras. Por la condición de la postura, con sujeción al tipo o sin sujeción a él, que también se llaman con base o sin base. En algunos casos de las extrajudiciales y de judiciales voluntarias, quien subasta se reserva previamente el derecho de aceptar la oferta máxima. En las voces inmediatas se expresan detalles de las principales especies... En general, las subastas se entienden públicas, por no estar excluida la participación de nadie, salvo concurrir una prohibición legal. Pueden ser postores el dueño de lo subastado y el acreedor ejecutante[1139].

Esta restricción es muy importante porque implica la imposibilidad y desigualdad para participar en operaciones comerciales que pueden beneficiar a los competidores, al igual que en los demás casos señalados en los incisos anteriores.

1135 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1909.

1136 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 939.

1137 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 544.

1138 CABANELLAS (1983). *Op. cit.*, p. 524.

1139 *Ibidem*, p. 524.

2.6.12. Otras restricciones

El inciso j) del artículo 6 del D. Leg. 701 señala:

j. Otros casos de efecto equivalente

La concertación de empresas constituye un medio evidente de restringir la competencia. «Si la concertación tiene su base en la existencia de diversos sujetos (empresas) que concurren al mercado, poniendo en práctica de modo libre y autónomo sus parámetros de acción al objeto de lograr sus finalidades (normalmente la consecuencia del máximo beneficio) es obra que al reducirse el número de los concurrentes, disminuyen las posibilidades de elección de los consumidores y las empresas no se verían acuciadas de ofrecer mejores presentaciones»[1140].

La sección 7a de la *Clayton Act* contiene el precepto más explícito.

Von Kalinowsky ofrece una serie de criterios que deben ser considerados al celebrar convenios estratégicos de colaboración:

2.6.12.1. Lista de verificación para determinar si una propuesta de *joint venture* puede resultar en una concertación ilegal de precios u otra conducta prohibida[1141]

1. ¿Es el acuerdo propuesto uno entre competidores actuales o potenciales?
2. ¿La actividad propuesta fija o eleva los precios? o ¿restringe la producción?
3. ¿Existen eficiencias integrativas significativas, distintas a la integración, en el precio y la producción?
   a. ¿Exceden las eficiencias alcanzadas los costos de transacción?
   b. ¿Exceden las eficiencias la eliminación de la «competencia ruinosa»?
   c. ¿Es la unión necesaria para lograr el producto?
4. ¿Se han tomado medidas para ocultar el acuerdo o la aventura comercial se opera en presencia de todos. Si se trata de ocultarlo. ¿Por qué?
5. ¿Cuál es el propósito e intento del acuerdo propuesto?
6. ¿Entienden los empresarios todo el potencial y riesgos criminales de las sanciones?

Lista de verificación para la conformación de un *joint venture*[1142]

a. Determine el propósito de la alianza. Cómo se formará:

[1140] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, pp. 58-75.

[1141] VON KALINOSWSKI y SULLIVAN (2000). *Op. cit.*, Form 17-1.

[1142] *Ibidem*, Apéndice 6A-1 a Apéndice 6A-2.

1. Entreviste a las personas relevantes
2. Revise documentos claves.

b. Identifique a los socios:

1. ¿Quiénes son?
2. ¿Qué productos venden o manufacturan?
3. ¿Dónde compiten?
4. ¿Contra quiénes compiten?
5. ¿Podrían entrar los socios de la alianza al mercado sino fuera por el hecho de haber celebrado la alianza?

c. Identifique el negocio:

1. ¿De qué se trata?
2. ¿Qué producto se va a producir o vender?
3. ¿Quiénes son los competidores?
4. ¿Dónde competir?
5. ¿Cómo se conseguirá el capital?
6. ¿Quién es dueño de que y en que porcentaje?

d. Identifique las restricciones que pueden ser originadas por la alianza:

1. ¿Qué tipo de integración ocurrirá?
2. ¿Qué restricciones serán impuestas?, ¿Son necesarias?, ¿Pueden ser aminoradas?
3. ¿Es la alianza realmente necesaria? ¿Es cada parte necesaria?
4. ¿Se contemplan acuerdos sobre precios, territorios o clientes? ¿Son los acuerdos necesarios definidos estrechamente?

e. Investigación legal e identificación de riesgos

1. ¿Debe revisarse el negocio?

f. Consulte las guías de la división *antitrust*

g. Celebre acuerdos de confidencialidad.

1. Acuerde limitar el intercambio de información a las categorías necesarias. Limite el número de personas que pueden revisar la información
2. Acuerde retornar toda la información que fue intercambiada.

h. Protéjase que la alianza no cambie el destino para la cual fue creada y se torne ilegal.

Sugerencias para estructurar un *joint venture*[1143]

1. Detalle los aspectos procompetitivos del *joint venture*. El lenguaje debe ser redactado en forma tal que ilustre la legitimidad del convenio.
2. Describa como funcionará la aventura y la integración que se logrará.
3. Describa la necesidad de las partes (y del mercado). Describa las respectivas contribuciones de los socios.
4. Describa brevemente las restricciones competitivas, en forma concisa y resumida.
5. No intente restringir o modificar los precios de los productos que fijan los socios de la alianza.
6. No intente asignar o dividir clientes o territorios entre los socios.
7. No intente incluir presiones no esenciales a la alianza. El acuerdo no puede ser punto de partida para una cooperación entre los socios.
8. Asegure el cumplimiento de las leyes antimonopólicas. La alianza debe ser estructurada de modo que permanezca fiel a sus objetivos y no devenir en un acuerdo ilegal entre socios.
9. Si es posible incluya restricciones al uso de la información conjunta por parte de los socios.
10. Establezca el tiempo límite en el cual la alianza operará.

Por otro lado también es esencial cuestionarnos sobre la naturaleza jurídica de las conductas empresariales. Estas pueden ser analizadas acorde a la siguiente lista de verificación:

2.6.12.2. Lista de verificación de factores que sirven para determinar si enfrentamos una restricción vertical u horizontal en un reparto de mercado

1. ¿Es la restricción el resultado de un acuerdo entre distribuidores de marcas competidoras? Si es así, es probablemente horizontal, particularmente si afecta la competencia entre estas marcas.
2. ¿Es la restricción el resultado de un acuerdo entre un fabricante y uno o varios distribuidores de marcas competidoras? Si es así, es probablemente una restricción vertical.
3. ¿Involucra la restricción un acuerdo de no comprar o vender a cualquier persona en un mismo nivel de distribución? Estas restricciones son un indicio de restricciones horizontales.
4. ¿Se originó la restricción en el fabricante o en los distribuidores?
   a. Si el origen de la restricción es en el fabricante es un indicio de restricción vertical.
   b. Si el origen de la restricción está en los distribuidores es un indicio de restricción horizontal.

[1143] *Ibidem*, Apéndice 6B-1 a Apéndice. 6B-2.

5. ¿Es la restricción una típica de los fabricantes frente a los distribuidores? Si es así, aún si la restricción se originó en los distribuidores, puede ser una vertical.
6. ¿Restringe la medida la competencia inter-marca o intra-marca? Restricciones inter-marca son un indicio de restricciones horizontales. Las restricciones verticales deben aumentar la competencia inter-marca e impactar en una reducción de la competencia intra-marca.

2.6.12.3. Lista de verificación de factores relevantes que sirven para una investigación acorde a la regla de la razón

Las Cortes americanas utilizan lo que se conoce técnicamente como «filtro de poder de mercado» (un nivel de poder de mercado substancial, para eximirse del proceso de análisis de razonabilidad de una restricción vertical no vinculada al precio, o la evidencia de una conspiración. Cuando las Cortes encuentran que un proveedor no tiene suficiente poder de mercado como para impactar en la competencia inter-marca se le exime de sanción en prácticas restrictivas verticales diferentes en precio.

Al examinar el tema de poder de mercado, las Cortes no sólo analizan la participación de mercado sino también si la posición de la firma en este mercado puede implicar un riesgo significativo al proceso competitivo en sí. Los pasos de análisis son:

1. Identifique la restricción
2. ¿Tiene la firma que impone la restricción un real poder de mercado?
3. Establezca el propósito de la restricción: ¿Fue impuesta con un propósito competitivo?, ¿Aumenta la competencia inter-marca?, ¿Ha sido diseñada para lograr su objetivo?
4. Determinar la historia de la restricción o de similares restricciones en la industria.
5. Defina el mercado relevante (proveedor/distribuidor) en el cual la restricción se impone:
   a. Dimensión del producto
   b. Dimensión geográfica
6. Describa la industria involucrada (y su estructura)
   a. Competidores y su participación de mercado.
   b. Es el mercado estable o está creciendo/achicándose rápidamente
   c. Cualquier factor especial o particular en la industria
7. ¿Tiene la restricción un efecto negativo en la competencia?
8. ¿Afecta la restricción sustancialmente la competencia en el mercado relevante?
   a. ¿Cuánto del mercado será afectado?
   b. ¿Ha afectado la restricción el precio, producción, calidad? Si es así, ¿cuánto la ha afectado?
   c. Facilidad de ingreso a la industria – barreras de ingreso

9. ¿Beneficiará la restricción a la competencia?, ¿Son los efectos positivos de la restricción superiores al impacto anticompetitivo?

También existen tres fases metodológicas en el análisis de la distribución dual. Veamos el proceso de tres pasos para evaluar si una restricción, en una distribución dual, es una restricción no razonable al comercio.

- Paso 1: Ignore el hecho que la restricción es llevada a cabo por un distribuidor dual.
- Paso 2: Observe la restricción. Determine si es vertical u horizontal. Es un tipo de restricción típicamente empleada en un contexto vertical o no.
- Paso 3: Aplique la regla de la razón o a la restricción si esta es razonable. Aplique la regla *per se* para aquellas consideradas como conductas prohibidas por ley.

Clasificación de restricciones

- Restricciones *per se* – Son aquellas conductas que conllevan una presunción de ilegalidad que no admite prueba en contrario. Entre ellas:
  1. Concertación horizontal de precios
  2. Concertación vertical de precios
  3. División horizontal de mercados
  4. Ventas atadas.
- Restricciones verticales, no referidas a precios, típicamente evaluadas según la regla de la razón:
  1. Cláusulas de asignación de mercados
  2. Cláusulas de transferencia de utilidades
  3. Restricciones territoriales
  4. Restricciones a la venta a clientes
  5. Acuerdos sobre área de responsabilidad primaria
  6. Distribución exclusiva
  7. Contratos de exclusividad
  8. Acuerdos de línea de productos integral
  9. Contratos de requerimiento
  10. Convenios de comercio recíproco exclusivo
  11. Restricciones impuestas por un sistema de distribución dual.

Lista de acciones y conductas válidas e inválidas[1144] a tener en cuenta desde una perspectiva empresarial

a. Precios:

- No discuta precios que va a cobrar a sus clientes con los demás competidores
- No discuta términos crediticios, pagos en efectivo o descuentos, capacidades de producción cuotas o estándares de crédito con los demás competidores
- No presiones a sus clientes para que acepten precios sugeridos de reventa
- No obtenga listas de precios de sus competidores
- Obtenga información competitiva de sus clientes, competidores, distribuidores, publicidad de fuentes primarias y secundarias, públicos y legítimos (gremios, publicaciones *internet*, etc.).

b. Relación con los competidores:

- Compita vigorosamente
- No desacredite a sus competidores
- Venda en forma positiva reafirmando los aspectos positivos y ventajas de sus productos
- Consulte con su abogado cualquier comunicación que desee efectuar con sus competidores sobre áreas sensitivas
- Evite cualquier conducta riesgosa adoptada por los competidores.

c. Relación con los clientes:

- No presione a un cliente para que limite sus ventas en un territorio específico o que no venda a un cliente determinado.
- No presione a un cliente para que compre a usted exclusivamente.
- No presione a un cliente a comprar toda su línea de productos.
- No fuerce ventas atadas.
- No finalice la relación con un cliente antes de consultar con su abogado.

Acciones Penales[1145]

La división *antitrust* de los Estados Unidos perseguirá penalmente a todos aquellos que celebren acuerdos ilegales de concertación acorde a los siguientes criterios:

1. La conducta constituye un acuerdo horizontal (entre competidores) más que uno vertical (de acuerdo a diferentes niveles de la cadena productiva o comercial).

[1144] *Ibidem*, Apéndice 5D-1 a Apéndice. 5D- 6.

[1145] *Ibidem*, pp. 6-1 a 6-4.

2. Los acuerdos tienen el efecto de subir precios o restringir la producción, sin que genere ninguna eficiencia procompetitiva significativa.
3. La actividad es fraudulenta y oculta.
4. Existe intención (dolo).

Las pruebas de los acuerdos pueden ser escritas o no, testimoniales. El acuerdo puede ser actual, potencial o aparente.

Las restricciones explícitas o desnudas implican siempre una elevación de precios o una restricción de la producción. Por ello involucran un esfuerzo de colaboración conjunta (cártel).

Responsabilidades

Una corporación tiene responsabilidad por aquello que realizan sus empleados. La firma queda comprendida por los actos de oficiales y ejecutivos.

El tema que debemos reflexionar es el alcance de la responsabilidad de una corporación si el empleado actúa en contra la política de la empresa.

La doctrina señala que la empresa incurrirá en responsabilidad aún si el ejecutivo actúa contra la política de esta pero las Cortes tendrán en cuenta este hecho como factor de graduación en la sanción.

Las penas en los Estados Unidos involucran sanciones pecuniarias y responsabilidad por daños y perjuicios. En los Estados Unidos las multas a las corporaciones pueden llegar a 10 millones dólares y 350,000 para las personas a título individual si:

1. Han existido ganancias económicas para una persona específica derivada de la conducta ilegal.
2. Se han creado pérdidas económicas a terceros.

Además en los Estados Unidos, dependiendo de la gravedad de la infracción, se puede imponer penas de hasta 3 años de cárcel.

En cuanto a los programas de inmunidad por colaboración con la justicia es interesante recalcar los siguientes criterios.

La corporación que desea inmunidad del gobierno debe llevar a cabo ciertas acciones y comprender estas en condiciones especiales:

1. Cuando la corporación se presenta, la División *Antitrust* del Departamento de Comercio no tenía conocimiento ni había recibido información de esta ilegal actividad de ninguna fuente privada o pública.
2. La corporación, cuando descubrió el problema tomó acción pronta y decidida para finiquitar su actividad ilegal.
3. La corporación reportó el error con honestidad y continuó cooperando efectivamente con la justicia.

4. La confesión es corporativa y no de un ejecutivo aislado de la misma.
5. La corporación indemnizó a cualquier tercero que haya sido perjudicado por la medida ilegal.
6. La corporación no presionó a terceros para que participaran en el acto ilegal y no fue líder ni originador de la ilegalidad.

En el Perú la norma que contempla este rubro es el artículo 19 del Decreto Legislativo 701 que textualmente dice:

> «Artículo 19°.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b), c) del artículo 5° e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del artículo 6°, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial por infracción del artículo 232° del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión».

Antitrust internacional[1146]

Se entiende por *antitrust* «la rama de la política económica y del derecho económico que se refiere a los monopolios y a las prácticas de monopolios. Este término se utiliza principalmente en los Estados Unidos. En un gran número de países, se habla de derecho o de política de la competencia y, más rara vez, de derecho de las prácticas leales del comercio o de derecho antimonopolio. La economía o la política *antitrust* se apoyan en la parte de la organización industrial que tiene relación con el comportamiento de las empresas en presencia de diversas estructuras de mercado y en las consecuencias que de ello pueden resultar para los resultados económicos. La mayor parte de las reglamentaciones *antitrust* o de las reglamentaciones de la competencia incluyen disposiciones que apuntan, por una parte, a elementos de naturaleza estructural como las fusiones, los monopolios, las posiciones dominantes y la concentración y, por otra parte, a elementos que son muestra del comportamiento de los agentes económicos, tales como los actos de colusión, los acuerdos sobre los precios de eliminación»[1147].

Las normas de Defensa de la Libre Competencia de los Estados Unidos pueden alcanzar operaciones internacionales si estas violan la ley nacional o existen personas naturales o jurídicas nacionales involucradas.

Las dos pruebas de jurisdicción que utilizan las Cortes son las siguientes:

Con referencia a la importación el caso más importante es Hartford Fire Insurance (509 U.S. 764, 113, S. Ct. 2891 (1993) que ordena que el *Sherman Act* se aplique a conductas y actos extranjeros si estos tienen la intención o en realidad produjeron un efecto sustancial en el mercado de los Estados Unidos.

Con referencia al comercio internacional el Foreign Trade Antitrust Improvement Act de 1982 (FTAIA) limita la jurisdicción de las normas *antitrust* americanas a conduc-

---

[1146] *Ibidem*, pp. 7-1 a 7-3.

[1147] OCDE (1995). *Op. cit.*, pp. 13-14.

tas que tienen una directa, sustancial y razonablemente perceptible efecto en el comercio americano.

El FTAIA sostiene que se aplicarán las normas de Defensa de la Libre Competencia si:

a. La conducta tienen un efecto anticompetitivo directo, sustancial y razonablemente, que afecte las exportaciones de bienes y servicios desde los Estados Unidos.

b. Las cortes americanas pueden lograr jurisdicción sobre las personas o empresas involucradas en tal conducta.

2.7. DE LOS ORGANISMOS COMPETENTES

2.7.1. Introducción

La libre competencia es un bien jurídico protegido por la Constitución de 1993 y por el D. Leg. 701, sus ampliatorias y modificatorias.

En 1992 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) en virtud del Decreto Ley N° 25868.

El Indecopi es un organismo público descentralizado, del Sector Industrial, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, que goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa, encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:

a) El mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generen competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores.

b) El Indecopi es el órgano encargado de que los mercados funcionen adecuadamente. Para realizar su función debe mantener autonomía tanto de los intereses políticos y económicos como de los particulares.

En este contexto, la labor del Indecopi antes que sancionar debe procurar, a través de distintos incentivos, corregir las fallas del mercado siempre y cuando los agentes económicos no puedan solucionar el problema por sí mismos.

El Indecopi fue creado, para resolver conflictos del mercado,

> «Que por su alto carácter técnico y la necesidad de una solución ágil, no podían ser conocidos por el Poder Judicial.
>
> De esta forma, el Indecopi guarda semejanza con los órganos jurisdiccionales en la medida que ambos se ocupan de la misma función: resolver conflictos»[1148].

En las facultades que se otorgan al Indecopi está la de sancionar administrativamente a aquellos que transgreden la ley.

El derecho administrativo aplica sanciones preventivas y sanciones administrativas. Según la transgresión cometida el órgano regulador puede denunciar el ilícito al Ministerio Público para que se adopten medidas de tipo penal.

La intervención del Indecopi o del Poder Judicial se relaciona con la gravedad de la acción. Cuando el bien jurídico protegido ha sido lesionado gravemente incurriendo en ilícito penal interviene el derecho penal pues el derecho administrativo controla y sanciona conductas leves o moderadas.

[1148] *Libre Competencia. Legislación y Jurisprudencia.* Normas Legales. Trujillo, Perú, p. 161.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

La defensa de la competencia involucra una acción propia del derecho administrativo. Mediante el derecho administrativo el Indecopi supervisa y corrige los comportamientos de las empresas y agentes económicos en el mercado.

La entidad encargada de administrar los procesos de Protección al Consumidor y de Libre Competencia es el INDECOPI. Como hemos señalado en 1992 se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia - INDECOPI — Ley N° 25868 Decreto Supremo N° 025-93-MITINCI.

El Indecopi como institución reguladora tiene como papel esencial la protección del entorno competitivo en el Perú. Entre sus funciones asegura el desarrollo técnico, transparente y justo de una economía abierta y competitiva.

En abril de 1996 se promulgó el D.Leg. N° 807 en virtud del cual se llevó a cabo una segunda Reforma Legislativa fortaleciendo al Indecopi y otorgándole elementos indispensables para el mejor desarrollo de su función. La reforma busca una simplificación administrativa dentro de la institución, y que todos los servicios se proporcionen de una manera sencilla, eficiente y menos onerosa.

La reforma no busca cambiar la orientación del INDECOPI sino reforzar algunos aspectos para una mayor efectividad y eficacia.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley sobre Facultades Normas y Organización del Indecopi los principios son:

a) La función de Indecopi es prestar servicios al público.

b) El Indecopi debe crear incentivos para un mejor funcionamiento del mercado.

c) El Indecopi privilegia las acciones ex - post.

d) El Indecopi procura la búsqueda de calidad y eficiencia en el mercado.

En su Ley de creación se puede leer:

Artículo 1.- «Crearse el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual 'INDECOPI' como organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Tiene personería de derecho público y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa».

Artículo 2.- «El INDECOPI es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:

a) El mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;

b) Los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, conforme lo estipula el Artículo 30 del presente Decreto Ley:

c) La calidad de los productos y

d) Otros que se le asignen».

El Indecopi cumple con las siguientes funciones:

- Evitar prácticas monopólicas o restrictivas de la libre competencia.
- Garantizar al consumidor información adecuada para la protección de sus derechos.
- Evitar los actos de competencia desleal.
- Reducir los costos de acceso y salida al mercado, incluyendo los casos en que tales costos son impuestos por el propio Estado.
- Evitar el desarrollo de prácticas desleales en el mercado internacional mediante *dumping* o subsidios, y a la vez eliminar toda forma de barreras para arancelarias.
- Proteger todas las formas de la propiedad intelectual, desde los signos distintivos hasta los derechos de autor, pasando por las patentes y la biotecnología.
- Brindar servicios de información, registro, solución de conflictos, calibraciones metrológicas y certificaciones.

La estructura del Indecopi es la siguiente:

1.1. Organización:

La estructura del Indecopi responde a la necesidad de uniformar el mensaje de promoción de la leal y honesta competencia en el mercado, respetando la autonomía funcional de los órganos encargados de aplicar las normas específicas.

En este sentido, se distinguen cuatro estamentos los cuales conjuntamente aseguran la calidad y eficacia del mensaje promotor del mercado que difunde el Indecopi y que son: el Directorio, los Órganos Funcionales, el Área de Estudios Económicos y la Administración.

Directorio:

El Directorio es el órgano máximo en la estructura organizativa del Indecopi, conformado por tres miembros, de los cuales dos son representantes del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales (MITINCI) y uno del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). El Presidente del Directorio es el encargado de ejercer la representación oficial del organismo, es nombrado mediante Resolución Suprema del Presidente de la República por un periodo de cinco años.

El Directorio tiene entre sus funciones señalar las políticas institucionales del Indecopi, determinar y adaptar —dentro del marco general— la administración interna del organismo en razón a las necesidades de actuación, garantizar la autonomía de cada órgano funcional en la resolución de los casos de su competencia respecto de presiones externas, manejar la imagen institucional y dirigir la labor de difusión y comunicación.

Asimismo, el Directorio apoya sus decisiones en el Consejo Consultivo que está integrado por profesionales y especialistas de reconocida capacidad y experiencia tanto en el sector público como de entidades representativas del sector privado.

1.2. Órganos Funcionales:

Los órganos funcionales del Indecopi están compuestos por siete comisiones para la defensa de la competencia y tres oficinas encargadas de la protección y registro de la propiedad intelectual con autonomía técnica y funcional. Las Comisiones y Oficinas están agrupadas, respectivamente, en el Área de Libre Competencia y en el Área de Propiedad Intelectual. Estas áreas tienen como objetivo respetar los derechos básicos del consumidor, reducir los costos de transacción en los mercados de bienes y servicios, incentivar la inversión tecnológica dirigida a mejorar la competencia de los mercados.

Cada Comisión cuenta con una Secretaría Técnica que sirve de enlace con la administración del Indecopi, mientras las Oficinas están a cargo de un jefe y pueden contar con subjefaturas para las distintas sub-áreas funcionales de su competencia. Las Comisiones están conformadas por seis miembros titulares que resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia y se encargan de la adopción de medidas correctivas y de la imposición de las sanciones correspondientes. Por su parte, las oficinas resuelven, también en primera instancia administrativa, los procedimientos de registro así como la imposición de las sanciones aplicables.

1.2.1. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual:

Como segunda y última instancia administrativa, el Indecopi cuenta con el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el cual resuelve los procesos relacionados con la defensa de la competencia, los derechos del consumidor y la propiedad intelectual.

El Tribunal está constituido por las salas de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, las cuales están integradas por seis y cuatro vocales, respectivamente. Sus resoluciones sólo son impugnables ante el Poder Judicial. El Tribunal tiene entre sus atribuciones el establecimiento de precedentes de observancia obligatoria a través de las resoluciones que expide en casos particulares.

a) Área de Competencia:

Tiene por objeto principal procurar la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la iniciativa privada se desenvuelva libremente.

- **Comisión de Libre Competencia**.- En su labor como árbitro del mercado y garante de la libre competencia, el Indecopi cuida que los agentes económicos no abusen de su poder en el mercado o que compitan deslealmente mediante la realización de concertaciones o acuerdos sobre precios, producción u otras condiciones.

Así, la Comisión de Libre Competencia vela por el cumplimiento de la ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo 701. Dicha comisión no fija ni controla precios o condiciones de comercialización, simplemente garantiza que sean los productores y consumidores quienes lo hagan dentro del libre juego de la oferta y la demanda.

- **Comisión de Protección al Consumidor**.- Esta Comisión es la encargada de velar por los derechos y obligaciones de los consumidores en cumplimiento del Decreto Legislativo 716. Además de atender los reclamos y brindarles información, la Comisión está facultada para efectuar operativos imprevistos, selectivos y aleatorios con el objeto de constatar las infracciones que se cometan en perjuicio de los consumidores y verificar que la calidad y cantidad de los bienes y servicios adquiridos por ellos se ajusten a lo ofrecido por los proveedores.

  La Comisión invita al consumidor y al proveedor del producto o servicio adquirido a llegar a un arreglo amistoso y sencillo. Si este acuerdo no se realiza, el consumidor puede presentar una denuncia escrita directamente ante las oficinas de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi (en Lima y Provincias), adjuntando las pruebas que la respalden, con el fin que la Comisión continúe con el procedimiento.

  Debemos señalar que la Comisión de Protección al Consumidor no tiene competencia directa para disponer la sustitución o reparación del producto, la devolución del pago o la indemnización por daños y perjuicios a favor del consumidor, materias que permanecen dentro de la esfera del Poder Judicial. El Indecopi se limita a sancionar administrativamente al proveedor que haya violado los derechos de los consumidores.

  Legalmente, al Indecopi tampoco le compete resolver los reclamos de los consumidores en relación con los servicios públicos relacionados con la calidad de alimentos o compras efectuadas por empresas con fines comerciales.

- **Comisión de Represión de la Competencia Desleal**.- Esta Comisión es el resultado de la fusión de dos comisiones cuyas funciones eran normadas por el Decreto Legislativo 691 (Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor) y la Ley 26122 (Ley sobre la Represión de la Competencia Desleal). La Comisión se encarga de prevenir y sancionar la publicidad ilícita, así como de evaluar aquellas conductas contrarias a la buena fe comercial y al normal desenvolvimiento de las actividades económicas

  La Comisión sanciona administrativamente los actos desleales que creen confusión, constituyan engaño, induzcan a error al consumidor y denigren o desacrediten actividades, productos o prestaciones de un competidor en el mercado.

  Asimismo, la Comisión realiza el control *ex post* de los anuncios publicitarios, los que son analizados teniendo en cuenta que el consumidor puede ser involuntariamente influido por éste. Dicho control se aplica a todo el contenido del anuncio, incluyendo las palabras y los números hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros.

- **Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios**.- Esta comisión ejerce sus funciones de acuerdo con lo señalado en el Decreto Supremo 043-97-EF, mediante el

cual se establecen normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia generadas por precios *dumping* y subsidios.

Cuando se comprueba tanto la existencia de estas distorsiones, como un daño concreto ocasionado a la producción nacional como consecuencia del *dumping* o el subsidio, la Comisión determina la aplicación de derechos de importación con el fin de neutralizar el daño ocasionado sin incurrir en una protección innecesaria de la industria nacional. La Comisión no tiene competencia para investigar la subvaluación de importaciones, la calidad de productos, ni el pago de derechos aduaneros.

- **Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales**.- Las funciones de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales incluyen la aprobación de normas técnicas peruanas recomendables para todos los sectores y normas sobre metodología en general; la calificación y autorización de las entidades que ejerzan las funciones de emisión de informes de ensayo y calibración, de inspección y de certificación de productos, sistemas de calidad y de personal; y la defensa de las normas referidas al libre comercio ante medidas para arancelarias que lo restrinjan.

- **Comisión de Acceso al Mercado**.- La Comisión de Acceso al Mercado tiene como función conocer los actos y disposiciones de la Administración Pública que constituyan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado. En ese sentido la Comisión de Acceso al mercado se encuentra facultada para mediante resolución, eliminar la barrera burocrática que se estuviera imponiendo, decretando sanciones o multas al funcionario que imponga la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente.

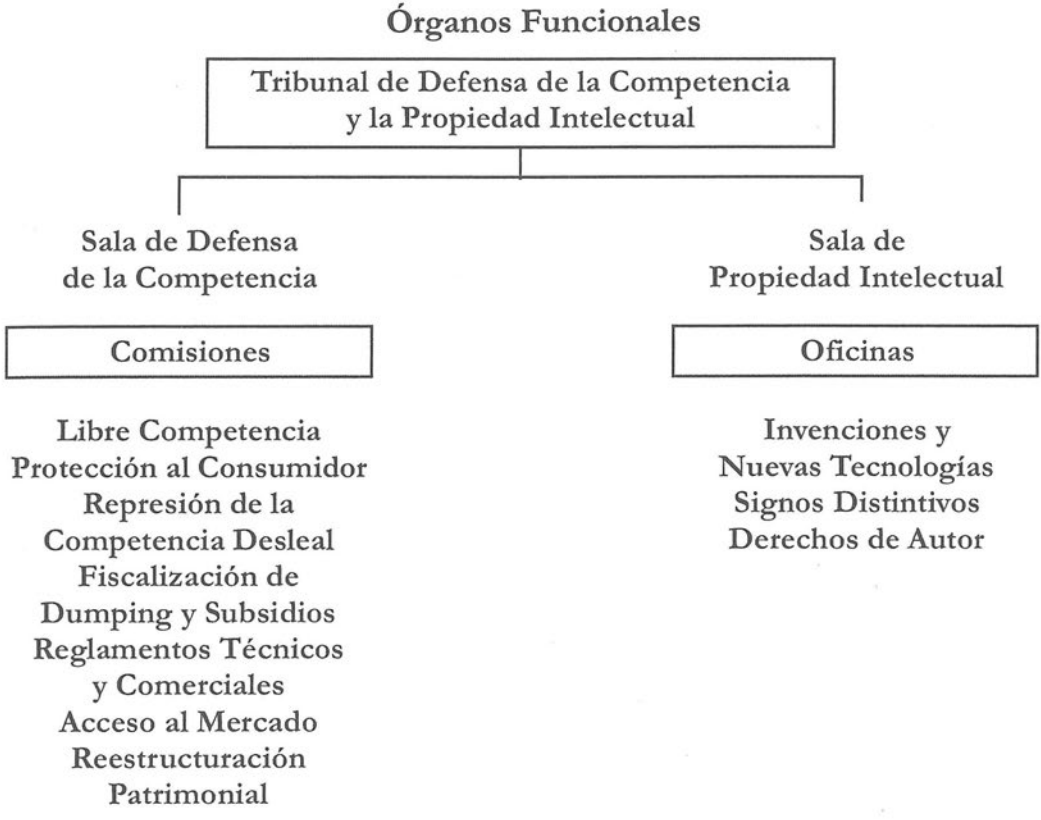
  En el caso que la presunta barrera burocrática se encuentre establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones, debiendo en tal supuesto, emitir un informe y elevarlo a la Presidencia del Consejo de Ministros para que sea puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

  Asimismo, la Comisión de Acceso al Mercado promueve la observancia de las normas sobre simplificación administrativa, asegurando que los procedimientos administrativos sean rápidos, simples y además, satisfagan las necesidades de los usuarios.

- **Comisión de Reestructuración Patrimonial**.- Como parte de los incentivos para una mayor eficiencia del mercado, el Estado hace posible que los agentes económicos que se encuentran en crisis financiera o económica puedan escoger entre dos opciones: la reestructuración o la salida del mercado. La labor de la Comisión de Reestructuración Patrimonial está dirigida a tutelar la fluidez de los procesos de reestructuración o salida de las empresas del mercado de acuerdo con la Ley de Reestructuración Empresarial.

  Además, la Comisión monitorea los procesos con el fin de que éstos se lleven a cabo dentro de los términos propuestos por las partes involucradas y acoge la decisión acordada por los acreedores dentro del marco de la legalidad. Complementariamente, la comisión también se ocupa de los casos de insolvencia de personas naturales.

Actualmente, un total de ocho oficinas descentralizadas de Indecopi siguen casos de reestructuración patrimonial mediante delegación de funciones a diversas instituciones: la Cámara de Comercio y Producción de Piura; la Cámara de Comercio, Industria y Turismo de Loreto; la Cámara de Comercio y Producción de La Libertad; la Cámara de Comercio, Agricultura e Industria de Lambayeque; la Universidad de Lima, el Colegio de Contadores Públicos de Lima y la Cámara de Comercio de Lima; y la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa.



1.3. Administración y Gerencias:

1.3.1. Gerencia General:

El objetivo de la Gerencia General es prestar el apoyo administrativo requerido por el Directorio del Indecopi para cumplir sus funciones y ejecutar sus decisiones. Es el órgano ejecutivo y administrativo que tiene la representación legal del Indecopi y está a cargo de la ejecución de las políticas que diseña el Directorio, ante el cual responde. La Gerencia General actúa a través de cinco gerencias sectoriales de apoyo.

1.3.2. Gerencia de Administración y Finanzas:

La Gerencia de Administración y Finanzas provee servicios administrativos, logísticos y de personal del Indecopi, además de generar la información financiera y contable requerida por las distintas dependencias del gobierno que lo supervisan. Por otro lado, esta gerencia ofrece soporte a los requerimientos informáticos del Indecopi, por medio del desarrollo de sistemas, la evaluación de las redes informáticas y el mantenimiento del servicio de información sobre los usuarios finales.

1.3.3. Gerencia Legal:

La Gerencia Legal tiene como función principal la defensa judicial de las resoluciones que expiden los órganos funcionales del Indecopi, así como la prestación de servicios de asesoría y de consultoría a todas las áreas de la institución. La Gerencia Legal ejerce la representación procesal del Indecopi ante todas las entidades públicas y privadas.

1.3.4. Gerencia de Recursos Humanos y Cooperación Técnica:

Esta gerencia constituye el nexo de la institución con los organismos internacionales vinculados a las materias que son competencia del Indecopi, así como con los organismos homólogos de otros países. Además, informa a los órganos funcionales acerca de los cambios y tendencias internacionales en las materias de su competencia y canaliza la evaluación de otros convenios internacionales para una eventual adhesión del Perú. Finalmente, también coordina el apoyo técnico del Indecopi al MITINCI y al Ministerio de Relaciones Exteriores y elabora y presenta proyectos de cooperación técnica internacional.

1.3.5. Gerencia de Desarrollo Institucional:

Es la gerencia encargada de poner los servicios del Indecopi al alcance de todos los peruanos. Tiene a su cargo la descentralización del Indecopi, que se basa en el sistema privado de «franquicias», el cual se sustenta en la institucionalización de una estrategia de trabajo con la Sociedad Civil en el afán de compartir una visión moderna de un Estado que se privatiza. Esta gerencia también dirige el Programa Indecopi Educa, el cual llega, a través de los docentes del magisterio, a las futuras generaciones de peruanos y a sus familias, con el fin de generar confianza en que un sistema basado en la leal y honesta competencia promueve el bienestar de todos.

Además, para acercarse a los ciudadanos de las zonas más alejadas del Perú y entender las necesidades de los empresarios a nivel regional, esta gerencia lidera los esfuerzos institucionales orientados a facilitar el acceso de todos los agentes del mercado a la información y a los servicios.

1.3.6. Gerencia de Servicios:

El Indecopi es, antes que nada, una entidad que presta servicios a sus usuarios, y por ello la atención al ciudadano constituye una de sus principales prioridades. La Gerencia de Servicios está encargada de planear la prestación de servicios y de identificar potenciales nuevos servicios que contribuyan al logro de los objetivos institucionales. Asimismo, esta

gerencia investiga permanentemente los mercados con el fin de conocer las necesidades de los consumidores informados y recibir sus sugerencias, esta gerencia también abre canales de comunicación con los usuarios y desarrolla campañas de marketing dirigidas a incrementar el uso de sus servicios y potenciar su capacidad de generar ingresos propios. Con ese propósito, su Área de Información diseña, implementa y supervisa la política de administración, mientras su Área de Comunicaciones diseña, aplica y supervisa la política de comunicaciones interna y externa de la institución.

2.7.2. Facultades de las Comisiones

Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de la competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

De acuerdo al Artículo 2 del Decreto Legislativo 807 del 16 de Abril de 1996 las facultades de cada Comisión u Oficina del Indecopi. Son:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura, así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza publica. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

Además las Comisiones y diversas entidades del Indecopi podrán solicitar información a cualquier organismo público así como también transferirla siempre y cuando dicha información no tuviera el carácter de reservado.

Cuando esta información es solicitada dentro de un proceso administrativo, la misma tendrá el carácter de declaración jurada. Las personas a quienes se solicite información, tienen la obligación de proporcionarla y si declaran en forma falsa u oculten, destruyan o alteren

cualquier libro así como se nieguen a comparecer o entorpezcan el ejercicio de las funciones de la Comisión, serán sancionados con multa pecuniaria sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

En opinión del Dr. Rafael Villegas[1149] «el Artículo 2 del Decreto Legislativo 807 desconoce el derecho constitucional del secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, consagrado por el Inc 10 del Artículo 2 de la Constitución, donde se permite la intervención solo previo mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley» y con el agregado que: «Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal, o sea, no tienen valor probatorio para la autoridad».

Al penetrarse en la organización administrativa y técnica de las empresas, se pone en peligro sus «secretos de negocios» fórmulas exclusivas, desarrollo de patentes, etc., cuya confidencialidad es la esencia misma del negocio.

Si bien la norma materia de análisis permite esta prerrogativa al INDECOPI este organismo es consciente de la importancia que cierta información y/o documentos tiene para las empresas investigadoras. Así, en el Proceso iniciado de oficio contra la asociación Peruana de Avicultura y Otros se expidió la resolución que dice:

> «Se resuelve mantener la reserva del proceso decretado por la Comisión de Libre Competencia en la Resolución No. 069-96-Indecopi/CLC; por considerar que es responsabilidad de la Sala tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de aquella información que produce ser confidencial, a fin de no vulnerar el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas en el presente procedimiento»[1150].

En este caso la Sala tomó las medidas necesarias para garantizar la reserva de aquella información, justamente para no vulnerar el secreto industrial o comercial de las partes involucradas.

El artículo 2 del D. Leg. No. 807 permite al Indecopi realizar inspecciones «con o sin previa notificación y la toma de copias de los archivos físicos o magnéticos y de todo documento que estime pertinente, pudiendo solicitar el apoyo de la fuerza pública y sólo si el local intervenido se encontrara cerrado, solicitar la correspondiente autorización judicial».

Villegas señala que «esta facultad colisiona con el derecho constitucional al "secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados", consagrado por el inciso 10) del Artículo 2° de la Constitución Política, toda vez que de un lado permite la realización de inspecciones, sin previa notificación y de otro, faculta la toma de copias de documentos, hecho que equivale a su incautación, sin mandato judicial previo; y asimismo, transgrede el derecho de la inviolabilidad de domicilio consagrado en el inciso 9) del citado Artículo 2 de la Constitución, al exigir la respectiva autorización judicial para el ingreso de los funcionarios de Indecopi al local de las empresas... solo si el local intervenido se encontrara cerrado».

Ahora bien analizando exegéticamente los artículos referentes a la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, tenemos:

[1149] Estudio realizado por la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales (CONFIEP).

[1150] Resolución 0166-1997/TDC-INDECOPI.

Artículo 8.- La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia es un organismo con autonomía técnica y administrativa, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de la presente ley.

El sentido de este artículo se encuentra refrendado por el inciso a) artículo 19 del Decreto Ley N° 25868 del 24 de noviembre de 1992 «Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI modificado en sus incisos por el artículo 49 del D. Leg 807; que señala:

Las Comisiones tienen las siguientes características:

a) Tienen autonomía técnica funcional, y se rigen por las normas legales por medio de las cuales se crearon sus modificatorias, en lo que no se oponga a lo prescrito en el presente Decreto Ley;

b) Resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes;

c) Están integradas por seis miembros, uno de los cuales la preside;

d) Eligen a su Presidente y Vicepresidente;

e) Cuentan con dos miembros suplentes, elegidos con las mismas formalidades que los titulares;

f) Para sesionar válidamente requieren la presencia de tres de sus miembros;

g) Aprueban sus resoluciones por mayoría de votos, teniendo el Presidente voto dirimente; y

h) Cuentan con una Secretaría Técnica que les sirve de enlace con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI.

Por otro lado el artículo 37 del reglamento (D.S. N° 025-93-ITINCI) del 7 de octubre de 1993, prescribe que son atribuciones de las Comisiones las siguientes:

a) Conocer y resolver en primera instancia administrativa los procesos de su competencia;

b) Conocer y resolver en los casos que proceda los recursos de reconsideración que se interpongan contra las resoluciones que hayan expedido;

c) Disponer la adopción de medidas cautelares siempre que sus correspondientes normas legales de creación o las que regulan las materias de su competencia les hayan otorgado dicha facultad;

d) Aplicar sanciones correspondientes, conforme a sus normas legales de creación y a las que regulan las materias de su competencia les hayan otorgado dicha facultad.

e) Inhibirse de conocer sobre los procesos que escapan del ámbito de su competencia, debiendo canalizarlos, cuando corresponda, al órgano funcional pertinente;

f) Proponer al Presidente del Directorio candidatos para la designación del correspondiente Secretario Técnico;

g) Requerir a las entidades del sector público, a través del Presidente del INDECOPI, los datos e informaciones que requiera para el cumplimiento de sus funciones, debiendo éstas brindar dicha información bajo responsabilidad;

h) Presentar la denuncia pertinente ante la autoridad correspondiente cuando encuentren indicios de la comisión de delitos en los asuntos sometidos a su consideración;

i) Actuar como instancia de conciliación en los procesos sometidos a su conocimiento, siempre que sus correspondientes normas legales de creación o las que regulan las materias de su competencia les hayan otorgado dicha facultad;

j) Calificar como reservados o confidenciales determinados documentos o procesos sometidos a su conocimiento, en caso de que pudiera verse vulnerado el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas;

k) Emitir opinión técnica sobre los proyectos de normas legales relativos a las materias de su competencia;

l) Recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones, pudiendo inclusive promover la ejecución forzosa o cobranza coactiva. Para la ejecución de las medidas cautelares a que se refiere el artículo 22 del D.Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, podrá disponerse el descerraje en caso resulte necesario.

El cierre temporal se realizará colocando carteles en la puerta del local indicando el motivo del cierre y la fecha de inicio y término de la medida

m) Otras establecidas por las normas que regulen las materias de su competencia.

Procedamos a definir qué se entiende por **«organismo»**:

Según la Real Academia Española:

«Conjunto de leyes, usos y costumbres por los que se rige un cuerpo o institución social. Conjunto de oficinas, dependencias o empleos que forman un cuerpo o institución»[1151].

Según el *Diccionario Enciclopédico Larousse* es:

«Conjunto de órganos administrativos encargados de la gestión de un servicio público, de un partido, etc. Organismo autónomo: ente de carácter público, independiente de la administración, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuyo objetivo es el cumplimiento de un servicio público»[1152].

En términos Jurídicos, Cabanellas señala lo siguiente:

«Serie de leyes, reglamentos, costumbres, usos y prácticas que regulan la composición, actividad, función y relaciones de una institución o de un cuerpo social. Entidad compuesta de diversas ramas u oficinas al servicio de una finalidad (representación en organismos paritarios)»[1153].

1151 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1486.

1152 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 737.

1153 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 707.

Ahora bien, consideramos necesario además definir lo que se entiende por **«autonomía»**:

La autonomía según la Real Academia Española es:

«Del latín *autonomía*. Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia política. Condición del individuo que de nadie depende en ciertos conceptos. Potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios...»[1154].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* lo define como:

«Libertad para que un gobierno, un país, etc., se rija por sus propias leyes. Libertad para que un individuo disponga de sí mismo. Potestad de la que pueden gozar, dentro de un Estado, nacionalidades, regiones, provincias, municipios u otras entidades, para regir sus propios intereses mediante normativas y poderes propios...»[1155].

En términos jurídicos Flores Polo señala:

«En Derecho Político, dícese del Estado y condición del pueblo que se gobierna por sí mismo, con entera independencia. Este concepto merece reparos en la doctrina contemporánea, porque si bien muchos pueblos disfrutan de autonomía política en el ámbito internacional, no la gozan en el campo económico, porque sus economías, base de su desarrollo y de su existencia, se encuentran supeditadas, en mayor o menor grado, a la decisión de las grandes potencias económicas o países desarrollados, compañías transnacionales y organizaciones bancarias de gran poder e influencia, que muchas veces, en forma directa o indirecta, imparten directivas o instrucciones para el manejo de los asuntos de política interna de los países subdesarrollados, como pre-requisito para otorgarles la ayuda o financiación que éstos requieren. En otro sentido, dícese de la condición de la persona que no depende de nadie en determinados aspectos...»[1156].

Cabanellas por su parte señala:

«Estado y condición del pueblo que goza de entera independencia, sin estar sujeto a otras leyes que a las dictadas por él y para él. En sentido figurado, condición del individuo que de nadie depende en ciertos aspectos. Libertad o amplitud para proceder(...).Autonomía administrativa: libertad que se reconoce a una región, provincia, ciudad o pueblo, para dirigir, según normas y órganos propios, todos los asuntos concernientes a su administración regional, provincial o municipal...»[1157].

Según la *Enciclopedia Jurídica Omeba* es:

«El sentido de esta palabra ha variado con el tiempo. Los griegos llamaban *autonomoi* y los romanos *autonomi* a los Estados que se gobernaban por sus propias leyes y no estaban sometidas a ningún poder extranjero. Este es el verdadero significado de la palabra, según el cual la autonomía equivale a independencia, y sólo puede aplicarse a los estados independientes. No obstante, de un estudio histórico, surge que no siempre se ha dado a la palabra su verdadera acepción(...) Actualmente se habla de autonomías regionales, provinciales y comuna-

1154 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 234.

1155 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 124.

1156 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 175.

1157 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 423.

> les, con distintos alcances, pero nunca con la significación de independencia, sino de descentralización política. Debe entenderse, en su aceptación actual, como facultad de una comunidad humana de gobernarse a sí misma, mediante sus leyes propias, y por autoridades elegidas de su seno. También podríamos definirla, dentro del sistema de descentralización política de algunos Estados modernos, como facultad de algunos territorios subordinados a un Poder central, de tener su propio gobierno, dictar sus leyes y elegir sus autoridades, bajo la tutela del poder central de acuerdo a los principios generales que rigen las instituciones políticas del Estado al cual pertenecen. Tal definición comprende el caso de las provincias en un sistema federal de gobierno como el de la mayoría de los países americanos...»[1158].
>
> Para cumplir sus fines, el Indecopi «fue concebido como un organismo autónomo y técnico. Sus procedimientos de análisis y de resolución de casos se basan en visiones modernas y en estándares aceptados internacionalmente. Pero además, debe mantener una autonomía tanto de los intereses políticos, económicos y particulares. Esto permite que sus decisiones corrijan las deficiencias en el mercado sin distorsionar ni afectar el buen funcionamiento del mismo»[1159].

Es por esta razón que el Indecopi ha adoptado en su organización una postura autónoma en sus Comisiones, para evitar influir en el mercado y que las decisiones de las Comisiones sean en lo posible acertadas al corregir las deficiencias del mismo; individualizando la organización de cada rubro y que cada Comisión, de acuerdo a su especialidad, pueda resolver con mejor criterio los casos que lleguen a su despacho.

> **Artículo 9: La Comisión estará conformada por seis (6) miembros nombrados mediante Resolución Suprema.**
>
> - **Dos del Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración, uno de los cuales la presidirá.**
>
> - **Dos del Ministerio de Economía y Finanzas.**
>
> - **Dos de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP).**
>
> **La Comisión se renovará anualmente por tercios, de acuerdo con lo que establezca su reglamento.**

Según lo dispuesto por el artículo 20 del D.L. 25868. Modificado por el artículo 49 del D. Leg. 807. Los miembros de las Comisiones están sujetos a las siguientes disposiciones:

a. Son designados por el Directorio del INDECOPI previa opinión del Consejo Consultivo

b. Ejercen sus cargos por tiempo indeterminado

c. El cargo de presidente es ejercido por un año, transcurrido el cual quien detente el cargo puede ser reelegido, siendo el límite máximo para el ejercicio del cargo cinco años consecutivos

---

1158 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 961.

1159 INDECOPI. *Folleto Organización y Funciones del INDECOPI. Hacia una educación para el mercado.* Lima: Sello Editorial INDECOPI, 1997b, p. 8.

d. Deben ser profesionales titulados, con reconocida experiencia en la especialidad, además de contar con los requisitos establecidos en las leyes que regulan las correspondientes materias.

Al respecto el artículo 4° del D. Leg. 788 ha precisado que la exigencia de contar con título profesional a que se refiere el antes glosado inciso c) y el inciso d) del artículo 32, debe entenderse referida a la obligación de haber cursado estudios superiores.

De otro lado, el reglamento prescribe en su artículo 39 que en caso que un miembro de Comisión tuviera conflicto de intereses en algún procedimiento sometido a conocimiento de su Comisión, deberá informar de tal hecho a los demás miembros y excusarse de participar en la deliberación y resolución de tal caso.

Asimismo, los miembros de las Comisiones están impedidos de patrocinar o participar en procedimientos seguidos ante su Comisión u otro órgano funcional del INDECOPI.

El nombramiento del personal del órgano encargado de la aplicación de la ley se efectúa de diversos modos. «En algunos países, como en el Pakistán y Sri Lanka, el órgano designa su propio personal. En otros esta facultad incumbe a la Administración»[1160].

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 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 ninguna 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 legales, y no pueden ocupar altos cargos en una organización comercial ni ser miembros de una junta de supervisión o de un consejo de administración. La ley húngara especifica también que los miembros del órgano no pueden tener vínculos familiares entre sí, ni participar en la investigación de un empresario que tenga a un pariente cercano empleado o de cualquier otra forma sujeto a una relación legal en virtud de la legislación laboral. La normativa italiana y mexicana contienen disposiciones similares»[1161].

> «Para el Indecopi el que contravenga lo dispuesto en el mencionado artículo será responsable por los daños que cause al Estado y a las partes, sin perjuicio de las acciones civiles, penales o administrativas que correspondan. En tal caso procederá la remoción inmediata conforme a ley»[1162].

Según las Naciones Unidas «el número de miembros del 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, Bulgaria, la Federación de Rusia, Malta, Perú, Portugal y la República de

---

[1160] DIEZ CANSECO, Luis. *Conferencia de las naciones unidas sobre comercio y desarrollo.* s/f, p. 54.

[1161] *Ibidem*, p. 53.

[1162] MENA COELLO (s/f). *Op. cit.*, p. 57.

Corea. 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. En algunos países, como la India, Malta y Pakistán, 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»[1163].

«La duración del mandato de los miembros del órgano encargados 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 Argentina de cuatro años, en Canadá y México de diez años, en Bulgaria, la India, el Reino Unido y Pakistán de cinco años. En Lituania, la ley habla de una duración de tres años. En Brasil es de dos años y en otros como Perú la duración es indefinida. En muchos países la renovación es indefinida. En muchos países como en Tailandia, la República de Corea, Argentina, la India y Australia, existe la posibilidad de renovación del nombramiento de los miembros, pero en el caso de Brasil sólo se puede renovar una vez»[1164].

«En lo referente a la destitución de los miembros del órgano, las Naciones Unidas señala que 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 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 y Tailandia. 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 intencionalmente proteja a un empresario para que no sea procesado, a sabiendas que ha contravenido las disposiciones de la ley china, incurriendo en delito. El procedimiento de destitución de los miembros varía según los países»[1165].

«Respecto a la posible inmunidad de la jurisdicción penal y civil de los miembros en el desempeño de sus funciones, en Pakistán, por ejemplo, el órgano o cualquiera de sus funcionarios o empleados goza de inmunidad 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»[1166].

Artículo 11.- La Comisión conocerá y resolverá en primera instancia administrativa los procedimientos iniciados por infracciones a la presente Ley o para la aprobación de acuerdos sujetos al régimen de excepción: adoptará sus resoluciones por mayoría

[1163] DIEZ CANSECO (s/f). *Op. cit.*, p. 52.

[1164] *Ibidem*, p. 53.

[1165] DIEZ CANSECO (s/f). *Op. cit.*, p. 54.

[1166] *Ibidem*, p. 54.

de votos. El Presidente tiene voto dirimente. Para sus sesiones se requiere al menos de la concurrencia de cuatro de sus miembros.

«En su labor como árbitro del mercado y garante de la libre competencia, el Indecopi cuida que los agentes económicos no abusen de su poder en el mercado que eviten competir mediante la realización de acuerdos sobre precios, producción u otras condiciones. En este sentido, la Comisión de Libre Competencia está encargada de investigar y, de ser el caso, sancionar las prácticas empresariales que impidan el funcionamiento de la oferta y la demanda como regla para determinar los precios, las cantidades producidas, las condiciones de comercialización, etc.; con la finalidad de que la libre iniciativa empresarial se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los consumidores»[1167].

«Es así como la función principal de esta comisión es velar porque los agentes económicos no abusen de su poder en el mercado. En este sentido su función no es fijar ni controlar precios o condiciones de comercialización, sino garantizar que sean los productores y consumidores quienes lo hagan dentro del libre juego de oferta y demanda»[1168].

El D. Leg. 807 concedió amplias facultades a la Comisión de Libre Competencia para conseguir pruebas y realizar investigaciones, dictar medidas cautelares y otorgar la exoneración de responsabilidad a cambio de informaciones.

«La Comisión inició sus actividades recién a principios de 1993. En los primeros años no impuso sanciones, pero ordenó repetidas veces el cese de las prácticas anticompetitivas. Especialmente ha hecho amplio uso de las posibilidades de compromisos según el artículo 20 del D. Leg. 701. Da la impresión que la Comisión quería, comprensiblemente, realizar una labor pedagógica. A partir de 1995 se endurece la política de la Comisión, la cual empieza a dictar sanciones cada vez más fuertes. Últimamente, y gracias a la ampliación del *maximum* del monto de las multas efectuado por el D. Leg. 807, se ha comenzado a imponer multas muy elevadas»[1169].

«El INDECOPI y su Comisión de Libre Competencia se ven muy recargados en sus tareas debido a que la institución se halla muy centralizada en Lima. Las denuncias por prácticas restrictivas de la competencia tienen que venir de todo el país a Lima. Por ello sería mejor, desde el punto de vista organizacional, reservar la protección de la competencia contra prácticas restrictivas a una institución autónoma que posea comisiones provinciales en las principales ciudades del país. Chile y Argentina han mostrado las ventajas de tal organización descentralizada. A esto se ha unido últimamente Brasil, con algunos éxitos»[1170].

El hecho que la Comisión conozca y resuelva en primera instancia administrativa los procedimientos iniciados por infracciones a la ley, significa que es necesario el agotamiento de la vía administrativa. Sobre este tema podemos señalar que en los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del Indecopi, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa.

Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto Ley, se entiende agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

[1167] INDECOPI (1997b). *Op. cit.*, p. 13.

[1168] *Ibidem*, p. 8.

[1169] ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 351.

[1170] *Ibidem*, p. 406.

Las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual podrán ser impugnadas en la vía judicial, en primera instancia, ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República a que se refiere el Artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las resoluciones que expida la referida Sala podrán ser apeladas, en segunda instancia, ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

Las resoluciones emitidas por las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio que el interesado interponga los recursos impugnatorios que la ley le otorga.

Para Juan Carlos Morón[1171], las causales para plantear el agotamiento de la vía administrativa derivan de:

a) La ubicación organizacional del órgano emisor del acto.

b) Haber satisfecho la necesidad procesal al permitir a la Administración Pública revisar sus actos.

c) Que el expediente haya llegado a una circunstancia especial adversa al administrado, muy difícil de ser revertida.

Nuestro ordenamiento señala los supuestos que dan por agotada la vía administrativa:

1.4. Resolución expresa de segunda instancia:

Se presenta cuando un funcionario inferior en etapa administrativa dicta una resolución en agravio del administrado, pudiendo éste recurrir mediante la apelación ante el superior jerárquico, con el propósito de obtener una decisión favorable en segunda instancia. Si éste superior ratifica la decisión de la instancia anterior, entonces contra esta resolución corresponde formular acción contencioso-administrativa.

No necesariamente el administrado puede considerar agotada la vía administrativa con una resolución de segunda instancia pues una segunda resolución puede además de confirmar la resolución recurrida y modificarla en agravio del recurrente; revocar la resolución total o parcialmente en beneficio del recurrente.

1.5. Resolución ficta o presunta recaída en el procedimiento recursal:

Este supuesto opera a través del silencio administrativo en segunda instancia.

Según Juan Carlos Morón[1172]: «en los procedimientos seguidos ante una segunda instancia se presenta una oportunidad a la autoridad superior para revisar el fallo del subalterno desempeñando sus facultades inherentes de control jerárquico, y, lógicamente la eventual pasividad en que incurra al desempeñar su rol no puede perjudicar al administrado postergando su acceso a la tutela judicial efectiva.

1171 MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*

1172 *Ibidem*, p. 364.

1.6. Anulación de oficio de resoluciones:

Se da cuando la propia Administración pone fin al procedimiento administrativo. Refiriéndonos al caso en que se declare la nulidad de resolución administrativa y que estén consentidas.

1.7. Resoluciones de organismos regidos por leyes especiales:

Tal como expresa Morón Urbina[1173]: «existen organismos con facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones de su competencia y sometidos a un ulterior control jurisdiccional por parte del Poder Judicial. Tales organismos son de dos tipos: organismos que ejercen función de jurisdicción administrativa (tribunales administrativos), y los organismos administrados de naturaleza autónoma y extrapoderes».

A nivel nacional podemos considerar como entidades antes mencionadas a las siguientes:

a) Banco Central de Reserva del Perú
b) Superintendencia de Banca y Seguros
c) Contraloría General de la República
d) Tribunal Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas
e) Tribunal Fiscal
f) Consejo de Minería
g) Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI
h) Tribunal Nacional del Deporte
i) Consejo de Asuntos Contenciosos de la Asamblea Nacional de Rectores
j) Junta de Vigilancia de Registros Públicos
k) Consejo del Notariado
l) Organismo Superior de Inversión Privada de Telecomunicaciones
m) Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Estos organismos al ubicarse fuera del modelo organizacional jerarquizado, tienen facultades para agotar la vía administrativa antes de iniciarse el proceso contencioso-administrativo.

La excepción para el agotamiento de la vía administrativa se presenta en los casos de determinadas situaciones de urgencia las que permiten acceder directamente a la vía judicial mediante una acción de amparo.

1173 *Ibidem*, p. 53.

Borea[1174] enfatiza que: «conforme a su naturaleza de último remedio jurisdiccional frente a la arbitrariedad, sólo se exceptúa del agotamiento de la vía administrativa para dar acceso al amparo en casos verdaderamente urgentes y no procede para los administrados negligentes, versátiles o que no sepan cautelar sus derechos».

La acción de amparo, en vía administrativa, procede en los siguientes casos:

- Cuando una resolución que no causa estado es ejecutada antes de vencer el plazo para considerarla consentida
- Cuando el agotamiento de la vía puede convertir la agresión en irreparable
- Cuando no es resuelta la vía dentro de los plazos fijados
- Cuando la vía no se encuentra regulada
- Cuando la vía ha sido iniciada innecesariamente sin obligación legal.

También se puede promover, en vía administrativa, previo recurso de reconsideración, como último intento para obtener pronunciamiento a favor pero que implique renunciar a la posibilidad de interponer acción en vía judicial.

La administración pública sufrió un cambio profundo positivo con la promulgación de la Ley de Simplificación Administrativa[1175]. Esta norma dispuso sistemas para el mejoramiento y agilización de los servicios públicos.

Con la normatividad de la Simplificación Administrativa se eliminan obstáculos legales y se disminuyen costos innecesarios para la sociedad y el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En sus considerandos se lee:

D.S. No. 070-89-PCM:

En su Artículo 2°: «Se entiende por Simplificación Administrativa los principios y las acciones derivadas de éstos, que tienen por objetivo final la eliminación de obstáculos o costos innecesarios para la sociedad que genera el inadecuado funcionamiento de la Administración Pública».

Las disposiciones a que se refiere el presente Reglamento tienen su fundamento en la participación de los ciudadanos y los medios de comunicación social en el proceso regulatorio y en la existencia de cumplimiento de los derechos y garantías establecidas por ley.

Esta norma se basa en el principio de veracidad, no requiriendo de los interesados documentos originales ni legalizados que acrediten sus declaraciones.

Con respecto a los documentos que deben presentar los administrados ante la administración podemos decir que estos no requieren de formalidades costosas e innecesarias.

Así, la norma dice:

1174 BOREA, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Lima: Editorial Grijley, 1999, p. 325.

1175 *Ley 25035*, fecha 11-06-89. «Ley de Simplificación Administrativa».

Artículo 4° de la Ley N° 25035

«A efecto de lo dispuesto en el presente capítulo la Administración Pública sustituye la fiscalización previa por la fiscalización posterior. La forma en que esta se lleva a cabo, así como las acciones y servicios a que dé lugar, serán establecidas por el Reglamento».

Cabe señalar que la aplicación de esta ley permitió que los procesos decisorios se desconcentren, transfiriendo facultades de gestión y resolución a niveles jerárquicos inferiores.

Además encontramos en el D.S. 070-89-PCM la Figura del Fedatario, quien es un funcionario o servidor del Estado encargado de comprobar y autenticar el contenido de los documentos presentados ante la Autoridad Administrativa.

La norma dice:

«Se denomina fedatario al funcionario o servidor del Estado que, personalmente y previo cotejo, comprueba y autentica el contenido de la copia de un documento original a efectos de su utilización en los procedimientos ante sus propias entidades.

Los servicios que prestan son gratuitos para el usuario y el ejercicio de su función de fedatario no excluye el cumplimiento de otras obligaciones.

No pueden ser fedatarios los funcionarios o servidores del Estado que intervienen directamente en trámites posteriores a la recepción o resolución de los expedientes.

Cada entidad establecerá el número de fedatarios de acuerdo a sus necesidades.

El fedatario será designado para desempeñar dicha función por la autoridad competente, mediante resolución o acuerdo, por un período de 2 años, que podrá ser prorrogado».

Luego de lo expuesto trataremos el concepto de **«infracción»**. La Real Academia Española señala:

«Del latín *infractio-onis*. Transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado; o de una norma moral, lógica o doctrinal»[1176].

En términos jurídicos, Flores Polo señala:

«En sentido genérico, toda transgresión, violación o quebrantamiento de la ley, pacto o convenio. Esta palabra viene del latín infringere, que significa: quebrantar. Para Couture: acción y efecto de violar una prohibición legal o de realizar un acto contrario al deber impuesto por una norma, orden legítima o convención»[1177].

Para saber lo que se entiende por **«voto dirimente»**, Amado Ezaine[1178] señala:

«En Derecho Procesal, dícese del voto que corresponde al Vocal llamado por ley para que resuelva la discordia o falta de unanimidad o mayoría, al verse una causa; generalmente las Salas se van completando con los Vocales menos antiguos, quienes actúan como Vocales Dirimentes; en su ausencia o a falta de ellos, se llamará a los Vocales Suplentes y, en defecto

[1176] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1165.

[1177] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 90.

[1178] EZAINE (s/f). *Op. cit.*, p. 606.

de éstos, al presidente de la Corte, que sólo podrá llamarse cuando no haya Vocal expedito. En la ley procesal argentina se llama voto decisivo».

Por su parte, Cabanellas, que llama voto dirimente al voto decisivo, señala:

«El voto de calidad, que decide o define una votación cuando está empatada, y que suele corresponder al presidente de una asamblea o corporación. Con sentido contrapuesto, sinónimo de voto deliberativo. En sentido general, el que decide una votación o cuestión, por haberse resuelto por un voto de diferencia; en cuyo caso puede afirmarse que son decisivos todos los votos, o se reserva la denominación más bien para el que ha votado en último lugar, cuando la votación, por pública y conocida, estaba empatada. Históricamente, el que tenían los Ministros de algunos tribunales para resolver por sí, sin necesidad de consultar al superior»[1179].

Artículo 12.- La Comisión elaborará su propio reglamento y el Reglamento de su Secretaría Técnica, los que serán aprobados por Decreto Supremo del Sector Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración.

Este artículo refleja la autonomía que tiene cada Comisión. Gracias a esta autonomía técnica y administrativa, las Comisiones pueden elaborar su propio reglamento, el cual será de aplicación para quienes la integran.

Artículo 13.- La Comisión contará con una Secretaría Técnica, como organismos ejecutivo dependiente de la Comisión y que estará encargada de velar por el cumplimiento de la presente Ley.

La Secretaría funcionará en el Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración, y estará dirigida por un Secretario General que será designado por Resolución Ministerial de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración.

Cada Comisión cuenta con una Secretaría Técnica.

Cada Comisión está a cargo de una o más personas, designadas por el Directorio del INDECOPI, teniendo en cuenta propuestas de la Comisión respectiva.

En caso de ausencia o impedimento de quien se encuentra nombrado para ejercer la Secretaría Técnica, asumirá sus funciones la persona que la Comisión designe para el efecto, quien actuará como Secretario Técnico encargado.

«Son funciones de las Secretarías Técnicas:

a) Prestar a las comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos funcionales y administrativos del INDECOPI.

b) Iniciar de oficio los procedimientos o procesos que se sigan ante su respectiva Comisión cuando considere que el caso lo amerita, o cuando la Comisión así lo disponga.

c) Realizar las investigaciones requeridas para que las Comisiones cuenten con los elementos de juicio necesarios para emitir la resolución correspondiente, conforme a sus respectivas normas legales de creación.

d) Otras que se encuentren previstas en sus respectivas normas legales de creación.

[1179] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 435.

e) Otras que se le encomienden»[1180].

Según Mena Coello, la Secretaría de la Comisión de Libre Competencia desempeña un rol activo y trascendente en los procedimientos sobre prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia pudiendo proponer a la Comisión la suspensión del proceso administrativo iniciado, rechazar de plano solicitudes de investigación manifiestamente infundadas, etc.; así como las de excepción, como previo acuerdo de la Comisión para inmovilizar libros, archivos, documentos, correspondencia y registros, convirtiéndose así la Secretaría de esta Comisión en auxiliar de primer orden.

En todo caso, a la Secretaría de la Comisión debe considerársele como Secretaría Técnica, pudiendo estar a cargo de una o más personas designadas por el Directorio del INDECOPI, siendo de aplicación las funciones y características que señalan los artículos 46 y 47 del D.L. N° 25868 — Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, así como las que señalan el D. Leg. N° 807.

El artículo 14 del D. Leg. 701 fue modificado en su inciso b) por el artículo 11 del D. Leg. 807.

Artículo 14.- Son atribuciones de la Secretaría:

a) Dictar opinión en los procedimientos por infracciones a la presente ley o en los procedimientos de aprobación de los acuerdos sometidos al régimen de excepción;

b) Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones de Indecopi.

Excepcionalmente y con el previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro. La solicitud de retiro deberá ser motivada y será resuelta en el término de veinticuatro (24) horas por el Juez de Primera Instancia, sin correr traslado a la otra parte.

En muchos países, (Alemania, Argentina, Australia, la Federación de Rusia, Noruega, Pakistán, Perú), el órgano encargado de la aplicación de la ley tiene la facultad de requerir a las empresas que suministren cualquier información y autorizar a uno de sus funcionarios para ingresar en los locales de las empresas bajo investigación en busca de información pertinente. No obstante, el ingreso en los locales puede estar sujeto a determinadas condiciones. En Argentina, por ejemplo, para el ingreso en el domicilio privado es necesario un mandato judicial, mientras que en Alemania, los registros, aunque normalmente requieren de mandato judicial, pueden practicarse sin necesidad de éste cuando haya peligro en la demora[1181].

[1180] MENA COELLO (s/f). *Op. cit.*, p. 63.

[1181] DIEZ CANSECO (s/f). *Op. cit.*, p. 55.

c) Realizar estudios y publicar informes;

El órgano encargado de la aplicación de la ley puede utilizar estudios y servicios de expertos o encargar estos a entidades o personas ajenas. En Brasil, por ejemplo, la ley establece que la Oficina de Derecho Económico del Ministerio de Justicia llevará a cabo estudios e investigaciones con miras a mejorar la política antimonopolio. 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. 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. 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 países que cuentan con disposiciones legales en materia de prácticas comerciales restrictivas publican por lo menos un informe anual[1182].

d) Llevar un registro de los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas o actuaciones sujetos al régimen de excepción;

La legislación de la mayoría de los países que tienen establecido un procedimiento de notificación incluye disposiciones sobre algún sistema de registro que ha de estar caracterizado por la transparencia. Este es el caso, por ejemplo, de España, con el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia, y de Francia con la Dirección General de la Competencia. Algunos países llevan un registro público en el que se inscriben algunos de los datos, aunque no todos, suministrados en la notificación. La utilidad de un registro público se basa en la creencia que la publicidad puede servir hasta cierto punto de medio disuasorio para hacer desistir 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 este caso de violación de esa confidencialidad los empresarios se mostrarían profundamente renuentes a contestar a las solicitudes justificadas de información[1183].

1182 *Ibidem*, p. 56.

1183 *Ibidem*, p. 56.

e) Elaborar las propuestas de reglamentos y adoptar las directivas que pudieran requerirse;

El órgano encargado de la aplicación de la ley debe adoptar, como resultado de las indagaciones e investigaciones realizadas, 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[1184].

f) Cualquier otra que señalen las leyes o los reglamentos.

El órgano puede actuar por propia iniciativa o atendiendo a ciertas indicaciones de la posible existencia de la práctica restrictiva, por ejemplo, como consecuencia de una denuncia formulada por cualquier persona o empresa. Los datos reunidos por departamentos de la Administración, 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 Conjunto de principios y normas establece que los Estados deberían instituir procedimientos, o mejorar los que ya existan, para obtener de las empresas la información necesaria para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas. El órgano encargado de la aplicación de la ley también debe estar facultado para requerir a las personas o empresas que suministraran 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. Por último, es indispensable mencionar que en el proceso de investigación deben observarse debidamente los principios y normas generales del respeto de las garantías legales, que en muchos países constituyen un mandato constitucional[1185].

Otras funciones de las Secretarías:

- La elaboración y publicación de reglamentos, es decir, el órgano encargado de la aplicación de la ley también debería tener facultad para dictar reglamentos de ejecución que le ayudarán en el desempeño de su misión.
- La colaboración en la preparación, la modificación o la revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas de la política en materia de regulación y competencia, 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 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 o para la Defensa de la Competencia, 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, España, con el Tri-

[1184] *Ibidem*, p. 56.

[1185] DIEZ CANSECO (s/f). *Op. cit.*, p. 55.

bunal de Defensa de la Competencia y México, con la Comisión Federal de Competencia.

- La promoción del intercambio de información con otros Estados. El conjunto de principios y normas dispone que los Estados deberían establecer en los planos regional y subregional los mecanismos apropiados para promover el intercambio de información sobre las prácticas comerciales restrictivas. Sería conveniente conferir al órgano encargado de la aplicación de la ley la facultad de promover ese intercambio, enunciándolo claramente entre sus funciones. La legislación de Bélgica, por ejemplo, establece la posibilidad de transmitir, a los órganos extranjeros que se ocupan de las cuestiones de competencia, la información y los documentos necesarios en virtud de acuerdos de reciprocidad concernientes a la asistencia mutua en materia de libre competencia. Los convenios bilaterales entre los Estados Unidos y Alemania, Australia y la Comisión de las Comunidades Europeas, así como entre Francia y Alemania, prevén asimismo las consultas y el intercambio de información.

2.7.3. El procedimiento administrativo

2.7.3.1. Concepto del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo es una integración coordinada y racional de actos procesales, originados por diversos sujetos partícipes del proceso. Como expresa Gustavo Bacacorzo «El procedimiento es también la secuencia de actos que se ejecutan de modo legal progresivamente dentro de la poliforme actividad del Estado, pero que se resuelve mediante acto administrativo, obteniendo un pronunciamiento»[1186].

El procedimiento cumple, de acuerdo a la doctrina, una doble función: servir de garantía de los derechos individuales (particulares) y ordenar la actuación, justicia, certeza y eficacia de las decisiones públicas.

Tanto el derecho administrativo como el derecho penal protegen bienes jurídicos amparados por las normas legales, pero el derecho administrativo lo hace de una manera preventiva y de ser el caso aplica sanciones administrativas. El derecho penal reprime acciones mucho más graves, por cuanto éstas vulneran bienes jurídicos de importancia siendo de aplicación las penas correspondientes. El derecho penal busca sancionar conductas ilícitas previamente tipificadas como tales (*nula crimen sine lege*) siendo su objetivo primordial la sanción punitiva a la persona y en forma accesoria la reparación civil. La mayoría de los ilícitos tienen como perjudicado titular al Estado y por ello se dice que la acción es de orden público.

Sin embargo, a pesar que el derecho penal tutela el quebranto grave de bienes jurídicos tutelados y por ende las penas que aplica están en relación con la privación de la libertad, las sanciones administrativas, por lo general, implican multas administrativas. Estas multas frecuentemente son cuantiosas y en este sentido su función es la de prevención y disuasión de actos contrarios a derecho. El derecho administrativo tiene varios objetivos: Educa, orienta, previene y sanciona. Su ámbito de aplicación involucra tanto personas naturales

[1186] BACACORZO, Gustavo. *Derecho Administrativo del Perú*. Tomo III, Lima: Cultural Cuzco, p. 380.

como jurídicas. Su accionar puede comprender sanciones por acción u omisión que si bien son ilícitos no son inmorales ni vulneran derechos esenciales. Así, son actos u omisiones sancionables, no presentar declaración oportunamente, obviar la entrega de estadísticas o incurrir en conductas irregulares leves.

Es necesario delimitar en qué circunstancias nos encontramos en el ámbito del derecho administrativo y cuándo en el ámbito del derecho penal. Según modernos tratadistas hay coincidencia en determinar que el «dolo» constituye el elemento diferenciador por excelencia.

El artículo 19 del D.L. 701, normas regulatorias de defensa de la libre competencia, fue modificado por el D. L. 807, que establece las facultades y potestades del Indecopi, exige para la configuración del ilícito penal que el responsable haya actuado «dolosamente» y «que el perjuicio sea de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general». Lo que la ley no determina es en qué casos se debe recurrir al derecho penal y cuando se considera que una acción genera graves consecuencias. Existe en la norma un elemento discrecional y valorativo, esto es, elementos subjetivos, que la ley no ha especificado claramente y que no nos permite tener una idea clara de cuando se debe acudir al poder judicial. En otras palabras, salvo directivas o precedentes obligatorios que emita el Indecopi y que se transformen en lineamientos interpretativos enfrentamos el riesgo de una alta discrecionalidad en los órganos regulatorios.

Manuel Abanto encuentra una posible solución con «la introducción o el desarrollo de una cláusula de gravedad que excluya, desde el principio, los casos de bagatela, tanto en el Derecho administrativo como en el penal, esto contribuirá de todas maneras a superar este problema»[1187].

Abanto señala que podría preverse una correspondiente «cláusula de gravedad» administrativa que vincule a la autoridad y la obligue a verificar la existencia de los requisitos para la persecución penal y remitir lo actuado a la Fiscalía.

En el Perú el derecho administrativo es el que en primer lugar juzga la conducta y el merecimiento de pena y luego de analizar los hechos amerita, por la gravedad de las circunstancias, si el órgano de control procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante la Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de toda acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión.

El artículo 232 dice:

Artículo 232.- El que infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 2 y 4.

[1187] ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 87.

Con respecto al procedimiento administrativo, podemos señalar con Patrón Faura y Patrón Bedoya lo siguiente: Se define el Proceso Administrativo como «La situación jurídico-legal que se plantea ante una autoridad oficial competente, cuando se ha iniciado un reclamo o petición en una oficina o dependencia del Estado, sea por una persona particular natural o jurídica o, también, por un servidor público o un pensionista, con el objeto de lograr el reconocimiento de un derecho o cualquier cuestión administrativa, el cual necesariamente, debe definirse o resolverse, en su caso, después de una serie de trámites procedimentales»[1188].

Además agregan que: «El procedimiento Administrativo, es el conjunto o secuencia de trámites y de actos administrativos que deben realizarse para que el proceso antes referido se desarrolle normal y eficazmente hasta alcanzar su conclusión mediante una resolución administrativa»[1189].

Para Juan Carlos Morón: «La administración, al ejercer sus facultades y cumplir los fines encomendados, tiene que atenerse a las disposiciones de carácter procesal que regulan su desenvolvimiento, sin que pueda omitir o alterar las formalidades establecidas por los preceptos aplicables a cada tipo de actuación, quedando de esta manera fortalecida la seguridad jurídica, garantizados y asegurados los derechos de los ciudadanos, procedimiento debido y los altos intereses de los poderes públicos»[1190].

El concepto orgánico del proceso administrativo, según Guillermo Guerra Cruz, es el siguiente: « El Procedimiento Administrativo es la actividad, secuencialmente ordenada, regulada por la ley, de los sujetos, agentes portadores de asuntos de Administración Pública, para resolver intereses de éstos, con respecto a sí mismos o a los particulares; o de éstos, con respecto a aquellos»[1191].

Y agrega que el proceso administrativo es «como un complejo de normas garantizadoras de la realización del derecho en sede administrativa y, por ende, seguridad para la administración y para la persona»[1192]. En este sentido cuando se habla de seguridad para la administración se refiere expresamente a la conducta del funcionario ya que puede desviar la acción de la Administración hacia sus propios intereses tratando de favorecer a la administración en perjuicio del interés público; y para la persona en cuanto los funcionarios puedan incurrir en arbitrariedades distorsionando el sentido de la ley perjudicando el equilibrio social y el interés público.

Guerra al comentar legalmente el tema de los procedimientos administrativos dice: « El procedimiento administrativo es la sucesión de actuaciones de orden administrativo, debidamente organizadas y tramitadas con la garantía de las reglas de derecho para producir actos administrativos en cuanto éstos constituyen decisión de autoridades u órganos de la Administración Pública, incluidas las entidades privadas que prestan servicios públicos,

---

1188 PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú.* 5ta. Edición, Lima: Editorial Grijley, 1996, p. 372.

1189 *Ibidem*, p. 372.

1190 MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 49.

1191 GUERRA CRUZ (s/f). *Op. cit.*, p. 22.

1192 *Ibidem*, p. 17.

que resuelven sobre intereses o derechos u obligaciones de entidades administrativas o de los particulares con respecto de ellas»[1193].

Mediante el proceso administrativo se busca que la Administración pueda valorar las cuestiones de hecho y de derecho que ameritan ser atendidas para su correcta aplicación. Asimismo se procura que el proceso de determinación de la voluntad sea oportuno y no tardío.

Para Juan Carlos Morón existen dos clases de Proceso Administrativo:

1. **El Procedimiento Administrativo General**.- Que es un estudio concordado, unificado y codificado de los preceptos comunes aplicables, modo directo o supletorio, a la generalidad de procedimientos seguidos en la Administración Pública. Sus normas diseñan una secuencia modelo-tipo, común y general, receptora de los principios, categorías e instituciones procedimentales vigentes para toda la actividad ejecutiva del Estado.
2. **El Procedimiento Administrativo Especial**.- Que es el área de estudio dedicada a analizar las particularidades de cada uno de los procedimientos específicos seguidos en la Administración Pública, los que por su propia naturaleza configuran un universo extenso, mutable y variado[1194].

El procedimiento especial tiene como elementos tipificantes: la singularidad de la materia tratada y la jerarquía normativa de su origen.

Manuel María Diez define proceso administrativo como «el medio instaurado para dar satisfacción jurídica, con intervención de un órgano judicial y por aplicación en alguna medida de normas o principios de derecho administrativo o financiero, a las pretensiones de los particulares afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por la actividad administrativa del Estado»[1195].

El proceso administrativo es uno de los mecanismos para el imperio de la ley, y en este sentido, para la Comisión Internacional de Juristas «el imperio de la ley es la prevalencia de los principios, instituciones y procedimientos, no siempre idénticos, pero sí análogos, cuya importancia para defender al individuo de las arbitrariedades del poder y permitirle gozar la dignidad de ser humano ha quedado probada por la experiencia y las tradiciones de juristas de países diversos, dotados a menudo de diferentes estructuras políticas y económicas»[1196].

En este sentido, cuando Guerra integra los conceptos antes mencionados concluye de la siguiente manera: «El Procedimiento Administrativo es la actividad desarrollada directa o indirectamente, por órganos portadores de asuntos, material o funcionalmente administrativos, regulados por disposiciones de derecho público; ordenada de modo secuencial y sistémico de acuerdo a reglas de derecho para el pronunciamiento o resolución unilateral de dichos órganos, con efectos jurídicos inmediatos; sobre intereses de sus correspondien-

---

[1193] *Ibidem*, p. 28.

[1194] MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 41.

[1195] MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Procesal Administrativo.* Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1983, p. 21.

[1196] MARSCH, Norman S. «El Imperio de la Ley en las Sociedades Libres». Informe sobre el Congreso Internacional de Juristas. Comisión Internacional de Juristas. Nueva Delhi, del 5 al 10 de enero de 1959. Ginebra, p. 368.

tes entidades o de otras entidades públicas o de los particulares, con respecto a lo dispuesto por el derecho administrativo»[1197].

2.7.3.2. Clasificación de los procesos administrativos

Juan Carlos Morón Urbina clasifica los procedimientos administrativos en 2 clases: general y especial.

Este mismo autor los divide en 8 categorías a saber:

Criterio Relacional:

Procedimiento Administrativo Interno: Se desarrolla dentro del ámbito de la propia administración pública organizando sus actividades o servicios, relacionando jurídicamente órganos u organismos del Estado. Los sujetos de relación son actores públicos y las decisiones que se generan son actos de administración con principios de competencia, colaboración y jerarquía. El objetivo es evitar que las formalidades inherentes a los procesos externos compliquen el proceso interno de la Administración o impidiendo decisiones premeditadas. Como ejemplo de este procedimiento podemos mencionar los siguientes: procedimientos consultivos entre entidades públicas, procedimiento presupuestario, procedimiento de control fiscal, entre otros.

Procedimiento Administrativo Externo: Se desarrolla hacia el exterior de la Administración Pública relacionándose jurídicamente con un particular para los fines de interés público. En este procedimiento, la administración, por iniciativa propia se involucra en el proceso o el usuario de algún servicio público activa la secuencia. En ambas el Estado adopta diferentes posiciones y organiza diferentes procedimientos externos mostrando diferentes actitudes frente al administrado. Como por ejemplo: procedimientos aduaneros de represión al contrabando, licencias, concesiones y permisos, registros de marcas, patentes, registros, etc.

Criterio de impulso inicial:

Las funciones y servicios públicos no sólo pueden instarse por la propia Administración sino también a modo de participación y democracia por algún interesado en algún pronunciamiento de la autoridad, según sus intereses.

Resulta difícil señalar los casos en los que un procedimiento deba iniciarse de oficio o por acción del administrado, ya que se trata de diversos supuestos con características específicas en las que se encuentre el Estado, el administrado y el interés público.

El Procedimiento administrativo de oficio: Es aquel promovido por una decisión de actuación propia de los agentes públicos competentes, tutelando el interés público, realizando una actividad investigadora, inspectiva, sancionadora o satisfacer una actividad propia de la administración. Los funcionarios pueden iniciar un proceso de oficio o por iniciativa propia, por disposición del superior jerárquico, a instancia de otro servidor público o co-

[1197] GUERRA CRUZ (s/f). *Op. cit.*, p. 29.

mo resultado de alguna denuncia de los propios administrados. Cabe resaltar que el hecho de que un particular incentive el inicio de un procedimiento a través de denuncias o memoriales no convierte a este proceso de oficio en uno de parte. La sola denuncia de un particular no resulta suficiente para impulsar un procedimiento ya que se requiere de la autoridad para iniciar el verdadero procedimiento.

Procedimiento administrativo de parte: Es aquel promovido a instancia de un particular que teniendo legítimo interés y en ejercicio de sus derechos de acción o reclamación propician una declaración de voluntad de la administración pública. El derecho de petición a que están sujetos los administrados involucra una serie de actos dirigidos a la administración con el objeto de obtener su pronunciamiento.

Dentro del esquema de peticiones cabe diferenciar la petición de derecho de las peticiones graciables que son aquellos sin exigibilidad de pronunciamiento. Por ejemplo: procedimiento para la obtención de pensiones de gracia, indultos, concesión de preferencias o ventajas, etc.

En este sentido, los procedimientos impulsados por derecho de petición particular se clasifican en:

- Procedimientos declarativos sobre estados de situaciones particulares
- Procedimientos de reconocimiento
- Procedimientos conformadores o concesivos
- Procedimientos sobre ejercicios de derechos
- Procedimientos sobre constancias
- Procedimientos de oposición

Es importante señalar que aún en los procesos iniciados por interés de parte es necesario el impulso de oficio a cargo de la Administración Pública dado que ningún proceso administrativo ejerce plena disposición.

Criterio Funcional:

Procedimiento Administrativo en sentido estricto: Es el que se desarrolla dentro de la administración activa dirigida a cumplir funciones administrativas o servicios sin contención de dos o más administrados. En estos procesos, cualquiera sea la cantidad de administrados que confluyan, no existe entre ellos un conflicto de intereses que sea materia de procedimiento y en el que el funcionario público no ejerza tareas arbitrales; los administrados dirigen frente a la Administración Pública sus aspiraciones, sustentándolas con el objeto de recibir de ella servicio o que ejerza alguna de sus funciones, por su parte el funcionario mantiene su rol original de gestor de los intereses públicos.

Procedimiento Cuasi jurisdiccional, administrativo, contencioso o trilateral: Se desarrolla en el ámbito de la Administración Pública para decidir un conflicto de intereses suscitado por la actuación pública o asuntos de interés público, ejerciendo la autoridad el rol de instructor de la causa con facultades inherentes a la jurisdicción. En estos procedimientos la Administración Pública conoce, instruye y resuelve: conflictos de intereses entre administrados sobre

asuntos bajo tutela estatal y conflictos entre la administración y los administrados generados por la actuación ejecutiva del Estado.

Estos procedimientos se caracterizan por ser objeto de instrucción y resolución por organismos ubicados fuera del poder judicial y dentro del ámbito de las autoridades del Poder ejecutivo o de organismos autónomos; porque tanto el diseño como el desarrollo del procedimiento está regulado por el derecho administrativo mostrando gran influencia de las categorías, instituciones y principios propios de procesos judiciales; porque se califican como no regulados estando exceptuados de plazos perentorios y de silencios administrativos; porque se resuelven por un organismo debidamente facultado para determinar con autonomía el método aplicable con rasgos de inamovilidad e independencia frente a la administración activa; porque el sector de la administración a cargo del caso tiene facultades de jurisdicción; porque en el procedimiento convergen dos o más administrados con intereses confrontados, haciendo necesario asegurar la vigencia del principio procesal de contradicción.

Criterio Organizacional:

Procedimiento sustantivo: Se desarrolla ante los órganos de línea de las instituciones públicas dirigidas a la prestación de servicios.

Procedimiento adjetivo: Se desarrolla ante órganos de apoyo y asesoría de las instituciones públicas. Son internos.

Criterio Material:

Procedimiento de Gestión: Trasciende al Estado y ligada a otras disciplinas.

Procedimiento administrativo ordinario: Se consumen en el reconocimiento de un derecho, protección de intereses particulares o reparación de una afectación.

Procedimiento Disciplinario: Investiga y sanciona infracciones administrativas de trabajadores del Estado.

Criterio de Integridad:

Procedimiento concluso en la vía administrativa: Suficiencia e integralidad de la función administrativa para conocer, instruir y resolver intereses y asuntos sometidos a competencia.

Procedimiento inconcluso en la vía administrativa: Se trata de una decisión de la función legislativa que abre espacio para examinar la petición en base a consideraciones de mérito u oportunidad no necesariamente técnicos.

Criterio de los efectos del procedimiento:

Procedimientos decisorios: Actividad externa del Estado que examina los presupuestos, elabora y produce un acto administrativo, una regla de conducta o un contrato administrativo.

Procedimientos de prestación efectiva: Se busca el otorgamiento de una prestación efectiva propia del servicio público respectivo. Se refiere a aquellos supuestos en los que el funcionario público puede decidir el pedido material o concreto sin previo acto formal estimatorio o desestimatorio de la solicitud, procediendo directamente a efectuar a favor del administrado la pretendida prestación material.

2.7.3.3. Principios del proceso administrativo

El sistema jurídico normativo establece ocho principios generales desarrollados por la Administración Pública. Estos son:

Eficacia: Para prevalecer el cumplimiento de fines y objetivos de los actos y hechos administrativos con aplicación de criterios de economía y flexibilidad en favor del administrado. Cualquier dificultad o obstáculo debe ser respaldado, sin necesidad de esperarse la acción de parte, (a no ser que esta acción sea de importancia). Para Parejo Alfonso la eficacia es: «una calidad axiológica alcanzada, que supone un juicio sobre los resultados de la actuación administrativa»[1198].

Simplicidad: El procedimiento debe ser sencillo. Se debe evitar su complicación por cualquier aspecto de la secuencia procedimental.

Celeridad: El procedimiento administrativo debe ser dinámico procurando una mayor prontitud entre el inicio y su decisión definitiva, agilizando toda la secuencia. El procedimiento avanza por sí mismo, sea por impulso de oficio o a petición de parte. Lo importante es terminar cuanto antes pero sin vulnerar sus trámites ni poner en riesgo la calidad de las resoluciones. El funcionario enfrenta el dilema celeridad y seguridad. Este principio está a cargo del funcionario el que siempre debe tratar de optar por el procedimiento que importe mayor celeridad, sencillez, desarrollándose en el menor lapso posible cuidando la legalidad.

Presunción de veracidad: Consiste en descubrir la verdad absoluta de los hechos. Los administrados deben proceder con veracidad en sus actos todo procedimiento donde intervengan. La aplicación de este principio sustituye a la tradicional prueba previa de veracidad, a cargo del administrado, por la de acreditación de falsedad a cargo de la Administración posteriormente. Así se presume que toda declaración y documentación es cierta y tiene calidad de declaración jurada. Si se halla luego que es fraudulenta o falsa se incurre en delito.

Gratuidad del procedimiento: Todo procedimiento debe suprimir requisitos innecesarios (exigencias forzosas y supresión de pagos) para evitar el encarecimiento de los actos procesales y no perjudicar directamente al administrado. Los costos que demandan ciertos procedimientos administrativos obedecen a tasas que cubren servicios eficientemente prestados.

[1198] PAREJO ALFONSO, Luciano. «La eficacia como principio jurídico». En: *Documentación Administrativa* Nº 218-219. 1989, p. 20.

Desconcentración de los procesos decisorios: La administración debe aplicar una serie de modalidades de organización que descarguen a los máximos niveles institucionales de las actividades inherentes a la ordinaria gestión procedimental.

Participación ciudadana en la prestación y control de servicios públicos: Todo ciudadano tiene derecho a formular quejas o sugerencias sobre la actuación de la Administración en el servicio público y para asumir su gestión en colaboración con la administración. Esta consiste en la participación útil del administrado en el proceso donde tiene legítimo interés.

Debido Proceso: Consiste en el cumplimiento estricto de las normas, plazos y requisitos contemplados en la ley. El funcionario no puede a su libre albedrío dejar de cumplir la ley ni interpelarla si la misma es expresa e inequívoca. El debido proceso es garantía de legitimidad para el administrado.

Escritoriedad: Es la regla intrínseca del procedimiento. Con los escritos enviados por las partes se va formando el expediente. Es permisible la oralidad pero debe ser ratificada por escrito en el menor tiempo posible.

Oficialidad: Supone la facultad de la autoridad para iniciar y mantener la dinámica del procedimiento sin que sea necesaria su activación por parte interesada.

Publicidad: Restringida generalmente solo a él o los interesados, directamente a través de apoderados, a base de información oral y de revisión de expedientes, con las previas seguridades del caso.

Sin perjuicio de éstos principios generales, la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444 de fecha 11 de abril de 2001 en su artículo IV, establece dieciséis principios del procedimiento administrativo:

1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.
2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.
4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones de los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

8. Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o no hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también el interés público.

12. Principio de participación.- Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión

de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y entender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión.

13. Principio de simplicidad.- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

14. Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que obtendrá.

16. Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

2.7.3.4. Sujetos del procedimiento administrativo

Los sujetos del procedimiento administrativo son:

La Administración: Como fuente de las decisiones vinculantes o de conocimiento o de certificación bajo su jurisdicción, en tanto requieran de la acción pública para la satisfacción de sus intereses para cautelar el orden público y efectivizar las obligaciones de los sujetos de derecho.

El Interesado: Aquel titular de un derecho subjetivo o de interés idóneo para presentarse ante la Administración con el fin de promover su actividad y ejercer su defensa o derecho de audiencia o de oposición. El interesado actúa en razón de un interés encontrándose subordinado a cumplir deberes procedimentales los cuales deben estar garantizados.

Tanto Patrón Faura como Patrón Bedoya coinciden en considerar que: «en el procedimiento administrativo, el funcionario competente tiene constante responsabilidad respecto a sus decisiones y resoluciones, porque está obligado, como servidor público —vale decir del pueblo—, a atender los reclamos de los ciudadanos y de reconocerle imparcialmente sus derechos si son justos y arreglados a Ley. Por otra parte, está obligado a cuidar los intereses y patrimonio del Estado, que también son del pueblo[1199].»

[1199] PATRÓN FAURA y PATRÓN BEDOYA (1996). *Op. cit.*, p. 374.

En este orden de ideas es conveniente establecer que en el procedimiento administrativo el Estado procurará velar imparcialmente por los derechos de los administrados pero siempre cuidando los intereses del Estado.

2.7.3.5. Inicio del procedimiento administrativo

Antes de proceder a explicar cómo se inicia el proceso administrativo es necesario establecer cuáles son específicamente las entidades que representan al sujeto administración, dentro del procedimiento administrativo.

Para Juan Carlos Morón las entidades públicas y privadas que ejercen poder público administrativo son las siguientes:

- Gobierno Nacional:
  - Poder Ejecutivo (Ministerios, Instituciones y Organismos Públicos Descentralizados).
  - Poder Legislativo (unidades administrativas).
  - Poder Judicial (unidades administrativas).
- Gobiernos Regionales
- Gobiernos Locales:
  - Municipalidades provinciales
  - Municipalidades distritales
  - Municipalidades delegadas
  - Organismos constitucionalmente autónomos
  - Empresas de propiedad directa o indirecta del Estado
  - Entidades de derecho privado que prestan servicios públicos[1200].

Por su parte, el artículo I de la Ley del Procedimiento Administrativo General[1201] considera como Entidades de la Administración Pública, las siguientes:

- El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos descentralizados;
- El Poder Legislativo;
- El Poder Judicial;
- Los Gobiernos Regionales;
- Los Gobiernos Locales;
- Los organismos a los que la Constitución Política del Perú y las Leyes les confieren autonomía;

[1200] MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 109.

[1201] *Ley del Procedimiento Administrativo General.* Ley N° 27444 de fecha 11/04/2001.

- Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las confiera a otro régimen; y
- Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normatividad de la materia.

Como se mencionó según lo establecido por el Texto Único del informe de la Ley de Procedimientos Administrativos, el procedimiento puede iniciarse a pedido de parte o de oficio.

Iniciación de oficio: Se pueden iniciar de oficio aquellos procedimientos «relativos al ejercicio de las competencias de fiscalización o de sanción o de determinación de una obligación del particular con respecto a la Administración»[1202].

Iniciativa del órgano competente: El órgano a cargo actúa según los presupuestos legales e instaura el procedimiento a que hubiere lugar. Se puede iniciar de inmediato o por previas indagaciones.

Por orden superior: Cuando el órgano superior competente dispone que el órgano correspondiente inicie el procedimiento.

Por informe de subordinado: Cuando el órgano subordinado toma conocimiento de un asunto susceptible de proceso e informa al superior jerárquico sugiriendo la iniciación del proceso.

> La Ley procedimiento Administrativo General en su artículo 104°[1203] señala que el inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos pueden ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y **obligaciones en el curso de tal actuación.**

Instancia de parte:

Fundamentos: «Cuando la parte hace la solicitud para obtener declaración, reconocimiento, concesión de un derecho, ejercicio de una facultad, la constancia de un hecho; para formular legítima oposición; para reclamar contra una actuación o acto de la administración que se supone viola o desconoce un derecho, persiguiendo su revocatoria o modificatoria. La ley también se refiere al ejercicio del derecho de petición. En este último caso, restringe el concepto de derecho de petición a algo que parece no generar ninguna posibilidad de interés que posibilite la acción procesal del contencioso administrativo»[1204].

1202 GUERRA CRUZ (s/f). *Op. cit.*, p. 194.

1203 *Ley del Procedimiento Administrativo General.* Ley N° 27444 de fecha 11/04/2001.

1204 *Ibidem*, p. 196.

El artículo 107 de la ley N° 27444[1205] señala que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo, obtener la declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

Además, la misma ley[1206] en su artículo 108 señala que las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad. Comprende esta facultad la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos.

Interposición de la instancia: El artículo 106° de la ley 27444 señala que cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2° inciso 20) de la Constitución Política del Estado. El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia. Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal. La interposición puede hacerse de manera oral en caso de reclamaciones sobre deficiencias o cobros en exceso; también puede hacerse por escrito, cuando existen formularios para la simplicidad del proceso.

Requisitos del escrito: El contenido que debe tener el escrito lo establece la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444 en su artículo 113°, que en esencia debe contener lo siguiente:

- Nombre y apellido completos, domicilio y número de Documento de Identidad Nacional o carnet de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
- La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando sea posible, los de derecho.
- Lugar, fecha y firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
- La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.

[1205] *Ley del Procedimiento Administrativo General.* Ley N° 27444 de fecha 11/04/2001.

[1206] *Ibidem.*

- La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
- La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
- La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.

Sin embargo, según Agustín Gordillo[1207]:

«algunas reglas pueden ser tomadas en cuenta *mutatis mutandi*, para la formulación de escritos en materia de recursos administrativos como son los escritos de iniciación, haciendo referencia a las siguientes reglas:

- Consideración razonada de todos los aspectos del problema, exponiendo orgánicamente los argumentos en pro y en contra, así como sus refutaciones, según la finalidad del escrito.
- La exposición debe evitar rodeos debiendo abordar directamente el nudo de la cuestión y determinar una solución.
- Deben dividirse adecuadamente los argumentos de hecho y de derecho.
- La exposición debe cuidar las precedencias de las consecuencias.
- Los hechos y circunstancias deben exponerse con circunstancia de tiempo y de lugar y si se tomaran ciertos criterios legales, éstos deben precisarse y hacerse referencia a documentos, deben describirse con exhaustividad a efectos de ser localizados, haciendo referencia a claves o códigos y, fundamentalmente, concretar el petitorio de modo claro».

El estilo en los escritos: Los escritos deben ser sencillos, directos, de idioma propio y correcto.

Presentación del escrito: Se deberá efectuar en la entidad obligada a recibir los reclamos. El artículo 117° de la Ley N° 27444 establece que cada entidad tiene su unidad general de recepción documental, trámite documentario o mesa de partes, salvo cuando la entidad brinde servicios en varios inmuebles ubicados en zonas distintas, en cuyo caso corresponde abrir en cada local registros auxiliares al principal, al cual reportan todo registro que realicen.

Tales unidades están encargadas de llevar un registro del ingreso de los escritos que sean presentados y la salida de aquellos documentos emitidos por la entidad dirigidos a otros órganos administrados. Para el efecto, expiden el cargo, practican los asientos respectivos respetando su orden de ingreso o salida, indicando su número de ingreso, naturaleza, fecha, remitente y destinatario. Concluido el registro, los escritos o resoluciones deben ser cursados el mismo día a sus destinatarios.

Dichas unidades tenderán a administrar su información en soporte informático, cautelando su integración a un sistema único de trámite documentado.

[1207] GORDILLO, Agustín. *Procedimientos y Recursos Administrativos*. Buenos Aires: Jorge Alvarez, 1964, pp. 226-228.

También a través de dichas unidades los administrados podrán realizar todas las gestiones pertinentes a sus procedimientos y obtener la información que requiera con dicha finalidad.

Medidas precautorias, cautelares o provisionales: Son actuaciones preventivas administrativas que sirven para asegurar los objetivos finales del proceso administrativo.

La ley del Procedimiento Administrativo General[1208] señala que «iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesgara la eficacia de la resolución a emitir.

Las Medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya vencido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de su resolución que pone fin al procedimiento.

No se podrán dictar medidas que puedan causar perjuicio de imposible reparación a los administrados.

Acumulación: Cuando las peticiones o solicitudes de asuntos que requieran de la misma decisión, guardando conexión entre ellas, se pueden reunir en un solo expediente para guardar coherencia y celeridad en el procedimiento. La ley[1209] dispone que la autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecurrible la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.

El Recurso administrativo: Es aquel que se presenta cuando se impugna una resolución desfavorable para quien la solicita.

Según la Ley de Procedimientos Administrativos, estos recursos son los de reconsideración, apelación y revisión. Los cuales por el mismo texto legal son definidos de la siguiente manera:

Recurso de reconsideración: Se interpone ante el mismo órgano que dictó la primera resolución impugnada debiendo sustentarse con una prueba instrumental nueva. Este recurso es opcional y el no interponerlo no impide interponer recurso de apelación.

Recurso de apelación: Se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió la resolución para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

[1208] *Ley del Procedimiento Administrativo General.* Ley N° 27444 de fecha 11/04/2001.
[1209] *Ibidem.*

Recurso de revisión: que se interpone ante una tercera si las dos instancias anteriores fueron resueltas por autoridades que no son de competencia nacional.

Todos los recursos deben interponerse en el término de quince días útiles, debiendo ser resueltos en un plazo máximo de treinta días. Se deberán ejercitar de manera sucesiva pero no de manera simultánea.

El escrito de interposición del recurso deberá contener:

- Funcionario o dependencia a quienes se dirige
- Nombre y domicilio del recurrente
- El acto del que se recurre y la razón de su impugnación
- Lugar fecha y firma
- Firma del letrado en los lugares en que la defensa sea cautiva
- Los demás exigidos en su caso por disposiciones especiales.

2.7.3.6. Características Fundamentales del Procedimiento Administrativo

La mayoría de los tratadistas coinciden en que las siguientes son las características principales del proceso administrativo:

- Su gratuidad: No existe arancel judicial, ni tasas judiciales, exceptuando las expresamente previstas por ley.
- Es Escrito: El pedido o reclamo debe señalarse en documento escrito, respetando las formalidades de buena presentación.
- No se necesita de la intervención de un abogado, salvo en casos en los que se quiera presentar algún recurso o cuando la defensa sea cautiva.
- Se debe investigar sobre la veracidad de los hechos ocurridos para llegar al fondo y/o intención de lo ocurrido. No es necesario probar los hechos que son notoriamente públicos.
- La iniciativa puede ser de parte o de oficio.
- Por su parte, el impulso procesal deberá ser de oficio.
- De carácter tuitivo porque protege y orienta al administrado.
- Cuando hay pronunciamiento de la autoridad administrativa, estamos hablando de cosa resuelta o decidida. En el ámbito administrativo no existe cosa juzgada ya que luego de agotar las instancias administrativas se puede impugnar la resolución ante el Poder Judicial.
- Las pruebas pueden ser instrumentales, periciales o de inspección.
- Los expedientes deben estar a disposición de los interesados, excepto en casos de seguridad nacional.

- El administrado puede recurrir, por lo menos, a dos instancias administrativas antes de acudir a la vía judicial.
- Sus principios velan por la simplificación, celeridad, eficacia, objetividad y sencillez de los trámites.
- Siempre prevalece el interés público sobre el particular.
- La responsabilidad de los funcionarios que intervienen en el procedimiento es administrativa y personal.
- Debe respetarse el orden jerárquico sin demora de trámites para evitar sanciones y nulidades.
- Debe procurarse en todo momento la economía procesal, salvo para el caso de los trámites, documentos o actos administrativos que lo requieran.
- En todas las instancias administrativas existe el derecho de defensa, bajo responsabilidad y pena de nulidad.

2.7.3.7. Elementos del Proceso Administrativo

La doctrina está de acuerdo en que los elementos del proceso administrativo son los siguientes:

Jurisdicción y Competencia:

Para Patrón Faura y Patrón Bedoya[1210] la jurisdicción es: «la facultad o investidura legal que tiene una autoridad para juzgar y resolver un caso, un reclamo o un litigio; es atribución fundamental del Poder Judicial, pero otros organismos del Estado, en determinadas circunstancias también pueden administrar justicia dentro de ciertas limitaciones».

Fortunato Sánchez Ramírez[1211] describe a la Jurisdicción administrativa como: «la potestad que reside en la Administración Pública, o en los Funcionarios o cuerpos que representan al Poder Ejecutivo, quienes deciden sobre las reclamaciones que dan ocasión a los Actos Administrativos».

Los elementos de la jurisdicción administrativa son los siguientes:

- Debe existir conflicto entre persona natural o jurídica y el Estado
- Debe existir un interés personal o patrimonial
- Debe haber intervención directa del órgano competente con facultades para juzgar
- Se debe aplicar fundamentar y accionar las normas legales pertinentes.

La competencia se debe encontrar dirigida por funcionario o entidad administrativa, según sea el caso, y éste debe intervenir o resolver en determinada situación o reclamo.

1210 PATRÓN FAURA y PATRÓN BEDOYA (1996). *Op. cit.*, p. 382.

1211 SÁNCHEZ RAMÍREZ, Fortunato. *Diccionario de la Administración Pública.* Lima, 1990.

En este sentido la competencia puede ser: jerárquica o de grado, que es la categoría de cada funcionario para conocer de un asunto o reclamo. Territorial, que es el espacio geográfico donde se ejercen responsabilidades de funcionarios. Funcional, que responde a la naturaleza o cargo de la función que corresponde.

El tiempo jurídico - administrativo:

Es lo que debe durar un hecho administrativo. En el proceso administrativo peruano se toman en cuenta para efectos de cómputo de plazos los días hábiles, dichos plazos deben respetarse por estar establecidos por ley.

Los plazos pueden ser: prorrogables o simples, perentorios o improrrogables, y suspensivos o definitivos.

Silencio administrativo:

Para Patrón Faura y Patrón Bedoya, el silencio administrativo es: «da paralización, demora o interrupción ocurrida en un proceso administrativo»[1212].

Este silencio administrativo puede ser:

- Negativo, cuando transcurre el plazo establecido por ley, no habiéndose expedido resolución alguna, el interesado estará habilitado para denunciar la demora ante el funcionario competente, y si este funcionario no se pronuncia dentro del plazo establecido, entonces se considerará denegada la petición o reclamo.
- Positivo, cuando se considera como tácita la aprobación del pedido o reclamo formulado.

Luego de haber tratado con detalle el Proceso Administrativo, procederemos a realizar el análisis exegético de los artículos que regulan el procedimiento administrativo en los casos de defensa de la libre competencia frente al INDECOPI.

2.7.4. Del procedimiento

2.7.4.1. La Investigación

Artículo 15.- La investigación será iniciada por la Secretaría de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Si la Secretaría estima que existen indicios razonables de violación de la presente Ley, notifica al presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley.

La ley establece que el procedimiento ante la Comisión podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio.

Corresponde a la Secretaría iniciar la investigación, en cualquiera de los casos señalados, ejerciendo las atribuciones referidas anteriormente.

[1212] MENA COELLO (s/f). *Op. cit.*, p. 96.

Para iniciar el procedimiento a pedido de parte se debe presentar una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos señalados en el TUPA del Indecopi.

Cuando el procedimiento se origina de oficio es por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, previa aprobación de la Comisión cuando la Secretaría cree que existen razones suficientes de violación de la ley.

La Secretaría deberá notificar al presunto responsable de violación de la ley, si es que considera que existen indicios razonables que configuren una práctica monopólica, abuso de posición de dominio o práctica restrictiva de la libre competencia a los que se refieren los artículos 1° al 6° del D. Leg. 701. En esta notificación se deberán enumerar los hechos que supuestamente infringen la ley. En caso no se hiciera el procedimiento estará viciado de nulidad insalvable.

Posteriormente se llevará a cabo la notificación del presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringe.

La autoridad inicia la investigación si considera que existen indicios razonables, ¿qué entendemos por indicio?

Según la Real Academia Española:

«Del latín *indicium*. Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido(...). Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa(...) indicios vehementes: aquellos que valen a prueba semiplena»[1213].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* lo define como:

«Signo u otra cosa que permite presumir algo con fundamento. Primera manifestación de algo. Circunstancia que da a un hecho un carácter de verosimilitud»[1214].

Por su parte, Flores Polo comenta el término desde un punto de vista jurídico:

«En términos generales, significa presunción. Procesalmente puede definirse, en sentido amplio, como medio probatorio(...). El término tiene vasta aplicación en el Derecho Penal, identificándose con todos aquellos hechos, circunstancias, antecedentes que abren el camino para investigar un delito y que pueden servir de sustento para un razonamiento o conclusión, pero sin que tengan carácter determinante (prueba semiplena)(...). En el Perú el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la prueba indiciaria es materia de todo un estudio aparte...»[1215].

Cabanellas, por su parte, señala:

«Acción o señal que da a conocer lo oculto. Conjetura derivada de las circunstancias de un hecho. Sospecha que algo conocido permite sobre aquello otro hasta entonces dudoso o desconocido. Rastro, vestigio, huella(...). El término de indicio se ha equiparado a los de circunstancias y presunciones. El primero se refiere mas bien a la cosa que sirve de signo; el segundo, al hecho en que se basa la injerencia; y el tercero, a la relación lógica entre ambos.

1213 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1158.

1214 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 552.

1215 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, pp. 78-79.

Su sinonimia con las presunciones debe rechazarse; puesto que ésas, dentro de una correcta terminología, dispensan más o menos completamente de prueba, mientras los indicios tratan de suplir sutilmente lo que se niega o no se ofrece fácil(...). Los indicios se basan sobre hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan, mediante el razonamiento y la inferencia, de establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema. La inferencia le da a esta prueba carácter indirecto; pero el basarse en el estudio de los hechos le concede la enorme fuerza de los objetivos(...). Todo lo existente puede servir de indicio(...). La variedad, la precisión y el número conceden valor progresivo a los indicios, en la labor de interpretación, reservada al juez, aunque pueda ser objeto asimismo de los informes acusatorios y de la defensa. A los indicios materiales han de sumarse los morales, la capacidad o probabilidad de que una persona haya cometido el hecho investigado. Ellero ha formulado una clasificación técnica de los indicios, agrupados así: 1° de capacidad moral o inclinación al delito; 2° del móvil, condición de todo delito y diferente en cada uno; 3° oportunidad, ya personal (conocimiento y poder), ya material o real (presencia en el lugar, posesión de armas); 4° de rastros materiales, sean del autor o de la víctima (huellas, impresiones digitales, objetos llevados o abandonados); 5° las manifestaciones anteriores al delito (amenazas o instrucciones); 6° manifestaciones posteriores al hecho (declaraciones falsas, retorno al lugar del hecho, fuga, destrucción de vestigios, transacción con la víctima, soborno de testigos, gastos excesivos)(...). Entendiendo los indicios como las circunstancias o antecedentes, que por relación con el delito que se investiga, pueden fundar razonablemente una opinión sobre la existencia de hechos determinados; llevando las precauciones muy lejos, aunque al servicio de la investigación, y saliendo al paso de las argucias de delincuentes e inescrupulosos patrocinadores, no siempre los jueces siguen literalmente las normas establecidas para aceptar los indicios como pruebas: 1° que el cuerpo del delito conste de manera directa e inmediata; 2° que los indicios sean varios, cuando menos, anteriores al hecho y concomitantes con él; 3° que se relacionen con el hecho primordial que se investiga; 4° que no sean equívocos; que sean directos, de modo que conduzcan lógicamente al hecho de que se trate; 6° que sean concordantes; 7° que se funden en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones e indicios»[1216].

A este respecto la *Enciclopedia Jurídica Omeba* comenta:

«Signo o señal, rastro o huella. Los griegos denominaban *tecmaria* y *semeía* a estas señales, según que fueran necesarias o no necesarias. Los indicios pertenecen al tipo de las pruebas extrínsecas; porque el vestido ensangrentado, las voces que se oyeron, los cardenales y otras señales semejantes, son otros tantos instrumentos como las escrituras, la pública voz y fama, y los testigos. Los indicios necesarios son aquellos que no pueden faltar. Esto sucede cuando, en vista de los indicios, forzosamente, o sucede la cosa o ha sucedido, o por el contrario, no podría haberse hecho y entonces no hay otra cuestión. Otros indicios son dudosos o probables; y dado el caso de que por sí solos no hacen argumentos, unidas a lo demás conforman la cosa(...). No se ha logrado hasta ahora, con relación a los indicios, una denominación bien precisa. Los civilistas hablan con preferencia de presunciones (de hecho o del hombre de derecho, y de derecho y por derecho); los criminalistas, hablan de indicios; y los juristas ingleses o americanos, de circunstancias, que es el término más genérico. De aquí los nombres de prueba por presunciones o presuntiva; o de prueba indiciaria, —término reciente; o también el de prueba circunstancial—, expresión inglesa. Toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades, es un indicio. Debe notarse que el concepto de indicio se extiende a todo cuanto no entra en las restantes pruebas. Bien puede decirse que sólo media una distinción de puntos de vista, en relación con el mismo objeto, cuando se

[1216] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 390.

habla de indicios, presunciones y circunstancias: uno expresa mas bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (circunstancia); y en fin, el otro la relación lógica (presunción). Sin embargo, jurídicamente hablando, la presunción, es un concepto reservado para los casos en que existe dispensa de prueba(...). Ninguna prueba es multiforme como la de indicios, en razón de la extrema variedad de estos. Todo hecho que guarde relación con otro puede ser llamado indicio o circunstancia, dice Benthan. Cualquier acontecimiento, y toda cosa puede convertirse en indicio de otra, en razón y en la medida de sus relaciones con ésta última: existen tantos indicios como casos. No obstante, se han intentado diversas clasificaciones de indicios: 1) Según la fuerza probatoria, los indicios son manifiestos, próximos o remotos; manifiesto es el indicio que guarda con el hecho sujeto a prueba una relación directa y necesaria(...). Indicio próximo revela una conexión directa pero no necesaria. Indicio remoto es aquel vinculado por una causa contingente(...). Estas distinciones conservan aún su interés, porque la fuerza probatoria de un indicio proviene esencialmente de la relación entre el hecho y el delito, y es anexo al que se trata de determinar en cada caso; 2) Teniendo en cuenta su extensión, los indicios son comunes o generales y propios o especiales, según se refieren a cualquier especie de delito o uno en particular... 3) Desde el punto de vista cronológico los indicios se distinguen en antecedentes, concomitantes y subsiguientes...»[1217].

Nos referiremos doctrinalmente al concepto de prueba indiciaria más adelante cuando tratemos el tema de la prueba.

Respecto de la «notificación» tenemos de acuerdo al *Diccionario Enciclopédico Larousse* que es:

«Acción y efecto de notificar. Documento en que se notifica o se hace constar algo(...). Acto por el que se pone en conocimiento de la persona interesada, observando las formas legales, una resolución o acto que le concierne»[1218].

En términos jurídicos, Flores Polo dice:

«En términos generales y dentro de su acepción especialmente procesal, dícese de la acción y efecto de hacer saber o comunicar a la parte interesada o al tercero, dentro de un procedimiento de cualquier naturaleza, o a sus representantes o abogados, una resolución o cualquier otro acto procesal, y el documento que la contiene. Las notificaciones se fundamentan en el principio de publicidad, garantía básica de los procesos...»[1219].

Por su parte, Cabanellas señala:

«Acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en un trámite o en un asunto judicial. Documento en que consta tal comunicación, y donde deben figurar las firmas de las partes o de sus representantes. Comunicación de lo resuelto por una autoridad de cualquier índole. Noticia de una actitud o requerimiento particular que se transmite notarialmente...»[1220].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* lo define:

[1217] OMEBA (1980). *Op. cit.*, pp. 487-488.

[1218] LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 716.

[1219] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 227.

[1220] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 574.

«La notificación es el acto jurídico mediante el cual se comunica de una manera auténtica a una persona determinada o a un grupo de personas la resolución judicial o administrativa de una autoridad, con todas las formalidades preceptuadas por la ley(...). Una providencia o resolución judicial o administrativa es procesalmente inexistente mientras no se la ponga en conocimiento de las partes interesadas. Cuando se produce esa notificación legal, comienzan a correr los términos para deducir contra la resolución que le dio nacimiento, todas las defensas contestaciones, excepciones o recursos legales a fin de que se la modifique o que se la deje sin efecto si parte contraria así lo estimase(...). Pero las notificaciones no sólo van dirigidas a las partes, sino que también es muy frecuente que la intervención de terceros, como en el caso de los subinquilinos en el juicio de desalojo, o cuando se traba embargo sobre bienes de terceros, etc.(...). Donde adquiere mayor importancia la notificación es en el procedimiento escrito, ya que toda providencia deberá ser notificada, salvo casos muy especiales...»[1221].

Artículo 16.- El denunciado podrá contestar los cargos en un plazo de quince (15) días, ofreciendo las pruebas correspondientes. Durante este período, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes.

El término probatorio es de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación. Los gastos de actuación de las pruebas son de cargo de las partes que las ofrecen, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 23°.

El denunciado, sea persona natural o jurídica, o quien ejerza la representación de la empresa, institución o entidad podrá contestar los cargos en un plazo de quince días, ofreciendo las pruebas correspondientes.

Durante este período, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes.

El término probatorio es de treinta días contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación. Los gastos de actuación de las pruebas son de cargo de las partes que las ofrecen, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 23 de la ley, esto es, sin perjuicio de las multas que se pudieran imponer, en caso de comprobarse los hechos denunciados.

Luego de concluida la etapa probatoria queda expedita la acción para que la Secretaría emita opinión sobre lo actuado, debiendo sugerir la sanción que se aplica al infractor, según se trate de falta leve, grave o muy grave. La Secretaría presenta luego el caso para que se emita decisión de primera instancia, al nivel de la Comisión la cual procederá a pronunciarse en un plazo no mayor de cinco días.

El órgano encargado de resolver en primera instancia es la Comisión de Libre Competencia. Para estos efectos la Comisión deberá contar con opinión expedida por la Secretaría Técnica.

Si el denunciado contesta la acción, debe ofrecer sus pruebas de descargo, en 15 días útiles[1222].

[1221] OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 396.

[1222] MENA COELLO (s/f). *Op. cit.*, p. 97.

Una vez realizada la contestación se inicia la etapa de actuación de pruebas. En esta etapa se actúan: las ofrecidas por el denunciado; las ofrecidas por terceros que se hubieran apersonado al proceso por tener interés legítimo y las que pudieran ordenarse de oficio.

La Comisión considera que los ilícitos contra la competencia son conductas que mayormente se prueban mediante prueba indiciaria, y aplica, por ello, supletoriamente el art. 276 del Código Procesal Civil que dice: «Indicio: El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia».

Con referencia a lo que se entiende por prueba en el ámbito administrativo tenemos que la doctrina asegura que la noción de la prueba cumple un rol fundamental en todos los procedimientos legales.

Juan Carlos Morón describe la prueba como: «un elemento fundamental que busca propiciar certeza a la gestión administrativa, ya que resulta evidente que cuando la Administración Pública está fundamentada en hechos verdaderos, los administrados se encuentran mejor protegidos contra una actividad ligera o irresponsable»[1223].

El procedimiento tiene que basarse en hechos y éstos necesariamente tienen que verificarse a fin que la Administración pueda resolver en forma pertinente y justa sobre lo que el administrado está reclamando.

Así pues el derecho administrativo se basa en pruebas. Su evaluación debe recoger lo actuado en autos, pues por medio de su actuación deben desaparecerse los vacíos y omisiones.

Guerra Cruz entiende la prueba como: «la actividad procedimental desarrollada con el objeto de obtener la verdad material sobre hechos que se discuten en el procedimiento y conseguir la convicción del órgano decisor y finalizar con una resolución favorable a la pretensión planteada»[1224].

Este autor agrega que: «es diferente que la pretensión provenga del sujeto privado o en relaciones de sujeción especial o de la Administración Pública, como en los casos de los procedimientos disciplinarios, sancionadores y de carga»[1225].

La carga de la prueba depende de donde provenga la pretensión, es decir, de oficio o de parte. Normalmente corresponde a la parte probar, aun en aquellos casos en los cuales la administración formula reparos o plantea una inspección. Sin embargo, es la parte bajo investigación la que deberá defenderse destruyendo la hipótesis del funcionario público, sea este gobierno local, Sunat o Indecopi.

[1223] MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 233.

[1224] GUERRA CRUZ (s/f). *Op. cit.*, p. 206.

[1225] *Ibidem*, p. 206.

2.7.4.2. La prueba

Iniciativa Probatoria:

Cuando se inicia un proceso administrativo, la parte accionante debe junto con su recurso o reclamo, presentar pruebas del hecho acontecido. La Administración necesita averiguar y comprobar los hechos expuestos para poder pronunciarse sobre estos con certeza dado que está involucrado el interés público.

Existe obligación de oficialidad en todos los hechos, ya sean iniciados de oficio o de parte.

En ciertos casos los particulares tienen interés en demostrar que los argumentos expuestos son reales sustentándolos en hechos que no existen.

Con respecto a la iniciativa probatoria, Morón Urbina dice: «Oficialmente la indagación de los hechos es una tarea exclusiva de la Administración. Sin embargo, la doctrina liberal ha influenciado para que durante la sustanciación de los procedimientos de parte, tratándose de pruebas documentales, se limite esa oficialidad, mediante la voluntariedad de los administrados. Aunque el interesado puede participar en la indagación de los hechos, la Administración no puede forzarle al cumplimiento de ese deber más allá de la documentación exigida expresamente para admitir la solicitud a trámite. Luego de iniciado, mucho dependerá del mayor o menor interés del administrado en la decisión del procedimiento. Si el particular deseara obtener un acto declarativo de sus derechos, normalmente colaborará con la Administración aportando sus pruebas. Por el contrario, si la administración prepara un gravamen para el administrado, difícilmente prestará la colaboración necesaria»[1226].

El Texto Único Ordenado de Procedimientos administrativos establece como facultativo el aporte de la prueba de los peticionarios o reclamantes, disponiendo que los interesados están facultados para facilitar a las entidades de la Administración pública los informes y otros documentos vinculados a sus peticiones o reclamos que estimen necesarios para obtener el pronunciamiento correspondiente.

Objeto de la Prueba:

En términos generales los hechos administrativos que son objeto de prueba son los siguientes:

- Aquellos que no se tengan por ciertos cuando son alegados por los interesados
- Aquellos que la naturaleza del procedimiento lo exija.

En caso que la Administración tenga por cierto los hechos expresados por los interesados, no será necesaria la actuación probatoria.

Juan Carlos Morón[1227] nos dice: «que no sólo se trata de probar la existencia de determinados hechos, por cuanto sobre ellos puede existir acuerdo, sino también puede producirse prueba sobre sus resultados, alcances o consecuencias. Aún cuando exista concordancia sobre los hechos entre los sujetos de la relación procedimental, puede ser

[1226] MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 235.

[1227] *Ibidem.*

necesario actuar evidencia para demostrar su errónea apreciación pese a ser conocidos y admitidos uniformemente».

El principio de veracidad tiene especial importancia en el objeto de la prueba ya que la Administración debe sujetarse en principio por los hechos argumentados por los interesados. La administración, inmotivadamente no puede desconocer los hechos protegidos por la presunción de veracidad.

Ahora, en el caso de existir contradicciones entre lo dicho por el administrado y la administración, se origina una desvirtuación en el principio de veracidad.

Carga de la Prueba:

En principio la carga de la prueba recae sobre al interesado que informa o reclama un hecho o determinada situación.

Sobre este punto Guerra Cruz[1228] considera que: «se traducen en el procedimiento administrativo aquellos principios de *actori incumbit probatio*, como que a quien se le atribuye un cargo tendrá que interponer sus medios de defensa y ha de probar las bases de éstos —*reus in excipiendo fit actor*—.

Para Juan Carlos Morón: «la Administración actúa permanentemente en la búsqueda de la verdad material en todos sus órdenes. Por eso sobre ella recae el deber de practicar todas las diligencias probatorias que le produzcan conocimiento y convencimiento de esa certeza, sin detenerse a analizar si los hechos materia de probanza motiven una decisión favorable o adversa a la Administración o a terceros»[1229].

La Administración tiene la obligación de verificar y probar los hechos alegados o que se utilizan como base de la resolución del procedimiento; además tiene la obligación de realizar la prueba cuando el procedimiento lo requiera.

Por último, este autor concluye señalando que: «en todos los casos rige como principio que la prueba está a cargo del pretensor. No del pretensor de la obligación final, sino de quien pretenda el reconocimiento del hecho invocado para fundar la resolución[1230].

Momento Probatorio:

La teoría del proceso diferencia cuatro momentos probatorios: ofrecimiento, admisión, actuación y valoración. Pero en el procedimiento administrativo no existe una delimitación tan precisa.

En este caso, Pirán[1231] indica que: «sólo limitan la aplicación del informalismo en materia probatoria, la regular marcha de la Administración y los derechos de los demás administrados interesados en el objeto de la prueba. En efecto, la admisión de la informalidad

---

1228 GUERRA CRUZ (s/f). *Op. cit.*

1229 MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 238.

1230 *Ibidem*, p. 239.

1231 PIRAN, Carlos José. *La prueba en el ámbito de la administración.* Montevideo: Fundación Cultura Universitaria, 1973, p. 43.

en materia de prueba debe ser armonizada con el criterio de razonabilidad e interés público. No siempre puede admitirse una prueba presentada fuera de su oportunidad, sobre todo cuando ello implique un mecanismo dilatorio».

Por el contrario Valdez Calle considera que: «en cuanto a la oportunidad de la actuación de la prueba, opinamos que ella puede ser ofrecida y actuada en cualquier instancia del proceso, máxime si se trata de prueba instrumental, pues no existe disposición que limite la estación de prueba a sólo determinada instancia. Por lo demás, es de advertir que como la finalidad del proceso es la de esclarecer, mal puede la administración limitar por propia decisión la etapa de prueba[1232]».

Por último cabe señalar que aunque en un procedimiento la autoridad no realice una expresa apertura a prueba, ello no implica que los interesados no puedan presentar los medios probatorios que consideren necesarios. Por el contrario tienen todas la facultades para hacerlo.

Plazo Probatorio:
La normatividad establece un plazo para el momento del ofrecimiento de las pruebas y otro plazo para el momento de la actuación de la prueba.

El periodo probatorio por lo general se aprueba de oficio, pero en casos especiales puede hacerse a pedido de parte de acuerdo a los hechos que se discutan.

Decisión sobre la prueba:

La administración decide sobre el rechazo o la admisión de los medios probatorios propuestos por el administrado, además de la apertura de la prueba.

Para la garantía del debido proceso la administración debe disponer la actuación de los medios probatorios admisibles legalmente siempre. Que tengan relación con los hechos alegados y sirvan para su aclaración.

Juan Carlos Morón propone tres situaciones en las que se puede fundar la negativa de un medio probatorio:

- Cuando el medio de prueba no sirve para decidir el asunto
- Cuando el medio de prueba esta prohibído expresamente por ley o resulta imposible de actuar
- Cuando no se refiere a los hechos materia de probanza

Actuación de la Prueba:

Morón Urbina[1233] define la actuación probatoria como: «el conjunto de actos realizados para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción producidos por los medios probatorios sobre los hechos investigados».

[1232] VALDEZ CALLE, Antonio. *Comentario a las Normas Generales de Procedimientos Administrativos*. Lima: 1969, p. 74.
[1233] MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*, p. 242.

En este sentido, la actuación de la prueba queda a cargo de la Administración a través de sus órganos y dependencias públicas.

Medios de Prueba:

Administrativamente pueden admitirse cuanto medio de prueba sea necesario que sirva como evidencia útil para mejor resolver. Sin embargo el proceso administrativo ordinario no admite medios probatorios que se consideran válidos en los procesos civiles, como son: la declaración de parte, declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial. En el proceso administrativo se admiten exclusivamente las pruebas instrumentales, la prueba pericial y la inspección ocular.

Morón Urbina afirma que, además de las pruebas establecidas para los procedimientos administrativos, la ley indirectamente admite la posibilidad de actuar la prueba testimonial solo en aquellos casos en los cuales el funcionario haya participado como testigo en el mismo proceso. En este supuesto éste deberá abstenerse en el conocimiento de la causa.

Prueba instrumental:

Guerra Cruz[1234] refiere que: «la norma no hace diferencia entre documentos públicos o privados. Es más, pueden actuarse copias simples de los mismos, según lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley Nacional General de Procedimientos Administrativos. Lo importante es que los documentos hagan fe sobre sí mismos y sobre los hechos a los que se refieren y se comprometen en el procedimiento. No se conoce en el procedimiento común las actuaciones de reconocimiento de documentos, simplemente porque esto es un asunto judicial.

A través de la prueba instrumental los administrados pueden ofrecer toda clase de documentos (públicos o privados).

Por el Procedimiento de Simplificación se pueden presentar como medios probatorios en documentos no originales, los siguientes:

- Los documentos generados para una finalidad diferente al procedimiento en el cual se presenten copias simples en vez de documentos oficiales y de formatos originales, salvo que sean gratuitos y disponibles
- Documentos de aceptación obligatoria, como copias simples de escrituras públicas
- Copias autenticadas o certificadas en sustitución de documentos originales
- Instrumentos privados en sustitución de instrumentos públicos.

[1234] GUERRA CRUZ (s/f). *Op. cit.*, p. 208.

Prueba Pericial:

Para Guerra Cruz[1235] la pericia es: «la actuación procedimental practicada por un experto o personas, con conocimientos especializados y acreditadas según las normas específicas, las cuales realizan un estudio sobre el asunto en pericia y emiten su opinión, de acuerdo a los principios y prácticas generalmente aceptados en la especialidad de la que se trate».

Por otro lado, Morón Urbina[1236] describe la prueba pericial como: «aquella impuesta por la naturaleza particular de los hechos que requieren probanza, cuya exacta apreciación requiera de conocimientos especiales de naturaleza técnica».

Queda a cargo de las partes designar los peritos que deberán pronunciarse sobre el tema específico.

La Inspección Ocular:

Existen hechos que requieren de la apreciación personal del Administrador, hechos que no pueden comprobarse fuera de las instalaciones del administrado. En estos casos procede la inspección ocular, donde el instructor hace comprobaciones visuales de los hechos alegados.

Guerra Cruz describe la inspección como: «la prueba practicada por el Director o Instructor del procedimiento en el área y ambiente que se hubiera señalado. Es decir, es la apreciación personal y directa que realiza el funcionario, trasladándose al lugar de los hechos para realizar una constatación inmediata que hará constar en una acta, en la que se reproducirán las descripciones, circunstancias y dichos de los sujetos que participan en la actuación».

Luego de señalar los tres tipos de prueba que expresamente se señala en la ley, consideramos necesario agregar algunas que indirectamente se utilizan en los procedimientos.

Declaraciones Juradas:

Son frecuentemente empleadas en la legislación nacional. Sirven para evidenciar circunstancias personales de los declarantes en relación con sus intereses frente a la Administración Pública.

Morón Urbina define a la declaración jurada como: «la manifestación escrita y personal que realizan los administrados, servidores y autoridades de la Administración Pública sobre determinados hechos o aspectos relevantes de su condición individual (bienes y rentas, cumplimiento de requisitos, determinación tributaria, inexistencia de incompatibilidades, etc.) bajo compromiso de decir la verdad y comprometiendo su responsabilidad por su dicho, en caso de eventual falsedad»[1237].

[1235] *Ibidem.*

[1236] MORÓN URBINA (s/f). *Op. cit.*

[1237] *Ibidem*, p. 247.

Prueba testimonial:

Esta prueba no tiene lugar fuera de los procedimientos administrativos disciplinarios y de investigación.

Se utiliza como medio de parte. No se puede obligar a declarar ante la Administración.

En caso de los servidores públicos, se les puede requerir para prestar declaración siempre que esta declaración sirva para el mejor desarrollo del proceso.

Confesión:

Morón Urbina[1238] considera que: «aún cuando ninguna norma general la establece, resulta impuesta por la naturaleza de los procedimientos administrativos internos de sustancia investigadora, como son el disciplinario y el control fiscal. Este empleo excepcional halla su fundamento en el resguardo del derecho de defensa de los administrados, por el que resulta valorativamente indispensable recoger las expresiones de los funcionarios cuya conducta es precisamente objeto de investigación».

Valoración de la Prueba:

En los procedimientos administrativos no existen reglas específicas para la valoración y apreciación de la prueba. En consecuencia el instructor debe evaluar las pruebas siguiendo las reglas de apreciación conjunta.

Con referencia a la valoración de la prueba indiciaria a la que se refiere el artículo 16 del D. Leg. 701, Florencio Mixán entiende por prueba indiciaria «una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta. En esta particular actividad cognoscitiva una de las premisas es o una regla de experiencia, o una regla técnico-científica o una ley natural o social; la otra premisa es el juicio que expresa el significado del dato indiciario que sirve de punto de partida; y, la conclusión llamada aún por algunos: presunción de hombre o de juez es el juicio inferido que contiene el significado obtenido que, a su vez, conduce hacia el otro hecho, hacia el dato indicado. Este descubrimiento debe ser también conducente el *thema probandum*»[1239].

Este mismo autor señala que «lo específico del argumento probatorio de naturaleza indiciaria consiste en que es eminentemente inferido. Su significado probatorio es el resultado de la correcta aplicación del razonamiento. Una de las premisas debe contener el significado del dato indiciario. Por esta razón, la prueba indiciaria, es también uno de los medios probatorios de carácter indirecto y no representativo, a diferencia de los llamados medios probatorios de carácter histórico (representativo) o típico. El otro dato a descubrir bien puede tener la calidad de causa o la de efecto o la de una circunstancia con respecto al *thema probandum*. Si el dato indicado resultare extraño al tema de prueba será considerado

[1238] *Ibidem*, p. 249.

[1239] MIXAN MASS, Florencio. *Prueba Indiciaria*. Trujillo: Ed. BGL, 1995, pp. 22-23.

como algo inútil y excluido cualitativamente del contexto de los demás medios de prueba acumulados en el proceso»[1240].

En este sentido la prueba indiciara puede generar convicción por sí sola si existen requisitos que le den eficiencia probatoria; en otros podría generar dicha convicción si ésta concurre con los demás medios probatorios; además, puede conducir a un conocimiento probable sobre la prueba, pero si no se aplica con discernimiento puede llevar a incurrir en error.

En este sentido la Corte en su Resolución de fecha 18 de octubre de 1999 señaló lo siguiente. Transcribimos a continuación la totalidad de la sentencia.

> VISTOS; con los acompañados; RESULTA DE AUTOS: Que, a fojas setentiocho, Corporación Molinera Sociedad Anónima, interpone demanda de impugnación de resolución administrativa en contra de INDECOPI, precediendo se declare nula la Resolución cero cuarentiséis guión noventicinco INDECOPI/CLC de fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos noventicinco, así como la Resolución mil ciento cuatro guión noventiséis INDECOPI/TRI emitida por el Tribunal, de fecha veintisiete de junio de mil novecientos noventiséis y notificada el veintiocho del mismo mes, que confirmando la primera, puso fin al procedimiento administrativo, y solicita además se ordene al INDECOPI reponga el trámite administrativo al estado de actuación de medios probatorios; y como petitorio subordinado se declare la invalidez e ineficacia de las resoluciones antes citadas, en cuanto a la recurrente se refieren y como petitorio accesorio, se deje sin efecto la multa impuesta injustamente; como fundamentos de hecho expone: que dichas resoluciones se han dictado en estado de indefensión al habérsele negado la actuación de pruebas, que no se ha analizado la prueba instrumental presentada en autos; que el procedimiento administrativo que origina la presente demanda fue iniciado de oficio, cuya investigación fue reservada; que se les notificó conjuntamente con la Resolución de la Comisión y con el informe técnico que arrojó la investigación que consecuentemente no se pudo verificar la autenticidad de los autos obtenidos por INDECOPI, que no participó en la obtención de las pruebas de cargo; que tampoco fue posible revelar información al asumir el compromiso de confidencialidad, imputándoseles la concertación en base a interpretaciones de documentos elaborados unilateralmente por terceras empresas y actuados sin el consentimiento de la demandante; que siendo así, los indicios calificados por INDECOPI como tal, no son válidos en conjunto, ni individualmente; de otro lado, Corporación Molinera Sociedad Anónima, es una de las empresas más recientes del país, que hasta mil novecientos noventicuatro su producción de harina se vendía bajo licencia obtenida de la marca Fielda, y desde ese mismo año producen harina marca Finna y desde mil novecientos noventicinco marca Mantaro, siendo que su participación en el mercado nacional de harina de trigo fue del cinco por ciento en el año de mil novecientos noventicinco; que a fines del año de mil novecientos noventicuatro se fusionaron dos empresas importantes siendo Consorcio Fabril Pacífico Sociedad Anónima la nueva empresa como resultado de la fusión, la que en febrero de mil novecientos noventicinco aumentó precios y adoptó una nueva política de ventas al por mayor, destacándose que antes de la aludida fusión los precios de la empresa demandante eran superiores a los del promedio del mercado y a los de las empresas fusionadas; que en el mes de abril de mil novecientos noventicinco se produjo un alza sostenida del precio internacional del trigo y por lo tanto subió el precio del producto terminado, la que sumada a otros factores determinó que las empresas modificaran en mayor o menor grado sus precios y criterios de ventas; que el supuesto paralelismo de precios de la actora con la competencia, contrariamente a lo que

1240 *Ibidem*, p. 171.

el informe y la Resolución de la CLC consideran, no existió reducción de precios sino ampliación de los mismos datos que constan en la contabilidad de la actora, que la curva de precios de la Corporación Molinera guarda la misma tendencia que la curva de la cotización internacional del precio del trigo, por tanto no estuvo determinada por concertación alguna sino por aumento del precio de la materia prima; que en el supuesto de criterios uniformes de precio desde marzo de mil novecientos noventicinco de parte de las principales empresas del sector y la supuesta supervisión del acuerdo de concertación de éstas, no se puede considerar a la empresa demandante, la que es comparativamente pequeña y procura mantener o incrementar su mercado mediante políticas individuales de ventas, pero hacen las empresas mayores predominantes; en cuanto al supuesto de la guerra de dichas empresas; el acta de directorio de Industria Teal Sociedad Anónima es una manifestación con afirmaciones indeterminadas y generales, las que han considerado perjudiciales para la empresa demandante; respecto al acta de directorio de Molinera Valencia Sociedad Anónima, indica que en nada puede afectar la circunstancia de que el Gerente de una empresa opine que a raíz del cambio en la propiedad de otra empresa, ha terminado la guerra de precios y que por ello puedan mejorar las perspectivas de la industria; que en cuanto al informe de Molino Italia Sociedad Anónima, la opinión del supervisor es inexacta que conforme a la documentación presentada al INDECOPI se acredita que antes de la supuesta concertación, la empresa demandante no cobraba flete cualquiera que fuese el volumen de ventas, siendo además inverosímil que un supervisor de ventas tuviera conocimiento de la existencia de un supuesto acuerdo de concertación; en cuanto al reporte de Molinera Inca Sociedad Anónima, el hecho de ser empresa investigada y al haber sido mencionada en dicho reporte no implica que tenga que ser culpable siendo también inexacto, que el aumento ya existía y el precio de la harina ya había subido; asimismo, hace mención a los indicios de la dificultad de imaginación y la aplicación de promedios y paralelismo, concluyendo que no hay ningún indicio que los vincule a la alegada concertación que a fojas ciento diez corre el auto admisorio de la demanda de fecha doce de julio de mil novecientos noventiséis, corrido el traslado correspondiente se tienen por ofrecidos los medios probatorios que se indican; que a fojas ciento cincuentidós corre la contestación a la demanda en la que se precisa que la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI abrió una investigación dirigida a determinar si existió o no una concertación de precios entre los fabricantes de harina de trigo en estricta aplicación del Decreto Legislativo setecientos uno, cuya investigación concluyó que existía un acuerdo entre competidores para concertar en perjuicio de los consumidores, siendo concretamente la controversia si Corporación Molinera participó o no de la concertación, que el objeto de la resolución administrativa es cierto, claro, física y jurídicamente posible al haber once empresas determinadas concertando precios contraviniendo el artículo sexto del Decreto Legislativo setecientos uno, interponiéndoles una sanción de multa de cincuenta Unidades Impositivas Tributarias; respecto a los fundamentos expuestos en la demanda, Corporación Molinera tiene una participación en el mercado del cinco por ciento lo que no es poca cosa, cuando se concerta precios, no solo lo hacen las grandes sino también los pequeños o medianos; por que una concertación parcial no es una concertación efectiva; el motivo de concertar no es en sí mismo modificar el precio, sino reducir la competencia entre los precios existentes en el mercado, es decir que los precios de las empresas competidoras sean substancialmente similares o sigan la misma tendencia, de otro lado no existió indefensión, que si es que no citó a la demandante a todas y cada una de las pruebas fue porque muchas de ellas contenían información confidencial, que en cuanto a la falta de pruebas, estas fueron analizadas por el Tribunal, las que no bastaron para desvirtuar los hechos del procedimiento, que el informe técnico no debe ni puede ser modificado antes de que la comisión resuelva, porque este es el resultado de una investigación de oficio; que no se sancionó a Corporación Molinera Sociedad Anónima por el hecho de que subieran sus precios en fechas similares y en la misma proporción, sino porque en el transcurso del procedimiento se comprobó que dicho aumen-

to obedecía a una concertación entre los diferentes competidores; que el indicio madre fue la existencia del paralelismo, encontrándose otros en la investigación, comprobándose la concertación de precios en la que participó la demandante, a fojas doscientos siete corre la resolución de fecha trece de agosto de mil novecientos noventiséis, donde se da por contestada la demanda; a fojas doscientos treintiséis corre audiencia de saneamiento y conciliación llevada a efecto el cuatro de setiembre de mil novecientos noventisiete, señalándose los puntos controvertidos la validez e ineficacia de las resoluciones cero cuarentisiete guión noventicinco INDECOPI/CLC y la mil ciento cuatro guión noventiséis INDECOPI/TRI y como segundo punto de no declararse la nulidad de las resoluciones indicadas en el punto anterior se declare la invalidez e ineficacia de las mismas respecto a la demandante; a fojas doscientos setentidós corre audiencia de pruebas, su fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventisiete, en la que obra las testimoniales de Joselyn Olaechea Flores y de Francisco Echeandía Chiappe, ofrecidas por la demandante, conforme al pliego interrogatorio presentado a fojas doscientos noventiséis corre resolución de fecha diez de noviembre de mil novecientos noventisiete teniéndose por desistido de las pruebas ofrecidas por el demandado en el escrito de contestación a la demanda, en lo que se refiere a las declaraciones de Felipe Tomos Toledo, Leslie Pieros Diez y Castano Gugliotta Milioti, respectivamente, por lo que no habiendo medio probatorio para actuar, dejaron sin efecto el señalamiento de la audiencia de pruebas, y emitido el dictamen por el señor Fiscal, se encuentra la causa expedita para dictar sentencia; y CONSIDERANDO. PRIMERO: Que las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa administrativa, conforme a lo previsto en el artículo ciento cuarentiocho de la Constitución Política del Perú; SEGUNDO: Que el Poder Judicial en ejercicio de la facultad de control jurisdiccional de los actos administrativos, declara su invalidez o ineficacia, según sea el caso, en virtud a lo dispuesto por los artículos quinientos cuarenta y quinientos cuarentidós del Código Procesal Civil; TERCERO: Que asimismo, las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual son materia de impugnación en la vía judicial conforme a lo dispuesto por el artículo diecisiete de la Ley veinticinco mil ochocientos sesentiocho, modificado por el artículo sesenticuatro del Decreto Legislativo ochocientos siete, y en concordancia con lo normado por el artículo treintitrés habiéndose observado el trámite conforme a lo dispuesto por el artículo dieciséis del Decreto Legislativo setecientos uno que si la empresa actora no estuvo conforme con el resultado del informe técnico ni con la resolución pudo haber hecho uso del recurso de reconsideración y así ejercitar su derecho legítimamente presentando nuevas pruebas, sin embargo consintió, lo que demuestra que no se dio el caso de indefensión como argumenta; SÉTIMO: Que de otro lado, alega que las pruebas presentadas no fueron analizadas, al no habérselas tomado en cuenta en las resoluciones materia de impugnación; que sin embargo, el juzgador está facultado a expresar solo las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión, en aplicación a lo normado en el inciso octavo del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Perú concordante con el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil; OCTAVO: Que «concertar» tiene diversos significados como el contratar, pactar, componer, arreglar, ajustar, siendo el más preciso al caso que nos ocupa el de «convenir el precio de algo» (Derecho Usual, Tomo I, página cuatrocientos cuarentiocho), y de otro lado «acordar» consiste en reunirse para determinar el sentido de una cosa (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, página diecinueve). En efecto la concertación de precios implica reducir la competencia entre los precios existentes en el mercado verificándose que los precios de las empresas competidoras sean substancialmente similares o tengan la misma tendencia, llegando a producirse el «paralelismo», comportamiento adoptado por las Empresas involucradas para subir y bajar los precios del producto en el mercado, previo acuerdo y concertación. Como lo anota la empresa actora, puede ser que el simple paralelismo de precios no sea suficiente para afirmar que se «concerte precios», pero en

cambio, este hecho agregado a otros actos comprobados llevan a la convicción que sí hubo concertación, teniendo como únicos perjudicados a los consumidores, a lo que se añade la naturaleza del producto, en el caso de autos, la harina de trigo; NOVENO: Que respecto a la pretensión subordinada, la empresa actora también alega que las resoluciones dictadas por la Comisión y el Tribunal del INDECOPI no se encuentran ajustadas a los hechos y al derecho ante la inexistencia de indicios y que es sobre especulaciones que se decide que la recurrente ha concertado precios en la comercialización de harina de trigo; DÉCIMO: Que la prueba del «indicio», antes propio del derecho penal, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es la sospecha que un hecho conocido permita sobre otro desconocido. Ninguna prueba ofrece tanta variedad como la del indicio, este se basa en hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan mediante el razonamiento y la inferencia de establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema (Diccionario de Derecho Usual Cabanellas, Tomo III, página trescientos sesentiséis). En las primeras fuentes canónicas se confundía los indicios con las presunciones «*argumentum Ad credendun unum factum surgens ex probationes altestus*», argumento para creer un hecho, que surge de la prueba de otro hecho (Manzini, Derecho Procesal Penal, Tomo I y III, página cuatrocientos setenticuatro). Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual, desmereciendo la circunstancia o signo que aunado a otras pruebas adquieren la significación necesaria que conduzca al juez a la certeza del hecho investigado, conforme a lo previsto por el artículo doscientos setentiséis del Código Procesal Civil; DÉCIMO PRIMERO: Que los indicios señalados en las resoluciones impugnadas en base a la investigación de oficio realizada por INDECOPI de fecha veintiuno de noviembre de mil novecientos noventicinco que corre de fojas diecisiete a fojas cincuenta, como es el paralelismo de precios, paralelismo de políticas de descuento, la fusión de dos importantes empresas del sector, la verificación de las actas de la Empresa Teal, las de Molinos Valencia, así como el informe de Molino Italia, y del reporte de Molinera Inca, son hechos que conllevan a establecer que la actora sí participó en la concertación de precios conjuntamente con las demás empresas investigadas y sancionadas; el razonamiento lógico es el que rodea al juzgador y le permite derivar de la prueba indiciaria, la certeza de lo que realmente ocurre; que para la eficacia probatoria de los «indicios» se requiere que estos reúnan ciertos requisitos, como el que no existan «contraindicios» que no puedan descartarse razonablemente, y le resten convicción a los indicios (Teoría General de la Prueba Judicial de Hernando Devis Echeandía, Tomo II, página trescientos dieciséis, trescientos veinticinco). En el caso de autos hay ausencia de contraindicios; DÉCIMO SEGUNDO: Que entre otros argumentos, la empresa demandante señala que siendo su participación en el mercado de la harina de trigo alrededor del cinco por ciento, contaba con la capacidad suficiente como para concertar junto a otras empresas de mayor porcentaje de venas; que tal afirmación no constituye un índice para probar en el caso de autos que la actora concertó o no; se advierte de la investigación primigenia realizada, que entre las empresas sancionadas se encuentran: «Molino El Triunfo», con una participación en el mercado del cuatro por ciento, «Molinera Valencia», sucesores con el uno por ciento, «Molitalia» con el cuatro por ciento, Teal Sociedad Anónima, con el uno por ciento; que los porcentajes anotados, demuestran que no obstante tener igual o menor capacidad que la empresa actora, se comprobó que también concertaron; DÉCIMO TERCERO: Que en la práctica se refleja, que cuando se concerta precios no solo es necesaria la participación de grandes empresas, sino también el de contar con las de mediana y menor capacidad de mercado; por lógica, con sumo cuidado, debe conseguirse que todas o por lo menos una gran mayoría de empresas participen en la concertación, y así se consiga el fin propuesto y los resultados sean los más óptimos. De lo contrario se correría el riesgo de que los que no concertaron vendan a menor precio y obtengan mayor clientela en perjuicio de las empresas que si participaron en la concertación; los consumidores siempre buscan los

costos mínimos, y la concertación elimina ésta opción; DÉCIMO CUARTO: Que el artículo sesentiuno de la Constitución Política del Perú dispone que el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que las restringe y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios; DÉCIMO QUINTO: Que consecuentemente, habiéndose acreditado la responsabilidad de la empresa demandante, la pretensión accesoria para que se deje sin efecto la multa también debe desestimarse; esta ha sido impuesta en mérito a lo actuado y en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo veintitrés del Decreto Legislativo setecientos uno; DÉCIMO SEXTO: Que analizados los autos, por los fundamentos que se exponen, se concluye que la empresa actora ha infringido la norma contenida en el inciso a) del artículo seis del Decreto Legislativo setecientos uno; en consecuencia, la demanda debe declararse infundada al no encontrarse la resolución impugnada incursa en las causales de nulidad prescritas en el artículo cuarentitrés del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto Supremo número cero dos guión noventicuatro guión JUS, que estando a lo normado en la última parte del artículo ciento veintiuno del Código Procesal Civil, y de Conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo, la Sala Civil de la Corte Suprema, declara INFUNDADA la demanda de fojas setentiocho, interpuesta por Corporación Molinera Sociedad Anónima con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI, sobre impugnación de resolución administrativa, con costas y costos, notificándose a las partes archívese el cuaderno por secretaría.

La Comisión y la Secretaría Técnica tienen mayores facultades para realizar las investigaciones, reunir y valorar pruebas.

El D. Leg. 807 ha introducido diversos recursos investigatorios y procesales para facilitar las labores de la Secretaría Técnica y de la Comisión. Entre estos resaltan:

1. Antes de iniciar un proceso, la Secretaría puede realizar indagaciones e investigaciones de oficio o por mérito de una denuncia. Para ello tiene facultades extraordinarias como inmovilizar y retirar del local libros, archivos, documentos, etc.

2. Exonerar de responsabilidad a denunciantes o aportantes de pruebas.

3. Dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte.

Tomando como ejemplo el caso sobre presunta concertación de precios en el caso del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y Callao[1241]; en un informe elaborado por Nelson Ramírez[1242] quien considera que:

«dentro de un procedimiento administrativo la ley no obliga a la secretaría a actuar presumiendo la culpabilidad de los investigadores sino más bien reunir los elementos de juicio para emitir una opinión debidamente fundamentada que puede ser favorable o no. En el caso de los pollos no sucedió así. Las pruebas documentales fueron tomadas fuera de contexto y en muchos casos mutiladas. El Informe Técnico de la Comisión fue desarrollado sin numerar las pruebas, sin brindar a los acusados detalle del momento y lugares donde se encontraron dichos documentos. La opinión del Secretario Técnico debió ser expuesta a la Comisión de Libre Competencia en forma separada, exponiendo su interpretación de las pruebas indi-

[1241] Resolución INDECOPI N° 001-97/INDECOPI-CLC.

[1242] Informe del Estudio Muñiz, Forsyth, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna Victoria Abogados.

ciarias y las pruebas de descargo presentadas por los investigados de tal forma que la percepción de la Secretaría no afectara la imparcialidad de la Comisión al momento de realizar la valoración de las pruebas. Se ignoran reiteradamente la pruebas, contraindicios y declaraciones expresas. La decisión de aplicar la *per se* es uno de los últimos pasos de una investigación, al aplicar esta regla la Secretaría debe demostrar que en los hechos se presentaron restricciones. Entonces, en este caso, la puesta en marcha de los documentos no tuvieron actuación procesal válida, las circunstancias en las que estos fueron elaborados por los industriales no se expone en la Resolución del Tribunal; Indecopi no toma en cuenta que los empresarios que prestaron sus declaraciones en entrevistas e informes orales no eran economistas o abogados quienes manejan términos técnicos. Por ejemplo, en una de las pruebas que son descritas en la Resolución de segunda instancias se reitera la lectura de un documento en forma parcial. En este caso no se logró encontrar pruebas sino sólo indicios de concertación los cuales han sido explicados a lo largo del expediente. Los indicios y las presunciones son argumentos de interpretación de pruebas que sólo el juez puede utilizar. En el Perú no existe norma alguna que permita u otorgue a los funcionarios del Indecopi el ejercicio de estas facultades. Las facultades otorgadas por el D. Leg. 807 para investigar hechos no se aplican en el presente caso por la irretroactividad de la norma. En conclusión, la Ley sólo autoriza a usar determinados medios probatorios, entre los cuales se encuentra el uso de sucedáneos de los medios probatorios. Uno de los indicios más importantes para el Indecopi fue la concentración del mercado; el Indecopi confunde el ejercicio del derecho constitucional de libertad de asociación contenido en la Constitución con una maniobra de concertación; Indecopi violó las reglas del debido proceso: la Comisión reveló ilícitamente la existencia del proceso de fusión (IFA), causando daño al obstaculizar el proceso y suministrar información importante a los competidores y se obtuvo información y documentos privados en forma ilícita e inconstitucional; Indecopi no ha demostrado la existencia de un perjuicio al interés económico general, conforme lo exige el art. 3 del Decreto Legislativo N° 701, la Comisión presumió la existencia de daño haciendo mal uso de la regla *per se* procesal del derecho anglosajón; Indecopi no evaluó todas las pruebas de descargo, ni se ha pronunciado sobre todos los puntos litigiosos; Indecopi ha aplicado las sanciones en forma arbitraria al vincular su criterio de gravedad con el volumen de venta de cada empresa; Indecopi aplicó analógicamente y de forma ilegal la ley penal, pues ha acogido la figura del delito continuado...»

Abanto Vásquez[1243] considera que la creación de la Comisión de Acceso al Mercado permite ahora un mejor control de aquellas actividades de la Administración Pública y de los gobiernos locales y regionales que puedan tener efectos restrictivos de la competencia. Además, esta Comisión está facultada para eliminar barreras burocráticas establecidas por éstos órganos y, en caso de barreras establecidas por normas de mayor jerarquía (decretos supremos o resoluciones ministeriales), la Comisión puede solicitar las medidas necesarias al Consejo de Ministros. Por cierto que esto todavía es insuficiente, pues, tal como lo muestra el modelo chileno, el órgano especializado (sea la Comisión de Libre Competencia o la de Acceso al Mercado) debería tener alguna intervención para la derogación de leyes contrarias a la competencia, y su opinión debería tener alguna intervención para la derogación de leyes contrarias a la competencia, y su opinión debería ser oída en el caso de crear cualquier tipo de monopolios legales, exoneraciones o ámbitos de excepción.

Artículo 17.- Vencido el término probatorio, la Secretaría expide opinión sobre los términos de la denuncia, sugiriendo las sanciones a que haya lugar, y presenta el caso para decisión en primera instancia, a la Comisión, quien se pronuncia en plazo no mayor de (5) días.

[1243] ABANTO VÁSQUEZ (1997). *Op. cit.*, p. 401.

La Secretaría evaluará la situación y puede proponer a la Comisión, en aquellos casos en los cuales el denunciado propone un cese a sus actividades ilícitas, la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso por parte del investigado se reiniciará el procedimiento de oficio o a petición de parte. Asimismo la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento de su compromiso previo.

Cualquier persona dentro de un procedimiento abierto por infracción a la ley, podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal.

El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitieran.

Artículo 18.- Las decisiones de la Comisión son apelables ante el Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración. El Ministro que resuelve la apelación dentro de los treinta (30) días concedido el recurso. Las partes tienen derecho a presentar informes y nuevas pruebas ante el Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración.

Las decisiones de la Comisión son apelables ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El tribunal (Sala de Defensa de la Competencia) resuelve la apelación dentro de los treinta días de concedido el recurso. Las partes tienen derecho a presentar informes escritos y nuevas pruebas ante el Tribunal.

Las resoluciones de este Tribunal pueden ser impugnadas en la vía judicial, en primera instancia, ante la Sala Civil de la Corte Suprema y en apelación de las sentencias que este expida, es decir, en segunda instancia, ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema[1244].

2.7.5. La acción penal

El artículo 19 del D. Leg. 701 fue modificado por el artículo 11 del D. Leg. 807

Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a). b), c), del artículo 5° e incisos a), b), c), d), e), f), g), h), e i) del artículo 6°el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial por infracción del artículo 232° del

[1244] *Ibidem*, p. 398.

Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión.

Lo que se reprime penalmente es el abuso de esta posición, y la participación de las prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios.

En noviembre de 1991 la «Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia», Decreto Ley N° 701. Esta nueva ley redujo las prácticas sancionadas penalmente a determinado número de casos de abuso de poder económico.

El derecho penal ha evolucionado a través de los años, tanto en su enfoque como en su metodología. Actualmente esta rama del derecho no se limita a sancionar delitos contra la persona, la libertad sexual o el patrimonio, sino que respondiendo a la evolución de la sociedad ha tenido que tipificar nuevas conductas antisociales como el fraude empresarial, el fraude tributario y el uso indebido de información empresarial para beneficio propio en los mercados de capitales.

2.7.5.1. El delito penal económico

Esta clase de delitos económicos llamados delitos de cuello blanco, demandan un conocimiento especializado. El derecho penal en su función preventiva persigue desalentar que los agentes económicos incurran en estos supuestos y de hacerlo proporciona con claridad la figura delictiva para que los infractores puedan ser reprimidos y sancionados. El derecho penal se convierte en instrumento de sanción y de defensa del sistema del mercado.

Para saber cuales son los alcances de Derecho penal Económico es necesario esclarecer algunos términos que nos permitan tener una visión más amplia de estos delitos.

Hasta la promulgación del Código Penal de 1991 no existía en nuestro ordenamiento legal ningún cuerpo de leyes orgánico y específico que en materia penal tipificara los delitos económicos.

El Artículo 232 del Código Penal ubicado en el Título IX de «Los Delitos contra el orden Económico» por primera vez tipifica estos delitos de manera sistemática.

Artículo 232.- El que infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 2 y 4.

El bien jurídico protegido es la libre competencia. Este derecho está reconocido Constitucionalmente en el Art. 61 de nuestra Carta Magna. El Estado combate toda práctica que limite o restrinja la libre competencia a través de las conductas del abuso de posición dominante o prácticas restrictivas.

Lo que reprime penalmente la ley es el abuso de esta posición y la participación en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios.

Las prácticas concertadas o colusorias comportan auténticos abusos que atentan contra los intereses de los consumidores. Se exige como premisa básica la existencia de un convenio, decisión o conducta conscientemente paralela, y serán prohibidas si tienen por objeto impedir, falsear o limitar la competencia.

Sin embargo debemos precisar que hasta la fecha no se ha puesto en práctica la sanción penal de estos delitos económicos, en razón que su perseguibilidad depende de facturas ajenas al campo penal, podemos decir que existe una relativa impunidad de conductas cometidas a la luz del ámbito penal.

Para empezar a desarrollar el análisis del delito penal, debemos hacer mención al concepto de Derecho Económico:

Guillermo Cabanellas define Derecho Económico como: «Colección de reglas determinantes de las relaciones jurídicas originadas por la producción, circulación, distribución y consumo de la riqueza. Como partes del mismo se consideran: a) el Derecho Industrial; b) el Derecho Agrario; c) el Derecho del Trabajo o Laboral»[1245].

Por otro lado Novoa Montreal define al Derecho Económico como: «... el conjunto de normas jurídicas de naturaleza pública que restringen, modifican o prohíben determinadas actividades económicas de los particulares a favor del interés general...»[1246].

El Derecho Económico viene a ser aquella rama del derecho que estudia la interrelación del Estado y la Sociedad en las operaciones realizadas por los agentes del mercado. Está compuesto por las normas constitucionales, jurídicas y económicas que regulan estas actividades.

El fundamento del derecho económico es, como lo señalan algunos autores, el concepto de orden público puesto que permite establecer el marco teórico aplicable a este derecho y determinar su ámbito de aplicación.

Hay distintas opiniones sobre cual es el contenido y el ámbito de aplicación del derecho económico.

Así Bajo Fernández, considera que: «...Las distintas posiciones científicas en torno al concepto de Derecho Económico pueden resumirse de la siguiente forma: en primer lugar, la dirección metodológica entiende el Derecho Económico como un nuevo modo más adecuado de analizar jurídicamente la problemática económica actual. En segundo lugar, se encuentran aquellos para los que el Derecho Económico agruparía toda la normativa, el Derecho Público y Derecho Privado, sobre la economía. Una tercera posición, que es la que acepta este autor, dada la inviabilidad de las anteriores, identifica al Derecho económico con el Derecho de la economía dirigida por el Estado...»[1247].

El derecho económico surge como consecuencia de las transformaciones producidas en la sociedad y en la economía del mercado así como en el cambio de una economía intervencionista estatal a una economía liberal de mercado donde el Estado interviene como ente regulador y fiscalizador pero no como el espíritu intervencionista de antes, sino

---

1245 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 131.

1246 MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Económico.* Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1987, p. 122.

1247 *Ibidem*, p. 121.

que solo actúa para proteger, un participante más. El Estado participa para proteger e impedir que se afecte el orden público económico.

El Estado actúa como ente residual estableciendo con precisión y claridad las reglas de juego que deben seguir los agentes económicos en su interacción, y sólo cuando el mercado por si solo no puede corregir dichas situaciones participa corrigiendo las desviaciones, reglamentando nuevas situaciones, sancionando aquellos aportes económicos que adoptan conductas antisociales o anticompetitivas.

Según Manuel Abanto Vásquez: «...una economía de mercado no significa una ausencia total del Estado en el campo económico, tal como predicaba el liberalismo clásico. Si bien se permite, fundamentalmente, un amplio campo de acción a los agentes económicos (productores, distribuidores, consumidores), para que de su accionar resulten las mejores condiciones de precios y productos para todos, el Estado tiene que dar reglas de juego, es decir, regular o encauzar el mercado. En caso contrario el sistema corre el peligro de ser destruido por sus propios agentes económicos»[1248].

Como vemos lo que el Derecho Económico regula es que en la conducta de los agentes en el mercado no se presenten elementos anticompetitivos como fraudes y engaños (competencia desleal) o conspiraciones y acuerdos restrictivos de la libre competencia.

> «La economía de mercado implica libre competencia, y esta debe ser garantizada mediante normas legales. Dicha competencia debe realizarse sin trabas y con medios leales «la actuación competitiva de los agentes económicos implica además el uso de una serie de instrumentos económicos de la vida moderna: el crédito, los seguros, las subvenciones, las inversiones, etc. Todo ello debe ser también reglamentado y protegido para el buen funcionamiento del sistema»[1249].

Sin embargo, esta libre competencia implica «libertad económica» y la libertad económica si no se controla puede llevar al libertinaje y con ello al deterioro económico, siendo los grandes perjudicados los consumidores. El perjuicio es ocasionado por una empresa en situación de dominio o por grupos de poder económico. Aquellos grupos que detentan el poder económico llegan a dominar los factores de producción y manipular a posibles competidores, eliminando de ese modo cualquier tipo de competencia. Es por ello necesario que el Estado brinde a través de los principios regulados en la Constitución como «libertad económica, libertad de empresa, libre competencia», la seguridad de que estos principios se respetarán en la práctica. El Estado debe evitar el deterioro económico que produce la misma libertad económica y proteger al público con las sanciones penales y administrativas cuando se presenten inconductas derivadas de las actividades económicas. El derecho penal económico protege a la sociedad creando sanciones penales y administrativas contra aquellos que atenten contra las libertades económicas mencionadas.

Diversos sistemas jurídicos a través de la historia han sancionado penalmente la realización de ciertas conductas de impacto económico.

Tiedemann señala uno de los primeros antecedentes en el derecho romano «...el derecho romano, para asegurar el abastecimiento de cereales, conminó con penas a los tipos de

---

[1248] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico*. Lima: Idemsa, 1997b, p. 21

[1249] *Ibidem*, p. 20.

acaparamiento y especulación, y el emperador Diocleciano fijó bajo pena de muerte, precios bajos para productos y salarios. Con pena de muerte y confiscación se penaba en el imperio romano la salida de determinados productos, en especial hierro y armas. Tipos penales contra la adulteración de productos alimenticios pueden ser encontrados en el Derecho romano...»[1250].

El desarrollo del derecho penal económico en la época contemporánea se presenta después de la primera guerra mundial, como consecuencia de la aguda crisis económica que experimentaban los estados europeos. Esta requería repotenciar e impulsar la economía, para lograr cubrir las necesidades básicas.

> «...el reciente desarrollo del Derecho Penal económico, se remonta en numerosos países europeos a las épocas de emergencia de la Primera Guerra Mundial, en las cuales se desarrolló por primera vez un amplio arsenal de normatividad económico-administrativa para el control de la satisfacción de necesidades. Al finalizar la guerra, si bien se derogó ampliamente el intervencionismo estatal en el campo económico en Alemania, permanecieron por todas partes las formas jurídicas implantadas durante la economía de guerra y se transformaron en la base del nuevo derecho industrial o económico»[1251].

Más adelante, después de la segunda guerra mundial, durante los años 50 y 60, Europa y en especial Alemania se recuperaban de la guerra y trataban de sobrellevar la crisis a través de políticas de emergencia, las cuales tenían como objetivo corregir las distorsiones de los agentes del mercado e impulsar la economía de cada país.

El avance económico estaba estrictamente relacionado al cambio de corriente política que cada país vivía. Así, por ejemplo, en la Alemania de los años 50 se reprimía penalmente el acaparamiento, pero más adelante cuando la economía social de mercado comenzó a desarrollarse en 1954 se suprimió este tipo penal. Esto se produjo por el cambio de una economía planificada y centralmente dirigida por una economía liberal, de naturaleza capitalista, a la que en Europa se le denominó economía social de mercado.

A partir de los años 70 era inevitable una regulación más eficaz, Manuel Abanto Vásquez nos dice: «...a partir de mediados de los 70, cuando la magnitud de los daños de los delitos económicos se hizo insoportable, se vio la necesidad de "reforzar la moral económica y crear un consenso general de valores para poner en claro lo despreciable del comportamiento delictivo en el campo económico". Ello tuvo que ser así, pues la experiencia demostró que los controles sociales e informales fracasan ante los delitos económicos: o bien no son identificables las verdaderas víctimas (falta de transparencia en las situaciones) o éstas no tienen interés en denunciar o pueden ser presionadas para no denunciar a delincuentes poderosos...»[1252].

Tiedemann señala:

> «Desde 1972 y durante más de cinco años una "Comisión de Expertos para la Lucha contra la Criminalidad Económica", implantada por el Ministerio Federal de Justicia, trabajó tanto en lo empírico como en política jurídica, para la reforma del derecho penal económico (...).

[1250] TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y Nuevas Formas de Criminalidad.* Lima: Idemsa, s/f, p. 16.
[1251] *Ibidem*, p. 17.
[1252] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. (1997b). *Op. cit.*, p. 26.

> En la actividad de esta Comisión se apoya la Primera Ley de lucha contra la criminalidad económica, vigente desde 1976 (...). Diez años más tarde el legislador promulgó la Segunda ley para la lucha contra la criminalidad económica; esta aportó nuevos tipos penales, los cuales junto con la criminalidad informática y la estafa en la inversión de capitales, tiene sobre todo por objeto el abuso de cheques y tarjetas de crédito y la no entrega de las contribuciones de los trabajadores a la seguridad social...»[1253].

El derecho penal económico siguió evolucionando y enriqueciéndose con el avance de las instituciones del derecho, así como con el surgimiento de nuevas formas de criminalidad económica.

El derecho penal económico tiene varias denominaciones imprecisas. Algunas legislaciones la denominan derecho penal financiero, otras derecho penal comercial, derecho penal de los negocios, derecho social económico y derecho penal administrativo.

En el sexto Congreso Internacional de Derecho Penal se acordó denominársele Derecho Penal socioeconómico, pero lo social no le agregó una connotación relevante al término porque lo económico siempre implica una connotación social.

En nuestra legislación a esta disciplina se le conoce como derecho penal económico, término que abarca la relación entre el Estado y la sociedad en función del orden económico.

Bajo Fernández concibe al orden económico desde una doble perspectiva del derecho penal económico, una en sentido amplio y otra en sentido estricto.

En sentido estricto Bajo Fernández define el derecho penal económico como: «...El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía...»[1254].

Este autor señala que el de orden económico se relaciona con el Derecho Económico, es decir, con el Derecho de la Economía dirigido por el Estado.

La función primordial del derecho penal económico es la de lograr la justicia socio económica, a través de la economía a nivel macroeconómico. En este caso se diferencia la economía nacional y el orden público económico de aquellos valores particulares como los de propiedad, patrimonio y buena fe contractual.

Bajo Fernández señala que debemos descartar dos conceptos cuando nos referimos al Derecho Penal Económico. El primero es que se trata de un derecho de guerra, aunque nació para cubrir las necesidades básicas después de las guerras mundiales, la disciplina tiene sus raíces en las transformaciones ideológicas de inicios de siglo y en las modificaciones de las relaciones económicas que exigen un cambio de organización social y una efectiva protección por parte del Estado y el segundo es la idea que la intervención estatal de la economía tiene que estar relacionada a regímenes totalitarios. En todo sistema económico se presentan desviaciones de conducta que tipifican delitos económicos.

Dentro de esta noción estricta de la disciplina se encuentran consagrados los siguientes delitos: «...Este Derecho Penal económico tipificará como "delitos económicos" las acciones u omisiones que lesionen o pongan en grave peligro la normativa que regula y los

---

[1253] TIEDEMANN (s/f). *Op. cit.*, pp. 17-18.

[1254] BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho Penal Económico.* Madrid: Editorial Civitas S.A., 1978, p. 37.

bienes jurídicos que protege la intervención estatal económica (...) los delitos que atentan contra la determinación o formación de precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando, el delito fiscal y alguno más...»[1255].

En un sentido amplio, el derecho penal económico es: «...El conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico entendido este como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios...»[1256].

En este caso no se protege la intervención del Estado en la sociedad sino la actividad económica dentro de la economía de mercado.

En sentido amplio lo que se privilegia es mayor importancia de los intereses patrimoniales de los agentes económicos particulares dejando en segundo lugar el orden económico en sí. Así, por ejemplo, señala: «...de la competencia ilícita, comportamiento que lesiona en primer lugar el Derecho de propiedad industrial y, sólo en segundo término, la regulación económica de mercado»[1257].

Dentro de esta definición amplia están comprendidos los siguientes delitos: «...se criminalizarían como "delitos económicos" las acciones u omisiones que atenten o pongan en peligro, en primer lugar un bien jurídico patrimonial individual y, en segundo término, la normativa que regula la producción, la distribución, el consumo y la conservación de los bienes y servicios (...) se pueden y deben tipificar como delitos las conductas que infringen las normas referentes al medio ambiente, las insolvencias punibles, la formación de cárteles, las infracciones en el campo de la informática, (manipulación o robo de datos, violación de secretos) la falsificación de balances de la empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de acreedores...»[1258].

Podemos afirmar que se consideran delitos económicos «a la evasión fiscal y al fraude de subvenciones, a los delitos contra los bancos y las empresas de seguros, a los delitos de quiebra y falsificación de balances, así como a los delitos de adulteración de productos alimenticios y de vinos, a los delitos contra la competencia y a las violaciones contra embargos relacionados con el comercio exterior»[1259].

Conforme se va ampliando la variedad y calidad de la actividad económica, van apareciendo nuevas conductas y situaciones donde puede configurarse un delito económico. Lo que es común en todos estos hechos punibles es que la ejecución de los hechos se produce por la intermediación de una empresa o persona que realiza actividad empresarial económica o a favor de una empresa con actividad económica. La mayoría de estos tipos penales se dirigen a los directivos de las empresas y negocios que realizan actos, «punibles» que van contra los intereses sociales, generándose un perjuicio para el interés económico general. Es el ordenamiento económico el que se ve perjudicado por las conductas antisociales.

1255 MARTOS NÚÑEZ (1987). *Op. cit.*, p. 128.

1256 BAJO FERNÁNDEZ (1978). *Op. cit.*, p. 40.

1257 *Ibidem*, p. 40.

1258 MARTOS NÚÑEZ (1987). *Op. cit.*, p. 128.

1259 TIEDEMANN (s/f). *Op. cit.*, p. 14.

Las consecuencias de estos delitos económicos influyen en campos diversos en lo económico, sobre la libre competencia y la libertad de mercado perjudicando tanto al productor como a los consumidores. Existen consecuencias en el campo financiero cuando se mina la confianza y credibilidad del sistema por el abuso de la buena fe y la confianza de los inversionistas.

En lo fiscal también deja sentir sus efectos pues el delito económico va asociado generalmente con el fraude al Estado, en lo administrativo porque la ejecución de los delitos económicos tiene poder corruptor y en lo moral porque la impunidad de estos delitos crea el hábito de evadir y burlar la ley, de poder enriquecerse ilícitamente de manera rápida. Todo ello produce malestar en la población, deslegitima al gobierno, crea un desaliento en la población que trabaja honradamente frente a una corrupción generalizada e impune.

Ahora bien, pasaremos a analizar lo que entendemos por «delito económico»:

Existe una diferencia importante entre derecho penal y de criminología económica. Si bien es cierto que los objetivos mediatos de la Criminología y del Derecho penal son similares la diferencia se presenta en los métodos utilizados para llegar a sus fines.

Ambos persiguen terminar con la delincuencia económica pero con métodos diferentes «...mientras para la criminología puede revestir importancia la personalidad del autor a efectos de conseguir aquellos objetivos, para el derecho penal puede tener mayor importancia la determinación del bien jurídico como interés digno de una protección penal. De ahí que el concepto de delito económico puede variar de forma importante al cambiar el acento sobre el que se va a incidir la preocupación científica...»[1260].

El contenido del derecho penal económico tiene su eje fundamentalmente en el delito económico. Normalmente el concepto de delito económico varía en la medida que varían los principios y políticas que rigen la acción de cada Estado. Así, por ejemplo, si un Estado apoya la libertad económica y la libre interacción de los agentes del mercado, se entenderá por delitos económicos aquellas conductas y acciones que atenten e infrinjan la libre interacción de la oferta y la demanda, esto es que atenten contra la libre competencia. Si nos encontramos en un Estado que ejerce un rol intervencionista y planificador con una función tutelar del orden económico, se considerara delito económico aquellas conductas que violen tal orden como violar controles de precios, tipos de cambio oficiales, etc.

Se puede definir al delito como: «...acción u omisión penada por la ley»[1261].

Raúl Peña Cabrera delimita al delito (no lo define) como: «...la acción u omisión típica, antijurídica y culpable...»[1262]. Es decir, la conducta típicamente sancionada con una pena dentro de las comprendidas en el Código Penal.

Según Peña Cabrera es injusto o antijurídico cuando existe una desaprobación del acto y la culpabilidad implica la atribución de dicho acto a su autor. Antijuridicidad y culpabilidad constituyen los dos polos que engloban todos los demás elementos del delito.

[1260] BAJO FERNÁNDEZ (1978). *Op. cit.*, p. 41.

[1261] MIRANDA GALLINO (s/f). *Op. cit.*, p. 21.

[1262] PEÑA CABRERA (s/f). *Op. cit.*, p. 271.

«...Una pena deberá ser impuesta en tanto exista culpabilidad y que el hecho sea antijurídico, lo que significa que no puede haber culpabilidad sin Antijuridicidad, aconteciendo que puede existir Antijuridicidad sin culpabilidad. El carácter antijurídico de un hecho es un nivel mínimo que se pide para justificar la correspondiente reacción punitiva estatal...»[1263].

Por otro lado la tipicidad constituye el factor fundamental para establecer si constituye o no un delito. Si la conducta no está tipificada no puede considerársele delito en el derecho penal, según Peña Cabrera: «...La tipicidad cumple un rol preponderante, sobre todo, al verificarse que es consecuencia necesaria del principio de legalidad. El viejo pero siempre fresco apotegma "*nullun crimen sine lege*" adquiere una función cabal a través de la descripción escrupulosa de las conductas que cada tipo penal las califica como prohibidas. La tipicidad es el punto de partida para indagar si la acción es antijurídica y también culpable...»[1264].

Luego de analizar brevemente el concepto de delito en el ámbito puramente penal procedamos a definir el delito económico. En primer lugar veamos la definición dada por Zirpins-Terstegen que lo divide en dos.

Zirpins-Terstegen se refiere a delito económico en los siguientes términos: «...Delito económico en sentido estricto es la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la Economía de un país...»[1265].

Aquí encontramos los delitos que atentan contra la determinación o formación de precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando y el delito fiscal.

Los delitos que debemos considerar como delitos económicos en un sentido amplio son: los delitos de insolvencia, competencia ilícita o desleal, abusos de crédito, estafa, fraudes alimenticios, delitos laborales, delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, receptación, malversación de fondos públicos, cohecho, apropiación indebida, falsedad de documentos etc.

Como podemos observar las definiciones de delito económico en sentido amplio y sentido estricto están estrictamente relacionadas a las definiciones en sentido amplio y estricto del propio derecho penal económico el que a su vez se deriva de la definición del orden económico.

Miranda Gallino define delito económico como: «...la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que como consecuencia ocasiona daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño...»[1266].

[1263] *Ibidem*, p. 271.

[1264] *Ibidem*, p. 271.

[1265] ZIRPINS-TERSTEGEN, citado por BAJO FERNÁNDEZ (1978). *Op. cit.*, p. 42.

[1266] MIRANDA GALLINO (s/f). *Op. cit.*, p. 25.

El delito contra el orden económico es una figura compleja y lo es porque puede cometerse en los diferentes campos de la actividad económica. No hay un delito tipo ni puede encuadrarse en esquemas pre-establecidos.

Podemos concluir que existe repudio a las conductas que lesionan y distorsionan el normal desenvolvimiento de las relaciones económicas y que infringen el orden público económico.

Estas conductas se presentan cuando los agentes económicos a título personal o como parte integrante de una organización tratan de alterar o alteran el orden económico preestablecido.

Es una actividad que configura la del delito en la empresa, un delito especializado, organizado y hábilmente escondido, difícil muchas veces de detectar, estando muy distante a ser considerada como simple violación de la ley. Por su grado de especialización quien o quienes lo perpetúan buscan conseguir su impunidad. Esta impunidad puede ser lograda porque convergen varios factores, entre ellos la difícil detección del hecho punible, el hecho que son actos planificados y ejecutados por personas habilidosas y preparadas, conocedoras de las leyes y la forma de cómo evadir sanciones. A esto debemos añadir la carencia de personas y órganos especializados en los temas empresariales y deficiencias del ordenamiento represivo así como la falta de recursos económicos para poder probar el delito lo que crea cierta confianza en los transgresores sobre su posibilidad de incurrir en el ilícito penal y no ser sancionadas.

Consideramos además importante referirnos al orden público económico y para eso iniciaremos nuestro análisis diferenciando la economía con el orden económico. Miranda Gallino señala: «...La economía es un hecho, un fenómeno cultural y social, en su expresión primaria, ella puede existir con escasa, o aun sin protección jurídica, abandonada al buen criterio de los hombres en sus operaciones de cambio y producción, en el seno de una sociedad ideal. Sin embargo, en nuestra sociedad actual sin un cierto orden, esta economía no puede prosperar, no puede desarrollarse al punto de constituir un eficaz instrumento de plena satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Esto permite afirmar que el derecho penal no protege o tutela la realización del fenómeno económico como hecho en si, sino que protege la integridad del orden, que se estima necesario para el cumplimiento de ese hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos...»[1267].

El orden Público Económico es el conjunto de reglas e instituciones destinadas a mantener el buen funcionamiento de las relaciones económicas en un país. Un ejemplo de esas reglas e instituciones es el conjunto de normas y leyes dadas por el Estado para proteger el buen funcionamiento del mercado, dentro de una economía social de mercado, es decir, la interacción de proveedores y consumidores para la fijación del precio. Cualquier intento de alteración en la libre fijación del precio tipifica un delito económico.

> «El denominado orden público económico, expresa, representa o integra la entidad penalmente tutelada, mediante la tipificación, o mejor aún, codificación de los delitos económicos, y constituye a la vez la base del criterio de clasificación, en función a la cual se ubica el

[1267] *Ibidem*, p. 26.

delito económico en el marco general de los hechos punibles que suelen aparecer en la parte especial de los códigos penales»[1268].

Según Miranda Gallino una de las características del delito penal es que:

«...depende para su existencia del dictado de una autoridad administrativa...»[1269].

El delito contra el orden económico (delito económico) se presenta como una figura jurídica compleja, debido a la nota de multiplicidad.

En este sentido Miranda Gallino afirma que: «...no existe como delito-tipo; es imposible precisarlo genéricamente a través de uno, dos o tres esquemas o imágenes rectoras como se puede hacer con los delitos contra las personas o contra la propiedad...»[1270].

En primer lugar se protege los bienes jurídicos a través de normas administrativas o normas que se encuentran fuera del ámbito penal, abriendo nuevas áreas del derecho. Luego de creadas estas normas se determina cuáles son los delitos que surgen ante el incumplimiento de estas nuevas áreas del derecho.

Una vez conocidas las características de las nuevas normas, se creen para el derecho penal nuevos bienes jurídicos protegidos como por ejemplo la competencia, la propiedad industrial etc., bienes que merecen una adecuada protección en el ámbito penal.

Manuel Abanto Vásquez dice: «...La primera medida es protegerlos mediante normas legales extrapenales, con lo cual surgen nuevas áreas jurídicas como el Derecho *Antitrust*, el Derecho contra la competencia desleal, el derecho a la Propiedad Industrial, etc. Pero luego a medida que la necesidad de protección se vuelve más imperiosa se busca la intervención del derecho penal...»[1271].

La reacción en los distintos países frente a los delitos económicos es diversa. Podemos encontrar disposiciones legales que tipifican distintos actos o conductas como delitos y también legislaciones que contemplan normas administrativas sancionadoras. Defendiendo el desarrollo y estructuración de la economía así como del poder de los órganos regulatorios se ejerce mayor o menor presión en este rubro. En la práctica algunos países en vía de desarrollo son permisibles con los sujetos y empresas que incurren en delitos económicos.

Aspectos Criminológicos del Delito

En criminología los enfoques son siempre más amplios pues su análisis comprende la personalidad de quien comete el delito, a más de un análisis valorativo social.

Los delitos económicos desde el punto de vista criminológico se encuadran en los que se conocen como «crimen de cuello blanco», Miranda Gallino señala que se encuentran entre otros los delitos contra el orden económico, puesto que además comprende diferentes hechos punibles caracterizados fundamentalmente por provenir de desviaciones profe-

1268 *Ibidem*, p. 24.

1269 *Ibidem*, p. 30.

1270 *Ibidem*, pp. 29-30.

1271 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico*. 2da. Edición, Lima: Idemsa, 2000, p. 22.

sionales tales como corrupción de funcionarios públicos, sustracción de fondos en los bancos, mal ejercicio de la profesión en el caso de abogados y médicos etc.

Normandeau anota: «...que el empleo de la expresión *'white collar crime'* si bien ha convenido a la investigación científica es, desde el punto de vista social, ambiguo e impreciso, la doctrina reciente prefiere hablar de *'ocupational deviant'*, o sea, desviaciones profesionales, para referirse a esta gama de infracciones, ya sean civiles o penales»[1272].

El delito económico incluye tanto las violaciones civiles, como las penales y las éticas. Sin embargo, para centrarnos en el derecho penal sólo nos concentraremos en las violaciones criminales (penales) debiendo excluir los delitos contra la propiedad y lo relacionado con las infracciones sancionadas por la autoridad administrativa. La criminología estudia la economía y al orden económico como móvil y causa de delitos.

Finalmente señala: «...El criminólogo determina que tal o cual hecho se ha debido a razones de orden económico, y analiza entonces la influencia del mundo circundante económico en la comisión de diversas categorías de hechos punibles, en tanto que el penalista atiende fundamentalmente al sector social...»[1273].

Al ser el delito económico un delito fundamentalmente técnico, es necesario detectarlo con mecanismos externos al derecho. Por ejemplo la criminología acude a la estadística como ciencia auxiliar para evidenciar las variaciones de delincuencia económica y comprobar el efecto de las conductas desleales o anticompetitivas en el mercado.

Debido a la complejidad de las conductas la criminalidad económica supone la concurrencia de varios elementos que deben ser objeto de represión penal. Lo que se pretende es que la represión evite la realización de conductas que afecten el normal desarrollo de las actividades jurídicas-económicas.

La criminalidad económica es: «...la que se desenvuelve en la vida comercial, con ocasión de las operaciones tratadas por las empresas industriales, comerciales, financieras y de fines similares»[1274].

Las teorías punibles sobre la pena y los fines que se persigue en su aplicación han tenido que ser redefinidas en el caso de la criminología económica ya que el móvil que es el «adaptar al que delinque» o «resociabilizar al delincuente» no se aplica en esta clase de delitos. En el delito ordinario y de acuerdo a estudios que se han realizado, el que delinque es aquella persona que por lo general pertenece a clases menos favorecidas, con bajos ingresos económicos. Sin embargo en las transgresiones económico penales, ocurre el fenómeno inverso. Las personas involucradas en esta clase de delitos son personas altamente calificadas, adaptadas al medio social en que se desenvuelven, conocedoras de las normas legales y de los medios para poder burlar el sistema legal sin ser detectadas.

Tiedemann define la criminalidad económica como «aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que, por su

---

[1272] MIRANDA GALLINO (s/f). *Op. cit.*, p. 33.

[1273] *Ibidem*, p. 34.

[1274] COSSON, J., mencionado por BAJO FERNÁNDEZ y citado por LAMAS PUCCIO, Luis. *Derecho Penal Económico*. Lima: 1993, p. 110.

ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pone en peligro la vida económica o el orden que la rige»[1275].

Complementando citamos a Miranda Gallino, quien señala «se trata de conductas punibles, que producen una ruptura del equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas, mixtas, y que como consecuencia ocasiona un grave daño al orden que rige la actividad económica, o provocan una situación de la que puede surgir este daño»[1276].

No debemos confundir el concepto de delito económico con el de criminología económica. La criminología es más amplia pues incluye un análisis valorativo social incluyendo también el análisis normativo.

Uno de los elementos de la criminología económica es el bien jurídico protegido o entidad tutelada, a través del cual se pretende establecer cual es el objeto de la tutela penal.

El bien jurídico tutelado debe ser autónomo y colectivo.

Lamas Puccio señala una serie de «lineamientos que integran conductas y delitos, que puedan ser utilizados para el esclarecimiento de un bien jurídico autónomo y diferenciable que agrupe a varias figuras»[1277].

Lamas Puccio enumera los bienes jurídicos protegidos:

- La protección de los intereses económicos colectivos.
- La alteración de las condiciones del mercado
- La materia fiscal
- Normas estatales económicas de orientación específica
- Infracciones a la relación laboral
- Infracciones cometidas bajo el funcionamiento de los entes societarios
- Restricciones a la competencia
- Criminalidad computarizada.

Miranda Gallino establece que se encuentran comprendidos dentro de la criminalidad económica las siguientes infracciones:

> «En lo económico, sobre la libre competencia y la libertad de mercado, perjudicando al productor, al público consumidor y a los factores del comercio y la industria dispuestos a desenvolverse en un sano régimen de libertad de empresa. En lo financiero, por el abuso de la buena fe y confianza de los inversionistas, cuyos ahorros y capitales son estafados por la empresa delictiva o aventurera, en momento en que esos fondos, desviados de un destino útil, son requeridos con urgencia por la banca, el comercio, la industria, la construcción de viviendas y el crédito público. En lo fiscal, donde el delito económico va asociado general-

[1275] TIEDEMANN, citado por LAMAS PUCCIO (1993). *Op. cit.*, p. 110.

[1276] MIRANDA GALLINO (s/f). *Op. cit.*, p. 25.

[1277] LAMAS PUCCIO, Luis. *El Derecho Penal Económico.* Lima: 1993, p. 112.

mente con el fraude al fisco, y en su forma específica, el contrabando, incide gravemente en el desequilibrio de las finanzas públicas, además de repercutir sobre la producción y el comercio honestos, expuestos a la ruina por la imposibilidad de igualar al inescrupuloso competidor que vende o utiliza productos o materias que han eludido los gravámenes aduaneros. En la administración, porque la delincuencia económica, como consecuencia de sus modalidades de actuación y poderío financiero, ejerce potencial y muchas veces, efectivo poder corruptor...»[1278].

Características de la Criminalidad Económica:

Lamas Puccio señala como características de la criminalidad económica las siguientes: *Resentimiento y desorganización*: Una de las primeras características de este tipo de delitos es que es difícil determinar cuándo se produce, contra quien se produce y que efectos produce.

Muchas veces el delito es cometido y las autoridades lo detectan varios años después y requieren de la participación de expertos técnicos para su detección.

Las víctimas de estos delitos pueden ser personas individuales o afectar colectivamente a los miembros de una sociedad.

Otras de las características de la desorganización en esta clase de delitos es que se necesitan desempeñar posiciones estratégicas o altos cargos dentro de una sociedad para que se puedan detectar los hechos.

En esta clase de delitos no existe la clara correlación de hechos que se presentan en los demás delitos. Cada acción o conducta tiene que ser analizada cuidadosamente para poder determinar si es que el hecho se encuentra incurso dentro de ese tipo de delitos.

Según Lamas Puccio este tipo de delitos requiere de una adecuada difusión e información por parte de los medios de comunicación. Esta difusión es difícil por que no existe un patrón claro a seguir y los elementos constitutivos de la infracción son técnicos y difíciles de identificar si es que no se cuenta con la asistencia de expertos.

Ineficaz represión.- En la sociedad existe una actitud tolerante frente a este tipo de infracciones. Es por eso que los delitos deben ser tipificados e incluidos expresamente en los Códigos Penales, pues ello permitirá que la sociedad comience a tener conocimiento de los mismos y los conciba como situaciones que de una u otra manera la afecta. Este perjuicio puede darse en la fijación o concertación de los precios, como en una publicidad que induzca a error al consumidor.

Una vez interiorizado, será posible que las personas perjudicadas identifiquen el hecho como un acto delictivo y lo denuncien, permitiendo de esta manera la actuación de las autoridades judiciales, con el objeto de lograr la represión del delito.

Dificultades técnicas.- Como señala Pedrazzi «...La tipificación del hecho económico reviste más dificultades de las previstas. Desde el punto de vista técnico surge la dificultad de

[1278] MIRANDA GALLINO (s/f). *Op. cit.*, p. 14.

traducir el lenguaje del tipo penal, los conceptos y criterios al ámbito de la economía en donde, por otra parte, influyen especialmente los rápidos avances tecnológicos...»[1279].

En esta clase de delitos la técnica penal resulta insuficiente. Se requiere muchas veces el estudio de peritos especializados para que detecten el delito y lo tipifiquen.

Cada vez surgen más profesionales del derecho que se especializan en esta área, es decir, abogados especializados en derecho penal y penal económico.

Desconocimiento de su ilicitud.- En la conciencia colectiva se tiende a ver estos delitos como simples infracciones administrativas o errores de negocios, dado que los actos o conductas no son considerados criminales.

Es necesaria una mayor difusión por parte de los medios de comunicación y por parte del Estado para crear conciencia de la gravedad de los ilícitos y de las nefastas consecuencias para los consumidores.

Elementos del Delito Económico

¿Cuáles son los elementos del delito económico?

Los elementos del delito económico son 5, a saber:

a. La acción penalmente relevante
b. Los sujetos de la acción
c. Las cualidades personales de los sujetos de la acción
d. El abuso de poder
e. La infracción del orden público económico.

a. La acción penalmente relevante

> «...El delito económico aflora al mundo jurídico merced a una acción, omisión, o comisión por omisión, dolosa o culposa, penalmente relevante, es decir, un comportamiento atribuible a un ser humano o a la acción manifiesta de quien actúa, no para sí sino en nombre de otra persona, física o jurídica...»[1280].

Requiere la realización de un determinado acto penalmente relevante, realizado por una persona natural o jurídica, que implique un perjuicio contra el orden económico.

La acción penalmente relevante es un hecho que interesa a efectos de determinar si se trata de un delito. Esta acción puede darse en dos formas o modalidades:

- Derecho de Acción: En sentido estricto, es decir, el hacer algo, obrar, concepto positivo.
- Derecho de Omisión: En sentido amplio, es decir dejar de hacer algo, no hacer nada, concepto negativo.

1279 LAMAS PUCCIO (1993). *Op. cit.*, pp. 121-122.

1280 MARTOS NÚÑEZ (1987). *Op. cit.*, p. 161.

No hay un concepto unánime sobre el derecho de la acción. Hay mas bien dos conceptos fundamentales.

El primero viene de la Teoría Causalista, expresado por Von Liszt, teoría que señala que la acción es un movimiento corporal causado por un impulso de la voluntad. Es el movimiento que a su vez es la causa de la modificación del mundo exterior.

Por ejemplo: acción de matar

La segunda es la Teoría Finalista, creada por Welzel, que establece que la acción penalmente relevante es un movimiento corporal voluntario, y que actúa motivada por un fin.

Finalmente cabe señalar que para que exista una acción penalmente relevante debe provenir de un comportamiento que este tipificado en el ámbito del derecho penal y consignada en una norma penal.

La acción penalmente relevante queda excluida en algunos casos como cuando se presentan una Fuerza Irresistible; estados de inconsciencia y actos reflejos.

Constantemente surgen en nuestra sociedad nuevas formas de delincuencia económica que no se adecuan a la tipificación de los actos o conductas consideradas como punibles, razón por la cual se requiere de gente competente y especializada atenta a las nuevas modalidades de delitos. Estos se incluirán en los supuestos del inciso f) del artículo 5 y del inciso j) del artículo 6 del D. Leg. 701.

b. Los sujetos de la acción

En el derecho penal debe existir un sujeto activo que es quien realiza la acción y un sujeto pasivo que es quien la recibe, esto es quien sale perjudicado por la realización o no de la conducta, tipificada. Estos sujetos pueden ser tanto personas naturales como personas jurídicas

El sujeto activo será generalmente: «el empresario, lo que no excluye que en determinados supuestos, pueda serlo, también, un funcionario público»[1281].

El ilícito puede ser realizado de modo individual, es decir, un profesional que malversa los fondos de una entidad bancaria, como en forma colectiva, como es la concertación entre empresas para la fijación del precio único o el reparto de mercados o la asignación de cuotas.

En este último caso el sujeto pasivo es la sociedad, todo el orden público económico, a pesar que puede afectar los intereses patrimoniales individuales, de terceros. Asimismo pueden ser uno o varios particulares, relacionados en un determinado grupo, siempre que dicha lesión trascienda el interés patrimonial y perturbe, además, el orden económico en un sentido amplio.

c. Las cualidades personales de los sujetos de la acción

El sujeto activo debe reunir las siguientes cualidades:

- Personas respetables

[1281] *Ibidem*, p. 161.

- De elevada posición social y económica
- Que cometen la infracción en el desempeño de su profesión, oficio de ocupación.

El delincuente de cuello blanco puede o no estar organizado, pero lo que constituye factor indispensable para su accionar es que es aceptado y respetado socialmente.

Normalmente presentan un nivel de vida superior al del promedio, goza de prestigio social y aceptación preferente dentro de un grupo determinado. Empiezan a delinquir a partir de los 40 años y son profesionalmente calificados.

Matos Nuñez considera que «...el elemento respetabilidad evidencia la concordancia entre el poder político y económico que caracteriza la criminalización de los comportamientos habituales de la clase económico-empresaria. Además en muchos delitos económicos, funcionarios públicos civiles, militares, judiciales, municipales, etc. en realidad de todo orden se hayan implicados, pero frecuentemente no obstante, se benefician de la impunidad o del indulgente tratamiento penal otorgado por el Ministerio Público y los jueces...»[1282].

Lamas Puccio nos dice que debido a que estos actos los realizan personas de nivel social elevado, y con motivo o en el curso de sus ocupaciones, el trato legislativo es más indulgente en comparación con el trato que se da a la criminalidad tradicional.

Además, debemos precisar el desconocimiento por parte de la sociedad y del empresariado que ciertas conductas o actos que son usuales y se han convertido en modos de hacer negocio en las diferentes industrias, son considerados punibles por nuestro ordenamiento legal. La sociedad facilita un cierto dejar hacer dejar pasar en materia de competencia económica.

Solo hace pocos años estas conductas están tipificadas como punibles por lo que persiste un trato benévolo con los sujetos y empresas que realizan estos actos.

d. El abuso de poder

Este elemento define el delito económico.

Entendemos por abuso de poder: «...la falta de consideración y respeto de la buena fe negocial, presupuesto imprescindible en el tráfico jurídico mercantil»[1283].

Normalmente este tipo de delincuente actúa con una doble moral.

El abuso de la confianza económica, constituye el modo de cometer el delito económico. Tiedemann destaca como delitos económicos «...Aquellas conductas que contradicen el comportamiento acorde con la imagen de un correcto comerciante y que, por su ejecución y efectos, además de lesionar intereses individuales, pueden poner en peligro la vida económica o el orden que la rige...»[1284].

1282 *Ibidem*, p. 165.
1283 *Ibidem*, p. 168.
1284 TIEDEMANN, citado por MARTOS NÚÑEZ (1987). *Op. cit.*, p. 169.

El abuso de confianza y el juego y comportamiento desleal en los negocios son elementos fundamentales en este tipo de delitos.

e. La infracción del orden público económico

La acción que es sancionada penalmente debe afectar al orden público: «...la infracción económica viola los principios rectores de la política social y económica, tales como la propiedad privada, la libertad económica, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico...»[1285].

El orden público, como bien jurídico protegido, es el que se ve afectado ante la comisión de actos que pretenden o logran distorsionar la competencia y el libre desenvolvimiento de los agentes del mercado.

Los delitos contra el orden económico toman en cuenta los siguientes aspectos:

El Bien Jurídico Protegido.-

Sólo pueden ser objeto de protección penal aquellos bienes jurídicos que pueden perjudicarse con actos u omisiones (conductas) socialmente nocivas.

En el caso de los delitos económicos la conducta socialmente nociva, es decir, que genera un daño o perjuicio a la sociedad es la distorsión del orden público el cual se puede reflejar de distintas formas, por ejemplo, a través de prácticas restrictivas o el abuso de la posición de dominio.

Cesare Pedrazzi expresa que: «...La intervención penal no puede afectar simples modos de ser de la persona, aunque sean socialmente molestos, ni tampoco a la mera violación de las pautas morales dominantes...»[1286].

En todos los delitos penales es necesaria la delimitación clara y precisa de los bienes jurídicos que son objeto de tutela.

La delimitación del bien jurídico cumple varias funciones, entre ellas, la de tender un puente entre la ley penal y la constitución de cada Estado. Los principios esbozados en modo general en la Constitución son protegidos efectivamente a través de una ley penal. No pueden considerarse bienes jurídicos protegidos a aquellos que no se encuentren reconocidos en la constitución que es ley de leyes.

La Función del bien jurídico en los delitos económicos es: «...poner orden y límites en el sistema, constituir el criterio de estructuración legislativa de acuerdo con esquemas racionales: eliminando por un lado, directrices de tutela de escasa relevancia social o históricamente superadas; ayudando, por otro, a salvar las eventuales lagunas, acogiendo las necesidades nuevas y otorgando dignidad jurídica a intereses y valores injustamente olvidados por el legislador...»[1287].

[1285] MARTOS NÚÑEZ (1987). *Op. cit.*, p. 170.

[1286] PEDRAZZI (s/f). *Op. cit.*, p, 47-B.

[1287] *Ibidem*, p. 48-B.

Cesare Pedrazzi afirma que en el derecho penal económico el concepto de bien jurídico es arduo y problemático, dado que los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar.

El elemento fundamental, continua Pedrazzi, es la relación de conflictualidad, real o eventual, que media entre intereses plurales ya que, cada uno en su propia esfera aparece como plenamente legítimo. «...El concepto del bien jurídico debe ser, por tanto utilizado con cautela, para no caer en simplificaciones arbitrarias. Valorar como objeto de tutela un solo interés significa a menudo empobrecer una función de tutela, en realidad mas compleja. En el derecho penal económico abundan los delitos «pluriofensivos», caracterizados por tener una objetividad jurídica plurivalente...»[1288].

Una de las formas de limitar la tutela penal es la descripción de la conducta típica, es decir, no incriminando cualquier conducta lesiva sino subordinando la represión penal a la comisión de determinados comportamientos. Sin embargo esta tipificación y descripción precisa otorga garantía a los agentes económicos contra el abuso de funcionarios y jueces.

Corresponde al legislador «...delimitar una serie de bienes jurídicos que resulten suficientemente inteligibles a pesar de la complejidad del contexto socioeconómico; y precisar la tutela con el fin de evitar excesos represivos que tendrían efectos paralizadores del desarrollo económico, e, incluso, llevarían a la inobservancia generalizada de la ley...»[1289].

La función fundamental del derecho penal económico es la protección de la constitución económica, pues ella contiene los principios que caracterizan el modelo vigente en un determinado Estado en un determinado momento histórico.

El bien jurídico protegido en nuestra legislación puede verse en el artículo 232 del Código Penal, Manuel Abanto Vásquez y Luis Alberto Bramont Arias señalan que el bien jurídico protegido en el artículo 232 del Código Penal es la Libre Competencia.

El hombre busca formas de superarse tanto en el ámbito personal como colectivamente que lo impulsa a plantearse nuevas metas. «... El hombre a fuerza de razón, constancia y experiencia, ha tenido que superar con su trabajo, a lo largo de la historia, sus propios condicionamientos; y orientar, a través del proceso educativo, su agresividad hacia tareas creadoras en el campo industrial, científico, cultural, deportivo, etc....»[1290].

El hombre requiere competir, concurrir al mercado, junto con otras personas con intereses similares, para satisfacer sus necesidades humanas con bienes y servicios.

La finalidad de la competencia es el de garantizar la igualdad de los competidores y asegurar el triunfo del mejor, sin que existan distorsiones por medio. Esta competencia no se lleva a cabo en un modelo de mercado perfecto sino en un mercado imperfecto, con poder en unos (monopolios u oligopolios) y donde todos los competidores luchan para conseguir la preferencia del consumidor, cada uno utilizando para sí sus mejores armas y estrategias.

1288 *Ibidem*, p. 49-B.

1289 *Ibidem*, p. 50-B.

1290 MARTOS NÚÑEZ (1987). *Op. cit.*, pp. 288-289.

«...Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las reglas de la competencia se traducen en prohibiciones a las empresas de recurrir a las prácticas restrictivas de la competencia, lo cual no es un concepto absoluto, sino funcional, que se satisface cuando la competencia es «practicable y efectiva», es decir, cuando existe una seria protección de los consumidores, y de los competidores entre ellos, por un conjunto de reglas del juego comercial...»[1291].

La legislación *antitrust* busca la prevalencia de la competencia evitando la protección de intereses particulares. Lo que el legislador desea con una ley *antitrust* es crear una política económica que permita el máximo de libertad de empresa, que elimine las intervenciones administrativas y cualquier otro elemento que obstaculice el libre funcionamiento de los mercados y permitirá el libre desenvolvimiento de las actividades económicas, sin que el ejercicio de las mismas conduzcan a situaciones no deseadas, tanto para los consumidores como para el interés general.

Contenido de la Competencia Económica

La competencia se puede dividir en dos campos relacionados con cada uno de los agentes del mercado. Así tenemos por el lado de productores o proveedores el estudio de la competencia desleal y el derecho de la libre competencia *antitrust* y del lado de los consumidores, la protección al consumidor y la protección contra la publicidad engañosa.

Ahora bien, en la competencia en si tenemos dos ramas a saber: el derecho de Competencia desleal y el derecho de defensa de la libre competencia.

Dhaeyer y Thilmany señalan que existe: «...una neta dualidad conceptual, pues contiene, de una parte, el derecho de la competencia desleal, y de otra, el derecho *'antitrust'*, aunque el derecho de la competencia desleal no pretende, mas que muy accesoria e indirectamente, la protección de las estructuras del mercado; intenta evitar que la concurrencia, creada, protegida, dirigida o controlada por las autoridades *antitrust*, no tienda hacia el extremo de convertirse salvaje. El instinto combativo, es a su vez, animado por el derecho *antitrust* y calmado por las normas de conducta de la competencia desleal»[1292].

Al ser la competencia reflejo del libre juego de la oferta y la demanda de bienes y servicios, su protección resulta fundamental para mantener la armonía en el mercado, tanto para productores como para consumidores.

Desde el punto de vista de la regulación los productores la ley aplicable es la Legislación de Libre Competencia (*Antitrust*) y la de la Competencia Desleal. En el lado de los consumidores la legislación aplicable es la ley de Protección al Consumidor.

Manuel Abanto Vásquez nos dice: «...La competencia (...) tiene dos aspectos: el referido a la libertad de los agentes económicos durante su actuación en el mercado y el referido a la (debida) lealtad entre los agentes económicos al momento de competir...»[1293].

[1291] *Ibidem*, p. 290.

[1292] *Ibidem*, p. 291.

[1293] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 23.

El tema que nos ocupa son los delitos contra la legislación de defensa de la libre competencia, específicamente cuando los que existen son abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia.

La competencia es bien jurídico tutelable. «...Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución no solamente de los fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de la libertad individual. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia. Tampoco puede existir una libertad de competencia si esta no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, el cual en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si estas no son controladas administrativa y/o penalmente...»[1294].

Proteger la libre competencia permite mantener la armonía en el mercado con reglas claras entre los competidores y para que estos al momento de interactuar eviten los abusos y la utilización de prácticas colusorias y restrictivas que restrinjan o dañen la libre competencia.

El delito contra la competencia tiene 2 expresiones, el abuso de la posición de dominio y las prácticas restrictivas en el mercado. Es requisito esencial para estos delitos económicos el que previamente sean regulados por una ley administrativa y después sean tipificados por la ley penal.

El Decreto Legislativo 701 señala las conductas que son ilícitas y cuando se tipifica el delito y que supuestos se requieren, pero para el aspecto penal nos remite al artículo 232 del propio Código Penal.

El derecho sanciona penalmente a aquellos que abusan de la posición de dominio o utilizan prácticas y acuerdos restrictivos para la fijación de precios, conspiración y concertación ilícita en el mercado, creación de barreras de entrada, etc.

2.7.5.2. Análisis del Artículo 232 del Código Penal

El Código Penal sanciona dos conductas: el Abuso de la Posición de Dominio y las Prácticas o Acuerdos Restrictivos.

Sólo serán sancionados penalmente las conductas que contravengan los supuestos de los artículo 5 y 6 del Decreto Legislativo 701. El Artículo 19 del D. Leg. 701, modificado por el D. Leg. 807 exige para la configuración del ilícito penal además del elemento del dolo (que es tratado más adelante) uno cuantitativo, el grave perjuicio al interés económico general. Si se presentan otras infracciones a la libre competencia estas sólo podrán ser sancionadas administrativamente pero no penalmente.

Tampoco se consideran delitos penales la «concentración económica», aunque esta implique conseguir una posición monopólica privilegiada en el mercado. Esta podrá ser sancionada administrativamente, con excepción de empresas encargadas de la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica (Decreto Supremo N° 27-95-ITINCI).

[1294] *Ibidem*, p. 27.

El delito se encuentra tipificado en el Capítulo IX denominado «Delitos contra el Orden Económico». Es importante señalar que antes de la promulgación del Código Penal de 1991, no se encontraban leyes penales que tipificaran específicamente lo que se denomina «delitos económicos». Su antecedente es el Decreto Legislativo N° 123 del 12 de Julio de 1981 «Ley sobre Delitos Económicos» que enmarcaba legalmente una serie de actividades relacionadas con la protección del consumidor, como el acaparamiento, la alteración de precios de alimentos y productos considerados como de primera necesidad.

El sujeto activo es el empresario, o conjunto de personas en las empresas que planean una estrategia, con el fin de fijar el precio en el mercado o que haciendo un uso abusivo de su posición de dominio puedan, por ejemplo, injustificadamente negarse a satisfacer demandas u ofertas.

Es sujeto pasivo la sociedad perjudicada por la realización de la conducta y en última instancia los consumidores. Un ejemplo claro es la fijación horizontal de precios que perjudica tanto al sistema como a los consumidores.

Muchas veces esta clase de delitos no se denuncian, pues las personas perjudicadas no advierten el daño que se ha realizado contra ellos y público en general.

Muchos autores consideran este tipo penal como una norma penal en blanco.

Según Manuel Abanto Vásquez una norma penal en blanco quiere decir: «...donde el tipo penal no está completo y remite a normas extrapenales para "completar" el vacío»[1295].

Según Luis Lamas Puccio la *ley penal en blanco* es: «...pues, el tipo penal principal resulta de la integración de dos leyes: la ley penal y la mercantil a la cual aquella se remite»[1296].

Bramont Arias señala: «...es la que conecta una pena a un tipo sólo genéricamente determinado, de manera que la conducta o (conductas) cuya comisión acarrea la pena, queda para ser determinada específicamente por otra disposición legislativa. La ley penal en blanco se limita a establecer que un género de conducta debe ser castigado con una determinada pena, delegando la estructuración a la acción punible de otra disposición...»[1297].

En el caso del artículo 232 del Código Penal la norma administrativa, extrapenal que la sustenta es el Decreto Legislativo 701, vinculándose la protección penal a la protección administrativa reforzándose la administrativa con la ley penal. Permitiendo sancionar con mayor dureza y fuerza a los que la contravienen. Abanto Vásquez señala: «...solo son perseguibles penalmente los supuestos específicos de prácticas restrictivas de la competencia: el «abuso de la posición dominante» en el mercado y las «prácticas colusorias» de los artículos 5 y 6. En tal sentido, ambos grupos de casos se identifican con los dos descritos de manera general en el artículo 232: el «abuso de posición monopólica u oligopólica en el mercado» y la participación en «prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios...»[1298].

1295 *Ibidem*, p. 40.
1296 *Ibidem*.
1297 EZAINE (s/f). *Op. cit.*
1298 ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, pp. 44-45.

La legislación española a diferencia de la peruana, señalaba en su artículo 294 del Código Penal de 1995 lo siguiente: «...alteraciones, mediante violencia, amenaza, engaño o información privilegiada, de los precios resultantes de la libre competencia...».

Como podemos ver el código penal español no vincula a la ley penal con la ley administrativa en donde llega a perder la verdadera esencia del bien jurídico protegido y podría llevar a la inaplicación del tipo penal.

Según Manuel Abanto Vásquez, en el artículo 232 del Código Penal se reconocen varios tipos penales, tres de abuso de posición dominante y nueve de prácticas colusorias o restrictivas, estas son:

Son considerados tipos penales de abuso de posición dominante las siguientes:

a. La negativa injustificada de comerciar de una o más empresas con posición de dominio.
b. La discriminación abusiva realizada por empresas con posición de dominio.
c. La imposición abusiva de cláusulas de atadura injustificadas por empresas con posición dominante en el mercado.

Son considerados tipos penales de utilización de prácticas y acuerdos restrictivos los siguientes:

a. La fijación concertada de precios y otras condiciones
b. El reparto concertado del mercado y de fuentes de aprovisionamiento
c. El reparto concertado de cuotas de producción
d. La concertación de la calidad de los productos
e. La discriminación concertada
f. La imposición concertada de cláusulas de atadura.

Todas estas prácticas fueron analizadas con detalle en capítulos precedentes.

Pese a ello resulta necesario analizar penalmente los dos grandes grupos.

El primer supuesto para que se configure el delito es «abusar de la posición monopólica u oligopólica en el mercado infringiendo la ley de la materia, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Para que se configure este primer supuesto es necesario que el sujeto activo ostente una posición monopólica u oligopólica en el mercado, que como ya explicáramos no está reprimido sino el abuso de esta, infringiendo la ley con la finalidad de alterar la competencia Bramont Arias agrega: «...La mayoría de veces con comportamientos unilaterales, que se dirigen tanto en contra de competidores como también de proveedores y consumidores, por eso, se afirma que operan vertical y horizontalmente, por ejemplo, abuso de poder puede ser la discriminación de precios o descuentos o la negativa de venta o suministro, como también los contratos de exclusiva...»[1299].

[1299] BRAMONT ARIAS TORRES (s/f). *Op. cit.*, p. 302.

El segundo supuesto se refiere participar en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, infringiendo la ley de la materia, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia.

En este caso el comportamiento que se castiga es la participación del sujeto activo en prácticas y acuerdos, es decir, la colaboración con otras personas parar lograr alterar la competencia.

Se sanciona dos clases de conductas:

a. Los pactos entre competidores para establecer precios, condiciones de comercialización, limitaciones al desarrollo técnico, repartición de zonas, acuerdos positivos o negativos en determinadas condiciones con terceros, impedir a terceros participar en el mercado y

b. El abuso de una «posición dominante», como las cláusulas restrictivas de la competencia (como negativa a contratar con terceros) fijar precios de reventa, cláusulas atadas, discriminación de precios entre clientes u otras condiciones equivalentes, precios predatorios, negativas de venta, destrucción de artículos o medios de producción.

El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 considera como presupuesto básico para que una conducta sea considerada violatoria el que debe ser contraria al interés económico general.

El interés económico general se afecta si los perjuicios que resultan son mayores que los beneficios. Como dice Otamendi[1300] «el interés económico general, será afectado cuando la restricción cause un daño relevante, sustancial. Este daño es la traba al funcionamiento del mercado de manera tal que una importante parte del público consumidor de ese mercado sufra las consecuencias de dicha limitación».

De esto se colige que hay comportamientos, conductas o actos que crean restricciones a la competencia. Sin embargo, estas pueden aportar mejores beneficios que perjuicios y por lo tanto no son punibles.

La condición es que los actos anticompetitivos y los abusos de posición dominante lesionen el interés económico general para que sean ilícitos, no se requiere de un acto adicional. «Surge por sí sola en cuanto las conductas afecten el correcto funcionamiento del mercado, o sea que se trata de un concepto cualitativo» expresa Jorge E. O'Farrel[1301].

Asimismo «las violaciones de la ley por los comerciantes y en las complejas relaciones que se dan en los medios financieros, muchas veces son difíciles de entender, entre otras razones porque sus perjuicios son difusos. No se trata de simples ataques de una persona contra otra. Es más, la gran mayoría de estas trasgresiones, sólo pueden ser apreciadas por expertos que disponen de conocimientos especializados», expresa Fernández Abor[1302].

El «dolo» es considerado como el elemento subjetivo por excelencia en el tipo penal.

[1300] OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*, p. 759.

[1301] O'FARREL, Jorge y VERA VILLALOBOS, Enrique. *El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la competencia.*

[1302] LAMAS PUCCIO (1993). *Op. cit.*

Existe confusión puesto que el significado de dolo en la doctrina penal es diferente al significado que tiene el dolo en la norma administrativa.

Peña Cabrera entiende como dolo: «...Al conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo»[1303].

Peña Cabrera reconoce dos elementos fundamentales para la existencia del dolo: el conocimiento y la voluntad. El conocimiento, señala, «es el aspecto intelectual o la conciencia de la realización de los elementos objetivos del tipo, el autor debe conocer la acción dolosa que va a realizar, este conocimiento debe implicar tanto a los elementos valorativos, como descriptivos y normativos; este conocimiento debe ser real, no puede ser un conocimiento potencial».

El segundo elemento es la «voluntad». Voluntad considerada como « la facultad mental de autodeterminarse, dirigirse hacia un fin», incluye de cierta manera la capacidad de discernimiento. La voluntad se encuentra representada por la decisión de ejecutar la conducta prohibida.

Otros autores señalan al dolo como la intención de realizar el delito, es el conocer y querer realizar el tipo objetivo.

Amado Ezaine define al dolo como: «La forma más importante y grave de la culpabilidad, su presencia en el delito acarrea las penas más severas...»[1304].

Carlos Fontan Balestra señala que: «obra con dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible, que quiere o acepta, pues su producción no le detiene en su obrar...»[1305].

El dolo tiene tres elementos, el primero es el conocimiento de la acción que se va a realizar, de lo que se va hacer, luego el conocimiento de las consecuencias probables que la realización del hecho podrían acarrear y en último lugar el conocimiento de la criminalidad del acto, es decir, que lo que se va a realizar se encuentra tipificado como delito.

En este sentido Manuel Abanto Vásquez señala: «...el que concierta una restricción de la competencia o abusa de su posición de dominio en el mercado estaría actuando con dolo. Es más, en muchas ocasiones lo estaría haciendo con dolo directo de primer grado pues su conducta va dirigida precisamente a la eliminación de la competencia de los competidores o a perjudicar o desplazar a un competidor del mercado...»[1306].

En cambio la norma administrativa toma el dolo en un sentido civil, o mercantil el cual se encuentra regulado en los artículos 1969 y 1970 del código civil que a la letra dicen:

> «Artículo 1969: Aquel que por daño o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo...»
>
> «Artículo 1970: Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo».

1303 PEÑA CABRERA (s/f). *Op. cit.*, p. 330.

1304 EZAINE (s/f). *Op. cit.*, p. 503.

1305 *Ibidem*, p. 503.

1306 ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*

La tentativa es considerada como la imperfecta realización del delito.

Según Peña Cabrera: «...Estas "formas imperfectas" de ejecución o realización del tipo se inscribe dentro del ámbito del estudio de la tipicidad; pero no porque la tentativa constituya un tipo específico, sino porque es fase previa a la plena realización del tipo correspondiente»[1307].

Peña Cabrera señala que el hecho punible para su realización tiene distintas etapas:

«a) La ideación. Es un proceso de elaboración mental de la idea delictiva que origina en el agente, la resolución de realizar el hecho "delictivo". Es la lucha entre la idea delictiva y las objeciones morales o utilitarias que pugnan contra ella (...).

b) Preparación. El autor en esta etapa, selecciona los medios ya con miras para la consecución del fin delictógeno.

c) Ejecución. Es el empleo concreto de los medios seleccionados en el plan criminoso. Las fronteras entre la preparación y ejecución constituyen una tarea de deífico esclarecimiento. (...)

d) Consumación. Es la obtención cabal de la finalidad típica programada y mediante los medios empleados por el autor, es decir, todos los elementos del tipo se realizan en la consumación»[1308].

En la tentativa el agente realiza todos los actos necesarios, da comienzo a la ejecución del delito y por razones externas, no realiza todos los actos de ejecución que exige la causación del delito, sea debido a la propia voluntad del agente, o por circunstancias ajenas.

En el caso que estamos analizando generalmente no se presenta la tentativa. Analicemos las razones.

Abuso de Posición de Dominio.- En este caso no se puede dar la tentativa por cuanto el delito se configura con la negativa de contratar, el trato discriminatorio y la exigencia de las cláusulas de atadura, no siendo posible la realización de actos previos.

Prácticas Restrictivas.- Tampoco admite la tentativa puesto que se consuma con la simple participación en las prácticas por medio del acuerdo tácito o expreso infringiendo la ley de la materia. No se exige que en realidad se haya alterado la libre competencia en el mercado, pues es suficiente tener esa finalidad u objetivo.

Sin embargo puede considerarse tentativa los actos previos a la toma del acuerdo. En este supuesto habría problemas al momento de probar el hecho. Es probable que esas reuniones previas no puedan ser detectadas por los órganos administrativos de control y regulación.

Definamos penalmente los términos de «autoría» y «participación»:

[1307] PEÑA CABRERA (s/f). *Op. cit.*, p. 347.

[1308] *Ibidem*, pp. 347-348.

Autoría

El artículo 23 del código penal señala: « El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible, y los que se cometen conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción»[1309].

El hecho punible puede ser realizado en forma individual o por varios agentes. Las motivaciones son distintas. Puede ser asegurar la realización del delito o garantizar la impunidad. También la necesidad de recurrir a varias personas para repartirse las tareas para la comisión efectiva del delito.

La autoría se manifiesta de forma directa o mediata, indirecta y coautoría.

Participación

Para Zaffaroni «...la participación tiene dos sentidos diferentes. En un sentido completamente amplio es el fenómeno que se opera cuando una pluralidad de personas toman parte en el delito, con el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; y en sentido limitado o restringido, "partícipes", cuando otras personas toman parte en el delito ajeno, sentido en el cual son partícipes solo los cómplices y los instigadores, quedando fuera del concepto los autores...»[1310].

Las formas de la participación son: instigación y complicidad.

Para el presente delito se aplican las reglas generales establecidas en el artículo 23 citado.

Para el caso de abuso de posición de dominio se exige una condición especial del agente, es decir, que tenga una posición de dominio en el mercado. El responsable en estos casos será siempre el representante u órgano autorizado de la empresa abusiva.

Para el caso de las prácticas restrictivas a la libre competencia será de aplicación el artículo 27 el cual establece: «...El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada...»[1311].

En este sentido será autor el que realice la conducta con algún grado de representación de la empresa en cuyo favor actuó.

Con la finalidad de castigar los delitos cometidos por las personas jurídicas y sobre quién debe recaer la responsabilidad colectiva deben elaborarse nuevas doctrinas. Lamas Puccio dice al respecto: «El establecimiento del principio de la responsabilidad penal de la empresa, es decir, que toda empresa o colectividad, sea propiedad privada o estatal, debe ser responsable de sus actos delictivos o nocivos, sin que ello excluya la responsabilidad penal de sus funciones».

1309 Código Penal.

1310 PEÑA CABRERA (s/f). *Op. cit.*, p. 297.

1311 Código Penal.

El artículo 232 del Código Penal establece como sanción pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación.

La pena, según Bramont Arias, «...es una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito o una falta (...) toda pena implica eliminación o disminución de un derecho predicable de la persona (vida, integridad física y mental, honor, libertad, patrimonio)...»[1312].

En los delitos económicos hay discusión sobre la teoría de la pena a aplicar, si la retributiva, preventivo general y preventivo especial. En este sentido explica Manuel Abanto Vásquez: «...En efecto, se suele admitir que la prevención especial no funciona para el delincuente económico, pues se trata de personas no necesitadas de resocialización. Pero también puede considerarse prevención especial en el sentido más estricto de "evitar la reincidencia": la pena privativa de libertad podría desarrollar un "efecto contramotivador" de la reincidencia. Sin embargo consideramos que, en el Derecho Penal Económico, la prevención especial también es posible en otro sentido. Habría que considerar la rehabilitación y reeducación en un sentido adecuado al tipo de autor, es decir considerando el modelo de agente económico que se desea para un Estado de Derecho social y democrático. Claro que implicaría crear todo un sistema carcelario correspondiente a estos fines...»[1313].

Lo que se busca con los delitos económicos es crear penas intimidatorias que logren prevenir la realización de los delitos. Deben ser intimidatorias tanto en magnitud como en su imposición efectiva. Esto para lograr que los sujetos activos o autores se cohíban de realizar la acción típica al conocer la severidad pena que les podría corresponder. Se trata desde un punto de vista económico del derecho de la sociedad de contrarestar las ganancias provenientes de los delitos económicos.

En el Derecho Penal Económico peruano siempre ha existido una tolerancia excesiva con los delitos económicos puesto que la máxima pena es de 6 años y se prevé la sustitución de la privación de la libertad por sanciones onerosas.

Este hecho trae como consecuencia numerosos beneficios para el delincuente, tanto en la prescripción de la pena como en obtener condena condicional o la reserva del fallo condenatorio.

La privación de libertad tiene efectos especialmente intimidatorios en los delincuentes económicos, siempre que sea impuesta de manera efectiva y en donde se garantice su cumplimiento.

> «...pese a las dificultades cada vez más crecientes en la probanza de la responsabilidad penal, una política de persecución penal consecuentemente intimidatoria no debe renunciar a la imposición de penas privativas de libertad, sobre todo contra directivos de las grandes empresas. Hay que prever, además, que la privación de libertad sea efectiva para los casos más graves...»[1314].

[1312] BRAMONT ARIAS TORRES (s/f). *Op. cit.*, p. 79.
[1313] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 203.
[1314] *Ibidem*, p. 205.

Efectivamente para los delitos económicos más graves la pena privativa de la libertad debe funcionar. Es indispensable la difusión e información al público de la existencia de estos delitos económicos. Cuanta más información se tenga de las conductas que son punibles es mayor la justificación de la aplicación de severas sanciones.

Las multas son penas pecuniarias, señaladas en base al sistema de días-multa, es decir, multiplicando el número de días por la cuota promedio de renta del condenado en un día lo que se cuantifica sobre la base de sus ingresos y egresos. Este sistema permite adecuar la multa tanto a la culpa como a las condiciones económicas del condenado.

Las multas penales en los individuos no son consideradas como intimidatorias puesto que los costos de la sanción son derivados a los consumidores.

También se puede recurrir a otros tipos de medidas, como la inhabilitación profesional, el trabajo social voluntario, la publicidad del procedimiento y de la sentencia, las cauciones.

El artículo 20 del D. Leg. 701 fue modificado por el artículo 12 del D. Leg. 807.

Artículo 20.- Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos.

Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

Abanto Vásquez[1315] considera que dado que la Comisión otorga mucha importancia a la difusión y prevención general, en muchos procesos se suelen aceptar compromisos. Además menciona que, sin embargo, la oferta de compromiso de los denunciados no obliga a la Comisión a aceptar, sobre todo si considera que los ilícitos son graves o no se ha cesado con la práctica. Tampoco cabe desestimiento de las denuncias, pues las normas que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia son de orden público.

Esta exoneración de la sanción puede verse explicada definiendo en primer lugar qué entendemos por exoneración:

En términos jurídicos, Flores Polo señala:

«En términos generales: liberación del cumplimiento de una obligación o carga. En Derecho tributario, dícese del beneficio o privilegio establecido por la ley, en forma expresa, en cuya virtud un hecho económico imponible (afecto a impuesto) deja de serlo, con carácter temporal o permanente...»[1316].

Por su parte, Cabanellas señala:

«Liberación, descargo de peso, servicios, obligación o culpa. Disminución, alivio o atenuación de unos u otras. Destitución, separación, cese o privación de empleo...»[1317].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* lo define de la siguiente manera:

«En el alcance etimológico y del lenguaje corriente, exoneración de responsabilidad es tanto como aliviar, descargar o eximir de la deuda, u obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito de una culpa o de otra causa legal(...). Pero en el ámbito del Derecho, entendida como liberación de la responsabilidad jurídica, su alcance técnico implica una distinción de los conceptos de responsabilidad civil y responsabilidad penal, pues no siempre las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal o exoneran de la misma eximen, igualmente, de la responsabilidad civil...»[1318].

Esta exoneración de responsabilidad, es más bien un compromiso generado de quien lo solicita, ya que éste puede conseguir su exoneración si a cambio, como bien señala la ley, proporciona pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica. Esta proporción de pruebas responde a una estrategia impulsada por Indecopi para facilitar la investigación de infracciones.

El artículo 21 fue agregado por el artículo 13 D. Leg. 807.

Artículo 21.- En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere,

[1315] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 398.

[1316] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 575.

[1317] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 634.

[1318] OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 599.

en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

La solicitud de medida cautelar se podrá presentar en cualquier estado del procedimiento, aceptándola o desestimándola la Comisión de Libre Competencia en un plazo no mayor de 10 días útiles. La medida cautelar podrá decretarse aún antes de iniciarse un procedimiento de investigación dentro de los quince (15) días útiles siguientes a su notificación.

Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión de Libre Competencia no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios señalados en el Artículo 23°. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta, hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer otra multa o sanción distinta al final del procedimiento.

Sobre las medidas cautelares mencionadas podemos decir que se entiende por Medida Cautelar «a aquella que garantiza el cumplimiento del fallo definitivo o, en su caso, evitar o reducir los eventuales riesgos, respecto de la pretensión discutida, que pudieran presentarse durante la tramitación del proceso hasta la expedición de la sentencia»[1319].

El artículo 612 del Código Procesal Civil, además señala que «toda medida cautelar se caracteriza por importar un prejuzgamiento y por ser provisoria, instrumental y variable».

Las medidas cautelares *in genere*, dice Podetti[1320], están comprendidas dentro de los fines primordiales de la jurisdicción, como derecho-deber del Estado, aunque pueda verse en alguna de ellas una preponderancia de la finalidad pública sobre los fines privados. Mediante ellas, el poder jurisdiccional satisface el interés particular de asegurar un derecho aún no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de medida cautelar, satisface el interés particular de asegurar un derecho aún no declarado, pero con mayor o menor intensidad, según la especie de medida cautelar, satisface el interés general y público de asegurar la paz en la convivencia social y evitar la pérdida o desvalorización de los bienes económicos.

Pedro Sagástegui señala que «la naturaleza jurídica de las medidas cautelares está constituida de un lado como cautela y de otro como contracautela. La primera, por ejemplo, es el embargo preventivo como protección excepcional del derecho del presunto acreedor. La segunda es la fianza que cubra el riesgo de que tal embargo sea indebido, perjudicial o exhorbitante»[1321].

Además Sagástegui señala «que en el Derecho Civil y Comercial las medidas cautelares aparecen con nitidez en todo contrato en el cual adopten los contratantes medidas que aseguren a los mismos, rigiendo la autonomía de la voluntad y primando la *'pacta sun ser-*

1319 Código Procesal Civil. Artículo 608.

1320 PALACIOS GARCÍA, Luis. *Práctica Procesal Civil.* Tomo III, Lima: Editorial Jurídica, 1993, p. 59.

1321 SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares.* Lima: Editorial San Marcos, p. 103.

vanda'. Así encontramos la hipoteca, la prenda, fianza solidaria o mancomunada e incluso la aplicación de la cláusula y compromiso arbitral, figuras todas reguladas por nuestro Código Civil y Código de Comercio, así como normas complementarias»[1322].

Desde otra perspectiva Goldschmidt, citado por Ottlengui, consideró que la petición de una medida cautelar era una forma especial de la acción procesal, expresándose así: «El objeto del proceso civil es, desde luego, en la mayor parte de las veces declarativas; pero también existen acciones por las que el demandante no hace valer más que una pretensión de tutela jurídica, como lo son todas las acciones constitutivas, y las que persiguen una sentencia de ejecución o un embargo»[1323].

El Código Procesal Civil regula las siguientes medidas cautelares específicas o típicas:

- **Medidas para una ejecución forzada** (C.P.C. artículo 642 y ss).
- **Embargo en forma de depósito** (C.P.C. artículo 649, párrafo 1°).- «Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley».
- **En forma de depósito** (C.P.C. artículo 649, párrafo 1°).- «Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos, procediéndose de la manera como se indica en el párrafo siguiente...».
- **En forma de inscripción** (C.P.C. artículo 656).- «Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente».
- **En forma de retención** (C.P.C. artículo 657).- «Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez».
- **En forma de intervención en recaudación** (C.P.C. artículo 661).- «Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella.

  La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro.

[1322] *Ibidem*, p. 104.

[1323] OTTOLENGUI, Mauricio A. *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Ed. Ediar S.A., 1946. p. 513.

La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir el Juez».

- **En forma de intervención en información** (C.P.C. artículo 665).- «Cuando se solicita recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez».

- **En forma de administración** (C.P.C. artículo 669).- «Cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan».

- **El Secuestro** (C.P.C. artículo 643).- «Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.

  Cuando la medida tiende asegurar el pago dispuesto en mandato ejecutivo, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.

  Se aplican al secuestro, en cuando sean compatibles con su naturaleza, las disposiciones referidas al embargo».

- **Judicial** (C.P.C. artículo 643, párrafo 1°).

- **Conservativo** (C.P.C. artículo 643, párrafo 2°).

- **Anotación de demanda** (C.P.C. artículo 673).- Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución, de la resolución que la admite y de la cautelar.

  El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.

  La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.

- **Medidas temporales sobre el fondo** (C.P.C. artículo 674 y ss).- Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide o por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta.

- **Medidas innovativas** (C.P.C. artículo 682 y ss).- Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.

- **Medidas de no innovar** (C.P.C. artículo 687).- «Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho presentada por el momento de la admisión de la demanda, en relación con las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley».

Al lado de las medidas cautelares específicas o típicas, el Código Procesal Civil contempla también las siguientes:

- **Medida anticipada** (C.P.C. artículo 618).- «Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente a la ejecución de la sentencia definitiva.

  A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria.

  La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo».

- **Medida cautelar genérica** (C.P.C. artículo 629).- «Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva».

Además el Código Civil señala los requisitos especiales de la solicitud de medida cautelar:

a) Exposición de los fundamentos de la pretensión cautelar.

b) Señalamiento de la forma o modalidad de la medida solicitada.

c) Indicación, si fuera el caso, de los bienes sobre los que recaerá la medida.

d) Indicación del monto de la afectación.

e) Ofrecimiento de contracautela.

f) Designación del órgano de auxilio judicial (depositario o custodio).

Con respecto a la contracautela tenemos que tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución.

Esta contracautela no es necesaria en los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades, así como la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial (C.P.C. artículo 614).

2.7.6. La Indemnización Civil por Responsabilidad Extracontractual

El artículo 22 del D. Leg. 701 señala el momento en el que se presenta esta responsabilidad:

Artículo 22.- Quien en forma maliciosa o sin motivo atendible solicite a la Secretaría de Investigaciones será responsable de las costas personales sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar. Asimismo, será sancionado por delito de calumnia.

La Secretaría debe rechazar de plano solicitudes de investigación que sean manifiestamente infundadas.

La responsabilidad es definida por la Real Academia Española como:

«Calidad de responsable. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado(...). Capacidad en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente...»[1324].

El *Diccionario Enciclopédico Larousse* señala:

«Calidad de responsable. Obligación moral que se tiene a consecuencia de haber o haberse cometido un falta(...). Responsabilidad Civil: Obligación de reparar los daños y perjuicios causados a otro por el incumplimiento de un contrato, o toda acción perjudicial cometida por uno mismo, por una persona que depende de otra o por algo que se tiene bajo custodia(...). Responsabilidad jurídica: la que supone la existencia de un daño, que alcanza a la sociedad en general, a una persona determinada o a ambas a la vez(...). Responsabilidad moral: imputabilidad de un acto moralmente bueno o malo a su autor, considerado como su causa libre de haberlo querido y realizado...»[1325].

En términos jurídicos, Flores Polo señala:

«En términos estrictamente generales, dícese de la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado (Cabanellas). Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. Etimológicamente, la palabra viene del latín *responsus*, participio pasado del verbo *respondére*, que significa hacerse garante(...). La responsabilidad en Derecho supone dos categorías fundamentales, entendida como responsabilidad jurídica, opuesta por principio a la responsabilidad moral, que se funda en el pecado o en la agresión a la divinidad. Nos referimos a: 1) responsabilidad civil, que puede ser contractual y extracontractual; y la responsabilidad penal, que a su vez supone: a) la responsabilidad criminal propiamente dicha; y, b) la responsabilidad civil derivada del delito. El concepto de responsabilidad es uno de los más importantes en la disciplina jurídica y se encuentra presente en la totalidad de las ramas del Derecho. En su expresión civil se considera que es contractual si se origina en el incumplimiento de un contrato, o como sanción derivada de la aplicación de una cláusula penal inserta en el mismo, para casos de incumplimiento o mora; resulta ser extracontractual cuando se deriva del hecho de haberse producido un daño ajeno a toda vinculación convencional, por culpa o por dolo que no constituyen infracción punible (sancionable en la vía penal). Estas formas de responsabilidad(...). Estas formas de responsabilidad constituyen lo que la doctrina llama responsabilidad subjetiva, ya por acción, ya por omisión, propias o ajenas, y que ha sido base de la teoría tradicional sobre esta importante materia...».

Por su parte Cabanellas sobre la responsabilidad, señala:

1324 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1784.

1325 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 878.

«Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. Deuda. Deuda moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario»[1326].

Este mismo autor, sobre la responsabilidad civil señala:

«El talión económico-jurídico: la obligación de resarcir, en lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, y sin causa que excuse de ello(...). Entre el responsable y la víctima surge un vínculo de obligación: el primero se convierte en deudor y la segunda en acreedora de la reparación. Uno y otra, fuera de su voluntad. Incluso cuando la responsable ha querido causar el daño, la obligación nace sin que él haya consentido: ha querido el daño, no ha querido convertirse en deudor de la reparación. E incluso, si por un imposible lo hubiera querido, no lo obligaría esa voluntad, sino la ley. Una vez realizado el daño, cuando su autor quiere repararlo, no es tampoco su voluntad la que crea la obligación; tiene tan solo la intención de cumplir con una obligación que ha nacido fuera de él, desde el instante de la realización del perjuicio(...). La responsabilidad moral se plantea entre la conciencia del hombre y el juicio divino, corresponde al fuero interno; y, aunque pueda disponer la reparación del daño, no lo es a título de sanción. Por ello se diferencia de la responsabilidad jurídica en sus especies civil y penal. Una y otra requieren una acción o una abstención: el pensamiento debe exteriorizarse y además causar un perjuicio. Si éste afecta a la sociedad, existe responsabilidad penal; si alcanza a una persona determinada, se está ante la responsabilidad civil. Conviene agregar, siempre que no trascienda de su patrimonio o de sus derechos personales(...). Caracteres: se señalan como peculiares de la responsabilidad civil: a) Ser personal, directa del obligado; b) patrimonial, pues sólo sobre sus bienes recae; c) Causal, por exigirse la relación de causa a efecto entre el responsable o las personas a su cargo, los animales suyos o las cosas que el pertenezcan; d) Material, aunque vaya abriéndose paso a la indemnización del daño moral; e) La actitud que la origina, una culpa *in eligendo* o *in vigilando*(...). Sin agotar tampoco una de las cuestiones más arduas y más propensas a suscitar litigios en la actualidad, precisiones importantes se concretan en las dos especies básicas en que la institución se desdobla: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual...»[1327].

Y, por último, Cabanellas señala lo siguiente sobre la responsabilidad extracontractual:

«La exigible por culpa de tercero, cuando medie dolo o culpa, y aún por declaración legal sin acto ilícito ni negligencia del que resulte así responsable. Desde el criterio de la relación de causalidad, la responsabilidad extracontractual va evolucionando del criterio antiguo subjetivo (de auténtica responsabilidad por culpa) al moderno sistema objetivo, aún sin culpa, sin más que el hecho de ser autor del daño o perjuicio(...). Elementos: Surgen de ahí los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes), y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño, porque el simple desagrado u otro elemento psicológico carece de relieve económico jurídico, fundamento de esta responsabilidad. El elemento subjetivo lo integra la culpa (en realidad el dolo en el pensamiento del legislador, por conciencia y voluntad del daño) y la negligencia (en mejor técnica, culpa estricta: el descuido, ignorancia o imprudencia, sin deseo de causar perjuicio...»[1328].

[1326] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 191.

[1327] *Ibidem*, pp. 193-194.

[1328] *Ibidem*, p. 198.

Sobre la responsabilidad extracontractual, Fernando de Trazegnies señala que:

> «Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por ésta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona(...).Tiene que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa efecto; independientemente de que, una vez establecida ésta, el Derecho exija todavía otros elementos más para convertir al causante en efectivamente responsable (culpa, por ejemplo, en los casos de responsabilidad subjetiva)»[1329].

Por su parte, Rey de Castro considera que existe Responsabilidad Extracontractual como consecuencia de: «En primer lugar, el daño es injusto y hay responsabilidad cuando es efecto de una acción u omisión culpable de la persona, es decir, cuando ha querido causar ese daño o lo ha causado faltando al deber de previsión o diligencia que todos hemos de observar en nuestros actos. Se interrumpe la relación de causalidad y ya no hay responsabilidad si el daño ha obedecido a un acontecimiento extraño como la fuerza mayor, el caso fortuito del que no se responde, el hecho de un tercero de cuyos actos no se es garante, o la culpa de la propia víctima... En segundo lugar, el daño se reputa injusto y es por tanto indemnizable, cuando el legislador, atendiendo a motivos de solidaridad social, obliga a la reparación sin necesidad de que el responsable haya incurrido en dolo o culpa. Este tipo de responsabilidad no fue reconocido por el derecho tradicional, profundamente individualista y apegado a la idea de que sólo por actos volitivos puede obligarse el hombre»[1330].

En este sentido, Trimarchi señala que «el análisis causal de la responsabilidad no se basa en el orden natural de causas sino en la voluntad de la ley. Esta voluntad responde a finalidades antes que a mecanismos; es decir, mientras que la naturaleza está tramada por las causas eficientes (relación causa-efecto) que crean mecanismos automáticos o regularidades fácticas, el Derecho está tramando por propósitos sociales que establecen vinculaciones entre los hechos con miras a la realización de ciertos valores o fines sociales»[1331].

Respecto de la causalidad, Goldenberg considera que «la causalidad natural, de carácter mecánico, apunta únicamente al enlace material entre un hecho antecedente y un hecho consecuente, mientras que la autoría se refiere a la posibilidad de imputar un obrar a una persona determinada»[1332].

Como enfatiza De Trazegnies, respecto de la relación de causalidad en el Código Civil Peruano:

1329 DE TRAZEGNIES, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil, Volumen VI, Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

1330 REY DE CASTRO, Alberto. *La Responsabilidad Civil Extracontractual.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1972, p. 12.

1331 TRIMARCHI, Pietro. «Causalitá giuridica e danno». En: VISTINI, Giovanna. *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.* Milán: Dott. A. Giuffrè Editore, 1984, p. 1.

1332 GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, N° 14, p. 45.

«El Código Civil Peruano prescribe expresamente que la causalidad debe ser analizada, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual, es la adecuada. Y, aún cuando este adjetivo pueda ser interpretado de múltiples maneras si se lo toma en su sentido profano, no cabe duda de que tiene una significación particular dentro de la comunidad jurídica contemporánea. Por consiguiente, podemos afirmar que el Código Civil Peruano ha acogido la teoría de causalidad adecuada.

Ya que nos referimos al Código Civil Peruano, procederemos a señalar los artículos pertinentes a la responsabilidad extracontractual. En el caso específico de la responsabilidad extracontractual señalada en el artículo 22 del D. Leg 701, esta es subjetiva por cuanto es ocasionada por dolo o culpa. Así el artículo 1969 del Código Civil señal: "Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".

Respecto de la indemnización, el Código Civil Peruano señala en su artículo 1985: «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño».

Habiéndonos referido líneas arriba a la relación de causalidad, procederemos ahora a referirnos al Daño Emergente:

Flores Polo define el daño emergente de la siguiente manera:

«Pérdida que sufre el acreedor por el incumplimiento de su deudor. Para la academia es el detrimento o destrucción de los bienes, a diferencia del lucro cesante, que priva del aumento del patrimonio»[1333].

Cabanellas señala sobre el daño emergente:

«Detrimento, menoscabo o destrucción material de los bienes, con independencia de los efectos patrimoniales o de otra índole que el mal origine. El daño emergente, la pérdida sobrevenida al acreedor por culpa u obra del deudor, al no cumplir la obligación, se traduce en una disminución de su patrimonio; mientras que la categoría opuesta, el lucro cesante, se configura principalmente por la privación de aumento patrimonial, por la supresión de la ganancia esperable. (Daños y Perjuicios)».

Este mismo autor, sobre los Daños y Perjuicios, señala:

«Constituye este concepto uno de los principales en la función tutelar y reparadora del Derecho. Ambas voces se relacionan por completarse; puesto que todo daño provoca un perjuicio, y todo perjuicio proviene de un daño. En sentido jurídico se llama daño a todo el mal que se le causa a una persona o cosa, como una herida o la rotura de un objeto ajeno; y por perjuicio la pérdida de utilidad o de ganancia, cierta y positiva, que ha dejado de obtenerse; pues el herido, por ejemplo, ha perdido sueldos u honorarios, o la máquina rota ha dejado de producir tal artículo. Esta fórmula, en realidad abreviatura de indemnización por daños y perjuicios, es la suma de dos nociones jurídicas denominadas también daño emergente (la disminución patrimonial) y lucro cesante (el obstáculo para nuevas adquisiciones patrimoniales)...»[1334].

[1333] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 397.

[1334] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 10.

De Trazegnies considera que «encontramos fundamentalmente dos grandes categorías de daños económicos, que parecen estar en condiciones de comprender la multiplicidad de situaciones que se presentan en la práctica: el daño emergente y el lucro cesante»[1335].

Luego de referirnos al daño emergente procederemos a tratar el tema del lucro cesante. Respecto del Lucro Cesante tenemos que, ya que el lucro cesante es un término jurídico, tomaremos la definición de Flores Polo sobre este respecto:

> «Dícese de lo que una persona deja de ganar debido al incumplimiento de la obligación imputable de su deudor. Utilidad dejada de percibir. La jurisprudencia de la Corte suprema ha establecido muchos precedentes en el sentido de que la indemnización por mora no excluye el pago de los daños y perjuicios sufridos por el defectuoso cumplimiento de la obligación. Tanto el daño emergente como el lucro cesante, deben ser debidamente probados a fin de que proceda su abono...»[1336].

Por su parte, Cabanellas lo define como:

> «Ganancia o beneficio que se ha dejado de obtener por obra de otro, perjudicial para los propios intereses. Utilidad que se calcula por la que con dinero dado en mutuo o empréstito podría haberse obtenido. El rendimiento del dinero durante el tiempo que lo ha obtenido el deudor, mutuario o prestatario, se entiende que pertenece justamente al acreedor, mutuante o prestamista.
>
> Al igual que el interés, con el cual está emparentado el lucro cesante que resulta difícil distinguirlo en ocasiones, como en la indemnización de daños y perjuicios, y con la usura, en que puede degenerar, el lucro cesante, en cuanto a la licitud y a la cuantía legítima en su caso, ha suscitado agitadas polémicas entre juristas, filósofos y moralistas...»[1337].

Sobre el lucro cesante De Trazegnies señala: «El concepto de lucro cesante comprende aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino... Mientras hay un empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente. Por otra parte, como dice Adriano de Cupis, el daño emergente afecta un bien o un interés actual, ya que corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño»[1338].

2.7.7. Las sanciones administrativas. Criterios de graduación de la pena

Cuando ha sido violado el principio de veracidad que exige la Autoridad Administrativa, se procederá:

Administrativamente:

La consecuencia inmediata será la de declarar la nulidad del acto o del proceso que se esté siguiendo. Además, las Autoridades tienen la plena facultad de interponer multas a quienes

---

1335 DE TRAZEGNIES (1988). *Op. cit.*, p. 35.

1336 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 162.

1337 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 233.

1338 DE TRAZEGNIES (1988). *Op. cit.*, p. 37.

incurriesen en estos supuestos, considerando en todo momento la magnitud del daño potencial o efectivamente generado a la sociedad y/o al Estado.

La norma dice:

> **Artículo 16** .- «Al detectarse fraude o falsedad en la declaración se anulará el acto o procedimiento administrativo que se haya sustentado o basado en dicha declaración, siendo además el infractor pasible de las medidas previstas en el Artículo 6° de la Ley».
>
> **Artículo 17**.- «Sin perjuicio de las consecuencias administrativas y penales contempladas en el Artículo 6° de la Ley en caso de fraude o falsedad en la prueba documental o en la declaración del interesado, las entidades impondrán multas a quienes incurriesen en tales supuestos. Tales multas serán impuestas por las entidades que detecten la infracción o por el INAP, considerándose la magnitud del daño potencial o efectivamente generado a la sociedad y/o al Estado. Su monto no excederá de dos UIT si el infractor es persona jurídica y de media UIT si es persona natural, vigentes a la fecha de hacerse efectivo el abono a favor de la entidad correspondiente.
>
> La cobranza de las multas a que se refiere el presente artículo se hará efectiva de conformidad con el Decreto Ley No. 17355».

Cabe señalar que ante las resoluciones de imposición de multas, se puede interponer recurso impugnativo de apelación, en virtud del cual luego de dictarse resolución se agota la vía administrativa. Cuando se interpone el recurso impugnativo ante una multa, automáticamente se suspende la cobranza coactiva de la multa hasta que se expida resolución final.

La norma dice:

> **Artículo 18**.- Ante las resoluciones que impugnan las multas a que se refiere el artículo anterior cabe la interposición del recurso impugnativo de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, con cuya resolución queda agotada la vía administrativa. La interposición de dicho recurso suspenderá la cobranza coactiva de la multa, hasta la expedición de la resolución final.

Civilmente:

En el ámbito civil, sólo tendrán lugar las acciones indemnizatorias pertinentes a los que ya nos referimos líneas arriba.

Penalmente:

Cuando es verificado el delito cometido por fraude o falsedad en la prueba documental o en la declaración del propio interesado, entonces la Administración considerará a la exigencia del administrado como no satisfecha y sin efecto alguno. Luego de ello la Autoridad pondrá en conocimiento de autoridad competente para que instaure el correspondiente proceso penal.

El D.S. N°015-2000-ITINCI del (29-06-2000).- Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI establece que los requisitos formales del procedimiento para Prevenir, Eliminar, o sancionar las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de

Libre Competencia en la Producción y Comercialización de Bienes y en la Prestación de Servicios, son los siguientes:

1. Datos de identificación y domicilio de la Persona Natural o Jurídica, poderes del Representante Legal.
2. Actividad económica del o los denunciantes.
3. Tipificación o descripción de la práctica que se denuncia: Abuso de Posición de Dominio en el Mercado, Prácticas que restrinjan, impidan o limiten la Libre Competencia.
4. Presentación u ofrecimiento de pruebas que acrediten la Práctica que se denuncia.
5. Nombre o Razón Social de otras empresas nacionales que se dediquen a la actividad objeto de la práctica.
6. Nombre o Razón Social de quienes se presume se encuentren ejecutando la práctica.
7. Indicación de reincidencia o reiterancia, de ser el caso.
8. Las Pruebas que permitan apreciar la existencia del perjuicio (ventas, inventarios, utilización de capacidad instalada, empleo, inversión, producción, salarios, etc.).
9. Copia de la solicitud y recaudos, según el número de denunciados.
10. Cualquier documento que tenga estricta relación con la denuncia presentada.

- Pago por derechos de trámite: 0,30 UIT.
- Dependencia donde se inicia el procedimiento: Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia u Oficina Descentralizada.
- Pago por Recurso de Reconsideración: 0,30 UIT Procede dentro de los 15 días de Notificada la resolución.
- Autoridad que resuelve la Solicitud y la Reconsideración: Comisión de Libre Competencia.
- Pago por Recurso de Apelación: 0,30 UIT Procede dentro de los 15 días de notificada la Resolución.
- Autoridad que resuelve la Apelación: Sala de Defensa de la Competencia. Tribunal de Indecopi.

El artículo 23° del D. Leg. 701 fue modificado por el artículo 11° del D. Leg. 807:

Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3°, 5° y 6° las siguientes multas:

a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial, comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.

b) La dimensión del mercado afectado.

c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

e) La duración de la restricción de la competencia.

f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

Respecto a las sanciones pecuniarias Abanto[1339] nos explica que el sistema administrativo peruano sólo prevé las sanciones de multa, basadas en unidades impositivas tributarias (UIT), es decir, sumas fijadas por el Ejecutivo en función de inflación. Según el texto antiguo del art. 23 estas multas podían llegar hasta las 50 UIT. En 1995, cuando 1 UIT equivalía a 2000 soles (actualmente equivale a 3000 soles), 50 UIT correspondían a 100,000 soles (entonces unos 40,000 dólares). En caso de reincidencia el monto de la multa podía ser duplicado.

Después fue presentado un proyecto para la elevación del máximum de las sanciones administrativas hasta las 1000 UIT, lo cual generó protestas de los representantes de la industria.

A la fecha el art. 23 ha sido modificado por el D. Leg. 807.

El mismo autor[1340] nos señala que la Comisión está siguiendo una política progresiva de persecución de los ilícitos contra la competencia. Así se puede observar que durante los primeros años de vigencia (1993 y 1994) casi no impuso sanciones administrativas. A partir de 1995 empezó a imponer multas graves, la que debido al marco legal, no pudieron alcanzar niveles elevados (el máximum de multa era de 50 UIT, aproximadamente 50,000 dólares). En 1997 comenzó un aumento en la severidad de las sanciones, propiciado por las modificaciones introducidas por el D. Leg. 807, el entre otras cosas incrementó considerablemente el monto de las multas, ahora pueden sobrepasar las 1000 UIT, o sea más de

[1339] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 400.

[1340] *Ibidem*, p. 359.

un millón de dólares. Queda la duda sobre si ésta severidad llevará a que la Comisión estime que ha llegado el momento de posibilitar la persecución penal.

El monto de la multa se fija en función de determinados criterios: modalidad y alcance de la restricción, dimensión del mercado afectado, cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto sobre los competidores, otros participantes en el proceso económico y los consumidores y usuarios, etc. No se prevé otras sanciones.

Los perjudicados por los acuerdos y los que hayan sido denunciados falsamente pueden recurrir a la vía civil para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

No se prevén otras medidas tales como la publicidad de las sentencias (entendida de manera amplia y activa) o sanciones similares a las consecuencias accesorias penales aplicables directamente a las empresas. No obstante, las últimas modificaciones facultan a la Comisión para disponer la publicación oficial de aquellas sentencias que tengan carácter ilustrativo o cuando sirvan mejor para proteger los derechos de los consumidores[1341].

Sobre lo que entendemos por multa, tenemos según la Real Academia Española:

«Pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado»[1342].

Según el *Diccionario Enciclopédico Larousse*, multa es:

«Sanción pecuniaria que se impone por haber realizado una infracción»[1343].

En términos jurídicos, Flores Polo lo define:

«Pena pecuniaria que se impone por la autoridad competente por una infracción; también puede establecerse contractualmente. En el Derecho Civil, puede pactarse como sanción por el incumplimiento de alguna obligación. En el Derecho Tributario, adquiere carácter de pena pecuniaria, previa determinación objetiva de la infracción(...). En el Derecho Procesal Civil, también tiene carácter de sanción benigna por el incumplimiento de algún trámite dentro del procedimiento, y como resultado de un apremio o rebeldía. Mientras el responsable no abone las multas en que ha incurrido, le corren los términos del juicio y el escribano no le admitirá escrito alguno, bajo responsabilidad»[1344].

Para Cabanellas este término se define de la siguiente manera:

«Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o de policía o por incumplimiento contractual... hay multas contractuales, penales y civiles»[1345].

La *Enciclopedia Jurídica Omeba* señala:

«La pena multa es el pago de dinero en concepto de retribución del delito o de la infracción cometida. Anotada esta definición para la mejor comprensión del tema circunscripto a esta pena pecuniaria, o sea de las que afectan el patrimonio del condenado...»[1346].

1341 ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 400.

1342 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 1415.

1343 LAROUSSE (1999). *Op. cit.*, p. 696.

1344 FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 206.

1345 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 488.

1346 OMEBA (1980). *Op. cit.*, p. 947.

La facultad de imponer multas a las empresas y los particulares puede corresponder al órgano 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.

La ley (artículo 23 del D. Leg. 701) hace una distinción de las faltas distinguiéndolas en faltas leves, graves o muy graves:

Si bien la norma no describe lo que considera una falta leve, grave o muy grave; sí nos proporciona los criterios que considera para determinar la gravedad de las infracciones, tal como lo podemos apreciar en los seis incisos que lo refieren.

Sin embargo al referirnos a las «faltas», podemos decir:

Según la Real Academia Española:

> «Quebrantamiento de una obligación(...). Infracción voluntaria de la ley, ordenanza, reglamento o bando, a la cual está señalada sanción leve»[1347].

En términos jurídicos, Cabanellas señala sobre la falta leve:

> «La mínima infracción de índole penal o disciplinaria, que en el fondo representa una transgresión de escasa ofensa y daño, y en sus resultas se traduce en un correctivo poco gravoso o de corta duración. Su concepto se forma por exclusión con respecto a la falta grave...»[1348].

El mismo autor, sobre la falta grave señala:

> «En materia disciplinaria, tanto en la milicia como en los establecimientos públicos, y también en los mercantiles, industriales y escolares, suele diferenciarse por la índole de la infracción, entre faltas graves y leves, según la casuística existente —imposible de enumerar y a veces arbitraria—, y la mayor trascendencia de la sanción, que puede llegar hasta la suspensión, despido, destitución o expulsión, sin perjuicio de otras responsabilidades, incluso penales...»[1349].

En países como Alemania, Brasil, la federación de Rusia, Hungría, organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultad para imponer multas. En Australia y los Estados Unidos de América, la facultad de imponer multas corresponde a los tribunales. La cuantía máxima de las multas varía, por su puesto, de un país a otro.

Las multas pueden variar también según el tipo de infracción (como en la India y Portugal), o según la infracción se haya cometido mediando dolo o negligencia (Alemania y la CEE), su cuantía puede fijarse en una cantidad determinada o según el salario mínimo de referencia (Brasil, Federación de Rusia, México y Perú), o puede calcularse con arreglo a los beneficios realizados como consecuencia de la infracción (Alemania, China, Hungría y Lituania). Por otra parte, en algunos países, como 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

---

1347 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992). *Op. cit.*, p. 948.
1348 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 19.
1349 *Ibidem*, p. 18.

importante en los casos de fijación de precios en los Estados Unidos. En el Perú la multa podría duplicarse en caso de reincidencia[1350].

Según la Conferencia de las Naciones Unidas otro tipo de sanción es el imponer penas de prisión; normalmente correspondería a la Autoridad Judicial. En algunos países, como Brasil y Japón, la facultad de imponer penas de 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 de uno a tres o más años, 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 la de competencia de las autoridades judiciales, los tribunales están facultados para imponer penas de prisión hasta 6 años (Argentina) ya hasta de 2 años (Canadá). En los Estados Unidos, sólo constituyen delitos tipificados a las leyes *antitrust* la conducta claramente definida como intrínsicamente legal y la conducta del acuerdo manifiestamente contraria a la competencia: la fijación de precios, la licitación colusoria y el reparto de mercados. Únicamente la Ley Sherman establece sanciones penales (infracciones de las secciones 1 y 2) y la posibilidad de perseguir las infracciones como delitos castigados como una multa a las empresas y tres años de prisión a las personas naturales.

Otro tipo de sanción, según las Naciones Unidas, serían órdenes o mandamientos provisionales, en Hungría, en caso de amenaza de daño eminente como consecuencia de una práctica ilegal, el Consejo de la Competencia puede ordenar a la persona causante de la amenaza que se abstenga de esas prácticas o que adopte las medidas necesarias para evitar dicho daño y de ser necesario, establezca garantías[1351].

Artículo 24.- Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (05) años de cometida la infracción.

La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable

Sobre la prescripción Flores Polo nos dice:

«...En el Derecho Civil, la institución tiene pues, dos sentidos muy diferentes. Puede ser tanto del modo de adquirir un derecho, como medio de extinción de una obligación, ambos por el transcurso del tiempo establecido legalmente para tal efecto. En el primer caso, la institución se llama Prescripción adquisitiva(...). En el segundo caso, se trata de la prescripción extintiva...»[1352].

Por su parte, Cabanellas señala sobre la prescripción lo siguiente:

«Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión o propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia. Usucapión o prescripción adquisitiva. Caducidad de derecho facultad no ejercida durante largo lapso o prescripción extintiva. Cesión de

[1350] DIEZ CANSECO (s/f). *Op. cit.*, p. 59.

[1351] *Ibidem*, p. 60.

[1352] FLORES POLO (1984). *Op. cit.*, p. 328.

la responsabilidad penal por el transcurso de cierto tiempo sin perseguir el delito o la falta, o ya quebrantada la condena. Precepto, orden, mandato...»[1353].

Este concepto de prescripción que nos señala Cabanellas describe claramente lo que se entiende por la prescripción a la que se refiere el artículo 24 del D. Leg. 701.

Además nuestro Código Civil regula este concepto en su Libro VIII, y dentro del cual pasaremos a señalar los dos primeros artículos que señalan lo que se entiende por prescripción:

Entendemos por prescripción de acuerdo al artículo 1989 del Código Civil.- «la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo»

Este derecho además es irrenunciable y todo pacto en contrario es nulo, según el artículo 1990 del Código Civil.

Artículo 25.- Cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos por la presente ley podrá ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

Quienes hayan sido denunciados falsamente también podrán ejercer dicha acción.

Todo lo referente a la indemnización por daños y perjuicios fue tratado en el desarrollo del artículo 22 de la presente ley.

[1353] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 373.

CAPÍTULO III
EL TRATAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1. TRATADOS INTERNACIONALES

Introducción

La defensa de la libre competencia es tema de gran preocupación a nivel mundial. La legislación peruana sobre libre competencia ha recibido influencia doctrinaria y legislativa del Mercado Común Europeo y Norteamericano.

Si reflexionamos sobre los sistemas de legislación protectora de la libre competencia podemos afirmar que existen tres grandes sistemas. El primero de ellos es el latinoamericano en el que cada país ha adoptado una legislación propia a través de una ley nacional. Las normas protectoras de la libre competencia son similares entre sí en Latinoamérica. El segundo sistema es el del Mercado Común Europeo, que se encuentra principalmente regulado en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. En este caso se presenta una legislación común para todos los países miembros de la Comunidad Europea. Sin embargo, en algunas circunstancias cada país puede tener reservas respecto a determinados temas y legislar estos aspectos con relativa autonomía.

El tercer sistema es el Derecho *Antitrust* Norteamericano, precursor de la disciplina a nivel mundial, y por ello el más desarrollado. No sólo es el cuerpo legal más antiguo sino que regula el mayor mercado del mundo, así como el país con mayor desarrollo institucional capitalista, lo que ha permitido un desarrollo y tratamiento considerable a la disciplina. Asimismo las empresas y personas que desarrollan actividad empresarial conocen su importancia y los riesgos de no cumplimiento. La Normatividad *antitrust* básicamente reposa en tres leyes: la primera es la *Sherman Act* de 1890, luego aparecieron la *Robinson Patman Act* sobre discriminación de precios y la *Clayton Act* de 1914, las que son complementadas por la *Federal Trade Comission Act* del 26 de setiembre de 1914. Estas a su vez tienen múltiples enmiendas.

El derecho *antitrust* norteamericano es el que ha aplicado sanciones más severas frente a las prácticas y acuerdos que distorsionan la libre actuación de los agentes económicos.

En este capítulo empezaremos analizando los tratados internacionales, luego las legislaciones latinoamericanas, para después abordar las normas del Mercado Común Europeo y finalmente la legislación norteamericana.

3.1.1. Comunidad Andina de Naciones

El Grupo Andino cuenta, en la actualidad con un régimen uniforme para todos los países miembros en cuanto la promoción de la competencia. Este régimen se ocupa de las conductas anticompetitivas realizadas por particulares de cualquier País Miembro o de otros países así se trata de modo similar el caso del *dumping* y los subsidios que afecten el mercado de otros signatarios, es decir, que la normativa subregional no es de aplicación a las prácticas restrictivas cuyos efectos no trasciendan las fronteras del país donde se originaron.

La normativa sobre competencia, en el esquema de integración andino encuentra su norma fundamental en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena el cual señala:

> **ARTÍCULO 75. Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Junta, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como «*dumping*», manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de gravámenes y otras restricciones a las importaciones.**
>
> **Corresponderá a la Junta velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien, para lo cual tendrá en cuenta la necesidad de coordinarlas con las disposiciones de la Resolución 65 (II) de la Conferencia de las Partes Contratantes de la ALALC y las que complementen o sustituyan.**
>
> **Esta disposición establece «el mandato para la Comisión de adoptar las normas indispensables tendientes a prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la subregión, previa propuesta de la Junta»**[1354].

El Acuerdo de Cartagena dedica el Capítulo VIII, denominado Competencia Comercial, a tratar las prácticas de competencia dentro de la Subregión, tales como *dumping*, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.

Observemos en primer lugar los antecedentes legislativos. La Comisión del Acuerdo de Cartagena aprobó, en diciembre de 1971, la Decisión 45, que fuera remplazada en diciembre de 1981 por la Decisión 230, la cual estableció el requisito de causalidad entre la práctica que distorsiona la competencia y el perjuicio o amenaza de esta.

En marzo de 1991, esta Decisión fue reemplazada por la Decisión 283 en lo que corresponde a las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de *dumping* y subsidios; la Decisión 284 en lo que respecta a distorsiones en la competencia generadas por restricciones a las exportaciones; la Decisión 285, en lo que corresponde a las distorsiones a la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

El 4 de mayo de 1999, la Decisión 486 sustituyó a la decisión 283, en lo que se refiere a las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado

---

[1354] IBARRA PARDO, Gabriel. *Política de Competencia en los Procesos de Integración en América Latina.* s/f, p. 391.

de prácticas de *dumping* en importaciones de productos originarios de Países miembros de la Comunidad Andina. Asimismo la Decisión 487 la sustituye en lo que se refiere a las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de subvenciones en importaciones de productos originarios de países miembros de la Comunidad Andina.

La Decisión 230

La decisión 230 contiene las normas para prevenir o corregir las prácticas que pueden distorsionar la competencia.

Así, el artículo 1 señala lo siguiente:

«Artículo 1.- Se consideran prácticas que distorsionan la competencia, entre otras, las siguientes:

a. Dumping

b. Manipulaciones indebidas de los precios

c. Maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas; y

d. Otros de efecto equivalente».

El artículo 2 establece que los países miembros pueden solicitar autorización para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las distorsiones de la libre competencia, en este sentido señala:

«Artículo 2.- Un país miembro podrá solicitar a la Junta la autorización para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia comercial en el mercado subregional, derivadas de las prácticas señaladas en el artículo 1, en los siguientes casos.

a. Cuando las prácticas originadas en el territorio de otro país Miembro causen o amenacen causar perjuicio grave a su producción nacional;

b. Cuando las prácticas originadas en el territorio de un País Miembro causen o amenacen causar perjuicio grave a sus exportaciones destinadas a otro país miembro.

c. Cuando las prácticas originadas en un país fuera de la Subregión causen o amenacen causar perjuicio grave a sus exportaciones destinadas a otro país miembro; y

d. *Cuando las prácticas originadas en un país de fuera de la subregión causen o amenacen causar perjuicio grave a su producción nacional y su corrección requiera modificar los compromisos contraídos en virtud del acuerdo».*

La Decisión 230 sobre Normativa de la Libre Competencia señala:

«Artículo 3.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia, los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia».

Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior incluyen acuerdos de tipo horizontal y vertical que se celebren entre las partes sean personas o empresas.

A efectos de la presente decisión, también se considera como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado.

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Asimismo, el artículo 4 de la Decisión señala:

«Artículo 4.- Se consideran acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir..

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas,

d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

f) Otros de efectos equivalentes

El artículo 5 precisa lo que se considera abuso de posición de dominio en el mercado:

a) La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas.

d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

f) Otros casos de efectos equivalentes.

El artículo 13 señala lo siguiente:

«Artículo 13.- La determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio y de la relación de causalidad con las prácticas restrictivas de la libre competencia. podrá basarse, entre otros, en el examen de:

a) El volumen de comercio de los productos objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se ha modificado de manera significativa tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado;

b) Los precios de los productos o servicios objeto de las practicas, en particular para determinar si son considerablemente diferentes a los precios de los productos o servicios similares en ausencia de las prácticas; y

c) Los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas, según se deduzca de las tendencias reales o variables de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, distribución participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios».

La Decisión 285

La Decisión 285 sustituye a la Decisión 230 y versa sobre medidas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia.

Si bien la disposición aludida, constituye un adelanto en la materia, al tipificar las prácticas restrictivas de la competencia, teniendo como referencia aquellas consagradas en los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, esta División presenta todavía vacíos y es insuficiente para combatir estas prácticas en forma eficaz, tal como se pasa a exponer a continuación.

A diferencia de la Comunidad Económica Europea, la Decisión 285 no prohíbe «*per se*» las prácticas concertadas y paralelas y/o el abuso de posición dominante en el mercado. La Junta del Acuerdo de Cartagena, autoridad competente para conocer de estas infracciones, únicamente puede adoptar remedios dirigidos a reprimir estas conductas, en la medida en que ellas causen o amenacen causar un perjuicio a la industria subregional.

Lo anterior limita en grado sumo el ámbito de aplicación de la norma y la despoja del carácter preventivo que debería tener frente a este tipo de conductas.

La exigencia de la norma impide que se puedan sancionar todas aquellas prácticas o acuerdos que a pesar de los efectos nocivos sobre la competencia, sobre los intereses de los consumidores y sobre las pequeñas y medianas empresas no produzcan un perjuicio a la industria.

Se tiene entonces, que la exigencia de acreditar el perjuicio como condición para reprimir las prácticas restrictivas del comercio, es inadecuado puesto que estas prácticas deben prohibirse por sí mismas, atendiendo a consideraciones tales como: el fortalecimiento del poder de mercado entre las partes que incurren en dichas conductas, las barreras de acceso al mercado existentes en el país exportador, la disminución de la participación en el mercado de los competidores medianos y pequeños, o los efectos nocivos que se deriven de las prácticas para la competencia subregional.

Por consiguiente, consideramos que esta decisión del CAN debe replantearse en el sentido de prohibir «*a priori*» las prácticas restrictivas de la competencia. Para estos efectos, es necesario tipificar las conductas anticompetitivas y por ello sería conveniente seguir el mecanismo adoptado en la Comunidad Económica Europea, en el sentido de contemplar excepciones a la prohibición general, cuando cierto tipo de conductas o acuerdos, a pesar de ser restrictivos de la competencia, tengan como efecto beneficios mayores para el consumidor y mejoras en los procesos productivos o en la tecnología.

La Decisión 285 contempla las fusiones y el control de empresas. Estos temas han merecido tratamiento especial en la mayor parte de los estatutos que regulan las prácticas restrictivas. También es importante la ausencia de normas que protejan los intereses del consumidor, a pesar que este es uno de los aspectos fundamentales de cualquier legislación de esta naturaleza.

¿Cuáles son las medidas para reprimir las prácticas restrictivas que puede adoptar la Junta del Acuerdo de Cartagena?

Las medidas que contempla la Decisión 285 destinadas a corregir las distorsiones a la competencia, son insuficientes. La Secretaría General de la Comunidad Andina carece de un mecanismo realmente coercitivo, y sus facultades se limitan a ordenar «a posteriori», la suspensión de la práctica, luego de un proceso en el cual se determine que ésta causa un perjuicio. En el curso de la investigación la práctica puede seguir ejecutándose a pesar de los efectos nocivos que pueda tener sobre la competencia. Si por el contrario, la Secretaría General de la Comunidad Andina llega a la conclusión que la conducta anticompetitiva causa un perjuicio a la industria, sus funciones se limitan a autorizar al país afectado la reducción de arancel del producto en cuestión, a terceros países. La autoridad carece por completo de la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias, las cuales constituyen un medio eficaz para reprimir las respectivas conductas anticompetitivas.

No obstante, debemos resaltar la posibilidad de la Secretaría imponer sanciones a particulares. Esto requerirá de gran disciplina por parte de los miembros y significa además una reforma del Tratado para dotar a esta autoridad de facultades supranacionales para imponer sanciones mediante resoluciones que son aplicables directamente en los respectivos países.

3.1.2. El Mercado Común del Sur – MERCOSUR

El Tratado de Asunción que dio origen al Mercado Común del Sur (MERCOSUR) establece la vinculación comercial de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. El tratado tiene por objeto la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los estados partes. El artículo 1 de la convención señala:

Artículo 1 (...)

«Este Mercado Común implica:

- *La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros , de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;*

- *El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales;*

- *La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;*

- *El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.*

En el mismo sentido el artículo 4 del Tratado señala:

«Artículo 4.- En las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal.

Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial».

El primer objetivo del Tratado es la integración paulatina de las economías de los Estados Partes mediante la creación de un mercado único de bienes y servicios y de factores productivos.

La creación del mercado común requiere, primordialmente, la eliminación de cualquier restricción a la entrada y salida de mercancías a las fronteras ampliadas. Para la realización de este objetivo se requiere la eliminación de los derechos arancelarios y no arancelarios a la libre circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.

La liberalización de los intercambios entre los Estados abarca, en consecuencia, la eliminación: a) de los derechos aduaneros; b) de las restricciones no arancelarias a la circulación de mercancías; c) de cualquier otra medida de efecto equivalente.

Entre los beneficios de la integración económica se destaca la intensificación de la competencia, que debe ser sustentada y protegida por normas que expresamente prohiban las practicas comerciales restrictivas, establezcan la igualdad de tratamiento para todas las empresas que operen en el mercado común, privadas y públicas, incluso las encargadas de la gestión de servicio de interés económico general o que tengan la naturaleza de un monopolio fiscal, y vedan los auxilios concedidos por los Estados partes, en caso que limiten la libre circulación de mercancías o comprometan la mejor afectación de los factores de producción.

Observa Galán que:

> «La aplicación efectiva de este principio de libre competencia a un ámbito de mercado supranacional exige previamente la puesta en práctica, por parte de cada uno de los Estados miembros, de una serie de medidas tendientes a la eliminación de las barreras aduaneras y la supresión de toda clase de obstáculos a la libertad de establecimiento y de circulación de personas, bienes, servicios y capitales en el ámbito del mercado comunitario. Requiere, obviamente, la abstención por parte de los Estados miembros de cualquier especie de medida que trabe o "falsee la competencia"».

El propósito del Mercosur es establecer un mercado común en donde se incluya el libre movimiento de bienes, servicios y factores de producción; la eliminación de aduanas y restricciones no arancelarias; el establecimiento de un arancel común y la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales, las políticas de competencia estan entre los tópicos previstos en la coordinación del Mercosur.

El foco de esta política de definición son los acuerdos horizontales o verticales entre empresas, el abuso de posición dominante, monopolización, fusiones y adquisiciones. Como en muchas jurisdicciones, el objetivo clave de una competencia en el Mercosur es

proteger el proceso de competencia, no a los competidores, apuntando a mejorar tanto la eficiencia estática como la dinámica.

Los países del Mercosur han aprobado un protocolo para Defensa de la Competencia (Decisión 17/96 emanada de la Reunión del Consejo del Mercado Común, diciembre de 1996), la cual se refiere explícitamente a conductas anticompetitivas que deben ser prohibidas a nivel nacional.

3.1.3. Tratado de Libre Comercio entre México, Canadá y Estados Unidos

El Tratado de Libre Comercio establece formalmente una zona de libre comercio entre México, Canadá y Estados Unidos, de conformidad con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de la Organización Mundial de Comercio.

Los objetivos del Tratado son: eliminar barreras de comercio, promover condiciones para una competencia justa, incrementar las oportunidades de inversión, proporcionar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual, establecer procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias, así como fomentar la cooperación trilateral, regional y multilateral. Los mecanismos para lograr estos objetivos son el cumplimiento de los principios y reglas del Tratado como los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia en los procedimientos.

El tratado incluye disposiciones sobre el tratamiento a las prácticas comerciales no competitivas, privadas y públicas, en reconocimiento a que estas normas contribuirán a lograr los objetivos del Tratado de Libre Comercio.

En materia de libre competencia cada país adoptará o mantendrá medidas en contra de las prácticas comerciales competitivas y cooperará en la aplicación y ejecución de la ley en materia de competencia.

Con respecto a los monopolios el tratado impone algunas normas adicionales con referencia a los monopolios federales, propiedad del gobierno, actuales o futuros, así como cualquier monopolio privado que en un país del Tratado de Libre Comercio pueda surgir en el futuro. En la compra o venta de un bien o servicio de monopolio. Este deberá apegarse a las consideraciones comerciales que sean compatibles con los términos del mandato gubernamental, y no deberá discriminar bienes o negocios de los otros países del tratado. Cada país debe asegurarse que los monopolios no se valgan de su posición para involucrarse en prácticas contrarias a la competencia en mercados no monopólicos.

La creación de un área de libre comercio entre Canadá, México y Estados Unidos incluye la expresa eliminación de las barreras al comercio, la promoción de la competencia leal, el aumento de oportunidades de inversión, el dotar de protección efectiva a los derechos de propiedad intelectual; crear procedimientos efectivos para la implementación de tratados de libre comercio y establecer una estructura para futuras cooperaciones trilaterales, regionales o multilaterales. NAFTA es un buen ejemplo de una área de libre comercio con políticas de competencia que no requiere de mecanismos supranacionales.

El capítulo XV del tratado en sus artículos 1501, 1502, 1503 y 1504 trata sobre las Políticas de Libre Competencia.

El artículo 1501 establece:

«Artículo 1501.-

1. Cada una de las partes adoptará o mantendrá medidas que prohiban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.

2. Cada una de las Partes reconoce las importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las partes cooperarán también en cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultarán sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.

3. Ninguna de las partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo».

El artículo 1502 versa sobre los monopolios y empresas estatales, indicando que las partes del tratado pueden designar monopolios, pero que cuando este monopolio afecte a otra de las partes se espera notificación por escrito, debiendo las partes minimizar los efectos negativos sobre los socios en la creación de los monopolios designados.

El artículo 1504 establece las condiciones para la designación de un monopolio.

Estas son:

a. Actuar de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos;

b. Excepto cuando se trate del cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los incisos c o d, actuar solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, incluso en lo referente a su precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones para su compra y venta;

c. Otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de otra parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente. Y

d. No utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado en su territorio que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de otra Parte, de manera directa o indirecta, inclusive a través de las operaciones con su matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común, y asimismo a través del suministro discriminatorio del bien o servicio monopolizado, del otorgamiento de subsidios cruzados o de conducta predatoria.

El artículo 1503 se refiere al tema de las empresas estatales, mencionando que los controles regulatorios sobre una empresa Estatal deben ser consistentes con el Acuerdo y estipulando el tipo de tratamiento antidiscriminatorio que pueda ser considerado[1355].

El artículo 1504 crea un Grupo de Trabajo sobre Competencia y Comercio, compuesto por representantes de los tres países. El Grupo reporta y emite recomendaciones sobre la relación existente entre leyes de competencia y comercio en la región. El Grupo ha realizado trabajos sobre cárteles de exportación (su impacto y posible supervisión), restricciones verticales (considerando temas como la definición de mercado y los efectos transfronterizos), las medidas *antidumping* y mecanismos de salvaguarda.

Meyerman señala:

> «Se ha notado que Estados Unidos, Canadá y México tienen leyes de competencia relativamente similares: los tres prohíben la fijación de precios, adoptan el enfoque de la "sana crítica" cuando es necesario, todos prohíben fusiones que puedan tener resultados anticompetitivos significativos colocando mecanismos de notificación antes de efectuarse las mismas y los tres otorgan al menos daños individuales»[1356].

La cooperación en el campo de la competencia, dentro del NAFTA, esta aún en un estado primario y se basa en una limitación de compromisos legales, esperándose un mayor desarrollo en la legislación sobre competencia en esta región.

[1355] MEYERMAN, Gerald. *La Integración Regional y la Política de Competencia.* s/f, p. 22.

[1356] *Ibidem.*

3.2. LEGISLACIÓN LATINOAMERICANA DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.2.1. Argentina

La Constitución de la Nación Argentina promulgada el 22 de agosto de 1994 señala en sus artículos 42 y 43 los principios de protección de la libre competencia así como la protección al consumidor:

> «*Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.*
>
> *Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.*
>
> *La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*
>
> *Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*
>
> *Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*
>
> *Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.*
>
> *Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio».*

La **ley argentina** que implementa estos principios es la ley 22.622, Ley de Defensa de la Competencia. Como antecedentes nacionales de mayor importancia se encuentran las leyes 11.210 y 12.906.

Sobre la ley 11.210 Guillermo Cabanellas señala:

> «... Pese a que con anterioridad a su sanción existieron diversos proyectos de legislación represiva de los monopolios, la Ley 11.210 constituye el primer precedente de importancia de la L.D.C. no solo por marcar la iniciación, en el Derecho Argentino, de la legislación regulatoria de la competencia, sino también por constituir el principal antecedente de la Ley 12.906, cuyas dificultades de aplicación dieron origen a las normas actualmente en vigencia sobre el tema.

Si bien la Ley 11.210 se dirigía a reprimir los monopolios, incluía también en su articulado normas dirigidas a penar conductas que sin llegar a constituir aquellas o tender a su implementación restringían la libre concurrencia o bien implicaban un aumento de las ganancias del empresario no acorde con el capital por él invertido ni fundado en aportes económicos o técnicos que pudieran justificarlo. La mencionada Ley sancionaba los actos tendientes a establecer o sostener el monopolio, a los que sin importar un progresivo económico, aumenten arbitrariamente las ganancias de quienes las ejecuten sin proporción con el capital efectivamente empleado, y a los que dificulten o se propongan dificultar a otras personas vivientes o jurídicas la libre concurrencia en la producción y en el consumo interno o en el comercio exterior. El artículo 2 incluía, a su vez, una enumeración de los llamados actos de monopolio, la cual dio lugar a arduas dificultades en relación con la necesidad de que, para la sanción de tales actos, los mismos configuran alguno de los tipos generales(...)»[1357].

El artículo 1 de la Ley 11.210 señalaba:

«Declárese delito todo convenio, pacto, combinación, amalgama o fusión de capitales tendientes a establecer o sostener el monopolio y lucrar con él, en una o más ramas de la producción, del tráfico terrestre, fluvial o marítimo, o del comercio exterior en una localidad o en varias, o en todo el territorio nacional»[1358].

Con posterioridad a la Ley 11.210 se promulgó la norma 12.906 del 30 de diciembre de 1946. Esta ley estuvo vigente hasta su derogación por la ley actual 22.262. Esta nueva ley implica una renovación del enfoque general en discusión.

Por último la ley vigente, Ley de Defensa de la Competencia 22.262, fue promulgada el 1 de agosto de 1980. La norma es de tipo penal, aunque contiene importantes elementos no penales.

El objetivo principal de la ley, según la Exposición de Motivos de la misma, era:

«... asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, garantizando la libre competencia y sancionar las conductas que limiten, restrinjan, o distorsionen la libre competencia o que constituyan abuso de una posición en el mercado, de modo que pueda resultar en perjuicio para el interés económico nacional...».

En este sentido el artículo 1 de la Ley 22.262 señala:

«Artículo 1.- Los actos prohibidos son aquellos (...) relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar un perjuicio para el interés económico general...».

El artículo 2 establece:

«A los efectos de esta ley se entiende:

a. Una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial; y

1357 CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, pp. 58-59.

1358 *Ibidem.*

b. Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional o en una parte de él...».

Con respecto a esta ley Manuel Abanto Vásquez señala:

«... Esta ley significó un gran cambio en el Derecho argentino, porque, a diferencia de la antigua ley N° 12906, trajo consigo una nueva concepción para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia: la renuncia a un modelo de competencia perfecta y, consecuentemente, el paso de un control del uso abusivo de dicho poder. A diferencia de la anterior y poco satisfactoria concepción, ahora el sistema no es exclusivamente represivo y penal; la protección intenta garantizar la vigencia de mercados competitivos y no obstaculizar la aparición de nuevos mercados...»[1359].

Y agrega:

«... La ley argentina se distingue por expresar un amplio reconocimiento de la *rule of reason*. Así, las restricciones según el art. 1 no son nunca prohibidas *per se*; todos sus efectos negativos y positivos contra la competencia y el "interés económico general" son sometidos a una ponderación permanente. Se esperaba, sin embargo, que a través de este proceso la jurisprudencia llegara a configurar poco a poco prohibiciones administrativas *per se* de las prácticas en particular. Esto no ha sido así...»[1360].

Podemos señalar con respecto al tema del interés económico general que la legislación argentina le da un énfasis especial. En primer lugar Jorge Otamendi en su artículo «El Interés Económico General y el Artículo 5 en la Ley 22.262», señala la exposición de motivos de la ley guía para identificar los aspectos que deben ser considerados de interés económico general, en este sentido señala:

«... La exposición de Motivos nos da una guía para interpretar este concepto al decir que esta condición deja claro que es el que sufre al trabarse el mercado, de suerte que queden a salvo las conductas que puedan parecer anticompetitivas pero que en verdad resultan beneficiosas para la comunidad.

Quedan fuera entonces las conductas que aun cuando importan una restricción, como ser el contrato de exclusividad o el de aprovisionamiento, el beneficio que se deriva de ellas es mayor que el daño que causa la restricción.

Con este precepto la ley nos dice que no hay actos ilegales *per se*...»[1361].

Abanto Vasquez señala:

«... La exposición de motivos de la ley considera que el nuevo concepto ofrece ventajas por el hecho de dar una formulación más precisa de los intereses afectados por las prácticas restrictivas de la competencia, y por permitir con ello una justificación inmediata de las conductas que sirven para el bienestar de la generalidad...»[1362].

Por otro lado con respecto a la Posición de Dominio y al abuso de la misma, el artículo 2 citado líneas arriba emplea conceptos acreditados por la jurisprudencia de carteles de la Comunidad Europea tales como «único oferente o demandante», «mercado nacional», compe-

1359 ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 300.

1360 *Ibidem*, p. 302.

1361 OTAMENDI (s/f a). *Op. cit.*, pp. 959 y ss.

1362 ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 30.

tencia sustancial, es decir, determinar el mercado relevante tanto por producto como por ámbito geográfico. El análisis de este punto se ve mucho más claro y preciso en la jurisprudencia.

Sin embargo, según señala Hendler:

«... se ha criticado justificadamente a la ley argentina por su diferenciación entre monopolios y oligopolios, según la cual el dominio de mercado de los primeros se extiende a todo el mercado nacional, mientras que el de los segundos se extiende a una parte del mercado nacional...»[1363].

Por otro lado se consideran conductas prohibidas los siguientes actos o conductas, siempre que se encuadren en el artículo 41:

«Artículo 41

a. Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas los precios en un mercado;

b. Limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción, distribución o comercialización de los mismos;

c. Establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización.

d. Subordinar la celebración de contratos a la acepción de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

e. Celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento;

f. Impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno o más competidores;

g. Negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate;

h. Imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;

i. Destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados para extraerlos, producirlos o transportarlos;

j. Abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;

k. Comunicar a empresas competidores, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas»[1364].

1363 *Ibidem*, p. 307.

1364 Ley 22.262.

La presente ley también creó la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia es la entidad administrativa encargada de aplicar la Ley.

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia esta integrada según el artículo 7 de la ley, por un presidente y 4 vocales, designados por el Ministerio de Economía. El presidente será uno de los Subsecretarios de la Secretaria de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales. Los Vocales duraran cuatro años en sus funciones pudiendo ser renovada su designación.

Con respecto a los procedimientos administrativos, el artículo 17 de la ley argentina señala que la instrucción será iniciada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de oficio o por denuncia presentada ante ésta.

El artículo 18 establece que si la instrucción se iniciara de oficio se procederá a una relación de los hechos que la motivan. Si se iniciara por denuncia, ésta deberá contener los requisitos exigidos por el Código de Procedimientos Penales.

Por otro lado con respecto a los procedimientos judiciales, las acciones para la imposición de las sanciones establecidas en el artículo 42 no podrán llevarse a cabo sin la substanciación previa del procedimiento administrativo señalado líneas arriba y que se encuentra regulado en el artículo 32 de la ley argentina.

La iniciativa de la acción penal por infracción del artículo 41 de la ley le compete exclusivamente al secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales según el artículo 33 de la ley, en este sentido serán competentes los jueces en lo Penal Económico de la Capital Federal o los jueces federales del interior del país según sea el lugar de comisión del delito.

A continuación procedamos a efectuar un breve resumen del procedimiento penal que se encuentra regulado en los artículos 33 y siguientes, el cual se inicia una vez remitidas las actuaciones por el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales al juez competente, quien dará curso al proceso conforme al procedimiento plenario establecido en el Código de Procedimientos en Materia Penal. Tanto la Secretaria de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales como las personas damnificadas podrán actuar como parte querellante.

Formulada la acusación, el juez podrá dictar la prisión preventiva del imputado y adoptar medidas cautelares sobre sus bienes.

Tanto las medidas previstas como las sentencias definitivas que se dicten serán comunicadas a la Comisión Nacional de la Competencia.

Cualquiera fueren las decisiones que se adopten en la instancia judicial, ellas no afectaran las resoluciones firmes adoptadas en la instancia administrativa previa.

Con respecto a las sanciones, el artículo 42 de la ley argentina señala lo siguiente:

«Artículo 42.- Los actos o conductas comprendidos en el artículo 41 serán reprimidos con las siguientes penas, las que podrán aplicarse independiente o conjuntamente:

1. Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por personas físicas;

a) Prisión de uno a seis años.

b) Multa de un millón quinientos pesos a tres mil millones de pesos, la que podrá elevarse hasta el doble del beneficio ilícitamente obtenido.

2. Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de personas de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona ideal, se impondrá:

a) Multa de un millón quinientos pesos a tres mil millones de pesos, que podrá elevarse al doble del beneficio ilícitamente obtenido, la que se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible».

Podrá imponerse como sanción complementaria inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio, que será extensiva a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible, inhabilitándolos asimismo para actuar en los mencionados cargos o funciones por el mismo plazo.

En los casos de pena de multa, se deberá computar la aplicada en virtud el artículo 26[1365], inciso c).

Aquellos damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que:

a. Estuviese firme la resolución prevista en el artículo 19.

b. Se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el artículo 24.

c. Se hubiese dictado la resolución prevista en el artículo 26.

d. Estuviese firme la resolución prevista en el artículo 30.

No obstante, transcurridos dieciocho meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios.

Este beneficio prescribe a los 2 años de acuerdo al artículo 4 de la ley.

Finalmente, con respecto a los recursos de apelación, serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal o ante las Cámaras Federales correspondientes en el resto del país. El recurso se interpondrá y fundamentará por escrito dentro de los 5 días de notificada la medida y se concederá en relación y en ambos efectos, salvo respecto de la decisión prevista en el inciso a) del artículo 26, en cuyo caso se concederá con efecto meramente devolutivo.

1365 Artículo 26 inc. c).

Cuando no se propusiere un compromiso en la forma prevista en el artículo 24, se rechazare la propuesta o el compromiso fuere incumplido, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, previa disposición de las medidas para mejor proveer que considere convenientes, mediante resolución fundada podrá disponer:

c) aplicar una multa de quinientos mil pesos a mil quinientos millones de pesos; que podrán elevarse hasta un veinte por ciento por encima del beneficio ilícitamente obtenido.

3.2.2. Bolivia

En Bolivia los principios de regulación de conductas antimonopólicas se encuentran en los artículos 134, 142, y 233 de la Constitución Política promulgada en 1967 y en las reformas del año 1994, las cuales dicen:

«Artículo 134 - No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado. No se reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las concesiones de servicios públicos, cuando excepcionalmente se hagan, no podrán ser otorgadas por un período mayor de cuarenta años.

Artículo 142 - El Poder Ejecutivo podrá, con cargo de aprobación legislativa en Congreso, establecer el monopolio fiscal de determinadas exportaciones, siempre que las necesidades del país así lo requieran.

Artículo 233 - Cuando la enmienda sea relativa al período constitucional del Presidente de la República, será cumplida sólo en el siguiente período».

Por otro lado, las disposiciones legales que hacen referencia a los artículos de la constitución mencionadas son la Ley de Inversiones y la Ley del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) N° 1600 promulgada el 28 de octubre de 1994.

El objetivo primordial de esta ley es, según el artículo 132 de la Constitución Política de Bolivia que «la organización económica debe responder esencialmente a principios de justicia social que tiendan asegurar para todos los habitantes una existencia digna del ser humano».

La Ley de Inversiones Extranjeras en su artículo 1 señala que el Estado debe: «Estimular y garantizar la inversión nacional y extranjera pare promover el crecimiento y desarrollo económico y social».

Asimismo la Ley del Sistema de Regulación Sectorial en su artículo 1 señala con respecto al objeto de la ley:

«Artículo 1: Regular, controlar y supervisar aquellas actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores que mediante ley sean incorporados al sistema. Asegurar que operen eficientemente, contribuyan al país en su desarrollo cubriendo los servicios a todos los estantes y cuidando sus intereses gozando de protección prevista por esta ley de manera efectiva».

El ámbito de aplicación de la ley es «a todos los habitantes, al igual que a las personas que quebranten el ordenamiento jurídico en el territorio nacional, o que hayan cometido delitos en el extranjero cuyos resultados se hayan producido o debían cometerse en el territorio de Bolivia».

La legislación boliviana no permite según lo establece el artículo 134 de la Constitución «la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado. No se reconoce ninguna forma de monopolio privado. Las concesiones de servicios públicos cuando excepcionalmente se hagan no podrán ser otorgadas por un periodo mayor de cuarenta años».

La legislación boliviana considera como **conductas prohibidas** las siguientes:

«1. Acuerdos Anticompetitivos. Las empresas y entidades que realicen actividades en los sectores regulados por la presente ley, quedan prohibidas de participar en convenios, contratos,

decisiones y prácticas concertadas, cuyo propósito o efecto fuera impedir, restringir o distorsionar la libre competencia por medio de:

a. La fijación conjunta, directa o indirecta de precios;

b. El establecimiento de limitaciones, repartición o el control de la producción, los mercados, fuentes de aprovisionamiento o las inversiones; o

c. El desarrollo de otras prácticas anticompetitivas similares (artículo 16)».

Con respecto a las **prácticas abusivas** el artículo 17 de la ley señala:

«2. Prácticas Abusivas. Queda prohibido a las empresas o entidades sujetas a regulación bajo la presente ley, realizar prácticas abusivas que tuvieran el propósito o efecto de perjudicar a sus competidores, clientes y usuarios, conduciendo a situaciones anticompetitivas en la concurrencia a uno o más mercados. Dichas prácticas abusivas podrán consistir en:

a. La imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales no equitativas.

b. La limitación de la producción de las fuentes de aprovisionamiento, de los mercados, o del desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores.

c. La aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, que signifiquen para los clientes y usuarios una situación de desventaja.

d. Subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza o según las prácticas comerciales, no sean inherentes al objeto de dichos contratos

e. Exigir que quien solicite la provisión de un servicio regulado, asuma la condición de socio o accionista».

Por otro lado la ley del Sistema de Regulación Sectorial no permite la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado.

En este sentido el artículo 18 señala:

«Artículo 18.- Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico.

A los efectos de esta ley, se entiende que una empresa o entidad tiene una posición dominante en el mercado, si como oferente o demandante de un determinado tipo de bienes o servicios regulados, es la única dentro del mercado o, cuando sin ser la única, no esta expuesta a una competencia sustancial en el mismo...».

Los órganos de aplicación de estas normas son:

1. Los tribunales comunes en el caso de las regulaciones constitucionales o sobre inversiones extranjeras; y
2. La Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial para la ley del Sistema de Regulación Sectorial.

Los procedimientos administrativos por los que se rigen estas conductas son:

1. Los procedimientos establecidos en la Constitución, el Código Penal y la Ley de Inversiones.
2. El SIRESE podrá conocer y procesar las denuncias y reclamos presentados por los usuarios, las empresas y entidades reguladas y los órganos competentes del Estado en relación con las actividades. (Artículo 10).

En lo referente a los procedimientos judiciales serán los establecidos para el fuero común.

3.2.3. Brasil

En primer lugar empezaremos señalando que la Constitución de la República Federativa del Brasil regula en sus artículos 170, 173 y 174 los principios de su política de competencia, estos artículos señalan:

«Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça social observados os seguintes princípios.

I. soberania nacional;

II. propriedade privada;

III. função social da propriedade;

IV. livre concorrência;

V. defesa do consumidor;

VI. defesa do meio ambiente;

VII. redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII. busca do pleno emprego;

*IX. tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. * (Redação pela Emenda Constitucional 06/95 - D.O.U. 16.08.95).*

Artigo 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo conforme definidos em lei.

*1°. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: * (Redação pela Emenda Constitucional 19/98 - D.O.U. 05.06.98).*

*I. sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; * (Acrescido pela Emenda Constitucional 19/98 - D.O.U. 05.06.98).*

*II. a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; * (Acrescido pela Emenda Constitucional 19/98 - D.O.U. 05.06.98).*

*III. licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; * (Acrescido pela Emenda Constitucional 19/98 - D.O.U. 05.06.98).*

*IV. a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; * (Acrescido pela Emenda Constitucional 19/98 - D.O.U. 05.06.98).*

*V. os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. * (Acrescido pela Emenda Constitucional 19/98 - D.O.U. 05.06.98).*

2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

3º. A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Artigo 174 - Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

3º. O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

4º. As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art 21. XXV, na forma da lei».

Estos enunciados y principios se encuentran reglamentados y complementados en las leyes siguientes:

1. Ley N° 8884, del 11 de junio de 1994 (originalmente dictada en 1962 y modificada parcialmente en 1990, también fue revisada en 1994. Esta ley transforma el Consejo Administrativo de Defensa Económica –CADE– en una autarquía y dispone sobre la prevención y la represión de las infracciones contra el orden económico.
2. Ley N° 8.137 del 27 de diciembre de 1990. Ley que define los delitos contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo.
3. Ley N° 9021 del 30 de marzo de 1995. Ley que dispone la puesta en funcionamiento del Consejo Administrativo de Defensa Económica – CADE– creado por la Ley 8884 del 11 de junio de 1994.
4. Ley N° 7347 del 24 de junio de 1985, ley que modifica el artículo 88 de la ley 8884 y que regula la acción por responsabilidad civil por daños causados a la libre concurrencia o cualquier otro interés difuso o colectivo.
5. Resolución N° 186 del Ministerio de Justicia, del 30 de abril de 1993. Aprueba el Reglamento Interno del Consejo de Administrativo de Defensa Económica.

El objetivo fundamental de la ley brasileña es la prevención y represión de las infracciones contra el orden económico como medio de promover la libre concurrencia y la libre iniciativa.

Art 1. Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Estos principios y leyes son aplicables a todas las practicas cometidas en todo o en parte del territorio brasileño o en donde puedan producir sus efectos.

El artículo 15 de la Ley 8.884 señala que están sometidas a sus disposiciones todas las personas físicas o jurídicas de derecho publico o privado, así como cualesquiera asociaciones de entidades o personas constituidas de hecho o de derecho, aun cuando sean temporales, con o sin personería jurídica, aunque ejerzan actividades en régimen de monopolio letal.

Existe además responsabilidad solidaria de las empresas del mismo grupo económico y no quedan eximidos de responsabilidad individual los dirigentes y administradores.

A continuación citaremos textualmente el artículo 15 de la ley brasileña:

Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

En general se encuentran prohibidas por la legislación brasileña en virtud del primer párrafo del artículo 20 de la ley, cualquier practica encaminada a restringir, limitar o perjudicar la libre concurrencia, dominar el mercado pertinente de bienes o servicios, aumentar arbitrariamente las ganancias o ejercer en forma abusiva una posición dominante.

Las conductas prohibidas por la ley brasileña son todas aquellas que tengan por objeto o puedan suscitar los efectos, aun cuando no se alcancen los objetivos de:

1. limitar, falsear o perjudicar la libre concurrencia o la libre iniciativa;
2. dominar el mercado pertinente de bienes o servicios;
3. aumentar arbitrariamente las ganancias;
4. ejercer en forma abusiva una posición dominante.

Para la determinación de los delitos la legislación brasileña siempre aplica la regla de la razón, considera que no hay delitos *per se*.

Al igual que en otras legislaciones todas las conductas practicadas para que se consideren ilegales deben producir o tener capacidad de producir, los efectos contrarios a la concurrencia descritos líneas arriba independientemente de la culpa que se podría imputar.

Son consideradas conductas aquellas que causan perjuicio a la concurrencia, posición de dominio de mercado, aumento arbitrario de ganancias o ejercicio abusivo de la posición dominante. Entre estas se encuentran también las prácticas colusorias, la fijación de barreras a la entrada de competidores, la fijación de precios y condiciones de venta, la discriminación de adquirente y proveedores, los acuerdos discriminatorios, predatorios o condicionados, y los aumentos sin justa causa o la imposición de precios excesivos tales como los señalados en el artículo 21 de la ley y que traducimos a continuación:

1. Fijar o poner en efecto, de alguna manera, con el acuerdo de los competidores, precios y condiciones de venta de los bienes o del suministro de servicios;
2. Lograr ejercer influencia para que los competidores adopten una conducta comercial uniforme o concertada.
3. Dividir los mercados de servicios o de productos, elaborados o semielaborados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o de productos intermedios.
4. Limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado.
5. Obstaculizar la constitución, el funcionamiento o el desarrollo de una empresa competidora o del proveedor, comprador o financiador de bienes o servicios.
6. Impedir a los competidores el acceso a fuentes de insumos, materias primas, equipos o tecnología, así como a los canales de distribución.
7. Exigir o conceder exclusividad para la difusión publicitaria en los medios de información.
8. Concertar precios con antelación o convenir ventajas con licitantes públicos o internos.
9. Valerse de artificios para provocar la oscilación de los precios de terceros.
10. Regular los mercados de bienes y servicios, llegar a acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo de la tecnología, la producción o la distribución de bienes o servicios.
11. Imponer en el comercio de bienes y servicios, a los distribuidores, minoristas y representantes, precios de reventa, descuentos, condiciones de pago, topes mínimos o máximos, margen de ganancia o cualquier otro tipo de condición en sus relaciones comerciales con terceros.
12. Ejercer discriminación entre los compradores o proveedores de bienes o servicios por medio de la fijación diferenciada de precios o de condiciones de venta o suministro de servicios.
13. Rehusar la venta de bienes o el suministro de servicios por medio de la fijación diferenciada de precios o condiciones de pago normales conforme a las prácticas y tradiciones comerciales.
14. Dificultar o quebrar la continuidad o el desarrollo de relaciones comerciales de plazo indeterminado por negarse la otra parte a verse sujeta a cláusulas y condiciones comerciales injustificadas o anticompetitivas.
15. Destruir, inutilizar o acaparar materias primas, productos intermedios o terminados, así como destruir inutilizar o dificultar la operación de los equipos utilizados para su producción, distribución o transporte.
16. Monopolizar o impedir la investigación de los derechos de propiedad industrial, intelectual o de tecnología.
17. Abandonar, obligar a abandonar, o destruir cultivos o plantaciones, sin justa causa comprobada.
18. Vender mercadería, sin justificación, por debajo del precio de costo.

19. Importar cualquier bien por debajo de su precio de costo en el país exportador, que no se haya adherido a los acuerdos antidumping o de subvenciones del GATT.

20. Interrumpir o disminuir en gran escala la producción, sin justa causa comprobada.

21. Cesar las actividades de la empresa, en su totalidad o parcialmente, sin justa causa comprobada.

22. Retener bienes de producción o de consumo, excepto para utilizarlos como garantía para cubrir los costos de producción.

23. Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar el suministro de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien.

24. Imponer precios excesivos o aumentar sin justa causa el precio de un bien o servicio. En la caracterización de la imposición de precios excesivos o del aumento injustificado de los precios, se consideraran además de otras circunstancias económicas y del mercado que sean pertinentes, las que se indican a continuación:

    a. El precio del producto o del servicio, a su aumento no justificado por el comportamiento del costo de los insumos respectivos o por la introducción de mejoras en la calidad.

    b. El precio del producto producido anteriormente, cuando se trate del sustituto resultante de modificaciones que no sean sustanciales.

    c. El precio de productos o servicios similares, o su evolución, en mercados competitivos similares.

    d. La existencia de ajustes o acuerdos, de cualquier índole, que resulte en la elevación del precio de un bien o servicio, o de los costos respectivos.

La legislación brasileña exceptúa algunas conductas prohibidas cuando estas resultaren de un proceso natural fundado en la mayor eficiencia de los agentes económicos.

El Consejo Administrativo de Defensa Económica CADE autoriza actos, sea cual fuere su manifestación, que puedan perjudicar la concurrencia o dar lugar a la dominación de mercados pertinentes de bienes y servicios.

En lo referente a las concentraciones económicas, la legislación brasileña prevé el control de todos los actos y contratos que puedan limitar o perjudicar de cualquier forma la libre concurrencia o dar lugar a la dominación de mercados pertinentes de bienes o servicios.

Dentro de esos actos se incluyen expresamente los que se encaminen directamente a cualquier forma de concentración económica, sea a través de alguna fusión o incorporación de empresas, la constitución de sociedades para ejercer el control de empresas o cualquier forma de agrupamiento social.

Ese control es ejercido por el CADE que podrá autorizar actos de concentración económica si considera que es justificado el aumento de las eficiencias económicas invocadas por los participantes y el aporte de beneficios a los consumidores o usuarios finales, y no se

elimina una parte sustancial del mercado pertinente y se observan los limites estrictamente necesarios para el logro de los objetivos que se persiguen con la operación.

Los órganos encargados de aplicar esta ley son:

1. CADE, órgano colegiado dotado de la función de juzgar jurisdicción en todo el territorio nacional, creado por la ley 4.137 del 10 de setiembre de 1962, y que se transformó en autarquía federal vinculada al Ministerio de Justicia.
2. La Secretaría de Derecho Económico, órgano encargado de la preparación, instrucción y fiscalización del Ministerio de Justicia.

Los procedimientos administrativos son iniciados por la Secretaría de Derecho Económico de oficio, por denuncia de tercero perjudicado, o en el caso de actos sujetos a su control, de las partes interesadas.

Las decisiones del CADE están sujetas a revisión por el Poder Judicial.

Los procedimientos judiciales pueden ser de naturaleza civil o penal. El artículo 62 de la ley señala:

Cuando la ejecución tenga por objeto el cobro de una multa pecuniaria será llevada adelante mediante el procedimiento señalado por la ley N° 6.830 del 22 de setiembre de 1980.

Cuando la ejecución tenga por objeto, además del cobro de una multa, el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el Juez concederá la tutela especifica de la obligación, o determinara providencias que garanticen el resultado práctico equivalente al cumplimiento.

Esta ejecución podrá llevarse a cabo por todos los medios y será promovida ante la Justicia Federal, en el domicilio del ejecutado.

En el ámbito penal, la determinación y represión de delitos contra el orden económico están reguladas por la ley N° 8.137 del 27 de diciembre de 1990 que establece la competencia del Ministerio Público.

Las sanciones en la legislación brasileña por infracción al orden económico son de naturaleza pecuniaria, pudiendo implicar también obligaciones de hacer o no hacer.

Sin perjuicio de la sanción pecuniaria, también podrá imponerse, asilada o acumulativamente, las penas siguientes:

- Publicación de un extracto de la decisión condenatoria en la prensa.
- Prohibición de contratar con organismos públicos durante 5 años.
- No concesión de exenciones tributarias.
- Cancelación de incentivos fiscales o subsidios públicos.
- Cancelación de licencias compulsivas de patentes de las que sea titular el infractor.
- Cesión de sociedades, venta de activos, cesación parcial de actividades o transferencia del control de societario.
- Inscripción del infractor en el Catastro Nacional de Defensa del Consumidor.

La sanción penal está restringida a la esfera de aplicación del Ministerio Publico en los procesos sometidos a las leyes penales y al Código del Proceso Penal.

La ley que regula penalmente estas infracciones es la Ley N° 8.137 del 27 de diciembre de 1990.

Art. 4.° Constitui crime contra a ordem econômica:

I. Abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

a) ajuste ou acordo de empresas;

b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos;

c) coalização, incorporação, fusão ou integração de empresas;

d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas;

e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;

f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente.

II. Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III. discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

IV. açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

V. provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento;

VI. vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência;

VII.elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Art. 5.° Constitui crime da mesma natureza:

I. exigir exclusividade de propaganda, transmissão ou difusão de publicidade, em detrimento de concorrência;

II. subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

III. sujeitar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de quantidade arbitrariamente determinada;

IV. recusarse, sem justa causa, o diretor, administrador, ou gerente de empresa a prestar à autoridade competente ou prestá-la de modo inexato, informando sobre o custo de produção ou preço de venda.

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Parágrafo único - A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso IV.

Art. 6.° Constitui crime da mesma natureza:

I. vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II. aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III. exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

3.2.4. Colombia

La República de Colombia reconoce que la política está ligada al orden y al sistema económico que la rige.

En este sentido la Constitución Colombiana en su artículo 333 señala:

«Artículo 333.- La Actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los limites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalece organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitara o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación»[1366].

Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo García Lozada[1367] señalan que:

«... El Estado social y democrático de derecho consagrado en la Constitución de 1991 es el resultado de 3 vertientes ideológicas contradictorias: (...)

1. Es un estado liberal, porque sigue dando cabida a los principios fundamentales garantizados bajo el Estado clásico: limitación del poder estatal, libertad plena del individuo sin interferencias a la autonomía, igualdad formal ante la ley, prevalencia del derecho sobre los actos arbitrarios. (...)

2. Es un Estado Democrático, basado en la soberanía popular, en las decisiones legítimas de las mayorías, en los procedimientos igualitarios para la formación y legitimación del poder, etc.

3. Finalmente, es un Estado Social, porque establece que el ordenamiento económico-social debe dar como fruto a los asociados una justicia material mínima existiendo así prestaciones por parte del Estado como de los asociados en conseguir que esto sea así...»

1366 *Constitución Política de Colombia.*

1367 ALMONACID SIERRA y GARCÍA LOZADA (1998). *Op. cit.*, p. 52.

Estos constituyen los lineamientos de la política económica sobre la libre competencia de Colombia, la cual logra abarcar tres dimensiones según Almonacid.

- **Una dimensión estructural:** La que comprende que el Estado cuente con todos los mecanismos necesarios para impedir el nacimiento de monopolios y empresas con posición dominante. Entre los que se podría considerar a los monopolios naturales.

La dimensión estructural consiste en «no desconocer la inevitable presencia de los poderes económicos de monopolio en los mercados, pero ante esta realidad garantizar un mínimo de condiciones que hagan posible la entrada al mercado para competir y permitir el crecimiento empresarial para aprovechar las ventajas de la producción a escala como forma de enfrentar a los competidores de terceros países en los procesos de integración e internacionalización de la economía colombiana»[1368].

Es así como la reciente legislación colombiana eliminó del articulado la posibilidad de ejercer un control directo sobre las concentraciones de poder económico que perjudicaban la economía del país.

Colombia optó por una política similar a la adoptada en la Comunidad Económica Europea, es decir, permitir la consolidación de la concentración empresarial y sólo reprimir el abuso de poder derivado de dicha posición dominante, esto se daba debido al tamaño de la economía colombiana y la incipiente internacionalización. No existía amenaza de competidores de otros países.

- **Una dimensión conflictual:** En este caso existe un perfil individual y un perfil colectivo, lo que implica el tratar de garantizar y proteger los intereses de ambos agentes del mercado.

El derecho de la libre competencia le pertenece tanto a los competidores como a los consumidores, puesto que de no existir la competencia estarían sujetos a los precios y calidades impuestos por un determinado grupo de competidores con posición dominante. Toda la comunidad en su calidad de consumidores es la que se beneficia por la existencia de una libre competencia.

Almonacid señala:

> «... Desde la dimensión de conducta de la competencia al parecer para el constituyente se concretan en la necesidad de seguir determinados parámetros de acción que impidan la obstaculización del libre ejercicio de la competencia, así como su ejercicio desleal e injusto:
>
> La operación sana de un sistema de mercado y de una economía capitalista reposa sobre tres elementos esenciales, a saber: la propiedad privada, la libre empresa y la libertad de competencia.
>
> Para que el sistema opere a favor de la sociedad, y no en su contra, se precisa que ninguno de estos elementos se desnaturalice. Si tal desnaturalización ocurre, el sistema funciona mal y el bienestar social, fin último de todo sistema económico y político, se ve seriamente comprometido.

[1368] *Ibídem*, p. 86.

Así, cuando la competencia económica no es libre o desleal o injusta se produce un daño que afecta no solo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad.

Por el contrario, cuando la competencia no adolece de fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad...»[1369].

La dimensión conflictual está justificada cuando las conductas competitivas de los agentes del mercado sobrepasan los limites señalados, distorsionando la libre competencia.

- **Una dimensión institucional:** Esta tercera dimensión está relacionada con objetivos sociales, es decir está relacionada con el modo de vida adoptado en un país, la democratización de la economía y la desigualdad económica material existente.

Lo que se pretende desde esta dimensión es dejar de lado los enfoques meramente económicos.

«... la dimensión institucional otorga también espacio a finalidades democratizadoras de la económica, en virtud de lo cual ha de proteger la participación de pequeños empresarios en el mercado así como la debida protección de los intereses y exigencias de los consumidores...»[1370].

A modo de conclusión Almonacid propone que:

«... El esquema de libre competencia adoptado en Colombia, permite que un régimen debe construirse con base en los principios de rango constitucional, teniendo en cuenta las conductas atentatorias que afectan las tres dimensiones de la competencia y las interrelaciones que se dan entre las mismas en procura de garantizar la protección de los intereses de todos los agentes que confluyen al mercado...»[1371].

En Colombia la definición de las conductas contrarias a la libre competencia se encuentran establecidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 el cual señala:

«*Artículo 47.- Acuerdos contrarios a la Libre Competencia (...)*

Se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre los productores o entre distribuidores.

4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación a fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.

1369 *Ibidem*, p. 88.

1370 *Ibidem*, p. 90.

1371 *Ibidem*, p. 92.

7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.

9. Los que tengan por objeto la colusión en la licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas».

Por otro lado el artículo 2 de la Ley 155 de 1959 definió lo que se entiende por posición de dominio:

«... Las empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan, o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio, estarán sometidas a la vigilancia del Estado para los efectos de la presente ley...»[1372].

El legislador colombiano ha establecido también la definición de abuso de posición de dominio y las conductas que son consideradas como tales. Estas se encuentran reguladas en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992 los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 8 Ley 155.- Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencias desleal en perjuicio de otros comerciantes.

Artículo 50 Decreto 2153.- Abuso de Posición de Dominio. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidores o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de una producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por naturaleza no constituían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

5. *Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a precio diferente a aquel en que se ofrecen en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de transacción.*

La legislación colombiana no define el abuso de la posición dominante, sino que describe cada una de las situaciones.

La legislación colombiana sigue los lineamientos de la legislación de la Unión Europea.

Adicionalmente a estas conductas se pueden sancionar otras conductas de abuso de posición de dominio como, por ejemplo, la negativa de contratar, la infracción de la propiedad industrial y la toma de control.

1372 *Ibídem*, p. 171.

El órgano encargado de la aplicación de esta norma es la Superintendencia de Industria y Comercio que es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, que goza de autonomía administrativa, financiera y presupuestal, que tiene como función el velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. El decreto 2153 de 1992 creó la delegatura para la Promoción de la Competencia que vigila y controla la actividad de los agentes económicos en cuanto tienda a restringir la competencia.

Con respecto al procedimiento administrativo señalamos que para determinar si existe infracción a las normas de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el decreto 2153/92, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar de oficio a solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte pruebas que pretenda hacer valer. Una vez instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado de si ha habido una infracción.

El procedimiento judicial se inicia una vez concluida la vía administrativa. Se podrá solicitar adicionalmente la nulidad del acto administrativo y la reparación del daño.

Las sanciones administrativas le corresponden al Superintendente, que de acuerdo al artículo 24 del Decreto 2153/92 señala que podrá ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como imponer sanciones pecuniarias hasta dos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes y hasta trescientos salarios mínimos legales vigentes a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales que autoricen, ejecuten o toleren tales conductas.

Para imponer a los infractores sanciones y para decretar las medidas cautelares, el Superintendente debe oír previamente al Consejo Asesor para asuntos relacionados con la promoción de la competencia.

A fin de profundizar el tratamiento del Régimen General de la Libre Competencia con especial énfasis en las prácticas restrictivas citamos la ponencia titulada *El Régimen General de la Libre Competencia*; en ésta, el profesor Alfonso Miranda Londoño[1373], Director del Centro de Libre Competencia —CEDEC—, nos dice:

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Debido a la proliferación de normas sobre el derecho de la Competencia que últimamente se ha presentado en Colombia, resulta útil hacer una breve descripción e inventario de dichas normas, antes de realizar el análisis sectorial de las mismas.

3.1. Normas de Competencia Anteriores a la Constitución de 1991:

3.1.1. Normas de Carácter Nacional:

Bajo el régimen de la Constitución de 1886, el fundamento para la expedición de una ley antimonopolios provenía principalmente del artículo 32 de la Carta,

[1373] MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. Colombia: Centro de Libre Competencia y CEDEC, s/f d.

que ponía en cabeza del Estado la dirección general de la economía, así como la posibilidad de intervenir en la misma en determinadas circunstancias y para ciertos fines. De esta manera, aunque no existía una referencia expresa en la Constitución al Derecho de la Competencia, jamás se cuestionó la exequibilidad de estas leyes[1374].

Fue con base en el artículo 32 de la Constitución de 1886, que se expidió la Ley 155 de 1959, cuyo ponente fue el doctor Hernando Agudelo Villa, permanente impulsor del tema desde ese entonces[1375]. La ley 155 de 1959 fue reformada en primera instancia por el Decreto Extraordinario 3.307 de 1963, y reglamentada por el Decreto 1.302 de 1964. Otra norma que complementó el tratamiento del tema de las prácticas restrictivas de la competencia, desde el punto de vista de las inhabilidades e incompatibilidades de los directores y gerentes de las empresas, fue la ley 16 de 1936, reformada por la Ley 5° de 1945.

A pesar de que en general se ha reconocido que la Ley 155 de 1959 responde a criterios técnicos que eventualmente hubieran permitido su aplicación con el objeto de controlar las prácticas restrictivas de la competencia y los abusos en que han incurrido los monopolistas, lo cierto es que las autoridades competentes[1376] no la aplicaron ni generaron jamás la conciencia de su existencia entre los comerciantes. En relación con las razones por las cuales la Ley 155 de 1959 no fue nunca aplicada de manera consistente hay varias teorías, pero considero que fueron cuatro (4) los elementos determinantes de dicha situación:

- La falta de voluntad política de los distintos gobiernos o autoridades, que no estaban dispuestos a entrar en confrontación directa con los poderosos grupos de interés económico existentes en el país.
- La ausencia de una política de promoción de la competencia, como consecuencia del esquema económico proteccionista que rigió al país por varias décadas.
- La carencia por parte de las entidades encargadas en los distintos momentos históricos, de los instrumentos técnicos y del equipo humano necesario para implementar unas normas que requieren de complejos análisis econométricos y de cierta sofisticación académica.
- Por último, se ha señalado un defecto estructural de la legislación, que tiene que ver con el desarrollo del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, por medio del artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964. En efecto, co-

[1374] MIRANDA LONDOÑO (s/f d). Op. cit. p. 54. En el documento citado se dice a este respecto lo siguiente: «Si de otra parte tenemos en cuenta que Colombia está organizada en forma de república democrática y que el título III de la Constitución garantiza (entre otros derechos) la propiedad privada y la libertad de empresa, con la limitación fundamental de que es el Estado quien tiene a su cargo la dirección general de la economía y la facultad de intervenir para regularla en la forma y con los fines previstos en la misma Constitución (Art. 32), nos encontramos con que nuestro país posee la estructura jurídica necesaria para adoptar una ley contra los monopolios».

[1375] MIRANDA LONDOÑO (s/f d). Op. cit. p. 62 y ss. Puede encontrarse un análisis relativamente detallado de la Ley 155 de 1959.

[1376] Las autoridades encargadas de la aplicación de las normas sobre la competencia comercial, han sido sucesivamente el Ministerio de Fomento (Ley 155 de 1959); la Superintendencia de Regulación Económica (Decreto 3.307 de 1963); la Superintendencia de Sociedades (Decreto 2.562 de 1968); y por último la Superintendencia de Industria y Comercio (Decreto 149 de 1976).

mo se recordará, aunque el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 contiene un postulado general de prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia al estilo de la §1 de la Ley Sherman o del artículo 85 del Tratado de Roma, el parágrafo de dicho artículo establece la posibilidad de introducir excepciones a la prohibición general. El artículo 1° de la Ley dice lo siguiente:

«**Artículo 1.**- Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos».

«**Parágrafo.**- El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general». (El subrayado es mío).

Posteriormente al desarrollar el parágrafo transcrito, el artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964 dijo lo siguiente:

«**Artículo 1.**- Para los efectos del parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, considéranse sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general, tales como:

a) El proceso de producción y distribución de bienes destinados a satisfacer las necesidades de la alimentación, el vestido, la sanidad y la vivienda de la población colombiana;

b) La producción y distribución de combustibles y la prestación de los servicios bancarios, educativos, de transporte, energía eléctrica, acueducto, telecomunicaciones y seguros». (El subrayado es mío).

Como se puede observar, el artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964 incorporó dentro de las excepciones a la prohibición general del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, todas las actividades económicas de alguna importancia, con lo cual se hacía virtualmente inoperante la ley de la competencia[1377].

No se dictaron otras normas sobre prácticas restrictivas de la competencia hasta la expedición del Código de Comercio en 1971, el cual estableció en su artí-

---

1377 En relación con los motivos por los cuales la Ley 155 de 1959 no fue aplicada adecuadamente, ha dicho la doctora Claudia Orozco lo siguiente:

«En conclusión, la Ley 155 ha sido una norma sin eficacia, lo cual puede explicarse por cuatro razones:

- Ausencia de una política económica que propenda por una economía de mercado.

- Carencia de una norma que determine claramente conductas permitidas y prohibidas.

- Falta de procedimientos y competencias que permitan desarrollar una labor de investigación eficaz necesaria para implementar la Ley.

- Falta de una institución con una dotación de recursos físicos y humanos adecuados».

OROZCO, Claudia. «Marco Legal para la Promoción de la Competencia en Derecho Comparado y en Colombia». Revista *Planeación & Desarrollo.* Volumen XXIV No. 2. Mayo-Agosto de 1993. *Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico.* p. 131.

culo 202, una nueva regla de incompatibilidades para ejercer cargos directivos en más de cinco (5) juntas directivas de sociedades por acciones[1378], y reglamentó la Competencia Desleal en sus artículos 75 a 77.

Durante los años siguientes se presentaron varios proyectos de reforma a la Ley 155 de 1959, elaborados por distintos estamentos de la sociedad, pero ninguno fue tramitado por el Congreso. Sin embargo, el tema de la competencia comenzó a tener una gran dinámica legislativa a partir del año 1990, con la expedición de la Ley 45 de 1990 sobre reforma financiera, en la cual se incluyó un capítulo sobre competencia e información. Posteriormente, en enero de 1991 se expidió la Ley 1° de dicho año, contentiva del Estatuto de Puertos Marítimos, en la cual se incluyó un capítulo sobre restricciones a la libre competencia y se le atribuyó el control sobre este tipo de prácticas a la Superintendencia Nacional de Puertos.

3.1.2. Normas de Carácter Supranacional:

Por último se destaca en este punto la expedición de una normativa subregional sobre la competencia (Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena), que se constituye en el primer pronunciamiento que sobre este tema hace la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y que se menciona dentro del presente estudio por cuanto se introduce de manera directa en nuestra legislación, debido a su carácter supranacional.

La importancia de la Decisión 285, dictada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena el día 21 de marzo de 1991, consiste en que a través de su articulado se incorporan por primera vez normas detalladas tendientes a controlar las prácticas restrictivas de la competencia a nivel del Mercado Subregional Andino.

Los antecedentes legislativos de esta Decisión se encuentran en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena, el cual le ordena a la Comisión adoptar la propuesta de la Junta, normas que prevengan o corrijan las practicas que tiendan a distorsionar la competencia, citando dentro de dicha categoría y de manera puramente enunciativa el *dumping*, las manipulaciones indebidas de los precios, las

---

1378 Algunos estudiosos consideran inclusive que el Código de Comercio, al regular la totalidad de la materia comercial como lo establece en su artículo 2.033, derogó la Ley 155 de 1959 y legislación complementaria sobre prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en contra de esta teoría, por medio del concepto del día 24 de Mayo de 1989, en el cual, con ponencia del Magistrado Jaime Paredes Tamayo, se reconoce, si bien con un cierto grado de confusión, la existencia y diferencias entre el régimen de las prácticas restrictivas contenido en la Ley 155 de 1959, y el de la competencia desleal contenido en el Código de Comercio. En su parte relevante el concepto del Consejo de Estado dice lo siguiente: «*El perjuicio del consumidor y del productor de materias primas sugiere otro criterio distintivo de prácticas comerciales restrictivas, mientras que el perjuicio del competidor sugiere el criterio distintivo de las prácticas de competencia desleal.*
Aunque todo acto de competencia desleal implica o representa una práctica comercial restrictiva, el régimen autónomo de aquella, incorporado al Código de Comercio, previene conflictos de aplicación frente a la Ley 155 de 1959 y delimita el ámbito de esta, así no logre extraerse de sus normas un criterio unificado sobre prácticas comerciales restrictivas.
El riesgo de distinguir actos específicos de las prácticas comerciales restrictivas, lo sortea el legislador con una fórmula general para efectos de su represión, puesto que dichos casos desbordan la capacidad previsiva de la ley. De ahí que la Sala concluya sus consideraciones reiterando la autonomía del régimen del Código de Comercio y su aplicación prevalente e integral en materia de competencia desleal y la autonomía del régimen de la Ley 155 de 1959 en materia de otras prácticas comerciales restrictivas aunque por sus efectos impliquen competencia desleal». (El subrayado es mío).

maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efectos equivalentes.

En el desarrollo del mencionado artículo, la Comisión expidió en diciembre de 1971, la Decisión 45, contentiva de normas y principios para controlar las prácticas tendientes a distorsionar la competencia, con base en la enumeración contenida en el artículo 75 del Acuerdo de Cartagena atrás mencionado.

En diciembre de 1987, la Comisión expidió la Decisión 230, que sustituye la Decisión 45 y que recoge en buena medida las recomendaciones de la Propuesta 168, presentada por la Junta como consecuencia de la declaración de voluntad de los Países Miembros en el sentido de perfeccionar los mecanismos de la Decisión 45, expresada durante las deliberaciones del Protocolo de Quito.

En diciembre de 1989, los Presidentes de los Países Miembros aprobaron el Diseño Estratégico para la Orientación del Grupo Andino, el cual contempla la necesidad de revisar y perfeccionar los mecanismos contemplados por la Decisión 230 y establecer instrumentos ágiles para la protección de la competencia. Como consecuencia de dicho mandato presidencial, la Junta estudió varias Propuestas, la última de las cuales, la 226, se constituyó en el antecedente inmediato de la Decisión 285.

El mayor problema que los estudiosos le han asignado a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, es su carácter *ex-post* que va en contravía con la moderna concepción *ex-ante*[1379] de las normas sobre promoción de la competencia en el mundo[1380].

3.2. La Competencia en la Constitución Política de 1991:

La Nueva Constitución le da una gran relevancia a la competencia y constituye un notable avance en este sentido la mención que se hace a las posibilidades de intervención del Estado para protegerla[1381]. A pesar de lo anterior hubiera sido preferible

---

1379 Las ventajas de una legislación *ex-ante* son resumidas por el consultor José Diez Canseco refiriéndose al caso del Acuerdo de Cartagena, al decir que *«en lugar de corregir perjuicios o prevenir amenazas de perjuicios, los cuales no enfrentan la práctica restrictiva en sí misma; en la normativa 'ex-ante' se ataca la raíz del propio acuerdo o el abuso de una posición dominante. Para ello, es requisito 'prohibir a priori' todo acuerdo y el abuso de una posición dominante».* DIEZ CANSECO, José. «Consideraciones en torno a la Armonización Ex-Ante de las Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia». (JUN/REG.CC/II/dt. 3 del 11.03.91). p. 7.

1380 Para un análisis detallado de la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, puede consultarse a IBARRA PARDO, Gabriel, quien llamado para dar asesoría a la Junta del Acuerdo de Cartagena, escribió el documento titulado «El Control de las Prácticas Restrictivas de la Competencia en el Acuerdo de Cartagena: Un Análisis Comparativo de la Decisión 285».

1381 En la Constitución Política de 1991 se incluyeron además del artículo 333, otras normas relacionadas con las prácticas restrictivas de la competencia, los monopolios, y el acceso a la propiedad, sobre las cuales este estudio no recae. Sin embargo, de manera puramente enunciativa se reseñan las siguientes:

- El artículo 57 de la Constitución dice que *«La ley podrá establecer los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas».* (El subrayado es nuestro).
- El inciso tercero del artículo 58 establece que *«El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de la propiedad».* (El subrayado es nuestro).
- El artículo 60 dice que *«El Estado promoverá, de acuerdo con la ley, el acceso a la propiedad. Cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará las medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones, y ofrecerá a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria».* (El subrayado es nuestro).

que la Constitución se refiriera al control o la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia de manera general, en lugar de hacer énfasis sobre una de las subespecies de este tipo de prácticas, como es el abuso de la posición dominante en el mercado.

Lo que sí resulta meridianamente claro después de estudiar los documentos y ponencias que se tramitaron en la Asamblea Nacional Constituyente, es el sentido que se le quiso dar a la norma, el espíritu que el legislador debe plasmar al desarrollar normativamente el principio constitucional. Así puede observarse cómo, a lo largo de los debates se plantearon diversas alternativas, grados e intensidades de control a las prácticas restrictivas de la competencia en general y de los monopolios en particular, para adoptar finalmente una posición madura, que corresponde con la evolución del Derecho Antimonopolístico en otras latitudes durante los últimos cien años. Es así como se aceptó la tesis de que el monopolio o el poder de mercado, no es perjudicial en sí mismo, sino que lo es en cambio el abuso del poder monopolístico o de la posición dominante en el mercado.

En este sentido, vale la pena resaltar el tenor de las primeras ponencias presentadas a la Asamblea Nacional Constituyente y la forma en que se fue modificando el texto del artículo sobre «Libertad Económica y Competencia», hasta llegarse a la fórmula del actual artículo 333 de la Constitución:

1. En el informe de ponencia sobre Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado, presentado por los Constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benitez, Angelino Garzón, Julio Cuevas y Guillermo Guerrero, que se encuentra publicado en la Gaceta Constitucional número 46 del día 15 de abril de 1991 (pp. 7 y ss.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo sobre control a las prácticas restrictivas de la competencia:

   «Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:

   (...)

   El Estado, por mandato de la Ley, impide que se obstruya o restrinja la libertad económica y la competencia, regula o pone fin a los monopolios y controla cualquier forma de dominio de mercado que perjudique a la comunidad.

   (...)»

2. Como se puede observar, esta es una posición inicial bastante dura, que permite acabar con los monopolios cuando se considere que «perjudican a la comunidad», fórmula harto vaga que se presta a todo tipo de interpretaciones. Pero aún en este caso, los Constituyentes no pretendían imponer una prohibición absoluta de los monopolios, ni tampoco montar una persecución generalizada de los mismos, ya que en la conclusión de la exposición de motivos de esta parte de la norma se lee lo siguiente:

- El artículo 64 de la Constitución dice que *« Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa...»* (El subrayado es nuestro).
- El artículo 75 de la Constitución dice que *«El espectro electromagnético es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley».*
  «Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético». (El subrayado es nuestro).

«Ni tampoco, conscientes de los resultados obtenidos en la experiencia europea, proponemos que la concentración sea reprimida per se sino cuando asuma la forma concreta de prácticas de la posición dominante enderezadas a restringir la competencia o la libertad económica y, que por ello mismo, perjudique a la comunidad».

3. Posteriormente, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, titulado «Régimen Económico, Libertad de Empresa, Competencia Económica, Monopolios e Intervención del Estado», presentado por los mismos Constituyentes que ya se nombraron, y publicado en la Gaceta Constitucional número 80, del jueves 23 de mayo de 1991 (pp. 18 y ss.), se incluyó dentro del articulado el siguiente párrafo que presenta una notable diferencia con el anterior:

   «Artículo 1.- Libertad Económica y Competencia:

   (...)

   El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de posición dominante en el mercado.

   (...)»

4. El espíritu final del articulado sobre Protección de la Competencia, fue resumido por el Constituyente Jesús Pérez González-Rubio en la Ponencia para Segundo Debate titulada «Régimen Económico, Libre Empresa e Intervención del Estado», en cuyos apartes más significativos se puede leer lo siguiente:

   «La Libre Competencia es principio básico de este sistema económico. La nueva Constitución lo recoge de manera expresa al señalar que ella es un derecho de todos, que como cualquier derecho presupone responsabilidades. Es un postulado que quiere tutelar de tal manera, que le impone al Estado la obligación de impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, así como la de evitar o controlar cualquier abuso de posición dominante en el mercado nacional.

   La verdad es que poniéndose a la altura de nuestro tiempo caracterizado por la internacionalización de la economía, que implica facilitar a las empresas nacionales ser todo lo grande que sea posible para que puedan alcanzar la capacidad competitiva que las saque adelante en el mercado internacional, no prohibe las posiciones dominantes en el mercado nacional sino apenas su abuso». (El subrayado es mío).

5. Por último, y como es sabido, el artículo 333 de la Constitución, fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en la siguiente forma:

   «**Artículo 333.**- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

   La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

   (...)

   El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

   La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación».

6. Para concluir este punto, es posible afirmar que la intención del Constituyente y el contenido del artículo 333 de la Constitución, en lo que hace al control de las prácticas restrictivas de la competencia, se encuentran en consonancia con las corrientes actuales del Derecho Antimonopolístico, cuyo talante se resume de la siguiente manera: «*En la actualidad, la mayor parte de las legislaciones del mundo no considera los monopolios o la concentración económica como negativos o contraproducentes per se (es más los considera positivos en ciertos casos), pero pretende controlar su formación y funcionamiento para que no se distorsione la competencia ni se den los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Lo que se pretende entonces no es prohibir la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la erradicación de todos los existentes, sino prohibir que esos monopolios u oligopolios se formen gracias a prácticas restrictivas de la competencia y que los monopolios u oligopolios existentes mantengan su poder de mercado mediante la realización de este tipo de prácticas*»[1382].

3.3. Últimos Desarrollos Normativos:

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, el Gobierno Nacional se empeñó, como quedó consignado atrás, en desarrollar los principios constitucionales relacionados con la garantía del derecho a la libre competencia y la consecuencial prohibición a la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

La más importante expresión de este esfuerzo normativo, lo constituye sin lugar a dudas la expedición del Decreto 2.153 de 1992, el cual como ya se dijo, entra a conformar con la Ley 155 de 1959, el cuerpo normativo general y más importante del país en materia de Derecho de la Competencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se enumeran los más importantes desarrollos normativos posteriores a la expedición de la Constitución Política de 1991 en esta materia:

3.3.1. Régimen General de la Libre Competencia:

Este régimen fue complementado con el Decreto 2.153 de 1992, que junto con la Ley 155 de 1959 y sus decretos reglamentarios, constituye el Régimen General de la Libre Competencia en Colombia.

Esta normatividad resulta importante, por cuanto contiene los criterios y conceptos generales que ha utilizado el legislador colombiano en esta materia, los cuales deben servir de guía en la interpretación de las demás normas sobre competencia, que de manera tangencial se han incluido en diversas leyes y decretos que regulan diversas actividades y sectores de la economía.

3.3.2. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:

Al aprobar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 1.730 de 1991 el Gobierno incluyó las normas sobre competencia que se habían expresado desde la Ley 45 de 1990, atribuyendo la aplicación de dichas normas para el sistema financiero a la Superintendencia Bancaria. En la última reforma del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contenida en el Decreto 663 de 1993, se introducen algunas modificaciones al capítulo sobre competencia, se añaden normas relativas a la competencia en el sector asegurador y se mantiene la aplicación de estas normas en cabeza de la Superintendencia Bancaria.

[1382] MIRANDA LONDOÑO (s/f d). Op. cit. p. 55.

3.3.3. Normas Sobre Telecomunicaciones:

El Decreto Ley 1.900 de 1990 por medio del cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines, contiene algunas referencias al régimen de la libre competencia en el sector de las comunicaciones.

El Decreto 1.794 de 1991, por medio del cual se reglamenta el Decreto Ley 1900 de 1990 y se expiden normas sobre los Servicios de Valor Agregado y Telemáticos, contiene un capítulo sobre garantías a la libre competencia en la prestación de este tipo de servicios.

El Decreto 2.122 de 1992, por medio del cual el Presidente de la República reestructuró el Ministerio de Comunicaciones, con base en el Artículo Transitorio 20 de la Constitución Política crea por medio de su artículo 2°, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, como Unidad Administrativa Especial sin personería jurídica, con el fin de *«regular y promover la competencia para que las operaciones sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad»*[1383].

La Ley 37 de 1993, por medio de la cual se regula el servicio público de telefonía móvil celular, contiene normas sobre garantías de interconexión acceso y costo, que son relativas a la garantía de libre competencia en el mencionado sector.

El Decreto 741 de 1993, reglamentario del servicio público de telefonía móvil celular, se refiere en su artículo 55 a la «prohibición de prácticas monopolísticas y restrictivas de la competencia».

Las normas de competencia sobre servicios públicos domiciliarios de telecomunicaciones, se encuentran contenidas en la Ley 142 de 1994 y las resoluciones de la CRT[1384].

3.3.4. Normas sobre Servicios Públicos Domiciliarios:

La Ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, contiene todo un régimen especial de competencia para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural.

La Ley 142 de 1994 creó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y las Comisiones de Regulación de Telecomunicaciones, de Energía y Gas

---

[1383] Los numerales 1° y 2° del artículo 4° del Decreto 2.122 de 1992, establecen las siguientes funciones para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones:

«**Artículo 4°.- Funciones de la Comisión.** En desarrollo de su objetivo, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, tendrá las siguientes funciones:

1. Propiciar la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante por parte de operadores de telecomunicaciones, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales para los distintos operadores que intervienen en la prestación de una misma clase de servicio según su posición en el mercado.
2. Prevenir toda práctica restrictiva de la competencia en el sector de las telecomunicaciones».

[1384] En relación con este importante tema, puede consultarse mi artículo «El Derecho de la Competencia en el Sector de las Comunicaciones», el cual aparecerá próximamente en la Publicación N° 2 del CEDEC.

Combustible y de Agua Potable y Saneamiento Básico, las cuales tienen funciones relacionadas con la garantía de la libre competencia. Dichas Comisiones de Regulación han expedido a su vez, dentro de la órbita de sus funciones, reglamentaciones sobre libre competencia en cada uno de los sectores mencionados.

3.3.5. Normas Sobre el Sector Eléctrico:

La Ley 143 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad en el territorio nacional, contiene varias normas sobre libre competencia en este importante sector de la economía.

La Ley 143 de 1994 le asignó a la Comisión de Regulación de Energía y Gas Combustible funciones relacionadas con la garantía de la libre competencia.

3.3.6. Normas Sobre Servicios de Salud:

Por medio de la Ley 100 de 1993, el Congreso expidió el régimen del Sistema de Seguridad Social en Salud. La mencionada Ley definió el concepto de la libre competencia y la libre *escogencia* en el mercado de los servicios de salud, criterios estos que fueron desarrollados por el Gobierno, a través del Decreto 1.663 de 1994, por medio del cual se establece el régimen de la libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios de salud.

3.3.7. Normas Sobre Transporte:

En adición a las normas sobre el sector portuario a las que ya se hizo referencia atrás, el Congreso dictó la Ley 105 de 1993 por medio de la cual se dictan disposiciones básicas sobre transporte. Esta ley contiene algunas normas sobre libre competencia en el sector del transporte.

3.3.8. Normas sobre Competencia Desleal:

En enero de 1996, el Congreso de la República expidió la Ley 256 de ese año, la cual derogó los artículos 75 a 77 del Código de Comercio y estableció un nuevo estatuto para la competencia desleal en Colombia. Esta importante norma se encuentra concordada con el Tratado de París, aprobado mediante la Ley 178 de 1994 y constituye un cambio de enfoque del esquema profesional de competencia desleal del C. Co., para pasar a una moderna concepción social del tema, siguiendo la legislación española.

4. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

El Régimen General de la Libre Competencia, está compuesto de una parte por la Ley 155 de 1959, sus modificaciones y Decretos Reglamentarios; y por la otra, por el Decreto 2.153 de 1992.

4.1. Sistemas de Análisis

Es indiscutible que en el Régimen General de la Libre Competencia imperante en Colombia existen dos sistemas fundamentales de análisis, que siguiendo el Derecho Antimonopo-

lístico Norteamericano podríamos llamar el sistema de la Regla de la Razón y el Sistema de la Ilegalidad *Per Se*.

4.1.1. Regla de la Razón

Este sistema sirve para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuyo efecto competitivo solamente puede ser evaluado a través del estudio de las características y los hechos peculiares a cada tipo de industria o negocio, de la historia de la práctica restrictiva en cuestión, y de las razones por las cuales se aplicó dicha práctica restrictiva.

De conformidad con la Jurisprudencia Norteamericana, al aplicarle la Regla de la Razón a una situación determinada, se deben analizar tres aspectos esenciales: La naturaleza, el propósito y el efecto de la restricción a la libre competencia[1385].

Al analizar las prácticas restrictivas es importante considerar su naturaleza, ya que la jurisprudencia ha ido señalando en forma paulatina, aquellas conductas netamente anticompetitivas, como por ejemplo, la fijación de precios.

De otra parte, las leyes antimonopolísticas castigan aquellas conductas que son realizadas con el simple propósito o la intención de generar un efecto anticompetitivo. El señalamiento del «propósito» o la intención, como elementos esenciales de una violación al derecho antimonopolístico, marcan el inicio de lo que se ha llamado entre nosotros la aplicación *ex-ante* de las normas sobre protección de la competencia. Se considera que una norma tiene carácter *ex-ante*, cuando actúa en forma preventiva, con base en la simple intención de su infractor y sin necesidad de esperar a que se desencadenen los perjuicios que produciría la práctica restrictiva[1386].

En cuanto al efecto de las prácticas restrictivas, vale la pena señalar que bajo la Regla de la Razón, es posible establecer defensas que tiendan a demostrar que los efectos de la conducta que se le imputa al acusado no son anticompetitivos, o que la conducta beneficia a los consumidores. Una defensa válida puede consistir por ejemplo, en demostrar que como resultado de las prácticas acusadas se presenta una mayor producción y más bajos precios, o que a través de las prácticas acusadas se tiende a maximizar la satisfacción del consumidor.

Otro aspecto que se analiza al aplicar la Regla de la Razón, es el del poder de mercado, o posición dominante en el mercado como se ha llamado al concepto entre nosotros. Para efectos de determinar si una empresa tiene posición dominante en un determinado mercado, es necesario hacer un estudio sobre la estructura y la concentración de dicho mercado[1387]. La autoridad de la competencia tiende a presumir por regla general, que cuando no existe una posición

1385 Standard Oil Co. v. United States. 221 U.S. 1 (1911).

1386 Como es bien sabido, una de las mayores críticas que se le ha hecho a la Decisión 285 del Acuerdo de Cartagena, se refiere al carácter *ex-post* de la normativa. Tanto la Ley 155 de 1959 como los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma y la Ley Sherman, contienen una clara regla para la aplicación *ex-ante* del derecho Antimonopolístico.

1387 Por esta razón es necesario que las autoridades encargadas de aplicar la legislación antimonopolística cuenten con los medios suficientes y el personal capacitado para realizar sofisticadas mediciones econométricas. Así mismo es necesario que los abogados que trabajen en estas labores conozcan y entiendan los temas económicos.

dominante en el mercado, la intención de una empresa al reducir su producción o realizar otra conducta equivalente, no puede ser la de aumentar los precios.

Una de las prácticas a la que se le ha aplicado la Regla de la Razón en forma general en los Estados unidos, ha sido la de compartir información con los competidores. Aunque se considera generalmente que al suministrarle información al mercado la competencia se hace más transparente y los consumidores tienen mejores elementos de juicio para decidir, se ha descubierto que en determinadas circunstancias el intercambio de información entre competidores puede servir como medio de colusión, y especialmente como mecanismo para la formación y el mantenimiento de Carteles.

En relación con este tipo de práctica, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, aprobó en 1925 un programa de intercambio de información sobre precios, en el caso de *Maple Flooring Manufacturers Association v. U.S.*[1388], debido a que se compartían únicamente los datos referentes a las transacciones antiguas, en lugar de los precios corrientes, y porque no se divulgaban las listas de clientes. Sin embargo en los casos de *Sugar Institute Inc v. U.S.*, (1936) y *U.S. v. Container Corporation of America* (1969), la Corte condenó las prácticas tendientes a suministrarle información a los competidores, en mercados altamente concentrados. En Colombia este mismo tema se está debatiendo en la actualidad con motivo de la investigación que la Superintendencia de Industria y Comercio le ha iniciado a la industria cementera, y en la cual se investiga una práctica de compartir información, la cual como se sabe no está tipificada en nuestra legislación.

En Colombia la Regla de la Razón se debe aplicar a aquellas conductas que no se encuentran expresamente definidas en la legislación, como acuerdos, actos anticompetitivos, o formas de abuso de la posición dominante en el mercado. Estas conductas caen entonces bajo las prohibiciones generales contenidas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y en el artículo 46 del Decreto 2.153 de 1992. Estas normas jurídicas dicen textualmente lo siguiente:

> **Ley 155 de 1959. «Artículo 1.-** Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.
>
> **Parágrafo.-** El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general».
>
> **D. 2.153 de 1992. «Artículo 46.-** PROHIBICIÓN. En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito».

[1388] *Op. cit.* HOVENCAMP, Herbert. p. 119. 268 U.S. 563 (1925).

Como se puede observar, la Ley 155 de 1959 prohíbe *«... toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos»*. Por su parte, el Decreto 2.153 de 1992 prohíbe *«... las conductas que afectan la libre competencia en los mercados...* » Este es el reconocimiento del legislador, de que los participantes en el mercado pueden incurrir en prácticas anticompetitivas que no fueron previstas por el legislador, caso en el cual es necesario tener un mecanismo para poder sancionarlos, como es el de la prohibición general.

Para el efecto, debe realizarse un análisis más estricto y profundo, ya que es necesario probar que la práctica tiende a limitar la libre competencia o a afectar la libre competencia en los mercados, para lo cual debe establecerse un parámetro de lo que significa la libre competencia en ese mercado. Consecuentemente, le será posible al investigado esgrimir como defensa el carácter pro-competitivo de su conducta, lo que no es posible bajo el sistema de la regla *per se*.

A pesar de las anteriores, el sistema de análisis descrito, se encuentra en grave crisis en el derecho colombiano, como consecuencia de la decisión proferida por el Consejo de Estado, al analizar la legalidad del convenio marco para la absorción y el suministro de la producción nacional del aceite de palma africana, el cual fue suscrito con el aval del gobierno en septiembre de 1994, entre FEDEPALMA y varias empresas de la industria procesadora de aceites y grasas y cuyo objeto consistía en regular las condiciones del mercado de aceite de palma. En este caso, cuyas implicaciones es necesario analizar con mayor detenimiento el consejo de Estado dijo que el mencionado acuerdo no se encontraba enmarcado dentro de ninguno de los tipos previstos en las normas sobre libre competencia, razón por la cual no era factible imponer sanciones. Dijo textualmente el Consejo de Estado lo siguiente:

> *«El acto acusado, por sí mismo, es demostrativo de que se atendió la reclamación presentada; y que si bien no consideró 'significativa' la queja, al estimar que los hechos denunciados no tipificaban las conductas prohibidas por los artículos 46, 47 y 50 del Decreto 2.153 de 1992, lo hizo razonadamente, dentro de una interpretación lógico-sistemática de la Constitución y de la ley...»*
>
> *«Además mal pueden imponerse sanciones (art. 2°, num. 2 ibídem), como lo pretende el actor, frente a hechos que se han considerado atípicos ante las conductas de abuso de la posición dominante, o uso de prácticas restrictivas de la competencia, pues garantías fundamentales en materia sancionatoria, entre ellas el principio de la legalidad (no hay falta ni pena sin ley), tiene tajante reconocimiento en nuestra Carta Política».*

4.1.2. Regla *«Per Se»*.

De acuerdo con la Jurisprudencia Norteamericana, este sistema se utiliza para analizar todos aquellos acuerdos y prácticas cuya naturaleza y efecto resultan tan evidentemente anticompetitivos, que no se necesita realizar un elaborado estudio de la industria respectiva para concluir que son ilegales, motivo por el cual se considera que son ilegales ***«Per Se»***.

La Regla *«Per Se»* es el tipo de análisis más estricto bajo el cual la autoridad de la competencia puede analizar la conducta de una empresa o persona en los Estados Unidos, y equivale entre nosotros a la aplicación de una «Presunción de Derecho» de que una conducta determinada es ilegal. Por esta razón la ju-

> risprudencia Norteamericana ha ido señalando en forma taxativa los casos en los cuales se aplica este tipo de análisis, y el debate jurídico en los casos dudosos se reduce a definir si la regla *«Per Se»* se aplica o no se aplica al caso *sub judice*. Una vez que la corte ha determinado que la regla *«Per Se»* es aplicable al caso, la única defensa válida consiste en demostrar que el acusado no incurrió en la práctica o conducta que se le imputa.
>
> Por lo tanto la Corte no escuchará los argumentos del demandado tendientes a demostrar que los precios son razonables, que las partes no tienen suficiente poder dentro del mercado relevante, que la conducta en cuestión no tuvo realmente el efecto de restringir la competencia, o que benefició a los consumidores.
>
> Tampoco aceptará la Corte disculpas que tiendan a justificar la práctica restrictiva con el argumento de que la competencia en este mercado específico es perjudicial para la economía. En ningún caso una defensa que pretenda descalificar el proceso de competencia comercial logrará excluir a un acusado de la aplicación de la regla *«Per Se»*[1389].

La razón para aplicar un tipo de análisis tan estricto, fue explicada en 1982 por el Juez Stevens, en el caso de *Arizona v. Maricopa County Medical Society*[1390] al decir que «*Una vez que la experiencia con un tipo particular de práctica restrictiva ha facultado a la Corte para predecir con confianza que la Regla de la Razón lo condenará, la Corte podrá aplicar una presunción concluyente de que la práctica restrictiva en cuestión es irracional*»[1391]. En este caso la Corte Suprema de Justicia le aplicó la regla *«Per Se»* a un acuerdo de fijación de precios máximos establecidos por la Asociación Médica del Condado de Maricopa, a pesar de que el acuerdo en sí mismo tenía por objeto la reducción de precios para los consumidores.

En Colombia la regla *Per Se* es aplicada a todos los casos de acuerdos, casos o conductas de abuso de la posición dominante específicamente tipificados en la legislación. En estos casos la autoridad de la competencia solamente debe demostrar que la conducta se realizó y no necesita entrar a probar si tal conducta es o no anticompetitiva, ya que el carácter competitivo e ilegal de la conducta es presumido por la ley.

Al respecto se puede considerar por ejemplo, el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2.153 de 1992, el cual dice textualmente lo siguiente:

> «**Artículo 47.- Acuerdos contrarios a la libre competencia**. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el Artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia entre otros, los siguientes acuerdos:

1389 En el caso de National Society of Professional Engineers v. United States. 435. U.S. 679 (1978), la Corte condenó a la Sociedad Nacional de Ingenieros por establecer un reglamento que prohibía a sus afiliados hacer ofertas competitivas para obtener contratos. La defensa de la Asociación se basó en que la libertad absoluta para competir en cuanto al precio llevaría a los ingenieros a hacer recortes presupuestales indebidos o inseguros para el público, con el objeto de presentar la propuesta más económica y obtener el contrato, en detrimento de la calidad de las construcciones y del bienestar de los consumidores. La Corte conceptuó que bajo la Regla de la Razón no se podían aprobar defensas basadas en la suposición de que la competencia en sí misma era considerada irracional.

1390 SULLIVAN y HOVENKAMP (s/f). Op cit. p. 196. Puede verse el texto del caso. 457 U.S. 332 (1982).

1391 Los textos de las decisiones que se citan en este documento fueron todos consultados en Inglés. Las traducciones son nuestras.

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios».

Como se puede observar, la norma transcrita considera contrarios a la libre competencia, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios. La autoridad de la competencia deberá probar solamente la existencia de un acuerdo cuyo objeto o efecto sea la fijación de precios, pero no tendrá que demostrar que dicha conducta es anticompetitiva, ya que la norma lo presume y no admite prueba en contrario. En consecuencia, la única defensa posible para el investigado, consiste en demostrar que no celebró el acuerdo, y no se le admitirán argumentos tendientes a demostrar por ejemplo que la fijación de precios se pactó en beneficio de los consumidores, o que no afectó el mercado.

4.2. Características generales de la Ley 155 de 1959 y Normas Reglamentarias

La Ley 155 de 1959 fue expedida por el Congreso por iniciativa del Gobierno. Como es bien sabido, fue el doctor Hernando Agudelo Villa, en su calidad de Ministro de Hacienda, quien preparó el proyecto e impulsó personalmente el debate hasta la expedición de la Ley.

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó al Presidente de la República la Ley 21 de 1963, el Gobierno expidió el Decreto Ley 3.307 de 1963, por medio del cual modificó los artículos 1° y 15° de la Ley 155 de 1959 y se dictaron algunas normas adicionales sobre procedimientos administrativos para la aplicación de la Ley.

Posteriormente el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 1.302 de 1964, por el cual se establecieron criterios procedimentales y de valoración en la aplicación de la Ley 155 de 1959[1392].

Aunque en diversas partes de este documento se analizan y critican aspectos específicos de las disposiciones contenidas en la Ley y su Decreto Reglamentario, en el presente punto se analizan algunos aspectos generales que se consideran importantes:

4.2.1. Materias que Cubre la Ley:

La Ley 155 de 1959 y su Decreto Reglamentario cubren diversos aspectos relacionados con el tema de las prácticas restrictivas de la competencia, los cuales serán explicados en detalle más adelante.

En efecto, el artículo 1° de la Ley, al estilo de la §1 de la Ley Sherman de los Estados Unidos de Norteamérica, contiene una prohibición genérica de realizar toda clase de acuerdos, actos y en general toda clase de prácticas restrictivas de la libre competencia, dentro de las cuales se podrían incluir los abusos de la posición dominante en el mercado, aunque la expresión posición dominante no aparece en la ley.

El artículo 2° se refiere a la vigilancia especial que el Estado ejercerá sobre las empresas que ostenten poder dentro de un mercado por la participación que tengan en él.

[1392] En acápites anteriores de este documento se analiza la incidencia que tuvo el artículo 1° del Decreto 1.302 de 1964 en la falta de aplicación de la Ley 155 de 1959, en tanto en cuanto dicho artículo reglamentó el parágrafo del artículo 1° de la Ley, incluyendo la mayor parte de los sectores de la economía en la excepción a la aplicación de las normas sobre competencia.

El artículo 3° se refiere al tema de la intervención del Estado en el tema de las pesas y medidas. El artículo 4° se refiere al control de fusiones por parte del Estado.

Los artículos 5° y 6° tratan el tema de los conflictos de interés y la prohibición a la concentración en cargos administrativos. Los artículos 7°, 8° y 9° tratan el tema de los sistemas de distribución de los productos en el mercado. Los artículos 10° y 11° definen la competencia desleal y establecen casos de la misma. Estos artículos se consideran derogados por la expedición del Código de Comercio en 1971. En la actualidad el tema de la competencia desleal se encuentra tratado en la recientemente expedida Ley 256 de 1996.

Por último, los artículos 14 a 19 de la Ley, hacen referencia al procedimiento para la aplicación de la norma, y a las sanciones en que incurrirían sus infractores

4.2.2. Carácter Subjetivo y *Ex-Ante* de la Norma:

La influencia que ejerció la Ley Sherman sobre el legislador colombiano, hace que la Ley 155 de 1959 tenga un carácter subjetivo, que como se verá más adelante, difiere del carácter objetivo que se le imprimió al Decreto 2.153 de 1992. Este carácter subjetivo se evidencia en el hecho de que la Ley castiga la mera tentativa, sin exigir que los actos produzcan un efecto anticompetitivo en el mercado, para que se aplique la sanción.

Debe tenerse en cuenta que la Ley Sherman es de tipo criminal, por lo cual los factores subjetivos e intencionales son determinantes. Cuando el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 dice que *«Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar...»* (El subrayado es mío), ello quiere decir que no es necesario demostrar un efecto anticompetitivo; simplemente la realización de cualquier acto realizado con la intención de restringir la libre competencia.

De igual manera, el carácter *ex-ante* de la norma, al cual ya se hizo alusión en este documento, radica en que no es necesario demostrar perjuicio alguno, con el objeto de lograr la aplicación de las sanciones relacionadas con la violación de las normas que prohiben las prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, la Ley 155 de 1959 sigue el criterio del Derecho Norteamericano, así como el que se aplica en la Comunidad Económica Europea, según el cual debe tratar de aplicarse la norma en forma ágil, preventiva, sin esperar a que se le produzcan daños irreparables a los consumidores y al mercado en general.

El establecimiento de un carácter *ex-ante* en la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia, se justifica ya que este tipo de normas se aplica en interés general, para proteger las condiciones generales de competencia del mercado, y no solamente los intereses de uno u otro participante en el mismo.

4.2.3. Bien Jurídico Protegido:

Nada establece de manera expresa la Ley 155 de 1959 en relación con el punto del bien jurídico protegido, lo cual quizás sea sabio si se tiene en cuenta que los diferentes gobiernos deben tener la oportunidad de aplicar su propia política de

la competencia, protegiendo aquellos valores que su filosofía económico-política considere más importantes[1393].

Sin embargo, es evidente que la Ley, siguiendo postulados teleológicos que ya desde esa época eran considerados esenciales por el derecho de la competencia, tiene una clara tendencia a la protección del bienestar del consumidor, como bien jurídico fundamental, que debe orientar y determinar la aplicación de este tipo de normas. Es así como la parte final del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 establece la prohibición general de realizar acuerdos o actos anticompetitivos, y *«...en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos».* (El subrayado es mío).

4.3. Características Generales del Decreto 2.153 de 1992

Como ya se explicó atrás, el Decreto 2.153 de 1992 fue expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el artículo 20 transitorio de la Constitución. En el punto 3. de este documento se hace un análisis de las características jurídicas del Decreto, el cual fue declarado constitucional por el Consejo de Estado.

Para la expedición del Decreto, el Gobierno tuvo en cuenta la opinión de la comisión de expertos canadienses que visitó el país, encabezada por el profesor Shyam Khemani. La influencia de la escuela canadiense de la competencia se deja sentir en varios aspectos del Decreto, como se verá en los puntos siguientes.

Adicionalmente, resulta importante resaltar la influencia que los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, ejercieron sobre la redacción del Decreto. En efecto, el Decreto no solamente establece una prohibición genérica sobre las prácticas restrictivas de la competencia, sino que además define las diferentes categorías de conductas y da listados no taxativos de aquellas conductas que se consideran violatorias del Derecho de la Competencia, con lo cual se pretende ilustrar en forma práctica a los destinatarios de las normas, que son los participantes en el mercado, y prevenirlos sobre las conductas que se encuentran prohibidas.

4.3.1. Materias que Cubre el Decreto:

El Decreto 2.153 de 1992 introdujo importantes innovaciones de tipo institucional y sustancial al Derecho de la Competencia. En efecto, la norma pone el Derecho de la Competencia Colombiano, a tono con la evolución conceptual que ha tenido la materia en las últimas décadas.

En relación con los aspectos institucionales, el Decreto crea tres nuevas dependencias dentro de la Superintendencia de Industria y Comercio. En primer lugar, crea la Superintendencia Delegada para la Promoción de la Competencia. De esta delegatura depende la División de Promoción de la Competencia, la cual se integra con un grupo interdisciplinario de profesionales que le ayudarán al Superintendente Delegado a adelantar las investigaciones. Por último, el Decreto crea el Consejo Asesor del Superintendente, como un órgano colegiado de Consulta del Superintendente en materias relacionadas con la promoción de

[1393] Para una discusión pormenorizada sobre la evolución histórica de los aspectos teleológicos de estas normas, pueden consultarse los siguientes documentos de la misma autoría que el presente: «El Derecho de la Competencia en Colombia». *Op. cit.*, pp. 55-56 y «Anotaciones Sobre el Derecho Antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica». *Op. cit.*, pp. 134-137.

la competencia. El Consejo se integra con cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

En cuanto a los aspectos procesales, el Decreto se acoge a los procedimientos administrativos descritos en el Código Contencioso Administrativo. Resulta importante destacar la actualización de las sanciones que el Superintendente puede imponer a los infractores, así como la posibilidad que tiene de decidir sobre la terminación de las investigaciones, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En relación con los aspectos sustanciales relativos al Derecho de la Competencia, el Decreto hace referencia a la Ley 155 de 1959, aunque la modifica en algunas partes como se verá adelante. De todas maneras debe considerarse que el decreto contiene el régimen general del Derecho de la Competencia en Colombia.

El artículo 44 del Decreto contiene la reiteración de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. El artículo 45 por su parte trae importantes definiciones sobre lo que la norma entiende por acuerdo, acto, conducta, control, posición dominante y producto. El artículo 46 contiene una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de la competencia, que reitera la prohibición contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959; la sanción jurídica de dichas conductas es la nulidad absoluta por objeto ilícito.

Los artículos 47, 48 y 50 del Decreto contienen la determinación de la clasificación tripartita que el Decreto hace de las conductas restrictivas de la libre competencia. En efecto, el artículo 47 hace referencia a los acuerdos restrictivos de la libre competencia, el artículo 48 a los actos restrictivos de la libre competencia y el artículo 50 hace referencia a las conductas de abuso de la posición dominante en el mercado.

4.3.2. Carácter Objetivo y *Ex-Ante* de la Norma:

El carácter objetivo del Decreto 2.153 de 1992 es una clara consecuencia de la influencia de la escuela canadiense. Dicho énfasis objetivo se hace evidente en el hecho de que la aplicación de la norma no depende exclusivamente de la demostración de que el autor de la conducta tuvo la intención de restringir la libre competencia. En este sentido el Decreto señala en relación con la mayor parte de las conductas que se describen, que deben tener *«por objeto o como efecto»*, fijar precios, o bien repartir mercados, etc. Lo anterior implica que la norma permite sancionar en aquellos casos en que existiendo la intención de restringir la competencia, no se presenta el efecto anticompetitivo; pero a la vez permite sancionar aquellas conductas que producen un efecto anticompetitivo, aunque no se logre demostrar la intención de su autor de restringir la libre competencia.

El Decreto 2.153 de 1992 mantiene el mismo carácter *ex-ante* que se explicó en relación con la Ley 155 de 1959, explicación a la cual se hace remisión en este punto.

4.3.3. Bien Jurídico Protegido:

A diferencia de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2.153 de 1992 contiene un catálogo de bienes jurídicos protegidos, que en general responde a la gama de variedades que en materia teleológica contemplan las diversas legislaciones modernas del mundo, sin establecer ningún orden o prelación en la aplicación de uno u otro criterio, por lo cual queda ello deferido a la discrecionalidad del Superintendente de Industria y Comercio, el cual en esta materia deberá seguir la orientación general del Gobierno de turno en relación con la política de la competencia.

La determinación de los objetivos o finalidades de la norma, se encuentra contenida en el artículo 2° del Decreto, el cual, al definir las funciones generales de la Superintendencia de Industria y Comercio dice que le corresponde a dicha entidad *«Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la Competencia y prácticas comerciales restrictivas, (...) para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.»* (El subrayado es mío).

Estos objetivos hacen referencia específica a diferentes escuelas del pensamiento económico y a diversos momentos en la evolución del Derecho de la Competencia: la eficiencia, el bienestar del consumidor, igualdad de oportunidades para los competidores y nuevamente protección del bienestar del consumidor.

Como se dijo, el decreto en general no ofrece ninguna orientación en relación con el orden o prelación en el cual se deben preferir los diferentes objetivos descritos, los cuales pueden entrar en conflicto; sin embargo esta apreciación general no se puede aplicar al tema del control de fusiones, en el cual se hace claro que prima el criterio de la eficiencia sobre cualquier otro. En efecto, el artículo 51 del Decreto 2.153 de 1992, que debe ser leído en concordancia con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, modifica el criterio general sobre la función del Gobierno en el control de fusiones, con el objeto de establecer un evento en el cual el Superintendente de Industria y Comercio no puede objetar una fusión. Esto sucede cuando *«... los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado».*

3.2.5. Chile

La Constitución chilena en su artículo 19 numerales 21 y 22 señala:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

21°.- El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado;

22°.- La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras.

En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos;

En Chile las normas antimonopólicas se encuentran reguladas por el Decreto Ley N° 211 de 1973, el cual en su artículo 1 dice:

Artículo 1.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena aumentará en un grado.

Son considerados como actos o hechos antimonopólicos los que se encuentran establecidos en el artículo 2 del Decreto Ley N° 211 el cual dice:

«Artículo 2.- Para efectos previstos en el artículo anterior se consideraran, entre otros, como hechos, actos, o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes:

a) Los que se refieran a la producción, tales como el reparto de cuotas o reducciones o paralizaciones de ellas;

b) Los que se refieran al transporte

c) Los que se refieran al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores;

d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros;

e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entraben el legítimo acceso a una actividad o trabajo.

f) En general cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

En Chile la legislación prohíbe todo tipo de prácticas que lleguen a emular un monopolio. El único monopolio que se acepta es el caso de los servicios públicos, de acuerdo al artículo 4 de la ley:

Artículo 4.- No podrá otorgarse a los particulares la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios.

Solo por ley podrá reservarse a instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades como las señaladas en el inciso anterior (...).

3.2.6. Costa Rica

La Legislación Costarricense regula el principio de la libre competencia en el artículo 46 de la constitución el cual señala:

> *Artículo 46 - Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.*
>
> *Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.*
>
> *Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.*
>
> *Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.*
>
> *Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.*

La ley 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa efectiva del Consumidor del 20 de diciembre de 1994. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 19 de enero de 1995 señala en su artículo 1 como fines de la ley las siguientes:

a. Proteger efectivamente los derechos y los intereses legítimos del consumidor.

b. La tutela y promoción del proceso de competencia y libre concurrencia.

Para alcanzar esos fines de promoción de la competencia, el mencionado artículo establece los siguientes objetivos:

a. La prevención, prohibición de monopolios, de prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado.

b. La eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades.

El ámbito de aplicación de la ley se da a todos los agentes económicos como lo señala el artículo 9 de la ley.

Sin embargo, el artículo 2 los establece más claramente diciendo que la ley se aplica:

> *Artículo 2: En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, publica o privada, participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.*

Esta ley no se aplica a:

a. Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión en los términos que señalen la ley para celebrar las actividades necesarias para prestar servicios, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en regulaciones especiales;

b. Los monopolios del Estado creados por ley, mientras subsistan por leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas, en áreas como: seguros destilación de alcohol y comercialización para consumo interno, distribución de combustibles y los servicios telefónicos, de telecomunicaciones, de distribución eléctrica y de agua.

c. Las municipalidades, tanto en su régimen interno, como en sus relaciones con terceros.

En general la ley de Costa Rica sanciona en su artículo 10 a los monopolios públicos o privados y las prácticas monopolísticas que impidan o limiten la competencia, el acceso de competidores al mercado o promuevan su salida de él.

La ley considera como conductas prohibidas las siguientes:

Prácticas monopolísticas absolutas, reguladas por el artículo 12 de la ley las cuales señalan:

a. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

b. Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidas o limitadas de servicios.

c. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.

d. Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones los concursos, los remates o las subastas públicas.

Prácticas monopolísticas relativas, los actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento indebido de otros agentes económicos del mercado, el impedimento sustancial de su acceso o el establecimiento de las ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

a. la fijación, la imposición o el establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón del sujeto, la situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluyendo la división, la distribución o la asignación de clientes o proveedores, entre agentes que no sean competidores entre sí.

b. La imposición de precio a las demás condiciones que debe observar un distribuidor o proveedor, al vender o distribuir bienes o prestar servicios.

c. La venta o la transacción condicionada a comprar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

d. La venta o la transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender ni proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

e. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a ellos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una conducta determinada, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido específico.

f. La producción o la comercialización de bienes y servicios a precios inferiores a su valor normal.

g. En general, todo acto deliberado que induzca a la salida de competidores del mercado o evite su entrada.

Por otro lado el artículo 13 de la ley señala que para que estas prácticas sean violatorias a la ley, deberá comprobarse que el agente económico que incurre en ellas tiene poder sustancial en el mercado relevante, y que la práctica en cuestión se da con respecto a bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante.

La ley establece criterios para establecer si una empresa tiene poder sustancial esto es:

a. Su participación en el mercado y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.

b. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que, previsiblemente puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.

c. La existencia y el poder de sus competidores.

d. Las posibilidades de acceso del agente económico y sus competidores a las fuentes de insumos.

e. Su comportamiento reciente.

La ley no establece excepción como otras legislaciones.

El órgano de aplicación de esta ley crea la Comisión para Promover la Competencia. Este es un órgano descentralizado adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

La ley establece tres campos de acción para la Comisión para Promover la Competencia, estos campos son: 1. Desregulacion económica. 2. Recomendación para la fijación de precios y 3. Promoción de la competencia.

Con respecto a los procedimientos administrativos, la ley establece que la instancia administrativa ante la Comisión para Promover la Competencia es obligatoria y de previo agotamiento de la vía para acudir a la vía judicial, excepto en los casos de competencia desleal.

La acción para iniciar el procedimiento de acuerdo al artículo 27 de la ley caduca a los seis meses, que se debe contar desde que se produjo la falta o desde su conocimiento efectivo por parte del agraviado. Sin embargo, para los hechos continuados, comienza a correr a partir del acaecimiento del hecho.

Con fundamento en los artículos 30, 34, 35, 38 y 39 del Reglamento (Decreto Ejecutivo N° 24234-MEIC del 25 de enero de 1996. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 1 de julio de 1996) el procedimiento que se sigue es el siguiente:

Recibida una denuncia, o incluso de oficio, la Unidad Técnica de Apoyo realiza una investigación preliminar de los hechos, con el objeto de determinar si existen indicios fundados y suficientes, que justifiquen la apertura de un procedimiento administrativo, por la comisión de alguna de las prácticas prohibidas en la ley. Finalizada la investigación, la Unidad presenta un informe a la comisión junto con una recomendación. El informe debe incluir un

análisis de aspectos tales como la legitimación del denunciante, la observancia de los requisitos mínimos previstos en la Ley General de Administración Pública y los elementos probatorios existentes.

Si la comisión considera que no existen indicios suficientes de la existencia de las situaciones previstas en los artículos 22, 23 y 24. Archivará el expediente.

Caso contrario, la Comisión dicta un acuerdo donde ordena la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio, con base en el resultado de la investigación y nombra órgano director del mismo a la Unidad Técnica de Apoyo.

El procedimiento aplicable es el establecido en la Ley General de la Administración Pública.

El procedimiento administrativo debe concluirse, por el acto final de la Comisión, dentro de los dos meses posteriores a su iniciación o en su caso, posteriores a la presentación de la denuncia o petición del administrado.

Contra la resolución final de la Comisión, cabe el recurso de reconsideración o reposición, conforme al artículo 31 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El procedimiento judicial se inicia luego de agotada la vía administrativa.

Las sanciones administrativas se encuentran previstas en el artículo 25 de la Ley de Promoción de la Competencia que faculta a la comisión para imponer, mediante resolución fundada y tomando en cuenta la capacidad de pago del agente económico infractor de las disposiciones contenidas en la ley, sanciones de tipo pecuniario como correctivo. Éstas son:

a. La suspensión, la corrección o la supresión de la practica o concentración de que se trate.

b. La desconcentración parcial o total, de cuanto se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio del pago de la multa que proceda.

c. El pago de una multa, hasta por 65 veces el monto del menor salario mínimo mensual por haber declarado falsamente o haberle entregado información falsa a la Comisión, con independencia de otras responsabilidades en que incurra.

d. El pago de una multa, hasta por 50 veces el monto del menor salario mínimo mensual por retrasar la entrega de la información solicitada por la Comisión.

e. El pago de una multa, hasta por 680 veces, el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en una práctica monopolística relativa.

f. El pago de una multa, hasta por 410 veces el monto del menor salario mínimo mensual, por haber incurrido en una práctica monopolística relativa.

g. El pago de una multa hasta por 75 veces el monto del menor salario mínimo mensual a las personas físicas que participen directamente en las prácticas monopolísticas o concentraciones prohibidas, en representación de personas jurídicas o entidades de hecho o por cuenta y orden de ellas.

Asimismo cuando las infracciones mencionadas en los tres últimos puntos revistan gravedad particular, la Comisión puede imponer como sanción una multa equivalente al 10% de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior o una hasta por el 10% del valor de los activos del infractor. De estas dos multas se impondrá la que resulte más alta.

Para la imposición de las multas, la Comisión debe tomar en cuenta como criterios de valoración los siguientes:

a. La gravedad de la infracción
b. La amenaza o el daño causado
c. Los indicios de intencionalidad
d. La participación del infractor en el mercado
e. El tamaño del mercado afectado
f. La duración de la práctica o concentración
g. La reincidencia del infractor
h. La capacidad de pago del infractor

3.2.7. México

En México la regulación antimonopólica se da desde el año 1857. Dicha ley fue modificada por el artículo 28 de la Constitución Política y es la base de la legislación actual.

Como primera crítica podemos decir que este texto constitucional incluye un excesivo número de elementos subjetivos que determina que las prácticas sean de difícil probanza.

> *Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria.*
>
> *En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento, en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.*
>
> *Las leyes fijarán bases para que se señalen precios máximos a los artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular, así como para imponer modalidades a la organización de la distribución de esos artículos, materias o productos, a fin de evitar que intermediaciones innecesarias o excesivas provoquen insuficiencia en el abasto, así como el alza de precios. La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.*
>
> *No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresa-*

mente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos, mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

El Estado tendrá un Banco Central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al Banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del Banco Central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El Banco Central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del Banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en la representación del Banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del Banco Central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los estados y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo, podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata.

Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.

Se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la Nación. El Estado vigilará su aplicación y evaluará los resultados de ésta.

Se presentan una serie de contradicciones que nos llevan a dudar de la efectividad de la norma constitucional.

Empezaremos señalando algunos aspectos saltantes del artículo constitucional:

La Norma solo prohíbe los monopolios en los casos en que realicen prácticas monopólicas o restrictivas de concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario, asimismo cuando se realicen acuerdos entre productores, comerciantes o empresarios con el objetivo de evitar la libre competencia, lo que se verá reflejado en la fijación de precios que los consumidores están obligados a pagar.

También se encuentran prohibidas las prácticas colusorias, es decir el otorgamiento de beneficios a un cierto número de consumidores escogidos y no a todos en general.

Al igual que en la legislación peruana se permiten los monopolios de servicios públicos.

Como señalaba Rafael Pérez Miranda en su artículo El Nuevo Régimen Jurídico de la concurrencia en México:

> «La Ley de competencia, en tanto reglamentaria del artículo 28 constitucional, se propone hacer efectiva la prohibición de monopolios, y así lo establece en su artículo 2: "Esta Ley tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia mediante la prevención y eliminación de monopolios..." que reitera mas adelante: "...quedan prohibidos los monopolios y estancos..."(art. 8). Sin embargo no define en su articulado a los monopolios, por lo cual según surge del artículo 17, se debe entender que se trata de aquellas personas ricas o morales que están en condiciones de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente contrarrestar dicho poder...»[1394].

La norma que reglamentó el texto constitucional fue la Ley Federal de Competencia Económica que se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 22 de junio de 1993. En la misma ley se creó la Comisión Federal de la Competencia como organismo autónomo encargado de aplicar la ley.

Uno de los primeros temas que la ley mexicana plantea es que un monopolio en sí mismo no puede ser reprimido en tanto que no atente contra la libre concurrencia y libertad de los agentes económicos por tener acuerdos colusorios.

En la Nueva Ley Mexicana se define el control del mercado al regular la concentraciones, y el núcleo es el transcrito al definir los monopolios: una empresa se encuentra en posición dominante (la ley no utiliza la denominación posición dominante) cuando "tiene el poder de fijar precios unilateralmente o restringir sustancialmente el abasto o suministro en el mercado relevante, sin que los agentes competidores puedan, actual y potencialmente contrarrestar dicho poder".

Un segundo tema es el de la Posición Dominante y el Abuso de Posición de Dominante.

Los artículos 11, 12 y 13 de la Ley Mexicana analiza la forma de determinar el mercado relevante como forma de establecer si una empresa tiene poder sustancial en el mercado.

Este es un aspecto positivo puesto que a través de la determinación del mercado relevante se puede saber y esclarecer si una empresa tiene o no posición dominante en el mercado y si es que abusa de esta.

1394 PÉREZ MIRANDA, Rafael. «El Nuevo Régimen Jurídico de la Concurrencia en México». En: *Revista de Derecho Privado*. p. 454.

Señala el artículo 12 de la Ley:

Artículo 12: Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las posibilidades que tienen los usuarios y consumidores para acudir a otros mercados; y

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios y consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.

Para Rafael Pérez Miranda:

«... Para que se perfeccione esta posición dominante debe ejercer este poder sobre un mercado relevante para cuya definición se considerará el bien o servicio producido, prestado y/o comercializado...»[1395].

Por último la ley mexicana también sanciona las prácticas monopólicas y restrictivas.

Estos acuerdos pueden ser clasificados en dos sectores:

a) Los destinados a reducir la competencia frente a los compradores a efectos de maximizar ganancias.

b) Los que tienen por objetivo expulsar empresas de la competencia o, más generalmente, impedir el ingreso al mercado de otros oferentes.

En relación con el inciso a), se presentan varios problemas, el primero es la dificultad de probar su existencia puesto que las autoridades no cuentan con los medios efectivos para probar la existencia de dichos acuerdos, dado que la mayoría de las veces estos acuerdos son verbales, y es prácticamente imposible que los culpables reconozcan los acuerdos que se hallan tenido.

Según Rafael Pérez Miranda:

«... éstos acuerdos son detectados generalmente por comportamientos atípicos del mercado: aumento excesivo de precios sin justificaciones aparentes, incrementos y reducciones de la producción o la manifiesta distribución geográfica del mercado...»[1396].

La ley mexicana en el artículo 8 establece y reconoce dos tipos de prácticas monopólicas. Estas pueden ser clasificadas en absolutas y relativas. Las primeras se presentan entre sujetos económicos entre sí y las segundas comprenden dos grupos importantes, el primer grupo

[1395] *Ibidem*, p. 454.
[1396] *Ibidem*, p. 456.

incluye las barreras de entrada que impiden el acceso al mercado y las segundas los acuerdos verticales.

Artículo 8: Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en los términos de esta ley, disminuyan, dañen o impidan la competencia y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios.

Artículo 9: Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos, competidores entre sí, cuyo objeto o efecto sea cualquiera de los siguientes:

I. Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios al que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.

II. Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringidos o limitados de servicios.

III. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes o servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables.

IV. Establecer concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas publicas.

Los actos a que se refiere este artículo no producirán efectos jurídicos y los agentes económicos que incurran en ellos se harán acreedores a las sanciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere resultar.

El artículo 10 de la presente ley también está referido a las prácticas monopólicas estableciendo conductas específicas.

Artículo 10.- Sujeto a que se comprueben los supuestos a que se refieren los artículos 11, 12 y 13 de esta ley, se consideran prácticas monopólicas relativas los actos, contratos, convenios o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirles sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

I. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos de tiempo determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar o distribuir bienes o prestar servicios por un tiempo determinado o determinable.

II. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expedir o distribuir bienes o prestar servicios.

III. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional. Normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.

IV. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.

V. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar a personas determinadas bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.

VI. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a estos, para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.

VII. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de competencia y libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes o servicios. (...)

El órgano encargado de la aplicación de la ley es la Comisión Federal de Competencia que es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

El procedimiento administrativo que se sigue ante la Comisión es de carácter administrativo y se puede iniciar de oficio o a petición de parte.

El procedimiento ante la Comisión se tramitará conforme a las siguientes bases:

1. Se emplazará al presunto responsable, informándole en que consiste la investigación, acompañando, en su caso, copia de la denuncia.
2. El emplazado contará con un plazo de treinta días naturales para manifestar lo que a su derecho convenga y adjuntar las pruebas documentales que obren en su poder y ofrecer pruebas que ameriten su desahogo.
3. Una vez desahogadas las pruebas, la Comisión fijará un plazo no mayor de treinta días naturales para que se formulen los alegatos verbalmente o por escrito; y
4. Una vez elaborado el expediente de la Comisión deberá dictar resolución en un plazo que no excederá de 60 días naturales.

Las sanciones administrativas podrán ser:

I. Ordenar la suspensión, corrección o supresión de la práctica o concentración de que se trate.

II. Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se haya concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda.

III. Multa hasta por el equivalente a 7,500 veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por haber declarado falsamente o entregar información falsa a la Comisión, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra.

IV. Multa por el equivalente a 375 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por haber incurrido en alguna práctica monopólica absoluta.

V. Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por haber incurrido en una práctica monopólica relativa y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, en el caso de lo dispuesto por la fracción VII del artículo 10 de la ley.

VI. Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por haber incurrido en alguna concentración de las prohibidas en la ley; y hasta por el equivalente a 100 mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal por no haber notificado la concentración cuando legalmente debe hacerse y

VII. Multa hasta por el equivalente a siete mil quinientas veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, a los individuos que participen directamente en prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas, en representación o por cuenta y orden de

personas morales. En caso de reincidencia se impondrá una multa adicional hasta por el doble de la que le corresponda.

La Comisión no está facultada para imponer sanciones judiciales.

3.2.8. Panamá

La Legislación Antimonopólica Panameña se encuentra regulada desde el primero de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre la Defensa de la Competencia y se adoptan otras medidas. Por la Ley 29 y por el Decreto Ejecutivo N° 31 (de 3 de septiembre de 1998) «Por el cual se reglamentan el título 1 (del monopolio) y otras disposiciones de la Ley N° 29 de 1 febrero de 1996».

El objeto de la ley está señalado en el artículo uno de la ley 29: «proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor».

Esta Ley se aplicará a todos los agentes económicos, ya sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quienes por cualquier otro título, participen como sujetos activos en la actividad económica de acuerdo al Artículo 2, de la ley.

La ley, en general, prohíbe cualquier acto, contrato o práctica que restrinja, disminuya, dañe, impida o que, de cualquier otro modo, vulnere la libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes y servicios. (Artículo 5).

Son consideradas Conductas Prohibidas las siguientes:

A. Del Monopolio

1. **Prácticas monopolísticas absolutas:** son cualesquiera combinaciones, arreglos, convenios o contratos, entre agentes económicos competidores o potencialmente competidores, entre sí, cuyos objetos o efectos sean cualquiera de los siguientes:

   a. Fijar, manipular, concertar o imponer el precio de venta o compra de bienes o servicios, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;

   b. Acordar la obligación de no producir, procesar, distribuir o comercializar, sino solamente una cantidad limitada de bienes, o la de prestar un número, volumen o frecuencia limitado de servicios;

   c. Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado existente o potencial de bienes o servicios, mediante clientela, proveedores, tiempo o espacios determinados o determinables; o,

   d. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en licitaciones, solicitud de precios, concursos o subastas públicas. (Artículo 1).

Las prácticas monopolísticas absolutas tienen en sí mismas carácter ilícito sin consideración de sus efectos económicos negativos. (Artículo 10).

Podrán considerarse como elementos indicativos de la existencia de una práctica monopolística absoluta entre dos o más agentes económicos competidores o potencialmente competidores entre sí, conforme al artículo 11 de la Ley, entre otros:

1. Cuando de la estructura de precios, incluyendo los costos y el precio de referencia internacional, la división de mercados o el otorgamiento de descuentos y otros beneficios, se aprecie una coordinación entre los agentes económicos;
2. Cuando los agentes económicos mantengan o varíen, en la misma proporción, sus precios de bienes o servicios idénticos, similares o sustitutivos, sin que dicho comportamiento responda a cambios en las preferencias de los consumidores o en los costos comunes de los productores o proveedores;
3. Cuando los agentes económicos se adhieran entre sí a precios de venta o compra para bienes o servicios idénticos, similares o sustitutivos que publique una asociación o cualquier competidor;
4. Cuando las asociaciones de agentes económicos emitan instrucciones o recomendaciones a sus agremiados, que conlleven a fijar, manipular o concertar el precio de venta o compra de bienes o servicios idénticos, similares o sustitutivos, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto;
5. Cuando las asociaciones de agentes económicos emitan instrucciones o recomendaciones a sus agremiados, que conlleven a establecer obligaciones de no producir, procesar, distribuir, comercializar, o comprar una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia, restringidos o limitados, de servicios, así como obligaciones para dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes o servicios; o,
6. Cuando en las licitaciones públicas, solicitudes de precios, concursos o subastas públicas, exista un patrón de comportamiento que indique un posible intercambio de información relevante sobre los precios y condiciones ofrecidos o sobre la modalidad y oportunidad de participación de los agentes económicos en los referidos procesos.

Lo expuesto anteriormente no afecta las reglas comunes concernientes a los indicios procesales, presunciones procesales o carga de prueba. (Artículo 7 Reglamento).

2. **Prácticas monopolísticas relativas:** son los actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos cuyo objeto o efecto sea desplazar indebidamente a otros agentes del mercado pertinente, impedirles su acceso o establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas en los casos siguientes:

   a. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos de tiempo determinados, incluyendo la división, distribución o asignación de clientes o proveedores, así como la imposición de la

obligación de no producir o distribuir bienes o servicios por un tiempo determinado o determinable;

b. La imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al revender bienes o prestar servicios;

c. La venta o transacción condicionada a comprar, adquirir, vender o proporcionar otro bien o servicio adicional, normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad;

d. La venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar, los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

e. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender o proporcionar, a determinadas personas, bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros, salvo que medie incumplimiento por parte del cliente o potencial cliente, de obligaciones contractuales con el agente económico, o que el historial comercial de dicho cliente o potencial cliente demuestre un alto índice de devoluciones o mercancías dañadas;

f. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos para ejercer presión contra algún cliente o proveedor, con el propósito de disuadirle de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado;

g. Cualquier acto predatorio realizado unilateral o concertadamente por un agente económico, tendiente a causar daños o perjuicios o a sacar del mercado pertinente a un competidor, o a prevenir que un potencial competidor entre a dicho mercado, cuando de tal acto no puede esperarse razonablemente la obtención o incremento de ganancias, sino por la expectativa de que el competidor o potencial competidor, abandonará la competencia o saldrá del mercado, dejando al agente con un poder sustancial o con una posición monopolística sobre el mercado pertinente;

h. En general, todo acto que indebidamente dañe o impida el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia en la producción, procesamiento, distribución, suministro o comercialización de bienes o servicios. (Artículo 14).

Las Prácticas Monopolísticas Relativas son susceptibles de afectar negativamente los intereses de los consumidores, y por consiguiente se prohíben. (Artículo 13).

Con sujeción a que se comprueben los supuestos previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley, son actos que indebidamente dañan o impiden el proceso de libre competencia y la libre concurrencia conforme al artículo 14 de la Ley, entre otros:

1. La venta sistemática de bienes y servicios por debajo de su costo medio variable, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser el desplazamiento total o parcial de competidores del mercado pertinente en el que se realiza la práctica y que, en el caso en que se registrara tal desplazamiento, fuera factible la recuperación futura de las pérdidas ocurridas, mediante precios superiores a los que de otra manera se cobrarían;

2. La venta de bienes o servicios en las condiciones señaladas en el aparte anterior, cuando tal acción obstaculizara la expansión de los competidores del agente económico que realice el acto, o la entrada de nuevos competidores en otros mercados en los que dicho agente también participare;

3. El otorgamiento de condiciones favorables por parte de los productores o proveedores a los compradores, con el requisito de que sus compras representen un determinado volumen o porcentaje de la demanda de aquellos, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia económica;

4. La imposición de restricciones concerniente al territorio, el volumen o a los clientes que un agente económico debe observar al revender bienes o prestar servicios, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia económica;

5. El otorgamiento de descuentos, por parte de los productores o proveedores a los compradores, con el requisito de la exclusividad en la distribución o comercialización de los bienes o servicios, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia económica;

6. El uso persistente de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta de un bien o prestación de un servicio, para compensar pérdidas en otro bien o servicio con el fin de aumentar la participación en el mercado de este último, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia económica; o,

7. El establecimiento de distintos precios o condiciones de venta para diferentes compradores en transacciones equivalentes, cuando no se justifiquen en términos de eficiencia económica. (Artículo 8, Reglamento).

3. **Concentración económica:** es la fusión, la adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se agrupan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos, establecimientos o activos en general, que se realice entre proveedores, clientes u otros agentes económicos competidores entre sí. Se prohíben las Concentraciones Económicas cuyo efecto sea o pueda ser disminuir, restringir, dañar o impedir, de manera irrazonable la libre competencia económica y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados. (Artículo 19).

Los procedimientos administrativos se llevarán a cabo de la siguiente manera:

l. Proceso de verificación de concentraciones. En todos los casos en que la Comisión verifique una concentración, se seguirá el procedimiento siguiente:

   a. El agente económico interesado hará la notificación correspondiente por escrito, la que se acompañará con copia del acto jurídico de que se trate, señalando los nombres o razones sociales de las partes involucradas, sus estados financieros del último ejercicio fiscal, su participación en el mercado pertinente y los demás datos que sean necesarios para conocer la transacción;

   b. La Comisión podrá requerir datos o documentos adicionales, dentro de los veinte (20) días calendario siguientes al recibo de la notificación;

   c. A partir de la fecha de recibo de la notificación, o de la fecha en que se reciban los datos o documentos adicionales, según fuere el caso, la Comisión tendrá un plazo de

hasta sesenta (60) días calendario para emitir su resolución. Si este plazo venciere sin que se haya emitido tal resolución, se entenderá aprobada la concentración;

d. La resolución de la Comisión deberá estar debidamente motivada y fundamentada en la ley;

e. La resolución favorable de la Comisión sobre la concentración, no implica un pronunciamiento sobre la realización de otras prácticas monopolísticas prohibidas por la ley;

f. La Comisión podrá rechazar una solicitud de verificación, cuando ésta resulte obviamente inconducente, o cuando haya emitido concepto anteriormente sobre la misma verificación. (Artículo 18).

Por otro lado para los procedimientos judiciales:

Se crean tres (3) juzgados de circuito del ramo civil, en el Primer Distrito Judicial de Panamá, que se denominarán los Juzgados Octavo, Noveno y Décimo, del Primer Circuito Judicial de Panamá, y un juzgado de circuito, en Colón. Adicionalmente, se crea un juzgado de circuito del ramo civil en Coclé, en Chiriquí y en Los Santos, que se denominarán Juzgado Segundo de Coclé, Juzgado Cuarto de Chiriquí y Juzgado Segundo de Los Santos, respectivamente, para conocer de estas causas en sus respectivos distritos judiciales. Estos juzgados conocerán exclusiva y privativamente de las causas siguientes:

a. Reclamaciones individuales o colectivas promovidas de acuerdo con la presente Ley;

b. Las controversias que se susciten con motivo de la aplicación o interpretación de la presente Ley, en materia de monopolio, protección al consumidor y prácticas de comercio desleal;

c. Las controversias relacionadas con la propiedad intelectual, que incluye, entre otras, las relativas a derechos de autor y derechos conexos, marcas de productos o de servicios y patentes;

d. Las controversias relativas a las relaciones de agencia, representación y distribución;

e. Las controversias relativas a los actos de competencia desleal;

f. La acción de reparación de los daños colectivos, para la reposición de las cosas del estado anterior al menoscabo, y el resarcimiento pecuniario del daño globalmente producido a la colectividad interesada;

g. Conceder autorizaciones a la Comisión para que practique diligencias probatorias, exámenes de documentos privados de empresas, allanamientos y cualquier otra medida que ésta solicite en el curso de una investigación administrativa o para el aseguramiento de pruebas;

h. Imponer sanciones por violaciones de las disposiciones de la presente Ley y decretar la suspensión de los actos infractores;

i. Decretar medidas cautelares que soliciten la Comisión, o los demandantes particulares.

De los procesos que se instauren en el resto del territorio nacional conforme a esta Ley, conocerá el juzgado de circuito correspondiente que tenga a su cargo la atención de los negocios civiles.

Cuando los bienes o las relaciones sobre los que recaiga la reclamación hayan circulado, en todo o en parte, en la circunscripción del Primer Circuito Judicial de Panamá, los juzgados creados por esta Ley serán competentes a prevención, a elección del demandante, junto con el juzgado correspondiente, para conocer de cualquiera de las causas anteriores.

Exceptúanse los casos exclusivamente asignados a la Comisión.

Mientras no se establezcan los juzgados a que se refiere este artículo, los respectivos juzgados de circuito conocerán de los casos correspondientes.

Se crean dos (2) juzgados municipales en la ciudad de Panamá, y uno (1) en la ciudad de Colón, que conocerán, privativa y exclusivamente, de las demandas cuya cuantía no excedan de tres mil balboas (B/.3,000.00), de parte del consumidor.

Para tales efectos, se seguirá la tramitación establecida en el Código Judicial, para los procesos ordinarios de menor cuantía. (Artículo 141).

Mientras no se establezcan los juzgados a que se refiere este artículo, los respectivos juzgados municipales de cabecera de provincia conocerán de las correspondientes causas.

2. Legitimación. Se encuentran legitimados para ejercer la pretensión:

   a. Cualquier persona afectada;

   b. La Comisión;

   c. Las asociaciones de consumidores organizadas;

   d. Las entidades de gestión colectiva.

El juez resolverá, en cada caso concreto, sobre la admisibilidad de la legitimación invocada, considerando prioritariamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a. Que la agrupación esté integrada por los sujetos que, en forma particular, resultaron perjudicados por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo, en cuyo caso la acreditación de la personaría jurídica del grupo podrá comprobarse dentro del plazo de treinta (30) días, contados a partir de la resolución que le concede la legitimación para obrar;

b. Que la agrupación prevea estatutariamente, como finalidad expresa, la defensa del tipo específico o naturaleza del interés colectivo menoscabado;

c. Que la agrupación esté ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo;

d. Que el número de miembros, antiguedad en su funcionamiento, actividades y programas desarrollados y toda otra circunstancia, reflejen la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación en defensa de los intereses colectivos. (Artículo 142).

Las infracciones se sancionarán de la siguiente manera:

1. En el caso de prácticas monopolísticas absolutas, con multa de veinticinco mil balboas (B/.25,000.00) a cien mil balboas (B/. 100,000.00);
2. En el caso de prácticas monopolísticas relativas prohibidas, con multa de cinco mil balboas (B/.5,000.00) a cincuenta mil balboas (B/.50,000.00);
3. En los casos de prácticas de comercio que atenten contra las disposiciones de protección al consumidor, con multa de cien balboas (B/. 100.00) a diez mil balboas (B/.10,000.00);
4. En los casos de infracciones para las cuales no exista sanción específica, con multa de cincuenta balboas (B/.50.00) a cinco mil balboas (B/.5,000.00).

Para determinar el monto de la multa que deba imponerse en cada caso, se tomará en cuenta la gravedad de la falta, el tamaño de la empresa, si hay o no reincidencia y otros factores similares.

Las sanciones por prácticas monopolísticas se impondrán únicamente cuando, por sentencia ejecutoria, se haya establecido la violación de las disposiciones correspondientes.

El producto de estas multas ingresará al Tesoro Nacional. (Artículo 112).

En todos los casos en que se infrinjan las prohibiciones, los tribunales de justicia, mediante acción civil interpuesta por el agraviado, podrán imponer a favor de éste o los afectados, condena al agente económico, equivalente a tres (3) veces el monto de los daños y perjuicios causados como resultado del acto ilícito, además de las costas que se hayan causado.

3.2.9. Venezuela

La legislación antimonopólica venezolana se encuentra regulada por los artículos 112, 113 y 114 de la constitución:

> *Artículo 112. Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.*
>
> *Artículo 113. No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los y las particulares que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que conduzcan, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos o aquellas, a su existencia, cualquiera que fuera la forma que adopte en la realidad. También es contraria a dichos principios el abuso de la posición de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas o una empresa o conjunto de dominio que un particular, un conjunto de ellos o ellas o una empresa o conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios, con independencia de la causa determinante de tal posición de dominio, asi como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados, el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.*

Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Artículo 114. El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley.

La ley que regula estos principios con más detalle es la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, Gaceta Oficial N° 34.880 del 13 de enero de 1992. Y cuyos reglamentos 1 Relativo al Régimen de Excepciones Gaceta Oficial N° 35.202 del 3 de mayo de 1993 y el Reglamento 2 Relativo al Régimen de Concentraciones Económicas. Gaceta Oficial N° 35.963 del 21 de mayo de 1996.

La Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopolíticas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica. (Artículo l).

Quedan sometidas a esta Ley todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades. (Artículo 4).

La ley prohíbe las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia. (Artículo 5).

Las Conductas Prohibidas son:

- Se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado. (Artículo 6).
- Se prohíben las acciones que se realicen con intención de restringir la libre competencia, a incitar a terceros sujetos de esta Ley a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su adquisición o prestación; a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros. (Artículo 7).
- Se prohíbe toda conducta tendiente a manipular los factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico o inversiones, en perjuicio de la libre competencia. (Artículo 8).
- Se prohíben los acuerdos o convenios, que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta Ley, que restrinjan o impidan la libre competencia entre sus miembros.
- Se prohíben los acuerdos o decisiones tomados en asambleas de sociedades mercantiles y civiles contrarios a los fines anteriormente señalados. (Artículo 9).
- Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

  1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;
  2. Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;

3. Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores;

4. Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y

5. Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. (Artículo 10).

- Se prohíben las concentraciones económicas, en colectivas o prácticas concertadas para: Fijar, de forma directa o indirecta, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o en parte del mercado. (Artículo 11).

- Se prohíben los contratos entre los sujetos de esta Ley, referidos a bienes y servicios, en la medida que establezcan precios y condiciones de contratación para la venta de bienes o prestación de servicios a terceros, y que tengan la intención o produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la libre competencia en todo o parte del mercado. (Artículo 12).

- Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas:

  1. La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios;

  2. La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o los consumidores;

  3. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

  4. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros;

  5. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y

  6. Otras de efecto equivalente. (Artículo 13).

  A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

  1. Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y

2. Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva. (Artículo 14).

- Se prohíbe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y en especial las siguientes:

1. La publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia;

2. La promoción de productos y servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los comerciales; y,

3. El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos. (Artículo 17).

El procedimiento administrativo [en caso de Prácticas Prohibidas] se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio. La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente. Cuando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en esta Ley, el Superintendente ordenará la apertura del correspondiente procedimiento e iniciará, por medio de la Sala de Sustanciación, la investigación o sustanciación del caso si éste fuere procedente. (Artículo 32).

En el otorgamiento de las autorizaciones que se prevén en esta Ley y para la decisión de los demás asuntos que no tengan establecido un procedimiento especial, se seguirá el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (Artículo 42).

La Sala de Sustanciación practicará los actos de sustanciación requeridos para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades. En el ejercicio de sus facultades, la sala de Sustanciación tendrá los más amplios poderes de investigación y fiscalización, y en especial, los siguientes:

1. Citar a declarar a cualquier persona en relación a la presunta infracción;

2. Requerir de cualquier persona la presentación de documentos o información que puedan tener relación con la presunta infracción;

3. Examinar, en el curso de las averiguaciones, libros y documentos de carácter contable; y

4. Emplazar, por la prensa nacional, a cualquier persona que pueda suministrar información relativa a la presunta infracción.

Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas:

1. La cesación de la presunta práctica prohibida; y

2. Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida. (Artículo 34).

Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca la decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas siguientes:

1. La cesación de la presunta práctica prohibida; y

2. Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida. (Artículo 35).

Las sanciones administrativas a que se refiere este Título, serán impuestas por la Superintendencia en la decisión definitiva que ponga fin al procedimiento. (Artículo 43).

Las sanciones previstas en esta Ley se aplicarán sin perjuicio de las establecidas en otras leyes. (Artículo 44).

Los autores, coautores, cómplices, encubridores e instigadores de hechos violatorios previstos en esta Ley, responderán solidariamente por las infracciones en que incurran. (Artículo 45).

Quienes incurran en las prácticas y conductas señaladas en esta Ley, podrán ser sancionados por la Superintendencia con multa hasta del diez por ciento (10%) del valor de las ventas del infractor, cuantía que podrá ser incrementada hasta el veinte por ciento (20%). En caso de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%). El cálculo del monto de las ventas a las que se refiere este artículo, será el correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución de la multa (Artículo 49).

La cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la gravedad de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

1. La modalidad y alcance de la restricción a la libre competencia;
2. La dimensión del mercado afectado;
3. La cuota del mercado del sujeto correspondiente;
4. El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
5. La duración de la restricción de la libre competencia; y
6. La reincidencia en la realización de las conductas prohibidas (Artículo 50).

La Superintendencia podrá imponer, independientemente de las multas a que refiere e Artículo 49, multas de hasta un millón de bolívares (Bs. 1'000,000.00), a aquellas personas que no cumplan las órdenes contenidas en las resoluciones dictadas por ella, todo de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 35 y 38. Estas multas podrán ser aumentadas sucesivamente en un cincuenta por ciento (50%) del monto original cada vez si en el lapso previsto no hubieren sido canceladas por el infractor (Artículo 51).

Sin perjuicio de lo indicado en este Artículo, los afectados por las prácticas prohibidas, podrán acudir a los tribunales competentes para demandar las indemnizaciones por daños y perjuicios a que hubiere lugar, una vez que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme (Artículo 55).

En caso de infracción de las disposiciones de la sección Tercera del Capítulo 11 del Título 11 de esta Ley, los afectados podrán acudir directamente ante los tribunales competentes, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Sin embargo, si los afectados decidieron iniciar el respectivo procedimiento administrativo, de conformidad con las disposiciones de esta

Ley, no podrán demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieran podido sufrir como consecuencia de prácticas prohibidas, sino después que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme (Artículo 55, Parágrafo Único).

3.3. LEGISLACIÓN DEL MERCADO COMÚN EUROPEO

La legislación del Mercado Común Europeo tiene como antecedente el tratado que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, denominado Tratado del CECA. Este tratado fue suscrito entre Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo el 18 de abril de 1951. El objetivo principal de este tratado era la creación de un mercado común único para la comercialización del carbón y el acero el que debería estar supervisado por un ente supranacional conocido como la «Alta Autoridad».

El preámbulo del Tratado CECA señalaba lo siguiente:

> «... sustituir rivalidades antiguas por la puesta en común de sus intereses esenciales; crear una Comunidad Económica con bases para una Comunidad más amplia, más profunda entre los pueblos que por largo tiempo han estado divididos por conflictos sangrientos, y establecer los fundamentos que dirigirán un destino de ahora en adelante común...»[1397].

En 25 de marzo de 1957 los firmantes originarios del Tratado CECA suscribieron el tratado que establece la Comunidad Económica Europea (el Tratado CEE), y que tenía por objeto crear un Mercado Común basado en una unión económica plena entre los Estados miembros que lo firmaron. Junto con el Tratado de la CEE se firmaron también el Tratado de Euratom (Comunidad Europea de la Energía Nuclear) que establecía la coordinación del desarrollo de las industrias nucleares de los Estados miembros.

Más adelante el 1 de enero de 1973 el Reino Unido, Dinamarca e Irlanda accedieron a los tres tratados, Grecia se adhirió el 1 de enero de 1981 y España y Portugal el 1 de enero de 1986. Actualmente son 12 países los miembros que forman parte de este Mercado Común Europeo.

El tratado de la Comunidad Económica Europea regula la libre competencia en los artículos 85 al 94 los que están impulsados por el objetivo de regular el mercado ampliado. Los objetivos están señalados en el artículo 2 del Tratado:

> *Artículo 2.- La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran.*

Rogelio Pérez Bustamante explica más detalladamente cada uno de estos objetivos:

> «Las normas de competencia comunitarias regulan la actividad económica, con varios fines:
>
> - Luchar contra las 'fronteras invisibles' entre Estados miembros, es decir, contra los pactos entre empresas cuyo objeto o efecto es el reparto de los mercados comunitarios;
>
> - Controlar las actividades de las grandes empresas, velando por la permanencia de una pluralidad de centros de decisión económica independientes y evitando que puedan abusar de su poder económico en caso de que hayan eliminado a sus competidores;

[1397] Citado por BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 23.

- Racionalizar la producción y mejorar la distribución de los productos, así como favorecer la adaptación continua al progreso tecnológico, con el fin de que las empresas europeas sean competitivas en los mercados mundiales;

- Como elemento adicional, más allá del Derecho *Antitrust*, controlar que las ayudas concedidas por los Estados miembros a sus empresas no falseen la competencia y sean compatibles con el mercado común...»[1398].

Las normas comunitarias tratan directa e indirectamente la competencia. Así se encuentra regulado en el artículo 3 inciso f el cual señala:

Artículo 3.- A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de Comunidad llevara consigo, en las condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado:

f) El establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común.

Lo que busca este artículo es que la competencia no pueda ser distorsionada, para no comprometer los objetivos de la unión europea.

En el Mercado Común Europeo hay dos niveles de análisis. El primero se presenta entre Estados y el segundo entre las empresas que actúan en Estados de la Unión.

Las conductas sancionadas se encuentran señaladas en los artículos 85 y 86.

El sistema de defensa de la libre competencia se basa en dos prohibiciones fundamentales:

- La prohibición de Prácticas Colusorias
- La prohibición del abuso de posición de dominio
- Prohibición de Prácticas Colusorias

La prohibición de las prácticas colusorias está regulado por el artículo 85 del tratado. El sistema prohibitivo permite la autorización de excepciones mediante un sistema de control *a priori*. El artículo dice textualmente:

Artículo 85:

1. *Son incompatibles con el Mercado Común, y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas y todas las decisiones de las asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que puedan perjudicar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto, o como efecto, impedir, restringir o falsear la competencia dentro del Mercado Común y, en particular, los que consistan en:*
   a. *Fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción.*
   b. *Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.*
   c. *Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.*
   d. *Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva.*

1398 PÉREZ BUSTAMANTE, Rogelio. *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación.* Madrid: Editorial Dykinson, 1999, p. 23.

e. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según sus usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1, podrán ser declaradas inaplicables a:

- *Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas.*
- *Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas.*
- *Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:*

  a. Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.

  b. Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El artículo 85 del Estatuto de la Comunidad Europea prohibe los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas y las decisiones de asociación de empresas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común.

En esta norma están incluidas todas las restricciones de la competencia nacidas de la colusión, según un claro sistema prohibitivo y taxativo.

La norma de la comunidad europea prevé una serie de excepciones, mediante el sistema de control «a priori» de las conductas eventualmente merecedoras de obtener una autorización. Es así como el tratado prohíbe el acuerdo entre empresas cuando este produce una limitación «sensible» de la competencia. Como hemos mencionado algunos acuerdos prohibidos pueden gozar de una autorización excepcional por motivos justificados siempre que cumplan con determinados requisitos.

Haciendo un análisis de cuando una conducta se encuentra comprendida en el artículo 85,1 es necesario considerar lo siguiente:

- En primer lugar debe existir un acuerdo, decisión o práctica concertada entre empresas.
- Si a causa de ese acuerdo puede impedirse, restringirse o distorsionarse la competencia dentro del Mercado Común.
- Si por causa de ese acuerdo puede afectarse el comercio entre estados miembros.

Christopher Bellamy y Graham Child en su libro *Derecho de la Competencia en el Mercado Común* definen empresa como:

> «...un término amplio que se aplica a casi cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo actividades de naturaleza económica o comercial incluyendo, por ejemplo a sociedades, sociedades civiles, asociaciones profesionales, cooperativas agrícolas, comerciantes individuales y empresas publicas (...) es esencial que la empresa lleve a cabo algún tipo de activi-

dad económica o comercial, aquellos entes que no se dediquen a actividades de este tipo no son empresas en el sentido del artículo 85,1...»[1399].

Por otro lado Emmerich señala:

«... Son empresas o asociaciones de empresas toda unidad económica independientemente de su forma jurídica y de la forma de financiación y sin que importe la ausencia de una intención de efectuar ganancias o de la capacidad jurídica según el Derecho nacional...»[1400].

De este concepto se deduce que las personas jurídicas no son vistas como empresas cuando no gozan de una autonomía real en la determinación de sus fines en el mercado.

Asimismo Bellamy y Child señalan con respecto a las empresas que:

«... un individuo puede ser una empresa a los efectos del artículo 85,1 en la medida en que se dedique a actividades en su propio nombre y derecho como por ejemplo como comerciante individual, concedente de licencias de propiedad industrial, artista o consultor. Un individuo puede ser una empresa en su calidad de accionista con capacidad de control o futuro comprador de negocio (...).

Las empresas públicas son empresas (...) en la medida en que se lleven a cabo actividades comerciales o económicas, incluyendo la prestación de servicios públicos...»[1401].

Sobre el concepto de empresa opina Hernando Agudela:

«es ampliamente definido y cubre cualquier operador económico, desde un solo individuo o una cooperación multinacional, cuando él o ella se ocupen de actividades económicas, buscando beneficios o no»[1402].

La noción de empresa tiene gran amplitud aplicándose a todos los sectores de la actividad económica desde el comercio a la producción y comprendiendo la prestación de servicios.

Por último, afirma Gómez Segade:

«También las empresas públicas, contempladas por el artículo 90 del tratado quedan sometidas a las normas y prohibiciones contenidas fundamentalmente en los artículos 85 y 86. Esta opinión ha sido confirmada por diversas sentencias del tribunal europeo (...). Este sometimiento de las empresas públicas a las normas de la competencia tienen carácter general, siendo indiferente la forma que adopten las empresas públicas, entre las que deben incluirse no solo las dependientes de la Administración Estatal, regional, local o institucional, sino también las asociaciones de profesionales, Cámara de Comercio, etc.

Según el artículo 90 del Tratado, incluso quedan obligadas a cumplir con las normas del Derecho de la libre competencia las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan carácter monopólico fiscal.

1399 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 75.

1400 ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 210.

1401 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, pp. 75-76.

1402 AGUDELA VILLA, Hernando. «De los Monopolios a la Democracia Económica». En: *Ariel Economía*. Junio 1999, p. 44.

Únicamente serán inaplicables las reglas de la competencia ordinaria a estas empresas cuando dicha inaplicación pudiera obstaculizar directa o indirectamente, de hecho o de derecho, la función que tiene asignada»[1403].

Las reglas de competencia de los artículos 85 y 86 se aplican a todos los sectores económicos, incluidos la agricultura y los transportes, dejándose de aplicar únicamente en las materias relacionadas con el carbón, acero y energía atómica, porque las limitaciones en estos sectores están contenidas en el tratado de la CECA y en el EURATOM.

Por otro lado el Tratado de Roma señala que los Estados Miembros no son empresa, al menos en lo que se refiere al cumplimiento de sus funciones soberanas y administrativas.

Por lo tanto el artículo 85,1 no es aplicable a las concesiones administrativas entre entes territoriales que actúan en su calidad de autoridades públicas, es decir bajo su *ius imperium.*

La comisión defiende la inaplicabilidad del artículo 85 a los acuerdos entre empresas pertenecientes al mismo grupo. Pueden darse acuerdos que restrinjan la competencia entre una sociedad madre y una o varias filiales. En estos casos los acuerdos no caerían dentro de la prohibición del artículo 85.

Sin embargo, el artículo 85,1 sí es de aplicación en los casos en que el Estado celebra acuerdos de tipo comercial efectuados en el marco del derecho administrativo.

Una empresa situada fuera del mercado común, pero que negocia con este es una empresa y como tal queda sujeta a las reglas del Tratado de Roma.

Luego de analizar el tema de cuales empresas están consideradas dentro del artículo 85,1, debemos precisar el concepto de acuerdo colusorio.

El Estatuto de la Comunidad Europea considera los términos decisión, acuerdo y práctica concertada como conceptos que se superponen.

Si varias empresas se reúnen para infringir el tratado, no es relevante el determinar cual de las conductas adoptaron.

Sin embargo, para efectos del presente estudio haremos la diferenciación de los términos para así dejar establecido cual es la posición de la Comunidad Europea respecto de los mismos.

En cuanto a la expresión «acuerdo» el Tratado de Roma no aclara su significado, lo que da lugar a una constante interpretación por parte de los juristas. Así se considera que el término acuerdo comprende cualquier tipo de manifestación de voluntad de la que se derivan vínculos morales y económicos, es una interpretación amplia y que parece ser la que mejor comprende los fines del derecho de la competencia.

Christopher Bellamy y Graham Child señalan:

«El término "acuerdo" en el artículo 85,1 no se limita a contratos vinculantes en derecho. Para el tratado es suficiente que una de las partes voluntariamente se obligue a limitar su libertad de acción en relación a la otra.

[1403] Gómez Segade (s/f). *Op. cit.*, p. 75.

Un compromiso vinculante sólo moralmente es por tanto un acuerdo en el sentido del artículo 85,1...»[1404].

Los acuerdos, al igual que en las legislaciones latinoamericanas y norteamericana, pueden ser orales o escritas y se pueden dar en cualquier circunstancia. Sin embargo el problema que se presenta es cómo probar la existencia de ese acuerdo ya que en la mayoría de los casos no se deja ninguna constancia escrita y los acuerdos orales no se hacen públicos.

Los acuerdos pueden ser verticales y horizontales, los verticales se dan cuando hay un acuerdo entre distribuidor y comerciante y los acuerdos horizontales se dan entre dos o más suministradores.

Algunas legislaciones sólo sancionan los acuerdos horizontales, también denominados concentración horizontal mientras que los acuerdos verticales son permitidos.

Los acuerdos de caballeros o *gentlemen's agreements* pueden calificarse como acuerdos pues se trata de pactos establecidos por escrito, que imponen obligaciones a las partes, cuyo cumplimiento puede ser exigido por la vía arbitral, por lo tanto es un pacto jurídicamente vinculante.

Respecto al concepto de «decisión» el autor antes mencionado señala:

«... El concepto de 'decisión' incluye las reglas de la asociación de que se trate, decisiones que vinculan a los miembros y sus recomendaciones. Los acuerdos llevados en el marco de una asociación pueden ser analizados ya como 'decisiones' de tal asociación o como 'acuerdos' entre sus miembros»[1405].

Las decisiones «de las asociaciones de empresas» son otra fuente de medidas limitativas de la competencia.

Gómez Segade dice:

«... La decisión es cualquier manifestación de voluntad colectiva de una organización, tendente a imponer a sus miembros un determinado comportamiento. El contenido de la decisión es irrelevante en cierto sentido, igual que en la hipótesis de los acuerdos; y por tanto, aunque la decisión no tenga por objeto directamente una limitación de la competencia, puede quedar incursa igualmente en la prohibición del artículo 85»[1406].

Las recomendaciones o sugerencias no están prohibidas en cuento tales; pero las empresas que decidan libremente seguirlos pueden incurrir en una práctica concertada.

En cuanto a las «asociaciones de empresas» tampoco ha sido definido por el Tratado de Roma por lo que la doctrina está de acuerdo en considerar cualquier modalidad de agrupación de empresas, aunque no tengan personalidad jurídica que sí debe darse es que sus miembros sean empresarios.

«Las asociaciones de empresas están constituidas por varios empresarios independientes, sean personas físicas o jurídicas, que en el seno de la asociación adoptan decisiones colectivas. La asociación de empresas puede organizarse bajo cualquier forma jurídica (asociación

1404 BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 78.

1405 *Ibidem*, p. 85.

1406 GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit.*, p. 78.

sin fin lucrativo, cooperativa o sociedad), siempre que las empresas participantes no pierdan su independencia, y puede estar o no dotada de personalidad jurídica. Las decisiones surgen de las uniones de asociaciones o agrupaciones de empresas, prestando la peculiaridad de que pueden encontrarse vinculadas al cumplimiento de la decisión de empresas que no han manifestado su consentimiento o que incluso se han pronunciado en contra de la decisión. Piénsese que cabe la posibilidad de que las decisiones provengan del directorio de una unión, asociación o agrupación o de la asamblea de miembros de la misma, , la adopción de cuyas decisiones tiene lugar frecuentemente por el procedimiento de mayorías y en este caso determinadas empresas pueden haber votado en contra, cosa impensable en los convenios...»[1407].

La tercera forma de limitación de la competencia y quizá la más importante en lo que se refiere a prácticas colusorias en el mercado común es el de «prácticas concertadas».

Este considerando viene a cubrir las lagunas que surgirían en aquellos casos en que no pudieran probarse la existencia de acuerdos o decisiones.

Este artículo se refiere a acciones y prácticas concertadas entre empresas. El acuerdo según el artículo 85 dependen de «si con ello las partes del contrato desaparecen definitivamente del mercado (en este caso habría una concertación) o no (en tal caso habría un acuerdo)», según expresa Manuel Abanto en su obra citada.

La inclusión de «prácticas concertadas» tiene por objeto incluir en el ámbito del tratado la cooperación informal entre empresas que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal. Esta cooperación puede afectar al artículo 85,1 en la medida que afecte la competencia y el comercio entre los Estados miembros.

Citaremos algunos casos[1408] en donde se ha presentado prácticas concertadas entre empresas.

En Italia y Benelux todas las empresas que producían colorantes de anilina aumentaron sus precios de manera simultánea y uniforme. La Comisión señaló que en su decisión N° 12 de 1969, que las partes eran culpables de prácticas concertadas y les impuso multas. Para llegar a esta multa la comisión se guió entre otros indicios por la identidad en el porcentaje del incremento, las fechas similares de las alzas y el envío simultáneo de instrucciones a las filiales y por último el hecho que había existido contactos informales entre las empresas. Las partes alegaban que los incrementos de precios reflejaban simplemente una conducta paralela en un mercado oligopolístico donde cada productor seguía a un líder de precios que iniciaba el incremento.

La sentencia del tribunal desestimó el recurso y señaló que en el artículo 85,1 aparecía el concepto de «práctica concertada» para incluir en la prohibición señalando:

«Una forma de coordinación entre empresas, que sin haber llegado a concluir un acuerdo propiamente dicho, conscientemente sustituye la cooperación práctica entre ellas por el riesgo de la competencia».

[1407] BERCOVITZ (s/f). *Op. cit.*, p. 37.

[1408] Citado por BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 85.

El tribunal señaló además que mientras que el comportamiento paralelo por si mismo no constituye una práctica concertada, puede, no obstante, significar un fuerte indicio de tal práctica si conduce a unas condiciones normales en el mercado.

Para decidir si las condiciones divergen de lo normal es necesario examinar la naturaleza del mercado. Así como señaláramos en capítulos anteriores para saber si un mercado es afectado hay que ver cual es el mercado relevante. En este caso el mercado de colorantes estaba dividido y fragmentado siguiendo las fronteras nacionales.

La similitud en la cuantía y tiempo de los incrementos de precio no podían ser explicadas como resultado de una conducta paralela pero independiente promovida por las fuerzas del mercado.

El anuncio previamente concertado y anticipado de los cambios en los precios posibilitaba que las empresas eliminaran por anticipado toda incertidumbre entre ellas en relación con su futura conducta en los mercados.

El tribunal dijo:

«Aunque cada fabricante es libre para saber sus precios, tomando en cuenta para ello la conducta presente y presumible de sus competidores, no obstante es contrario a las reglas de la competencia establecidas en el tratado que un productor coopere con sus competidores, en cualquier modo, para determinar un curso coordinado de acción relativo a los incrementos de precio y asegurar su éxito eliminando previamente toda incertidumbre en relación con la conducta de los otros en relación a los elementos esenciales de actuación tales como el importe, objeto, fecha, y lugar de los incrementos».

Bellamy Christopher y Graham Child señalan:

«... a la luz de los casos señalados se entenderá que existe una práctica concertada cuando:

a. Hay un contacto efectivo entre las partes, que frecuentemente consistirá en reuniones, discusiones, intercambios de información, sondeos de opinión, ya sea oral o escrito.

b. Que tal contacto tenga como objetivo influenciar la conducta en el mercado, y en particular suprimir por adelantado la incertidumbre respecto de la conducta futura de una empresa o tenga el efecto de mantener o alterar la actuación comercial de las empresas de que se trate, en un aspecto que hasta aquel momento estaba regulado por el juego de la libre competencia»[1409].

Con respecto a la prueba de las prácticas concertadas señalan:

«La práctica concertada debe ser probada adecuadamente, puede ser suficiente la prueba de presunciones. En la práctica si se llega a comprobar una conducta paralela en el mercado y un contacto entre las partes, se presumirá de inmediato una práctica concertada. Una conducta paralela es por sí una conducta insuficiente para probar una práctica concertada pero será un fuerte indicio de una práctica concertada si es poco probable que tal conducta ocurriese en condiciones de mercado normales. No se presumirá una práctica concertada, si hay una explicación alternativa, pero el intercambio de información confidencial desde el punto de vista comercial, u otros contactos similares permitirán probar una práctica concertada. La

[1409] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 91.

proximidad de fechas relevantes y la ausencia de competencia entre las empresa serán significativas, como lo serán también acuerdos previos entre las partes si las hubiere habido.

Una justificación económica plausible para la conducta paralela será importante y posiblemente concluyente»[1410].

No se puede establecer el plazo de duración exacto de una práctica concertada, pueden darse además prácticas concertadas continuas.

Las prácticas concertadas que no se permiten deben ser diferenciadas de las conductas paralelas que se basan en la estructura de los mercados respectivos y por ello no pueden ser sancionados por sí mismos.

Puede darse el caso de que exista una conducta semejante entre las empresas, pero sino ha existido un entendimiento entre ellos, no puede hablarse de prácticas concertadas.

Como expresa Gómez Segade:

«Para las autoridades europeas, la existencia de las prácticas concertadas no presupone vínculo jurídico entre las partes. Ni siquiera es indispensable ningún tipo de acuerdo o plan elaborado conjuntamente por las empresas. Por el contrario, basta cualquier contacto, aunque sea simplemente informativo, entre las empresas, según ha declarado la Comisión en la decisión del 15 de mayo de 1974 en el caso INFRA»[1411].

Sin embargo el análisis de las conductas paralelas a veces pueden dar un indicio de que se trate de una concertación, sobre todo en aquellos mercados en donde las competidoras no deberían reaccionar de manera equivalente ante cambios de condiciones.

Es necesario conocer los criterios elaborados por el tribunal y la comisión para distinguir entre una práctica concertada prohibida y una conducta paralela lícita, ya que a simple vista es muy difícil distinguir entre estas dos situaciones.

Toda práctica concertada como ya mencionáramos implica la concurrencia de dos elementos: La conducta de dos o más empresas, generalmente coincidente o paralela pero puede tratarse de conductas diferentes con reparto de funciones entre las empresas participantes y que estas conductas sean consecuencias de un precio concierto de voluntades entre ellas aunque entre las empresas no se haya llegado a la realización de un convenio. Este acuerdo entre las empresas produce condiciones de mercado que no corresponde a condiciones normales de mercado.

Existen diferencias entre las prácticas concertadas y los acuerdos y decisiones. Esta diferencia radica como afirma Bercovitz:

«En que, mientras el artículo 85,1 prohíbe los acuerdos entre empresas y las decisiones de las asociaciones de empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de restringir la competencia, en las prácticas concertadas no cabe tal dualismo, pues por el mero hecho de ser prácticas no pueden tener por objeto, como los acuerdos y las decisiones, una restricción de la competencia sino que al ser ejecutadas las prácticas producirán o no el efecto restrictivo de la competencia. En consecuencia, las prácticas concertadas quedan prohibidas únicamente cuan-

[1410] *Ibidem*, p. 92.

[1411] GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit.*, p. 85.

do se han ejecutado y la restricción de la competencia se ha producido, mientras que los acuerdos y las decisiones quedan prohibidos en el párrafo 1 y son nulos de pleno derecho en virtud del párrafo 2 del artículo 85, cuando tienen por objeto una restricción de la competencia, aun cuando ésta no se haya producido por no haberse iniciado la ejecución del acuerdo o la decisión. En los acuerdos y decisiones es suficiente para quedar prohibidos que tengan por objeto restringir la competencia aunque no se tenga por objeto restringirla, aunque no se produzca tal efecto, mientras que las prácticas han de producir el efecto restrictivo»[1412].

El artículo 85 del Tratado de Roma es de aplicación sólo si el acuerdo tiene «objeto o efecto impedir, restringir o falsear el libre juego de la competencia en el Mercado Común».

Hay distintas formas mediante las cuales se puede restringir la competencia. Christopher Bellamy y Graham Child señalan:

«La definición de una 'restricción' de la competencia plantea problemas conceptuales. De alguna manera casi todos los contratos mercantiles puede decirse que 'restringen' la competencia ya que en cuanto A ha vendido los bienes a B, A ya no los puede vender a nadie más y B ya no está interesado en obtenerlos de ninguna otra parte...»[1413].

La restricción y la distorsión son hacia la competencia. La práctica restrictiva de la competencia es aquella restricción de la libertad de acción que pueden tener las empresas ofertantes y la libertad de elección de terceros que se producen mediante la restricción de la libertad de los participantes en un ilícito anticompetitivo.

Lo que se debe analizar es la finalidad competitiva, analizar la tendencia objetiva del acuerdo mismo, analizando el contrato, el acuerdo, considerando, los efectos que este o estos acuerdos puedan ocasionar en la competencia como también aplicando reglas de la experiencia, como expresa Abanto Vasquez[1414] «efectivamente la comprensión sobre este objetivo va más allá del dolo (penal) pues la Comisión y el Tribunal se basan en la posibilidad razonable del efecto contra la competencia que subyace a la intención de las partes (...) solamente cuando no se puede probar este objetivo, tal como normalmente ocurre, el Tribunal exige un análisis de las consecuencias, es decir la comprobación de un resultado ilícito».

Se hace difícil demostrar la existencia de la concertación entre las empresas por lo que la Comisión necesita deducirla de una serie de indicios como por ejemplo la coincidencia en la fecha de entrada en vigor de un nuevo sistema de precios, la existencia de un paralelismo de conductas que no tienen justificación en las condiciones objetivas del mercado.

La restricción de la competencia puede darse a través de acuerdos verticales como de acuerdos horizontales, en este sentido haremos la siguiente distinción:

«... Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre empresas del mismo nivel de proceso productivo o de distribución, normalmente un acuerdo entre competidores, por ejemplo un acuerdo de no competir en precios o de no entrar en nuevos mercados. Un acuerdo vertical, es un acuerdo entre un suministrador y un cliente a quien aquel suministra. Los acuerdos "verticales" frecuentemente contienen una restricción aceptada por el adquiriente por ejemplo un distribuidor o un comerciante en un área determinada; una restricción aceptada por el adquiriente de no aceptar bienes de nadie más que no sea el suministrador; una restricción

[1412] BERCOVITZ (s/f). *Op. cit.*, p. 37.

[1413] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 94.

[1414] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 216.

en la libertad del adquiriente de determinar el precio de los bienes o donde o a quien los bienes pueden ser revendido...»[1415].

En este sentido las restricciones horizontales serían:

«... Las restricciones horizontales de competencia tales como acuerdos entre suministradores, fijando los precios o limitando los mercados son las restricciones clásicas de competencia. Pero, imaginémonos empresas medianas que unan sus fuerzas por ejemplo, con la formación de una empresa común para producir un nuevo producto que ninguna de ellas podría producir por sí sola, y que faculta a tales empresas a ser más competitivas respecto de terceros más poderosos; supongamos además, que las dos empresas acuerdan unas restricciones de no competir una con otra, sin las cuales ninguna de ellas hubiera estado ni siquiera dispuesta a colaborar con la otra...»[1416].

Como señala Hernando Agudela:

«... La prohibición del artículo 85,1 también se aplica a acuerdos verticales, tales como distribución y arreglos de franquicia y licencia...»[1417].

El acuerdo vertical se centra en evitar el aislamiento de mercados mediante acuerdos de distribución o concesiones de licencias de propiedad intelectual que comporten una protección territorial absoluta o mantengan artificialmente precios diferentes en el Mercado Común.

En el caso de los acuerdos verticales es necesario establecer que restricción está prohibida y que restricción está permitida. En muchos casos, un fabricante no sería capaz de vender sus bienes a no ser que persuadiera a un distribuidor a hacerlo por él. Pero hacer un mercado para un fabricante determinado puede ser costoso y arriesgado para el distribuidor; por ello el distribuidor puede ser que no quiera comercializar los productos del fabricante si no está protegido de la competencia del propio fabricante y de otros distribuidores.

En ambos casos nos encontramos en la disyuntiva de si todas las restricciones entran en el ámbito del artículo 85,1 pero pueden ser permitidas en el artículo 85,3 o lo que ocurre es que ya no entran de modo alguno en el ámbito del 85,1.

En el artículo 85 del Tratado es necesario diferenciar cuando se está frente a una restricción ilícita de la competencia y cuando existe una restricción que permite otorgar exención. Es decir se puede aplicar la regla de la razón (*rule of reason*).

Sin embargo, debemos precisar que los conceptos reguladores de la libre competencia, lejos de ser estáticos, deben adaptarse en cada momento a una situación del Mercado Común. Para ello el Consejo, la Comisión y el Tribunal Europeo son los organismos encargados de la aplicación del Derecho europeo de la libre competencia de estos tres órganos la Comisión y el Tribunal Europeo realizan constantemente un trabajo interpretativo.

El Consejo está encargado de «dictar los reglamentos» con la finalidad de llevar a la práctica los principios consagrados en los artículos 85 y 86, La Comisión es el órgano

[1415] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 95.

[1416] *Ibidem*, p. 95.

[1417] AGUDELA VILLA (1999). *Op. cit.*

ejecutivo, concede las habilitaciones, concede las exenciones cuando concurran los requisitos exigidos, investiga las conductas de los empresarios, impone sanciones cuando amerita la situación y por último el Tribunal tiene carácter judicial, por una parte resuelve los recursos contra las decisiones emanadas de la comisión europea, por otra parte se pronuncia sobre las sentencias interpretativas del contenido del Tratado.

Es necesario resaltar que no se incurre en ninguna prohibición del artículo 85 del Tratado de Roma cuando el acuerdo, la decisión de las asociaciones de empresas, o la práctica concertada no produzcan perjuicio al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o como efecto, impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común.

Es decir, si la restricción de la competencia afecta al comercio entre un Estado miembro y terceros países en general no incurre en la prohibición del artículo 85.

Citando a Gómez Segade[1418], expresa al respecto que «han elaborado dos teorías para determinar si las autoridades nacionales pueden aplicar la legislación nacional o limitaciones de la competencia que también infringen las normas correspondientes al Tratado de Roma».

Estas teorías parten del principio esencial de la aplicación de la vigencia directa de las normas comunitarias en cada uno de los Estados Miembros, incluso con preferencia a la legislación nacional.

La primera teoría es la de la «barrera única», o de la «exclusión recíproca». Para los defensores de esta tesis, cuando se aplican las normas comunitarias a una limitación de la competencia que afecta al comercio entre los Estados miembros, queda excluida la aplicación de la legislación nacional de cualquier Estado miembro.

La segunda teoría es la de la «doble barrera» o de la aplicación acumulativa del Derecho europeo y de los derechos nacionales. Sostienen que el ordenamiento comunitario y el de los Estados miembros, en materia de limitaciones de la competencia, son autónomos e independientes; en consecuencia, podrían aplicarse simultáneamente o conjuntamente ambas legislaciones. Una dificultad insuperable se presenta cuando existen discrepancias entre ambos ordenamientos, y lo que es ilícito según el Derecho Comunitario, resulta prohibido en virtud de lo dispuesto en la legislación nacional. Para resolver este problema se postuló que prevaleciera la legislación más rigurosa, por los que sería posible prohibir una medida limitativa de la competencia de acuerdo con la legislación nacional, aunque hubiera obtenido una exención en el marco del derecho comunitario.

En ningún caso, las legislaciones nacionales pueden poner en práctica soluciones que sean contrarias al derecho europeo de libre competencia.

Al propio tiempo, también se rechaza la teoría de la barrera única, porque el tribunal reconoce que, en principio, la preferencia en favor del derecho europeo no excluye la aplicación de las legislaciones nacionales a un mismo supuesto de hecho. El Derecho Comunitario y el de los Estados miembros corren paralelos, y solo en caso de conflicto se pondrá de manifiesto la superioridad jerárquica del derecho europeo de libre competencia.

[1418] GÓMEZ SEGADE (s/f). *Op. cit.*, p. 76.

En definitiva, la legislación de los Estados miembros puede aplicarse por las autoridades y tribunales nacionales para imponer sanciones o conductas de derecho interno, paralelas a las que puedan derivarse de la aplicación del derecho europeo.

En este sentido no es necesario que el perjuicio se produzca en dicho momento, es suficiente que la medida limitativa de la competencia pueda influir negativamente en el futuro como consecuencia de la evolución razonablemente previsible.

El inciso 3 del artículo 85 estipula que la prohibición del artículo 5 establecidas en el inciso 1, pueden declararse inaplicables a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que reúnan determinados requisitos, es decir, que a pesar de que son acuerdos que están prohibidos pueden obtener una exención y en esto notamos una diferencia importante con el derecho *antitrust* norteamericano.

El artículo 85,3 dispone que el artículo 85,1 puede ser declarado inaplicable en los siguientes casos:

- Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas
- Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
- Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

Que cumplan las cuatro condiciones siguientes:

1. Que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el proyecto técnico o económico;
2. Que reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante,
3. Que no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; y
4. Que ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

El artículo 85,3 facilita una escapatoria a través de la cual puede aprobarse un acuerdo si cada una de las cuatro condiciones indicadas ha sido satisfecha.

Las exenciones pueden otorgarse por categoría o en bloque o por una decisión de la comisión.

a. Exención por Categoría o Bloque

La comisión en los últimos años a otorgado un mayor numero de exenciones por categorías o bloques a través de reglamentos, en virtud de ello Christopher Bellamy y Child señalan:

> «... es aconsejable considerar en primer lugar si un acuerdo en particular se beneficia o podría ser adaptado para beneficiarse de una de las exenciones por categoría que se han promulgado hasta el momento, antes de considerar si el acuerdo es susceptible de obtener una exención individual en virtud del artículo 85,3.

De la sentencia *stergios delimitis c.* Henninger Brau Ag pueden deducirse los siguientes principios aplicables a los reglamentos de exención por categoría:

1. La exención por categoría deja de ser aplicable en su integridad si no se cumplen todas las condiciones exigidas en el reglamento de que se trate.

2. Si hay cláusulas contractuales no cubiertas por el reglamento de exención, son esas cláusulas y no el acuerdo en su conjunto las efectuadas por la prohibición del artículo 85,1.

3. Los jueces nacionales no pueden extender en modo alguno el ámbito de aplicación de los reglamentos de exención pues ello afectaría la competencia legislativa de la Comisión»[1419].

Citaremos uno de los comentarios a los reglamentos de exención por categoría para que quede establecido claramente:

«Distribuciones selectivas para automóviles: El reglamento 123/85, basado también en el reglamento 19/65, entró en vigor el 1 de julio de 1985. Bajo las condiciones contenidas en el reglamento, el artículo 1 concede una exención en virtud del artículo 85,3 a acuerdos en los que no participen más que dos empresas y en los que una de las partes se comprometa, con respecto a la otra, a suministrar en el interior de una zona definida del Mercado Común:

1. solo a dicha empresa, o

2. solo a dicha empresa y a un mínimo determinado de empresas de la red de distribución, con fines de reventa, de vehículos automóviles concretos, de tres o más ruedas, destinados a ser utilizados en las vías públicas y, en relación a ello, sus piezas de recambio»[1420].

b. Exención Individual

Una exención individual es una exención prevista en el artículo 85,3 concedida en relación con un determinado acuerdo mediante una decisión de la comisión.

Únicamente la Comisión tiene facultades para conceder o rechazar una exención en mérito al artículo 85,3.

Por regla general la comisión puede conceder excepción incluso en ausencia de la notificación formal.

«... La Comisión tiene facultades para conceder una exención únicamente en relación con un periodo futuro especificado; además, tiene facultades para imponer condiciones y obligaciones a la exención o para revocarla. La Comisión tiene asimismo facultades para declarar la prohibición del artículo 85,1, inaplicable con efecto retroactivo...»[1421].

La concesión de exenciones no es equivalente a la aplicación de la *rule of reason* del derecho norteamericano. Este derecho autoriza ciertos acuerdos que no están prohibidos en sí mismos, analizando el caso concreto pueden ser admitidos. En cambio en el derecho europeo la excepción puede aplicarse a cualquier acuerdo así este pueda ser limitativo de la competencia siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos.

[1419] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 174.

[1420] *Ibidem*, p. 176.

[1421] *Ibidem*, p. 180.

El artículo prevé el otorgamiento de exenciones individuales o bien globales o en categoría o bloque.

El Reglamento 2282 del Consejo del 20 de diciembre de 1971, facultó a la Comisión para conceder exenciones en bloque a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tuvieran por objeto o como efecto: la aplicación de normas y tipos comunes; la investigación y desarrollo de productos o procedimientos hasta el estadio de su aplicación industrial y la especialización, incluyendo los acuerdos necesarios para su realización. En base a esta habilitación, la Comisión publicó el Reglamento 2779 del 21 de diciembre de 1975 en el que se regula la exención en bloque para los acuerdos de especialización, con el compromiso recíproco de renunciar a la fabricación de ciertos productos.

Por último, el artículo 85,3 en la última parte dispone que el acuerdo no debe posibilitar a las partes la eliminación de la competencia respecto una parte sustancial de los productos en cuestión.

La Prohibición del Abuso de Posición de Dominio

El artículo 86 del Tratado de Roma establece una prohibición amplia y general de una explotación abusiva de parte de una o más empresas con una posición dominante dentro del mercado común o en una parte sustancial del mismo.

El artículo 86 señala:

«*Artículo 86. - Es incompatible con el Mercado Común, y queda prohibida, en la medida en que pueda ser perjudicial para el comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva por parte de una o de varias empresas, de una posición dominante sobre el Mercado Común o sobre una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:*

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

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

En primer lugar debemos mencionar una clara distinción en la forma de abordar la protección de la competencia en el artículo 85, con relación al artículo 86. En el caso de las medidas limitativas de la competencia tratados en el artículo 85 de adopta el principio prohibitivo, en cambio en el artículo 86 que regula las limitaciones de la competencia derivados de una posición de dominio, la posición del legislador es más tolerante y lo que reprueba es el abuso de la posición de dominio y no la posición dominante en sí misma.

La posición de dominio no es sancionada, lo que sucede es que estas empresas dominantes en el mercado no deben aprovechar su posición y hacer un uso abusivo de ella.

Lo que sanciona el artículo 86 es el uso abusivo de la posición de dominio.

El artículo 85 presupone la existencia de un acuerdo entre empresas, en cambio el artículo 86 analiza la situación de una empresa en sí misma, sin relación con otra. Los acuerdos limitativos de la competencia entre las empresas son conductas prohibidas pero a las que pueden darse excepciones, en cambio la posición dominante no es una conducta prohibida, lo que está prohibido es el abuso de la posición dominante pero esta situación no admite ninguna excepción, la explotación abusiva de una empresa no puede en ningún caso autorizarse.

El artículo 86 es un instrumento para controlar el ejercicio abusivo del poder monopolístico.

Para Bellamy y Child el artículo 86 comporta dos elementos:

«...

a. Una situación en la que la estructura de la competencia está debilitada como resultado de la presencia misma de la empresa en cuestión (posición dominante) y

b. Una conducta por parte de tal empresa"que tiene el efecto de poner en peligro el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado, o en el incremento de tal competencia (abuso)..."[1422].

Continúan señalando además:

«El artículo 86 es por tanto una aplicación especifica del objetivo general del artículo 3 inciso f del Tratado, de que la acción de la comunidad incluirá 'el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común'. Por otra parte, el artículo 86 no prohíbe la posición dominante, solo su abuso. Tal como indica el tribunal:

Declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común»[1423].

Como expresa Hernando Agudela:

«... El criterio de abuso de posición dominante en el mercado fue definido por la corte de la Comunidad Europea desde 1978 cuando expresó que ella es una posición de fortaleza económica de que disfruta una empresa, que le permite prevenir que le haga competencia efectiva dentro del mercado, dándole a dicha empresa el poder para conducirse en gran medida, con independencia de sus competidores y clientes y en último término, de los consumidores»[1424].

No podremos dejar de tener presente que no se prohíbe la existencia de una posición de dominio. La licitud de la posición de dominio permite seguir ampliando su poder en el mercado, incrementando su actividad y por ende su productividad. En ningún caso el artículo contempla una excepción de permisión frente al abuso de una posición de dominio a diferencia del artículo 85 que establece una prohibición y luego permite exenciones.

[1422] *Ibidem*, p. 506.

[1423] *Ibidem*, pp. 506-507.

[1424] AGUDELA VILLA (1999). *Op. cit.*, p. 45.

La posición dominante en el mercado se da según Emmerich cuando la empresa dispone de suficiente poder como para obstaculizar la continuación de un mercado relevante, o para sustraerse a esta competencia. Siguiendo a este autor citado por Abanto Vásquez dice lo siguiente:

> «... La jurisprudencia comunitaria se guía en determinadas reglas de la experiencia para verificar una posición dominante en el mercado: esta es excluida por lo general cuando la cuota de mercado está por debajo del 20%; puede afirmarse cuando la cuota oscila entre el 20 y 40% pero debiendo evaluarse otros factores; se tiende a prescindir poco a poco de estos factores a partir del 40%, hasta que aproximadamente a partir del 50% ya no es necesaria su concurrencia»[1425].

En cuanto a los criterios para medir la posición dominante en el mercado, la participación en el mercado es el mejor indicativo de que una empresa tiene poder en el mismo. Para determinar a cuanto asciende esta participación en el mercado lo primero que debemos establecer es la delimitación del mercado relevante. En este sentido es interesante citar a Gómez Segade:

> «... Cuando se plantea la cuestión de determinar si una empresa ocupa una posición dominante, pudiendo establecer dos criterios fundamentales:
>
> Un criterio estructural y un criterio puramente cuantitativo. La utilización del criterio estructural parte de la consideración del tamaño y característica de la empresa, así como del numero, tamaño y dinamismo de los eventuales competidores. Desde este punto de vista, hay que tener presente que el poder financiero de la empresa puede ser un indicio de dominio en el mercado, lo mismo que las facilidades de acceso al mercado internacional de capitales. También puede ser un indicio importante para detectar la existencia de posición de dominio, la disponibilidad por parte de la empresa de un arsenal considerable de conocimientos técnicos, concretados en número de patentes o *know how*; una integración vertical que produzca, por ejemplo un fácil acceso al mercado de materias primas, etc.»[1426].

Para determinar si una empresa ocupa una posición dominante se debe considerar el tamaño, características de la empresa, el poder financiero de la empresa. El tribunal ha indicado que una empresa que posee del 80 al 90 por ciento del mercado se encuentra automáticamente en posición de dominio, aunque se sabe que un análisis solo cuantitativo no nos llevaría a una apreciación segura de si una empresa se encuentra en una posición de dominio. Es necesario el análisis conjunto de otros factores como la cantidad de competidores de un mercado, la participación de cada uno de ellos. Ahora bien es necesario saber que una empresa puede no ser rentable y ocupar una posición de dominio en el mercado. La rentabilidad por sí sola no nos lleva a la determinación de la posición de la empresa, existen circunstancias en las que el análisis de un solo factor determina la posición dominante y en otros casos es necesario realizar un análisis de todos los factores tanto criterios estructurales como criterios cuantitativos.

En este sentido son considerados como elementos constitutivos, del artículo 86:

1. Si existe una posición dominante mantenida por una o más empresas en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo;

[1425] Abanto Vásquez (2000). *Op. cit.*, p. 228.

[1426] Gómez Segade (s/f). *Op. cit.*, p. 117.

2. Si existe un abuso de tal posición dominante;

3. Si el comercio entre Estados miembros puede por tanto quedar afectado por ello.

El tratado no contiene una definición de explotación abusiva y por lo tanto es muy difícil distinguir lo que es una conducta permitida a una empresa que se encuentra en posición de dominio y aquella conducta que es abusiva.

Según Manuel Abanto tres son los conceptos que influyen decisivamente en la interpretación del artículo 86 del TCE, la lealtad, la integración del mercado y el control de precios. Es así como está reprimida la explotación emprendida por una empresa con posición dominante en el mercado en perjuicio de sus competidores. Esto permite que las instancias comunitarias practiquen un control de precios de las empresas con posición de dominio.

Bellamy y Child consideran que:

> «Aquella conducta de una empresa en posición dominante que afecte la competencia de forma seria e injustificada en un mercado relevante adecuadamente definido quedará prohibida en la medida que afecte el mercado entre Estados Miembros»[1427].

La explotación abusiva está en estrecha relación a las conductas que de alguna manera perjudiquen la competencia. Existe una relación de causa-efecto entre la posición dominante y el abuso de dicha posición.

Citamos nuevamente a Bellamy y Child cuando dicen que, para distinguir la conducta permitida de la conducta abusiva supone que, será una cuestión de hecho y de grado en la que cabe esperar se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones:

- El tipo de conducta: ¿es claramente restrictiva de la competencia? ¿o poco leal?
- Hasta qué punto la conducta de que se trate es una práctica normal en la industria.
- Hasta que punto ya se domina el mercado.
- El efecto, directo e indirecto, de la conducta de que se trate en los competidores y clientes.
- Intención de la empresa en posición dominante: ¿quiere excluir a terceros? ¿o es una respuesta legítima a la competencia?
- Proporcionalidad de la conducta en relación a la amenaza percibida, si es que la hubiere.
- Conexión entre la conducta y los principios generales del tratado, especialmente en la eliminación de barreras entre fronteras nacionales y ausencia de discriminación entre nacionales de distintos Estados miembros.

Citando a Manuel Abanto en el tema de imposición de precios señala que:

> «... los precios considerados abusivos cuando sobrepasan los costos promedios variables, pero cuando estos costos están por debajo de los costos totales todavía deben probarse la finalidad predatoria»[1428].

[1427] BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, p. 531.

[1428] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 228.

Las acciones de tipo prohibido por el artículo 86 según Bellamy y Child pueden calificarse en dos clases de conductas distintas aunque parcialmente superpuestas:

a. Conducta cuyo efecto económico sea reducir aun más o impedir una competencia efectiva en el mercado común o una parte sustancial del mismo.

b. Conducta que es desleal o no razonable hacia aquellas personas que dependen de la empresa dominante para el suministro, o compra de los bienes o servicios de que se trate.

En líneas generales podemos concluir que el abuso se daría cuando la estructura competitiva del mercado es modificada por la conducta de la empresa. Esta estructura competitiva del mercado se afecta produciendo un perjuicio en los competidores, proveedores y consumidores.

El concepto que se utiliza en el artículo 86 es un concepto objetivo de abuso: Se debe prescindir completamente de la intención del daño contra competidores o contra consumidores.

Los países miembros que forman la Comunidad Europea consideran la economía de mercado la base del Mercado Común. Las conductas especificadas en el artículo 86 son conductas que no deberían esperarse de ninguna de las empresas que conforman la comunidad europea para lograr un mercado eficaz y competitivo.

Es necesario resaltar que las conductas especificadas en el artículo 86 solo están prohibidas a empresas que se encuentran en una posición de dominio, mas su prohibición no afecta a empresas que no tienen una posición de dominio, que se encuentran en una posición normal.

Tanto las conducta de posición dominante como la de abuso de la misma ya fueron analizadas en detalle en los capítulos anteriores.

3.4. El Derecho Antitrust Norteamericano

La legislación *antitrust* de los Estados Unidos está conformada principalmente por tres leyes:

La Ley Sherman

Prohíbe dos tipos básicos de delitos: los contratos y sus combinaciones que restrinjan el comercio y lo concerniente a la monopolización.

La Ley Clayton

Declara ilegales cuatro prácticas restrictivas: discriminación de precios, los contratos de exclusividad «cláusulas atadas», la adquisición de empresas competidoras y las directivas vinculadas.

La Ley de la Comisión Federal de Comercio

Declara ilegales a la competencia desleal y a las prácticas comerciales engañosas.

> «En 1890 las cámaras legislativas aprobaron con algunas modificaciones y los largos debates el proyecto de ley presentado por el senador Sherman, de Ohio, tendentes a declarar ilegales los *trusts* y combinaciones restrictivas de comercio y la producción con el nombre de Ley para Proteger el Comercio contra las Restricciones Ilegales y los Monopolios, comúnmente conocida como *Sherman Act*. La efectividad práctica de la *Sherman Act* fue más bien reducida y así se puso de manifiesto en la aplicación jurisprudencial de la misma que interpretó restrictivamente sus preceptos y que por una serie de complejas motivaciones no produjo los resultados perseguidos».

Según la recopilación histórica que realiza Galán Corona:

> «... Estas tres leyes, *Sherman Act*, *Clayton Act* y *Federal Trade Commission Act*, constituyen el cuerpo básico de la legislación *antitrust* norteamericana. Sin embargo, a lo largo de su existencia, estas tres disposiciones ha experimentado enmiendas y modificaciones en virtud de textos que complementan su regulación. En este sentido, son de citar la *Miller-Tydings Act* de 1937, que modificó la sección 1 de la *Sherman Act* en el sentido de aceptar la fijación de precios mínimos de reventa de artículos protegidos por marca cuando sea permitida por una disposición legal, y cuya interpretación fue aclarada por la *Mc Guire Act* de 1952, que completa la sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*; la *Robinson-Patman Act* de 1936 que afectó a la sección 2 de la *Clayton Act* en lo referente a la prohibición de discriminaciones, limitándola a mercancías de igual grado y calidad; la *Celler-Kefauver Act* de 1950 que modificó la sección 7 de la *Clayton Act* que prohíbe las concentraciones, etc.
>
> Junto a este conjunto de normas que forman el cuerpo básico de la legislación *antitrust*, hay que hacer mención de una serie de disposiciones que excluyen determinadas actividades del ámbito de aplicación de las leyes *antitrust*. A este respecto, destacan, entre otras, la *Webb-Pommerene Act* de 1916, dirigida a excluir la actividad exportadora, el objeto de favorecer la exportación estadounidense y así hacer frente a la actitud de competidores extranjeros agrupados con frecuencia en carteles y organizaciones similares; la sección 6 de la *Clayton Act*, complementada por la *Norris-Laguardia Act* de 1932 y *Taft-Harley Act* de 1947, eximen de la aplicación de las leyes *antitrust* a las actuaciones de las organizaciones obreras en materia de relaciones laborales; la actividad agraria se beneficiaría también de ciertas exclusiones a las prohibiciones contenidas en las leyes *antitrust*, según se establece en la *Copper-Volstead Act* de 1922 y *Cooperative Marketing Act* de 1926. En el ámbito de las exclusiones de las leyes protec-

toras de la libre competencia no se puede ignorar los sectores regulados por las *Independent Regulatory Commisions*, toda vez que, al estar sometidos dichos sectores al control de tales organismos, no hay lugar a la aplicación de las leyes *antitrust* en el ámbito afectado por tal regulación...»[1429].

El derecho *antitrust* norteamericano está conformado por una serie de principios que se encuentran arraigados tanto en el Derecho constitucional como en el Derecho *antitrust*. Estas dos disciplinas legales están sujetas a diferentes perspectivas políticas que los jueces pueden sentir muy arraigadas en distintos momentos. Al igual que el Derecho Constitucional, el Derecho *antitrust* es un cuerpo de leyes que se ha desarrollado sobre la base de manifestaciones bastante ambiguas recogidas de la ley original. La restricción del libre comercio y la monopolización son conceptos cruciales, conceptos estatutarios en Derecho *antitrust*.

Los principios que el derecho *antitrust* norteamericano pretende resguardar son:

«...

1. Sellers and buyers are so numerous that no one's actions can have perceptible impact on the market price, and there is no collusion among buyers or sellers.

2. Each consumer registers his subjective preferences among various goods and services through market transactions at fully known market prices.

3. All relevant prices are know to each producer, who also knows of all input combinations technically capable of producing any specific combination of outputs, and who makes input-output decisions solely to maximize the return on his capital.

4. Every producer has equal access to all input markets and there are no artificial barriers to his production and sale of any product...»[1430].

Sin embargo,el compromiso más arraigado en el Derecho *antitrust* norteamericano es la competencia como el medio de organizar la vida económica. El común denominador de la gente y los jueces creen que la rivalidad económica de los mercados origina precios más bajos, mayor innovación y superior calidad de los productos así como un mayor bienestar para el consumidor.

Lo que se pretende con esa legislación es según Hermenegildo Baylos:

«... se pretende de modo fundamental la fijación de precios que no sean la consecuencia del volumen de la oferta y de la demanda, sino de decisiones propias; lo que se consigue con la maniobra restrictiva o eliminadora de la competencia..»[1431].

De esta manera y como ya mencionamos el beneficio primario de la competencia es generar precios más bajos, mejores productos y mayor bienestar para el consumidor. Esto se asegura mediante la existencia de un grupo de competidores viables que operan económicamente de forma independiente en cada mercado, y se puede decir que ésta es la función del Derecho *antitrust* en los Estados Unidos.

[1429] GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, pp. 62-64.

[1430] *Antitrust Analysis Problems. Text Cases.* 3ra. Edición, Boston: Editorial Advisory Board, 1981, pp. 7-8.

[1431] BAYLOS CORROZA (1993). *Op. cit.*, p. 291.

Los antecedentes y motivaciones de la aparición de la legislación *antitrust* norteamericana se encuentran en su desarrollo económico. Tamanes señala:

«... El propio crecimiento industrial motivado por su alejamiento de los países industrializados de Europa que, junto con un arancel fuertemente proteccionista, anularon de hecho la competencia extranjera favoreciendo el nacimiento de una industria nacional; a estas razones hay que añadir los factores de colonización del Oeste norteamericano, con sus fuentes de riqueza, la ampliación de los mercados y la creación en el ciudadano estadounidense de un espíritu pionero, conforme al cual cada persona con su esfuerzo y valía podía triunfar, toda vez que los nuevos territorios ofrecían las posibilidades para ello...»[1432].

Así continúa Galán Corona señalando:
«... Todas estas razones llevaron a la creación de grandes unidades empresariales que mediante concentraciones y prácticas de negocios de más que dudosa corrección tendían al monopolio. Las quejas de los afectados no tardaron en hacerse oír, contra los abusos a los que se veían expuestos por las compañías de ferrocarriles en el transporte de sus productos a los mercados de las grandes ciudades del Este. El sentimiento popular contrario a las grandes concentraciones de poder económico se extendía continuamente, mostrándose insuficiente tanto las acciones judiciales interpuestas en base al *common law*, como las leyes promulgadas por diversos Estados de la Unión con el objeto de enfrentarse al problema, ya que al limitarse su ámbito de aplicación a los límites territoriales del Estado en cuestión, su efecto sobre los grandes monopolios era el mínimo»[1432].

3.4.1. La Ley Sherman

La aprobación de la primera ley *antitrust*, la *Sherman Act*, por el Parlamento Federal en 1890 no fue una innovación absoluta en el sistema jurídico de los Estados Unidos.

Es preciso tener en cuenta que «alrededor de 1890, cuando se promulgó la *Sherman Act*, al menos veintitrés Estados disponían alguna forma de prohibición *antitrust*'. Hovemkarmp considera que con anterioridad a la aprobación de la *Sherman Act* «las restricciones al tráfico comercial eran reguladas en su mayor parte por leyes estatales».

El comportamiento de las empresas en el mercado, además de encontrarse ordenado en distintas leyes estatales, era objeto de regulación también en el *Common Law* propio de cada Estado. Como dice Lifiand, «además de sus disposiciones legales cada Estado tiene una jurisprudencia acerca de las restricciones del comercio».

Los Estados por separado fueron los que empezaron a perseguir las prácticas restrictivas de la competencia mediante tipos penales amplios pero lo que tenía que promulgarse es una ley federal.

La Ley Sherman dada en 1890 preveía cláusulas generales a ser concretadas jurisprudencialmente. Los tribunales con el correr de los años fueron desarrollando la «*rule of reason*» analizándose cada caso y si se llegaba a justificar una situación concreta era invocando las ventajas que se obtendría para la economía del país. En otros casos las restricciones de

---

1432 TAMANES. *La lucha contra los monopolios*. 3ra Edición, Madrid: Ed. Tecnos, 1979, pp. 78-79.

1433 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, pp. 58-59.

la competencia eran prohibidas y reprimidas *per se* es decir previamente, ya que no es necesario evaluar su razonabilidad.

En este sentido produce una especial atención la distinción que se hace entre infracciones *per se* e infracciones consideradas a la ley de la «regla de la razón». Las infracciones *per se* como su nombre lo indica son conductas prohibidas y en los cuales no se prueban su razonabilidad.

La Ley Sherman es en sus orígenes impulsada por un enfoque antimonopolista. En esta disposición se condena la monopolización o el intento de monopolizar el comercio o la industria. Lo que persigue la Ley Sherman es asegurar la eficiencia del sistema productivo, incentivar la producción y que la riqueza sea distribuida homogéneamente. Todo ello trae consigo beneficios que para la doctrina dominante, constituyen el bienestar de los consumidores, lo que a su vez implica libre disponibilidad de posibilidades, mejor elección, mayor eficacia en el mercado cerrando nuevamente el círculo consiguiendo incrementar el beneficio hacia el consumidor. Toda concentración o monopolización se considera contraria a la finalidad de la norma.

Empecemos por analizar la *Sherman Act*. Las prácticas colusorias se encuentran en la sección 1 de la misma, conforme a la cual «todo contrato, combinación en forma de *trust*, o de otra forma, o conspiración, que restrinja el comercio o la industria entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, se declara ilegal por la presente ley». Este es el precepto básico sobre las prácticas colusorias; conforme a él las restricciones de la competencia que surjan de acuerdos, entendidos en sentido amplio, son sancionadas, incluso penalmente.

> «... Centrándonos en la sección 1 de la *Sherman Act* en cuanto precepto básico para la represión de las restricciones de la competencia nacidas de la colusión, se plantean una serie de cuestiones que afectan tanto a la interpretación de los términos utilizados por los tribunales en la aplicación de tal precepto (...) Con relación a las cuestiones interpretativas que la sección 1 de la *Sherman Act* plantea, se eludirá especialmente al sentido de los términos *contract*, *combination* y *conspiracy*, así como el tema a quien va dirigida la prohibición de la sección 1 de la *Sherman Act*, prescindiendo de cuestiones menos relevantes a los efectos de nuestro estudio, pero de evidente importancia, tales como el sentido de los términos *trade* y *commerce*, que se debe entender por *restraint of trade*, etc. El segundo bloque se centra en torno a los principios que pugnan en la aplicación del citado precepto, esto es, la '*rule of reason*' y la '*per se condemnation theory*'»[1434].

Es así como la Ley Sherman dada en 1890 preveía cláusulas generales a ser concretadas jurisprudencialmente. Los tribunales con el correr de los años fueron desarrollando la «*rule of reason*» analizándose cada caso y si llegaba a justificar una situación concreta era invocando las ventajas que obtendría para la economía del país. En otros casos las restricciones de la competencia eran prohibidas y reprimidas *per se*, es decir previamente, ya que no es necesario evaluar razonabilidad.

En este sentido produce una especial atención la distinción que se hace entre infracciones *per se* e infracciones consideradas a la ley de la «regla de la razón». Las infracciones

[1434] *Ibidem*, p. 66.

per se como su nombre lo indica, son conductas prohibidas y en las cuales no se prueban su razonabilidad.

La Ley Sherman es en sus orígenes impulsada por un enfoque antimonopolista. En esta disposición se condena la monopolización o el intento de monopolizar el comercio o la industria. Lo que persigue la Ley Sherman es asegurar la eficiencia del sistema productivo, incentivar la producción y que la riqueza sea distribuida homogéneamente. Todo ello trae consigo beneficios que para la doctrina dominante, constituyen el bienestar de los consumidores, lo que a su vez implica libre disponibilidad de posibilidades, mejor elección, mayor eficacia en el mercado cerrando nuevamente el círculo consiguiendo incrementar el beneficio hacia el consumidor. Toda concentración o monopolización se considera contraria a la finalidad de la norma.

La determinación de las conductas que constituyen, bajo el derecho de los Estados Unidos, ilicitudes *per se*, es básicamente de origen jurisprudencial.

Una de las más citadas jurisprudencias donde se explica la «regla de la razón» se encuentra en el voto del Juez Brandeis en el caso «*Board of trade of the city of Chicago*» citado por Guillermo Cabanellas[1435].

El juez Brandeis expresa lo siguiente:

> «... La legalidad de un acuerdo o regulación no puede ser determinada por una regla tan simple como es la de si impide la competencia. Todo acuerdo relativo al comercio, toda reglamentación de éste, restringe. Obligar, restringir, es de su propia esencia. La verdadera prueba de su legalidad consiste en determinar si la restricción impuesta es tal que meramente regula y así, quizás, promueve la competencia, o bien la puede suprimir o aun destruir. Para determinar esa cuestión el tribunal debe normalmente considerar los hechos peculiares al negocio de que se trate (...) sus condiciones antes y después de haber sido expuesta la restricción; la naturaleza de esta y su efecto, actual y probable. La historia de la restricción, los males que se consideran existentes, la razón para adoptar ese remedio en particular, el propósito o fin buscados, todos ellos son hechos relevantes. Esto es así no porque las buenas intenciones puedan salvar una regulación objetable o la inversa, sino porque el conocimiento de las intenciones puede ayudar al tribunal a interpretar los hechos y predecir sus consecuencias».

El Derecho *Antitrust* Norteamericano por lo tanto considera que se está ante una infracción *per se* cuando la parte o partes que están sujetas a investigaciones han realizado actos en los cuales no amerita realizar un análisis, ni determinar los motivos o circunstancias que llevaron a realizar dichas conductas ni a determinar que efectos ha tenido dicha actuación dentro del mercado porque dicha conducta por sí misma independiente del análisis de circunstancias se califica ilícita.

En cambio la «regla de la razón» funciona de distinta manera, se da una conducta y para determinar la licitud o ilicitud de dicha conducta es necesario que los jueces analicen las circunstancias del acto, las causas y circunstancias del hecho, los efectos y consecuencias que dicho hecho tiene en el comercio, realizar un análisis particular del mismo para que luego de investigar el caso concreto pueda determinar la licitud o ilicitud de la conducta. Como sabemos, el sistema jurídico estadounidense se basa en la regla del precedente. Si

[1435] CABANELLAS (1989). *Op. cit.*, p. 81.

bien en la regla de la razón cada caso es analizada individualmente es necesario conocer la predisposición de los jueces en los fallos anteriores frente a conductas relativamente similares ya que necesariamente servirán de base para los siguientes fallos.

Sullivan citado por Guillermo Cabanellas dice:

«... la tendencia en los fallos modernos, no obstante importantes precedentes emanados de la Corte Suprema, es concentrar el análisis de los casos sujetos a la regla de la razón en los aspectos relacionados con el impacto de los hechos investigados sobre la competencia, haciendo caso omiso de los beneficios que las conductas analizadas puedan tener sobre la eficiencia económica el interés público u otros elementos similares»[1436].

Continuando con el análisis de la *Sherman Act*, la sección 2 prohíbe que todas las personas que monopolizaran o intentan monopolizar, combinar o conspirar con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier porción del comercio o intercambio comercial entre los diferentes Estados.

Para Galán Corona:

«La sección 2 de la *Sherman Act* declara ilegal la monopolización o intento de monopolizar cualquier parte del comercio entre los diversos Estados o con naciones extranjeros. Este es el único precepto en toda la normativa *antitrust* norteamericana que hace referencia al tema de estas prácticas restrictivas de la competencia que denominamos monopolísticas. Para fijar los datos generales de la prohibición hay que señalar que la sección 2 de la *Sherman Act* no prohíbe el monopolio en cuanto tal, la mera magnitud empresarial no es sancionada. Los tribunales norteamericanos, en consecuencia, han puesto el acento sobre la conducta concreta de las empresas con poder de monopolio. Así, en el caso *Standard Oil Co. of the New Jersey v. United States*, el Tribunal Supremo federal constató que las prácticas predatorias y de todo punto abusivas empleadas por la empresa justificaban la aplicación de la prohibición de la sección 2 de la *Sherman Act*...»[1437].

Por otro lado señala:

«La concentración de empresas constituye un medio evidente de restringir la competencia. Si esta tiene su base en la existencia de diversos sujetos (empresas) que concurren al mercado, poniendo en práctica de modo libre y autónomo sus parámetros de acción al objeto de lograr sus finalidades (normalmente la consecución del máximo beneficio), es obvio que al reducirse el número de los concurrentes, disminuyen las posibilidades de elección de los consumidores y las empresas no se verán acuciadas a ofrecer mejores prestaciones, habida cuenta que al desaparecer alguno de los competidores por causa de la concentración no se habrá de temer que las ofertas de ésta reduzcan la participación de mercado de las restantes...»[1438].

La efectividad de la Ley Sherman fue bien reducida según Galán Corona quien señala:

«... la efectividad práctica de la *Sherman Act* fue más bien reducida y así se puso de manifiesto en la aplicación jurisprudencial de la misma, que interpretó restrictivamente sus preceptos y que por una serie de complejas motivaciones no produjo resultados perseguidos...».

En el mismo sentido Joaquín Garrigues señala:

1436 *Ibidem*, p. 83.

1437 GALÁN CORONA (1977). *Op. cit.*, p. 72.

1438 *Ibidem*, p. 74.

«... La ley Sherman no tuvo ningún éxito en la práctica. En los primeros trece años no se iniciaron más que once procesos, y el resultado de muchos de ellos fue altamente sorprendente. Así en el caso de la *American Sugar Refinig Company* la cual, a pesar de controlar el 98% de la acusación de monopolio porque el tribunal supremo, en su sentencia, dictada en 1895, estimó que comercio e industria eran cosas diversas y que la producción de mercancías no caían bajo el imperio de la ley...»[1439].

Años más tarde y ante la ineficiencia y con el fin de cubrir los numerosos vacíos que la Ley Sherman tenía se dio la ley Clayton.

3.4.2. Ley Clayton

El 15 de octubre de 1914, se aprueba la llamada Ley Clayton. Su propósito es evidentemente el de contemplar la Ley Sherman y llenar sus posibles lagunas para que de este modo se logre una legislación más efectiva y reforzada.

De ahí su título oficial: Ley para suplir la legislación existente contra restricciones ilegales y monopolios (*Act to suplement existing laws againts unlawful restraints and monopolies*).

En 1914 el Congreso aprobó la Ley Clayton, la cual pretendía proporcionar una mayor especificidad a la prohibición o a los tipos de actividades que se prohibirían en los mercados que se encuentran bajo las leyes *antitrust*.

La Ley Clayton se centra en el aspecto de la limitación de las compras a competidores mientras que las normas del Mercado Común Europeo se dirigen a la imposición de prestaciones suplementarias.

Es decir, la Ley Clayton no proyecta situaciones distintas con respecto a la Ley Sherman sino que se limita a contemplar la prohibición de la sección 1 de la *Sherman Act* mediante la prohibición de determinados tipos de actuaciones como discriminación, contratos ligados, etc.

Asimismo, según Hermenegildo Baylos:

«... La Ley Clayton adiciona a las prohibiciones generales establecidas en la Ley Sherman una serie de actuaciones y prácticas concretas y de modo fundamental: a) la fijación de precios discriminatorios (sección 2) b) la contratación de cláusulas *tying* (sección 3) c) la actuación de las sociedades *holding* (sección 7) y d) la intervención en otras sociedades mediante gestores comunes (sección 8).

La Ley Clayton fue reformada en 1950, por entender que no estaba siendo aplicada con severidad (...). Se produce luego una interpretación extensiva en la sección 7 de la *Clayton Act*. Junto a ella se aplica a las concertaciones la sección 2 de la *Sherman Act*...»[1440].

La sección 2 prohibía además la discriminación de precios por parte de los vendedores. La sección 3 prohibía los acuerdos de relación exclusiva y los acuerdos de ventas exclusivas por medio de los cuales el vendedor restringía las actividades del comprador para hacer negocios con los competidores del vendedor.

[1439] GARRIGUES (s/f). *Op. cit.*

[1440] BAYLOS CORROZA (1993). *Op. cit.*, p. 295.

Finalmente, la sección 7 de la Ley Clayton prohibía las fusiones de determinado tipo. Estas tres secciones requerían una predicción, se debía encontrar un efecto anticompetitivo anticipado antes de que la discriminación de precios, la relación exclusiva, las ventas exclusivas o las actividades de fusión fueran ilegales bajo la Ley Clayton.

En cuanto a los actos competitivos que imponen la Aceptación de Prestaciones Suplementarias o llamadas Cláusulas Atadas se encuentran expresamente contempladas por la legislación estadounidense en el artículo 3, de la Ley Clayton que expresa lo siguiente:

> «Declara ilegal, alquilar, vender o contratar la venta de bienes (...) patentando o no (...) fijar el precio cobrado por ellos o realizar rebajas o descuentos respecto de tal precio, bajo la condición, acuerdo, o entendimiento de que el locatario o comprador no usara o comerciara bienes (...) de un competidor o competidores, cuando el efecto de tales operaciones pueda ser el delimitar sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio...»[1441].

En las restricciones horizontales está reconocido el análisis previo con la finalidad de reconocer los hechos y poder aplicar la «*rule of reason*» situación que no ocurre en el caso de las restricciones verticales ya que estos no se refieren a los precios. Estas restricciones pueden ser declaradas razonables.

Una de las modificaciones que tuvo la Ley Clayton fue en 1937, el Congreso enmendó fuera de todo reconocimiento la sección 2 de la Ley de Clayton por el pasaje de la Ley Robinson Patman, dicha ley reemplazó la sección 2 de la Ley Clayton.

> «... *Section 2 of the Clayton Act, as amended in 1936 by the Robinson Patman Act makes it unlawful for any seller engaged in commerce to directly discriminate in the price charged purchases on the sale of commodities of like grade and quality where the effect may be to injure, destroy or prevent competition with any person who grants or knowingly receives a discrimination, or the customer of either. There are related related provisions dealing with brokerage and promotional and advertising allowances and services and a provision about buyer liability. There are statutory defenses. Robinson Patman contains a section, not amendatory of Clayton, which makes granting some discriminations a crime...*»[1442].

3.4.3. Ley de la Comisión Federal de Comercio

Fernández Baca señala sobre la *Federal Trade Commission Act* lo siguiente:

> «... La *Federal Trade Commission Act* se promulgó simultáneamente a la *Clayton Act* y establece la creación del *Federal Trade Commission* (Comisión Federal para el Comercio y la Industria), compuesto de cinco comisionados designados por el presidente. Esta comisión cuyo presupuesto está controlado por el Congreso, está capacitada para prevenir las violaciones a las leyes *antitrust*. Años más tarde se creó la Comisión *Antitrust* del Departamento de Justicia, cuyo presupuesto está controlado directamente por el presidente, que se reparte funciones con el *Federal Trade Commission*, por tipos de práctica y tipos de actividad económica...»[1443].

Un documento en *internet* señala:

[1441] ABANTO VÁSQUEZ (2000). *Op. cit.*, p. 272.

[1442] SULLIVAN (1992). *Op. cit.*, p. 677.

[1443] FERNÁNDEZ BACA (1989). *Op. cit.*, p. 77.

«... The Federal Trade Commission Act prohibits unfair methods of competition in interestate commerce, but carries no criminal penalties. It also created the Federal Trade Commission to police violations of the Act.

The Departament of Justice also often uses other laws to fight illegal activities, including laws that prohibit false statements to federal agencies, perjury, obstruction of justice, conspiracies to defraud the United States and mail and wire fraud. Each of these crimes carries its own fines and imprisonment terms which may be added to the fines and imprisonment terms for antitrust law violations...»[1444].

La *Federal Trade Commission Act* fue establecida en 1914, que a la vez creaba la *Federal Trade Commission* según Sullivan:

«... The Federal Trade Commission, established in 1914, consists of a chairman who serves at the pleasure of the President and four com- missioners who are appointed by the President and confirmed by the Senate and serve for staggered seven year terms. The Commission shares with the Antitrust Division of the Department of Justice, as well as with injured parties who may sue for treble damages or injunctive relief, power to enforce Sections 2, 3, 7 and 8 of the Clayton Act, the sections dealing respectively with price discrimination, tying arrangements and requirements contracts, mergers and interlocking directors. It also has sole authority to enforce the ban against unfair methods of competition, set forth in Section 5 of the Federal Trade Commission Act; this section covers any conduct which would violate the Sherman Act, as well as conduct which conflicts with the policies of the Sherman Act or is analogous to conduct prohibited by the Clayton Act, though not technically violative of either of those statutes. The Commission also enforces several consumer protection statutes not directly related to antitrust.

The Commission has a larger budget and staff than the Antitrust Division. Its Bureau of Competition is the antitrust enforcement arm, which does investigation, evaluation, litigation, enforces compliance and develops guides. The Bureau of Economics is advisory staff resource. There are eleven field offices which engage in investigation and litigation under general supervision from Washington.

The Commission proceeds against violations by an administrative complaint which, after hearing, may result in a cease and desist order. It may seek preliminary injunctions against violations of the Federal Trade Commission Act to maintain the status quo until it has filed an administrative complaint and proceeded to adjudicate it. It may bring actions for civil penalties of up to $10,000 for each day violation of any final order continues.

Some of the Commission's enforcement activities give rise to questions of fairness. Questions are raised, for example, when the Commission begins proceedings chal1enging one firm for a practice widely used in its industry without filing similar complaints against its competitors. The Court has on two occasions declined to limit FTC activiy in ways which would guard against selective enforcement. Though particular problems may arise, the general practice of the Commission to approach issues on an industry-wide basis reduces risks that any competitor will be unfairly disadvantaged. Of course, a firm adversely affected by selective enforcement may be in a position to protect itself by bringing a private action for damages or equitable relief against competitors which persist in violations.»[1445].

[1444] www.lectlaw.com/files/ant09.htm

[1445] SULLIVAN (1992). *Op. cit.*, pp. 752-753.

CAPÍTULO IV
LÍNEA JURISPRUDENCIAL ADMINISTRATIVA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

4.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY (ART. 2)

4.1.1. Resolución: 229-97-TDC

Carlos León Madalengoitia (El señor Mandalengoitia)/Doctora Química Farmacéutica Estela Vargas Lacarnaque (Doctora Vargas), Colegio Químico Farmacéutico Regional del norte, Colegio Químico Farmacéutico del Perú.

4.2. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO (ART. 5)

4.2.1. Resolución: 014-93-IDECOPI/CLC

Empresa Servicios Técnicos Marítimos S.A./Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU.

4.2.2. Resolución: 057-95-INDECOPI/CLC

Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC)/Empresa Lo Portales S.A., Corporación Peruana de Aeropuerto y Aviación Comercial S.A. (CORPAC).

4.2.3. Resolución: 003-93-INDECOPI/CLC

Fondo de Fomento/Ganadería Lechera del Sur (FONGALSUR).

4.2.4. Resolución: 034-94-INDECOPI/CLC

Sr. Vicente Torres Marcani y Otros / Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N°. 1, Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru, Empresa de Mercados Mayoristas S.A. EMMSA.

4.2.5. Resolución: 018-94-INDECOPI/CLC

Empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A./ Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio, Sr. Máximo Adolfo Chauca Chumpitaz, Regidor del mismo distrito, Sr. Donald Jaime Aguilar Sánchez, Sr. Juan A. Chumpitaz.

4.3. MERCADO RELEVANTE

4.3.1. Resolución: 0078-19997TDC-Indecopi

Empresa Editora El Comercio S.A. (El Comercio)/ Aero Continente S.A. (Aero Continente).

4.3.2. Resolución: 0117-1997/TDC-Indecopi

Fundición de Metales Bera del Perú S.A. (BERA)/ Minsur S.A. (Minsur).

4.4. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES

4.4.1. Resolución: 0106-1998/TDC-Indecopi

Formas Continuas y Derivados S.A (FOCODESA)/ Servicios Postales del Perú S.A (SERPOST).

4.5. NEGATIVA INJUSTIFICADA

4.5.1. Resolución: 0216-1999/TDC-Indecopi

Roberto Bergerman Acosta (señor Bergerman), Walter Barbosa Mendoza (señor Barbosa)/ Asociación de Productores Agrícolas Mercado de Santa Anita (APAMSA).

4.6. CLÁUSULA DE ATADURA

4.6.1. Resolución: 0237- 1999/TDC-Indecopi

AFP Integra S.A. (Integra)/ Colegio de Abogados de Loreto (el Colegio).

4.6.2. Resolución: 0284-1999/TDC-Indecopi

AFP Integra S.A. (Integra)/ Colegio de Abogados de Loreto (El Colegio).

4.7. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS (ART. 6)

4.7.1. Resolución: 00255-1997/TDC-Indecopi

Petróleos del Perú S.A. (Petro Perú) /Rheem Peruana S.A. (REEM), Envases Metálicos S.A (Envase Metálico).

4.7.2. Resolución: 0251.1997/TDC-Indecopi

Petróleos del Perú S.A. (Petro Perú) /Rheem Peruana S.A. (REEM), Envases Metálicos S.A. (Envase Metálico).

4.8. ACUERDO COLUSORIO

4.8.1. Resolución: 015-93INDECOPI/CLC

Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia/Federación de Choferes del Perú (FECHOP), Asociación de Transporte Urbano de Lima y Callao (ASETUP) y otros.

4.9. CONCERTACIÓN DE PRECIOS

4.9.1. Resolución: 039-95-INDECOPI/CLC

Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la provincia de Huaral/Regidor del Consejo provincial de Huaral, Sr. Carlos Merina Mercado.

4.10. REPARTO DEL MERCADO

4.10.1. Resolución: 011-93INDECOPI/CLC

Sr. Pedro Pinto Cornejo /Subprefecto de Arequipa y del Comité de Distribuidores de Kerosene de Arequipa.

4.10.2. Resolución: 206-97-TDC

Miguel Segundo Ciccia Vásquez E.I.R.L. (CIVA)/Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (Mariscal Cáceres).

4.10.3. Resolución: 012-93-INDECOPI/CLC

Best Clean S.A./Alcalde del Concejo Distrital de San Luis.

4.11. ACCESO AL MERCADO

4.11.1. Resolución: 012-94-INDECOPI/CLC

Sr. Cirilo Echevarría Aguilar y otros/Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa, el Alcalde de dicho Concejo Municipal.

4.12. DISTRIBUCIÓN

4.12.1. Resolución: 020-94-INDECOPI/CLC

Gerente General del Diario La Mañana/Federación de Diarios Revistas y Loterías. (FEVENDRELP).

4.12.2. Resolución: 028-94-INDECOPI/CLC

Gerente General del Diario La Mañana/Federación de Diarios Revistas y Loterías. (FEVENDRELP).

4.13. PARALELISMO DE PRECIOS

4.13.1. Resolución: 047-95-INDECOPI/CLC

Secretaría Técnica de Comisión Multisectorial de la Libre Competencia/Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y otros.

4.13.2. Resolución: 0296-1999/Indecopi

Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú -AGESP/Compañía de Petróleos Shell Perú S.A. (SHELL), Texas Petroleum Company Sucursal del Perú (TEXACO).

4.14. CUOTA DE PRODUCCIÓN/CARTELES

4.14.1. Resolución: 276-97-TDC

Secretaría Técnica de la Comisión de la Libre Competencia/Asociación Peruana de Avicultura y Otras (las Empresas Avícolas).

4.14.2. Resolución: 0166-1997/TDC-Indecopi

Comisión de la Libre Competencia/Asociación Peruana de Avicultura y otros.

4.14.3. Resolución: 0167-1997/TDC-Indecopi

Comisión de la Libre Competencia/Asociación Peruana de Avicultura y otros.

4.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY (ART. 2)

4.1.1. Resolución N° 229-97-TDC

EXPEDIENTE N° 0016-96-C.L.C

Fecha de Publicación: 17 de setiembre de 1997

Denunciante: Carlos León Madalengoitia (El señor León Madalengoitia)

Denunciados: Doctora Química Farmacéutica Estela Vargas Lacarnaqué (Doctora Vargas) Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte. Colegio Químico Farmacéutico del Perú

Materia: Prácticas restrictivas. Ámbito de aplicación de la ley. Colegios profesionales

Sumilla : Se confirma en parte la Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia que declaró improcedente la denuncia interpuesta por el señor Carlos León Madalengoitia respecto al Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y la doctora Química Farmacéutica Estela Vargas Lacarnaqué de López, y fundada la acción iniciada de oficio contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú por el desarrollo de prácticas o conductas restrictivas de la libre competencia prohibidas por el artículo 6 del Decreto Legislativo N°701, al fijar los sueldos mínimos para los profesionales Químicos Farmacéuticos, reformándola en el sentido que también ha infringido la norma mencionada al fijar el sueldo mínimo de dichos profesionales que laboran en relación de dependencia.

Asimismo, se dispone que la parte resolutiva de la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en lo referente a que los Colegios Profesionales se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701.

Lima, 12 de setiembre de 1997

I. ANTECEDENTES

Con fecha 7 de febrero de 1996, el señor León Madalengoitia interpuso una denuncia contra el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y la Doctora Vargas ante la Comisión, por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio sancionados por el Decreto Ley N°701. Posteriormente, con fecha 10 de junio de 1996, la Comisión dispuso de oficio comprender como denunciado en el presente procedimiento al Colegio Químico Farmacéutico del Perú. Mediante Resolución N°068-96-INDECOPI-CLC de fecha 17 de setiembre de 1996, la Comisión declaró improcedente la denuncia interpuesta por el señor León Madalengoitia respecto al Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y la Doctora Vargas, y fundada respecto al Colegio Químico Farmacéutico del Perú por el desarrollo de prácticas o conductas restrictivas de la libre competencia, al fijar los denominados «sueldos o remuneraciones mínimas», ordenando el cese inmediato de dicha conducta e imponiendo una multa de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Con fecha 16 de octubre de 1996, Colegio Químico Farmacéutico del Perú interpuso recurso de apelación contra la resolución antes mencionada, elevándose el expediente a esta Sala.

De la revisión del expediente se desprende que el señor León Madalengoitia con fecha 1 de agosto de 1991, contrató los servicios de la Doctora Vargas para cumplir con los requisitos de funcionamiento de su botica «La Española» ubicada en el departamento de Cajamarca pactando como remuneración mensual la suma de S/. 135.00 (Ciento Treinticinco y 00/100 Nuevos Soles). Luego de dos meses de concluido el vínculo laboral, esto es en mayo de 1995, la Doctora Vargas inició un proceso laboral contra el señor León Madalengoitia reclamando el reintegro del pago de remuneraciones y beneficios sociales, alegando que las remuneraciones mínimas establecidas por el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte no habían sido respetadas por el denunciante.

En su escrito de denuncia el señor León Madalengoitia manifestó que tanto el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte como la Doctora Vargas «están pretendiendo valerse de situaciones prohibidas específicamente por el De.Leg. 701 (sic) en cuanto por tratarse de una entidad que agrupa a todos los Químicos Farmacéuticos pretende imponer en el mercado precios únicos a los servicios que prestan estos profesionales...», práctica que, según el dicho del denunciante, sería contraria al principio según el cual los precios son fijados por el mercado.

Asimismo, indicó que el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte tenía «un grado sustancial de influencia sobre sus afiliados máxime si les establece sanción en caso de incumplimiento de su decisión.» Como sustento a sus afirmaciones, el denunciante acompañó a su denuncia diversas comunicaciones emitidas por el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte, en los cuales se establecían los sueldos mínimos o básicos para los Químicos Farmacéuticos que laboraban en la actividad privada, y en donde, adicionalmente, se recordaba a dichos profesionales que «será pasible de sanción percibir una remuneración menor a la señalada por el Colegio», sustentando dicha advertencia en la Ley N°15266,

Ley de Creación del Colegio Químico Farmacéutico del Perú (en adelante la Ley) y en el Decreto Supremo N°187-65, Reglamento de la Ley de Creación del Colegio Químico del Perú (en adelante el Reglamento).

En sus escritos de descargo, el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte afirmó que en virtud al inciso j) del artículo 4 de la Ley y el inciso 1.1.05.11 del artículo 1.1.05 del Reglamento, se encontraba facultado para establecer los sueldos mínimos de los Químicos Farmacéuticos. Asimismo, señaló que a través de la Resolución N°005-95, el Colegio Químico Farmacéutico del Perú acordó el sueldo mínimo del profesional Químico Farmacéutico vigente desde el 1 de octubre de 1995 ascendente a S/.1,000.00 (mil y 00/100 Nuevos Soles), monto que como Colegio Regional venía acatando.

Por otro lado, la Doctora Vargas señaló que, de acuerdo a la Ley, tenía derecho a cobrar el íntegro de su remuneración y beneficios sociales y que, en caso de no hacerlo, sería pasible de sanción por el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte. Asimismo, manifestó que el denunciante no sólo había «abusado del derecho» sino que «(pretendía) escudarse en una norma que (...) había entrado en vigencia luego de los hechos materia de (su) demanda...»

Por su parte el Colegio Químico Farmacéutico del Perú manifestó que conforme a lo establecido en la Ley y su Reglamento, se encontraba facultado para «recomendar el arancel de los sueldos y honorarios profesionales, en forma periódica, en concordancia con la función social de la profesión y el costo de vida» y que, en tal sentido, no actuaba indebidamente al fijar la remuneración de la Doctora Vargas ni causaba «perjuicio económico y/o moral (al denunciante), menos pués (sic) al interés económico general en el territorio nacional.»

En la resolución impugnada, la Comisión consideró que, atendiendo a que la determinación del salario mínimo para los trabajadores que laboraban en el sector privado en relación de dependencia se encontraba a cargo del Estado - en especial la de los profesionales Químicos Farmacéuticos-, los actos de la Doctora Vargas con ocasión de la relación laboral que tuvo con la denunciante se encontraban fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701. Asimismo, señaló que el Colegio Químico Farmacéutico del Perú a través de las recomendaciones formuladas a los profesionales Químicos Farmacéuticos como a sus empleadores «ilegalmente pretende establecer Honorarios Mínimos» (...) práctica que resulta sancionable en virtud de las normas que regulan la libre competencia (...), en tanto se trata de una recomendación que busca regular un servicio».

El 17 de octubre de 1996, el Colegio Químico Farmacéutico del Perú interpuso recurso de apelación contra la resolución emitida por la Comisión, argumentado que «no existe en el presente procedimiento documento alguno, en que aparezca alguna directiva efectuada por el Colegio Químico Farmacéutico del Perú dirigido a sus colegiados, que los coaccione estatutariamente a ser sancionados sino cobran el sueldo mínimo señalado» y que «la RECOMENDACIÓN es solamente eso una RECOMENDACIÓN».

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de esta Sala, en el presente caso, se debe determinar si el Colegio Químico Farmacéutico del Perú ha venido desarrollando prácticas restrictivas de la libre competencia al recomendar los sueldos mínimos que deben percibir los profesionales Químicos Farmacéuticos, en los términos establecidos en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1. Sujetos comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701

Los gremios profesionales son agrupaciones de personas que desarrollan diversas funciones, las que comprenden el desarrollo de la profesión mediante la prestación de servicios a los propios agremiados, y, eventualmente, labores de colegiación de acuerdo a lo establecido en la ley que los regula. Sin embargo, en un contexto como el que se viene desarrollando actualmente, varias de las funciones de dichas organizaciones deben ser conciliadas con los principios que rigen la economía de mercado, toda vez que son los propios miembros de aquéllas los que determinan, de la forma que más satisface sus intereses, la manera como llevar a cabo la actividad respectiva.

En efecto, los profesionales desarrollan como tales una actividad económica, sea de manera independiente, dependiente o asociada, y como tal quedan sujetos a las mismas reglas a las que se sujetan todas las empresas que desarrollan actividad económica. En tal sentido, pueden llevar a cabo de manera individual o en conjunto conductas prohibidas por el Decreto Legislativo N° 701 que afecten la libre competencia y a los consumidores de los servicios que prestan.

Esta Sala considera pertinente citar lo expuesto por la Comisión en el sentido que los Colegios Profesionales en el desarrollo de sus actividades pueden actuar tanto como «empresas», como también en el rol de «agrupaciones de empresas». Así, un Colegio Profesional será una empresa respecto de la actividad económica que realice por sí mismo, pero actuará como una agrupación de empresas en tanto adopte,

por medio de sus correspondientes órganos, decisiones que vinculen a las «empresas miembros».

En ese sentido, los Colegios Profesionales, como agrupaciones de profesionales, son importantes en el ámbito del Derecho de la Competencia no sólo por la actividad empresarial desarrollada por sí mismos, sino sobre todo por que cuentan con una estructura organizativa que, apoyada en normas legales o convencionales, constituye el medio para la adopción de decisiones que determinan o influyen la conducta de sus miembros.

A mayor abundamiento, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 2 del Decreto Legislativo N°701, dicha ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas y se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por dicha Ley

Al respecto, de acuerdo al artículo 20 de la Constitución Política del Perú de 1993, al igual como se señalaba en el artículo 33 de la Constitución Política del Perú de 1979, los Colegios Profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. Asimismo, en la Ley y el Reglamento se establece que el Colegio Químico Farmacéutico del Perú es una institución autónoma con personería jurídica de derecho público interno que tiene como finalidad, entre otras, la de organizar, regularizar, orientar y supervigilar el ejercicio de la profesión Químico Farmacéutica.

En ese orden de ideas, esta Sala considera que el Colegio Químico Farmacéutico del Perú se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N°701, toda vez que su actuación incide de manera directa en el desarrollo de las actividades económicas de sus afiliados y puede afectar la competitividad del mercado de servicios profesionales y con ello perjudicar ilegalmente los derechos de los consumidores de tales servicios. En tal sentido, se encuentra obligado a respetar las normas que regulan el ejercicio de la libre competencia.

III.2. Prácticas restrictivas de la libre competencia.

El concepto de economía de mercado se sustenta en el régimen de libre competencia, que resulta de la concurrencia en el mercado tanto de ofertantes como de consumidores, quienes finalmente, como resultado de una interacción continua, son los que establecen las reglas de juego que regirán en dicho mercado. Es fundamental para la real existencia de un régimen de libre competencia que los agentes económicos participantes actúen con libertad de elección, es decir que, por un lado, los consumidores por cuenta propia puedan tomar una decisión de consumo que mejor satisfaga sus expectativas, y, por otro lado, que los ofertantes de forma autónoma tomen decisiones en función de lo que consideren más apropiado a sus intereses. La libertad de elección del consumidor y la del productor u ofertante son inseparables y de ellas depende en gran medida que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Así, en el artículo 1 del Decreto Legislativo N°701, se establece que la función primordial de dicha ley es permitir que la libre iniciativa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. De allí que el objeto de la ley mencionada es eliminar toda conducta que se encuentre encaminada a limitar la libertad de acción de los agentes económicos, toda vez que ello implicaría que el régimen de libre competencia se distorsione.

Una de las conductas que distorsionan el régimen de libre competencia y que, en consecuencia, se encuentran sancionadas por el Decreto Legislativo 701, son las denominadas prácticas restrictivas de la libre competencia. En ese sentido, en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 se establece que se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones que produzcan o puedan producir el efecto de restringir o impedir la competencia.

En el presente caso, se desprende de las pruebas acompañadas por las partes que el Colegio Químico Farmacéutico del Perú recomienda el sueldo de los profesionales Químicos Farmacéuticos de manera tal que limita la competencia de los mismos en el mercado, toda vez que, incluso, les advierte, a través de los Colegios Regionales, que serán pasibles de sanción en caso de percibir una remuneración menor a la establecida. Ello tomando en cuenta que, de acuerdo al artículo 2 de la Ley, la inscripción en el Colegio es obligatoria para el ejercicio de la profesión de Químico Farmacéutico.

Cabe reiterar que el propio artículo 6 del Decreto legislativo N° 701 tiene previsto como conducta contraria a la libre competencia las recomendaciones que produzcan o puedan producir restricciones a la libre competencia.

Atendiendo a lo expuesto, esta Sala es de la opinión que el Colegio Químico Farmacéutico del Perú viene realizando una práctica restrictiva de la libre competencia, ya que al fijar el sueldo mínimo de sus afiliados, que trabajan ya sea en relación de dependencia o de manera independiente, está limitando la libertad de elección de los mismos y de quienes los contratan, de forma tal que provoca un comportamiento uniforme de aquéllos en el mercado. Ello, en perjuicio de los

consumidores de tales servicios, toda vez que restringe las opciones a que tienen derecho para poder tomar una decisión adecuada.

Esta Sala discrepa con lo mencionado por la Comisión en el sentido que la prestación subordinada de servicios se encuentra excluida del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701. En efecto, los profesionales que laboran en forma dependiente realizan una actividad económica de la misma manera como lo hacen aquéllos que trabajan de forma independiente. Así, al fijar el sueldo mínimo de los profesionales Químicos Farmacéuticos que laboran en relación de dependencia, el Colegio Químico del Perú también limita la competencia de ellos en el mercado, toda vez que se ven obligados a exigir a sus empleadores un monto mínimo pre-establecido que no podría ser modificado por los propios prestadores del servicio mencionado.

Es por lo expuesto que el inciso j) del artículo 4 de la Ley y el inciso 1.1.05.11 del artículo 1.1.05 del Reglamento, deben ser entendidos en el sentido que el Colegio Químico Farmacéutico del Perú está facultado para formular recomendaciones respecto de los honorarios de los profesionales Químicos Famacéuticos al órgano estatal encargado de efectuar la determinación de los mismos, más no en el sentido que puede determinarlos directamente. Debe recordarse que la ley mencionada fue puesta en vigencia cuando el Estado se reservava el derecho a regular las remuneraciones de ciertos grupos, situación que ya no está prevista en la legislación vigente, con la única excepción de la Remuneración Mínima Vital tal y como se establece en el artículo 24 de la Constitución Política del Perú de 1993.

En consecuencia el Colegio Químico del Perú, al fijar la remuneración mínima de los profesionales Químico Farmacéuticos incurrió en prácticas restrictivas de la libre competencia sancionadas por el artículo 6 del Decreto Legislativo N°701, debiendo, por tanto, confirmarse la resolución apelada.

III.3. Difusión de la presente resolución.

Finalmente, en aplicación del artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807 y atendiendo a que la presente Resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los principios que se enuncian en la parte resolutiva. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el Diario Oficial El Peruano.

IV. Resolución DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto lo siguiente:

PRIMERO: Confirmar en parte la Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC de fecha 17 de septiembre de 1996 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declaró improcedente la denuncia presentada por el señor Carlos León Madalengoitia y declaró fundada la denuncia de oficio interpuesta contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú por la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia sancionadas por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, ordenado el cese inmediato de dicha conducta e imponiendo una multa de dos (2) UIT, reformándola en el sentido que dicho Colegio también ha infringido la norma mencionada al fijar los sueldos mínimos de los profesionales Químicos Famacéuticos que laboran en relación de dependencia.

SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto establece que:

«Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada.»

TERCERO: Disponer que la Secretaría Técnica pase copias de la presente resolución al Directorio de INDECOPI para su publicación en el diario oficial El Peruano de acuerdo a los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro, Luis Hernández Berenguel y Gabriel Ortiz de Zevallos.

4.2. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO (ART. 5)

4.2.1. Resolución No 014-93-INDECOPI/CLC (30/12/93)

Declaran fundada denuncia contra empresa por abuso de posición de dominio en el mercado

Lima, 23 de diciembre de 1993

LA COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Visto, el informe emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, sobre la investigación iniciada a petición de parte, con base en la denuncia que presentara la empresa Servicios Técnicos Marítimos S.A:, por presunta violación a lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 701, por parte de la Empresa Nacional de Puertos;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 9 de junio de 1993, se notificó a la Empresa Nacional de Puertos S.A.- Enapu, de una denuncia presentada en su contra por la empresa Servicios Técnicos Marítimos S.A. - Sertemar por abuso de posición de dominio en el mercado;

Que, la acción que se denuncia es la de impedir arbitrariamente que empresas distintas de la misma Enapu, presten servicios de remolque en el puerto del Callao;

Que, con fecha 29 de junio, se recibe el Oficio No 233-93-ENAPU-SA/GG, por medio del cuál ENAPU presenta sus descargos, precisando que:

- «(...) en el puerto del Callao, tanto en la rada exterior como en la rada interior, se realizan libremente operaciones de carga, descarga, y remolcaje por empresarios privados sin intervención alguna de ENAPU S.A. ni de la administración del Terminal Marítimo del Callao (...)».

- Ella «(...) ejerce las actividades de atención a las naves exclusivamente en el ámbito de su dominio patrimonial, las que forman parte de un proceso integral de actividades, una de las cuales es el remolcaje ( )» .

- «(...) es un imposible administrativo para ENAPU, el desempeño de actividades de remolcaje en igualdad de condiciones ( )».

- "(...) tiene el derecho de exigir que en sus instalaciones patrimoniales, que son sus muelles del Terminal Marítimo del Callao, la actividad de remolcaje se ejerza de acuerdo al Reglamento de Tarifas de ENAPU S.A. aprobado por Resolución Ministerial (...)".

- "El Directorio de ENAPU S.A. se encontraría frente a un imposible administrativo si la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia dispusiera el libre acceso de remolcadores particulares al Terminal Marítimo del Callao, porque ello vulneraría su condición de empresas en privatización(...)».

- Solicitan que se declare inadmisible la denuncia formulada por SERTEMAR.Que, la fundamentación jurídica del denunciante, no es completa, por cuanto no se precisa cuál es la norma específica de la libre competencia que ha sido violada, siendo que ella se basa en los supuestos genéricos de infracción al Decreto Legislativo N° 70 l;

Que, la Comisión, de acuerdo a los principios y criterios de interpretación sistemática y finalista o teleológico de la norma, considera que ante situaciones en las que se presenten denuncias sustentadas en los supuestos genéricos de infracción a la Ley que Elimina las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, pero cuyo contenido trasunta implícitamente alguno de los supuestos específicos contemplados en los Artículos 5° y 6° de dicha Ley, debe integrar la denuncia, y pronunciarse respecto a la violación específica, así ésta no haya sido invocada con nombre propio. Actuar de otra manera, sería dejar de cumplir el cometido para el cual fue creada la Comisión, basándose en un argumento de forma, no pertinente para corregir las distorsiones a la competencia que puedan surgir en el mercado, sobre todo, cuando la Ley no prevé en forma obligatoria la intervención de abogados para actuar ante la Comisión;

Que, en el texto de la denuncia se hace referencia a que Enapu impone a los armadores la obligación de contratar sus remolcadores como requisito indispensable para poder contar con los servicios del Terminal Marítimo, y poder atracar, siendo que ello constituye una imposición de prestaciones suplementarias, conducta expresamente prohibida por el inciso e) del Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701;

Que, Enapu es la única empresa que posee y/o administra terminales marítimos comerciales no sólo en la ciudad de Lima, sino también en todo el país. Esta situación está por ser revertida al haber ingresado en un proceso de privatización que involucró el traslado al sector privado, bajo distintas modalidades, de los distintos terminales marítimos que ella administra. Sin embargo, el proceso aún no concluye, por lo que se debe entender que aún al día de hoy, la empresa denunciada goza de una posición de domi-

nio en el mercado, pudiendo adoptar sus decisiones empresariales al margen de sus competidores (porque no existen), y de sus clientes (porque no tienen otra alternativa);

Que, una situación de imposición de prestaciones suplementarias, se presenta cuando una empresa que realiza actividad económica en el mercado, exige a quienes desean realizar una determinada operación económica con ella, la aceptación de prestaciones adicionales, como condición necesaria para realizar dicha operación;

Que, el hecho que ciertos sectores económicos, basados y/o amparados, en legislación ya derogada, hayan desarrollado sistemas de abastecimiento o comercialización de productos en base a condicionamientos de cualquier tipo, que afectan al mercado en un sistema de libre competencia, donde la simple concurrencia de oferta y demanda es la que debe imponer condiciones, no los autoriza a invocar el argumento de la costumbre para escaparse del alcance de la prohibición de condicionar prestaciones;

Que, Enapu, a través de sus diferentes escritos, no ha negado que su conducta sea la de impedir que terceros presten el servicio de remolcaje de buques desde la rada exterior del Terminal Marítimo del Callao, hasta los distintos muelles integrantes del mismo, con lo que se tiene que todo buque que desee utilizar las instalaciones del mencionado terminal, en la medida que sus características propias no le permitan arribar al muelle por sus propios medios, deberá también contratar, en forma exclusiva, con dicha empresa el servicio de remolcaje, dado que de otro modo no podrá utilizar dichos muelles e instalaciones;

Que, la empresa denunciante justifica su accionar en que poseen un derecho de propiedad sobre las instalaciones del Terminal Marítimo del Callao, lo que genera que tengan la más completa libertad de acción, pudiendo prohibir que terceros ingresen a su propiedad a realizar una actividad económica, dado que no es dable que un tercero, completamente extraño a la empresa, usufructo de la propiedad de ésta, percibiendo, por ello, beneficios económicos;

Que, la empresa denunciante no pretende autorización para utilizar las instalaciones de Enapu, sino para desarrollar una actividad económica en el mar adyacente a él;

Que, la Constitución establece que los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no pueden ser objeto de derechos privados;

Que, el mar es un bien público, por lo que, de acuerdo al mandato constitucional, no cabe que Enapu se irrogue su uso en forma exclusiva;

Que, Enapu ha acreditado ser propietaria de las instalaciones ubicadas en el Terminal Marítimo del Callao. Sin embargo, dicha empresa, no puede extender dicho derecho de propiedad al mar adyacente a sus instalaciones;

Que, de acuerdo a lo expresado en los considerandos precedentes, Enapu podrá impedir que los remolcadores de Sertemar utilicen sus muelles, pero de ninguna manera podrá impedir que éstos ayuden a otras embarcaciones a utilizarlos. El contrato de utilización de muelle y demás instalaciones portuarias (de las que Enapu es propietario y por cuyo uso cobra una tarifa), se realiza entre esta empresa y el representante de la embarcación. En ella no interviene, ni tendría por qué intervenir, quien presta el servicio de remolcaje, el mismo que debe restringir sus operaciones al mar adyacente a las mencionadas instalaciones;

Que, debe entenderse que el hecho que Enapu drague (la zona que le es contigua, lo cual es de su absoluta y total responsabilidad, en virtud de los expresado en el Decreto Legislativo No 98, no le otorga derecho de exclusividad para su aprovechamiento económico. Esta actividad la desarrolla, además del mandato legal previamente referido, porque conviene a sus intereses y negocio tener dicha zona mantenida adecuadamente. Si con ello también otros obtienen un beneficio, es simplemente parte del negocio;

Que, si en algún momento, Enapu gozó de la exclusividad para el uso del mar adyacente a sus instalaciones, ésta fue abolida por el Decreto Legislativo N° 668, norma que eliminó y prohibió todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción o comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase que puedan realizar, entre otros, las empresas del Estado;

Que, Enapu, mediante Carta N° 233-93-ENAPU SA/GG, precisa que al haberse incorporado al proceso de privatización, «( ) resulta inafecta a otra disposición que pudiera contravenir al mandato del Decreto Legislativo N° 674 de la COPRI, como es entre otras, su condición de empresa inafectable e inembargable ()». Así también han expresado que si la Comisión dispusiera el libre acceso de remolcadores particulares al Terminal Marítimo del Callao, ellos se encontrarían frente a un imposible administrativo, porque ello vulneraría su condición de empresa en proceso de privatización»;

Que, Cepri-Enapu, mediante escrito fechado en 3 de noviembre de 1993, indica que el presente procedimiento versa sobre el servicio de remolcaje «( ) dentro de las instalaciones y propiedades de la misma Enapu». Así también, informan que el Cepri de dicha

empresa ha previsto otorgar «( ) la concesión del servicio de remolcaje seguramente mediante subasta pública». También se expresa que de pronunciarse la Comisión para que Enapu privatice los servicios de remolque, «( ) atentaría contra la competencia exclusiva que les ha sido otorgada ( ) a la COPRI y al CEPRI-ENAPU y adicionalmente, perjudicaría las previsiones presupuestases para la normal gestión de la empresa antes de la aludida transferencia de los servicios de ENAPU al sector privado, en subasta pública». En virtud de ello, «estiman» que corresponde que la Comisión se inhiba del conocimiento del caso;

Que, la actividad que desempeña la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (Copri) y el Comité Especial de Privatización de Enapu (Cepri-Enapu), en nada se opone a la actividad que desarrolla la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, en su labor de velar porque no se infrinjan las disposiciones contenidas en la Ley que prohíbe las prácticas monopólicas, restrictivas y controlistas de la libre competencia, dado que ni en el Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado, ni en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 070-92-PCM, se exceptúa a las empresas sujetas al régimen de privatización de cumplir las normas que rigen la libre concurrencia en el mercado;

Que, se debe distinguir claramente entre un proceso de privatización y el cumplimiento del entorno normativo vigente. Copri es competente para decidir todo aquello referente a las actividades, servicios, bienes y derechos, tangibles e intangibles de Enapu. Pero, de ninguna manera es competente para decidir acerca de actividades, bienes y servicios que no le corresponden a dicha empresa;

Que, por ello, Copri será competente para decidir acerca del proceso de privatización de los remolcadores de Enapú, o del servicio de remolcaje que presta Enapu con esos remolcadores, pero de ninguna manera podrá adoptar decisiones respecto al servicio de remolcaje en general en el área adyacente al Terminal Marítimo del Callao, por cuanto, Enapu no tiene actualmente ningún derecho exclusivo sobre él;

Que, en este orden de ideas, la Comisión no está interfiriendo con el proceso de privatización que el Cepri de Enapu y la Copri vienen realizando en dicha empresa, por cuanto no se está resolviendo nada respecto a los derechos que tiene la denunciada sobre los remolcadores de su propiedad y a prestar servicio en las condiciones de oportunidad, calidad y precio que considere convenientes, dentro de un mercado en el que prime la libre competencia;

Que, no es correcto indicar que el presente procedimiento verse sobre el servicio de remolcaje dentro de las instalaciones y propiedades de la misma Enapu, dado que ello es imposible, desde el momento en que dicho servicio sólo se puede prestar en el mar adyacente a las instalaciones portuarias y sobre éste no cabe alegar existencia de un derecho de propiedad;

Que, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia está impedida de disponer que Enapu privatice alguno de sus servicios, dado que ello es potestad de la Copri. La competencia de la Comisión está restringida a velar porque empresas como la denunciada respeten las normas de libre competencia y no abusen de su posición de dominio en el mercado;

Que, no existe un conflicto de competencia con la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), por cuanto los hechos de la presente investigación versan sobre el desarrollo de actividades económicas en el mar peruano, las mismas que de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 668, pueden ser prestadas libremente, sin más limitación que el cumplimiento de los requisitos legales que establezcan las autoridades competentes. No se está impugnando ningún asunto de competencia de COPRI, desde el momento que dicha entidad no podría estar facultada para privatizar el uso del mar, dado que ello no es privatizable;

De conformidad con lo previsto en los Decretos Leyes N°s. 25865 y 26111, en el Decreto Legislativo NI 701 y en el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI;

RESUELVE:

1.- Declarar fundada la denuncia interpuesta por la empresa Servicios Técnicos Marítimos S.A., en contra de la Empresa Nacional de Puertos S.A., por abuso de posición de dominio en el mercado, y en consecuencia, disponer que la denunciada permita que las naves que van a atracar en los muelles que administra, en el Terminal Marítimo del Callao, puedan contratar los servicios de remolcaje con la empresa que libremente elijan.

4.2.2. Resolución No 057-95-INDECOPI/CLC (24/01/96)

Declaran fundada denuncia presentada por la ASPEC en contra de empresa por abuso de posición de dominio en el mercado.

Lima, 29 de diciembre de 1995

VISTO, el informe de la Secretaria Técnica N°057-95-CLC, en base a la denuncia formulada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) en contra de la empresa Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC), por presunto abuso de posición de dominio en cuanto a la administración de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 7 de junio de 1995, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), presentó una denuncia en contra de la empresa Los Portales S.A. (antes Inversiones Angela S.A. según fusión del 4 de abril de 1995) y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC) por presunto abuso de posición de dominio, en cuanto a la administración de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez;

Que, Corpac, en calidad de titular del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, luego de la licitación efectuada, otorgó el 12 de julio de 1993, la administración de la playa de estacionamiento a la empresa Los Portales S.A.;

Que, los denunciantes afirman que siendo el objeto de la licitación la contratación de un servicio de parqueo, Corpac incluyó «de facto» como parte de la playa de estacionamiento en concesión, la vía de ingreso al aeropuerto, quedando en consecuencia el público usuario obligado a pagar el servicio de estacionamiento por el simple hecho de ingresar, debiendo esto analizarse considerando que las instalaciones del Aeropuerto Internacional son de uso público, teniendo todo ciudadano posibilidad de ingresar sin mayor restricción que el control de seguridad;

Que, ASPEC también afirma que se estableció en las Bases de la licitación y en el contrato posteriormente suscrito entre Corpac y Los Portales S.A., que la tarifa se cobrarla por hora y fracción y que en ningún caso ésta sería superior al promedio por hora vigente en por lo menos 10 playas de estacionamiento de categoría «A y (5 de Miraflores y 5 de San Isidro), algo que los denunciados estarían violando al obligar a los usuarios a contratar con la concesionario en forma inapelable por dos horas como mínimo, no importando si el vehículo sólo está de paso;

Que, según ASPEC, los denunciados tienen en relación con la playa de estacionamiento una posición de dominio en el mercado de la cual están abusando, ya que por las circunstancias en que se ofrece el servicio, el usuario no puede rechazarlo sino que debe aceptarlo no dejándose otra opción al no existir competidores;

Que, el denunciante señala que Corpac debería habilitar una vía de acceso principal, independizándola de las zonas de estacionamiento y así permitir el ingreso y permanencia de los vehículos por un mínimo de diez minutos, o en su defecto, habilitarse un ingreso en el extremo norte (vuelos nacionales) y otro en el lado sur (vuelos internacionales) donde los vehículos podrían estacionarse tan sólo unos minutos para movilizar a los pasajeros, diferenciándose el servicio de parqueo del de ingreso al aeropuerto;

Que, en este sentido considera que el abuso se materializa en la modalidad cómo los denunciados realizan los cobros, que ascienden a la suma de S/. 4.00 por dos horas o fracción, obligando a los usuarios a contratar por ese periodo de tiempo así éstos sólo estén de paso, constituyendo esta imposición una cláusula de atadura que es abusiva por la imposibilidad del público de rechazarla;

Que, Los Portales S.A. presentó sus descargos con fecha 7 de julio, señalando que el contrato de Concesión que suscribieron con Corpac constituye convenio de adhesión, ya que se preestablecieron tanto las condiciones como los requisitos para la explotación de la playa;

Que, la tarifa que cobra Los Portales S.A. sigue, según ella, la misma metodología que usaba Corpac anteriormente, es decir, cobra por las primeras dos horas una tarifa menor que cualquier playa de categoría «A», como se establece en el punto 2.4 de las Bases de la Licitación y la cláusula séptima del contrato de concesión, las que señalan que la concesionaría determinará las tarifas que cobrará por el establecimiento y guardianía, pero en el caso de autos y camionetas, la tarifa que se fije por hora no podrá ser en ningún caso superior al promedio por hora vigente en por lo menos diez Playas de categoría «A» de los distritos de Miraflores (5) y San Isidro (5)de acuerdo a la calificación de categoría que efectúen esos municipios;

Que, la empresa denunciada señala que no fija la tarifa en forma unilateral, sino que está establecida contractualmente y realizada en base a un estudio de mercado de Lima;

Que, manifiestan que se trata de confundir la tasa de uso de aeropuerto con el cobro por ingresar al mismo, siendo que los cobros efectuados por ellos sólo se realizan a los que ingresan con vehículos motorizados a la playa;

Que, por otro lado, los denunciados afirman que si tienen un competidor que es el Centro Aéreo Comercial el cual se está construyendo al frente del aeropuerto donde hay una playa con capacidad para 720 autos y que otorgará mejores facilidades que las que ellos ofrecen, por lo cual no sería cierto que ostenten una posición de dominio;

Que, Corpac presentó sus descargos con fecha 11 de julio, señalando que no es posible que infrinja o haya infringido el Decreto Legislativo No 701 ya que quien administra la playa de estacionamiento del Aeropuerto, es la concesionario Inversiones Angela y/o Los Portales;

Que, afirman que en la cláusula séptima del Contrato de Concesión se establece que la tarifa a cobrar no podrá ser en ningún caso superior al promedio por hora vigente en por lo menos diez playas de estacionamiento, 5 de San Isidro y 5 de Miraflores, de acuerdo a la calificación de categoría que realizarán dichos municipios, habiendo solicitado a los referidos municipios la información pertinente y luego de las comparaciones y verificaciones señaladas en dicha cláusula, se estimó que la estructura tarifaría fijada por la concesionario se ajustaba, en términos generales, al contrato;

Que, teniendo en consideración los comentarios periodísticos y las quejas verbales de usuarios de la playa, cursaron comunicación a Los Portales S.A. mostrándole su preocupación por la situación, citando a reuniones de coordinación para tratar el asunto en el más breve plazo, habiendo iniciado las gestiones para tener en corto plazo una vía de ingreso y salida rápida del aeropuerto, independiente de la playa de estacionamiento, que permita el ingreso y rápido tránsito de vehículos que transporten pasajeros usuarios de los servicios de uso gratuito que brinda el aeropuerto;

Que, iniciado el término Probatorio, Los Portales S.A. amplió sus descargos afirmando que la denunciante pretende modificar los términos establecidos en el contrato de concesión por la vía administrativa, lo cual es contrario al Articulo 62° de la Constitución el que establece que «dos términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase»;

Que, ASPEC, mediante escrito de fecha 17 de octubre, precisa que Corpac reconoce implícitamente su posición de dominio en su escrito de contestación, y que Los Portales incurre en contradicción al afirmar que ya poseen un competidor, lo cual no es cierto, ya que es un competidor a futuro, y además, aun cuando ya estuviera realizando actividades, ello no eliminaría su posición de dominio;

Que, afirman que ellos no cuestionan la posición de dominio sobre dicha playa de estacionamiento, sino las prácticas abusivas en la contratación de sus servicios, por un lado Corpac, al condicionar el ingreso al aeropuerto a la contratación y pago de dos horas de parqueo y, por el otro, Los Portales al cobrar en bloques de dos horas cuando en realidad debe cobrar por hora o fracción;

Que, señalan que el cobro en la modalidad de «dos horas o fracción» es una práctica inusual, que deviene en una cláusula de atadura, pues condiciona el alquiler de una hora a la contratación obligada de dos horas como mínimo, agravándose el problema porque el público no tiene más alternativa que aceptar dicha condición. En cuanto a la afirmación de Los Portales en el sentido que la modalidad de pago por dos horas tuvo su origen con la administración de Corpac, los recibos que adjuntan demuestran que esto no es así, sino que fueron ellos los que iniciaron esta costumbre;

Que, habiendo sido solicitado por dos de las partes, el 21 de diciembre de 1995 la Comisión de Libre Competencia citó a informe oral a la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC y a la empresa Los Portales S.A., en cuya audiencia ambos reafirmaron sus argumentos;

Que, son dos los hechos que la Comisión considera deben ser analizados en el caso, el primero es que el ingreso vehicular al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez de la ciudad de Lima está condicionado al uso de la playa de estacionamiento, otorgada en concesión a la empresa Los Portales S.A., no existiendo otra posibilidad de ingreso vehicular y si este hecho constituye o no una infracción a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701;

Que, el segundo hecho de análisis a criterio de la Comisión, es que la denunciada Los Portales S.A., contando con el aval de Corpac S.A., cobra por el uso de la playa de estacionamiento bajo la modalidad de dos horas fracción, argumentando que ello es potestad de la empresa y que en el contrato de concesión no se establecía modalidad de cobro por hora y que en todo caso sólo continúan con la costumbre implementada por Corpac S.A. vigente durante aproximadamente 15 años;

Que, es primordial definir el mercado relevante para el desarrollo de la investigación en el caso analizado, el mismo que está compuesto por el servicio de ingreso vehicular al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez para vuelos nacionales e internacionales;

Que, la denunciada Los Portales S.A. sostiene que el mercado relevante en el aspecto geográfico se debe extender a la playa de estacionamiento del Centro Aéreo Comercial, cuya ubicación es al frente de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, que administra la denunciada. Al respecto, la Comisión de Libre Competencia considera que la playa de estacionamiento del Centro Aéreo Comercial se configura como el competidor potencial de la playa de Los Portales, toda vez que aún no se encuentra plenamente operativo. Asimismo, la presencia potencial de esta playa no implica que Los Portales S.A. no goce de una posición de dominio en el mercado relevante definido en el párrafo anterior;

Que, obran en el expediente documentos que acreditan que el 84% de los usuarios de la playa de estacionamiento que administra Los Portales S.A. permanece en ella por espacio de 2 horas como máximo, y que sólo el 16% permanece más de 2 horas;

Que, no obstante, esta documentación no constituye prueba del porcentaje real del tiempo de permanencia de los usuarios de la playa de estacionamiento, es decir que no se ha demostrado que los usuarios necesitan 2 horas como promedio para el uso de la playa, sino más bien que el 84% de los usuarios abonan la tarifa mínima correspondiente a 2 horas sin que necesariamente permanezcan en la playa por este espacio de tiempo;

Que, respecto a la afirmación de Los Portales S.A. que la práctica de cobranza por 2 horas había sido utilizada por la empresa Corpac S.A. por espacio de 15 años, la misma no ha sido probada, ya que la Secretaría Técnica ofició solicitando el envío de los tickets que demostraran la fijación de 2 horas, los mismos que no obran en poder de Corpac según oficio TC/CORPAC S.A. Decreto Legislativo (1) 126-95-C.;

Que, ante esto, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios, ASPEC presentó con fecha 17 de octubre de 1995, el ticket No 131,088 emitido por la empresa Corpac S.A. en el que se observa PLAYA DE ESTACIONAMIENTO «VALOR HORA 0 FRACCION S/ 1.20 INC. IGV CORPORACION PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACION COMERCIAL S.A. AEROPUERTO INTERNACIONAL «JORGE CHAVEZ» LIMA - CALLAO, y que al dorso consigna expresamente que se trata de una Playa de estacionamiento por hora;

Que, en opinión de la Comisión de Libre Competencia ello prueba que no existía una práctica de 15 años continuos de cobranza de 2 horas por el uso de la playa del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, lo cual refuerza la suposición de que se trata de una cláusula de atadura por parte de Los Portales S.A., impuesta desde que asumió la administración de la playa de estacionamiento;

Que, adicionalmente, como ha quedado demostrado por la información proporcionada por Los Portales S.A, la práctica comercial del mercado es fijar la tarifa por períodos de tiempo unitarios inferiores o iguales a una hora, y que el caso de playas de estacionamiento que recurren a otras políticas de cobro está básicamente circunscrita a aquellas en las que el servicio de estacionamiento se constituye en un servicio complementario a una prestación principal por adquisición de bienes o servicios;

Que, respecto a la afirmación en el sentido que la hora promedio de las 10 playas de categoría A, que sirven de referencia para la fijación del monto a cobrar por hora, es de 3.65 soles, y que Los Portales estaría cobrando sólo 4 soles por 2 horas, la Comisión de Libre Competencia considera que la denunciada debe respetar lo dispuesto en el contrato de concesión y cobrar el promedio de 10 playas de estacionamiento por hora, dado que si bien la modalidad de 1 hora fracción no está pactada, el exigir 2 horas condiciona el uso de la playa de estacionamiento al pago de una hora adicional, la misma que encarece el servicio y limita la capacidad de los agentes económicos de pagar por un servicio que realmente consumen, configurándose una cláusula de atadura;

Que, Corpac S.A. debe distinguir la concesión de la playa de estacionamiento que es distinta a la concesión del Aeropuerto o privatización del mismo, que a su vez es distinto de dar en concesión el ingreso al Aeropuerto;

Que, la Constitución en su Artículo 73° establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a la ley, para su aprovechamiento;

Que, asimismo, la doctrina jurídica establece la diferencia entre los bienes de dominio público y los bienes de propiedad del Estado. Siendo estos últimos aquellos sobre los cuales el Estado tiene un derecho de propiedad con todos sus atributos. Por su lado, los bienes de dominio público son aquellos sobre los que el Estado no tiene derecho de propiedad sino solamente potestad reglamentaria, administrativa y de tutela, perteneciendo a la colectividad sin ser susceptibles de apropiación privada, por lo cual no figuran en el haber patrimonial del Estado, entre ellos podemos encontrar las calles, plazas y demás dependencias de la vía pública;

Que, la misma doctrina define que las concesiones de uso sobre los bienes de dominio público no alteran su carácter esencial puesto que dichas concesiones se otorgan para hacer al bien más útil para el usuario.

Estos bienes pueden ser desafectados del uso público, mediante un acto formal y concediendo la facultad de uso preferente pero cumpliendo dos requisitos: que la afectación no altere ni modifique sustancialmente el uso general y que el uso preferente se traduzca en un beneficio para la colectividad;

Que, la vía de ingreso al Aeropuerto es una vía pública y que en consecuencia es de libre tránsito, por lo que no debe estar condicionado a pago alguno, como ocurre con los usuarios que ingresan peatonalmente;

Que, la denunciada sostiene que la Comisión no tiene facultades para pronunciarse sobre los contratos de concesión derivados de los procesos de privatización como el suscrito por la empresa denunciada con Corpac;

Que, la Comisión de Libre Competencia tiene facultades para pronunciarse sobre todos los actos que transgredan lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701, y para el caso en cuestión, se pronuncia sobre los efectos anticompetitivos y/o abusivos que resulten de la aplicación de las cláusulas de dichos contratos, ya que como es el caso pueden generar daños para la competencia y el mercado;

Que, con fecha 25 de diciembre de 1995 salió publicado en varios diarios de la ciudad de Lima un aviso en el cual la empresa Los Portales S.A. anunciaba que a partir del 1 de enero de 1996 la tarifa de ingreso al Aeropuerto sería de 3 soles la hora y de 1 sol por los primeros 15 minutos hecho por el cual la Secretaria Técnica decidió visitar las oficinas de la administración de la playa de estacionamiento del Aeropuerto con el fin de recabar mayor información al respecto;

Que, en la visita realizada el 27 de diciembre de 1995 por la Secretaría Técnica le fue entregada copia del adendum del contrato de concesión de la playa de estacionamiento, así como de los Oficios G.G.-865-C, G.G.-864-95-C, G.G.-76795-C, G.G.-816-95-C, Oficio N°2387/95/DE/COPRI, CC-059-95-CEPRI, CC-05895-CEPRI cursados entre la empresa Los Portales y Corpac S.A, entre Corpac S.A y la COPRI, y entre la Presidencia del CEPRI CORPAC y la COPRI respectivamente, sobre la modificación de la modalidad de cobro de la playa, dichas comunicaciones eran del mes de noviembre de 1995;

Que, de la visita realizada se pudo comprobar la implementación de la vía libre gratuita para el ingreso al Aeropuerto por el lado del ingreso nacional y que se estaba implementando el sistema de cobranza por hora, el cual entrarla en funcionamiento desde el 1 de enero;

Que, sin embargo, las comunicaciones cursadas entre Corpac S.A. y Los Portales S.A. respecto a las modificaciones sobre la administración de la playa de estacionamiento no eliminan el hecho que con la modalidad de cobranza por dos horas y la limitación al ingreso vehicular al Aeropuerto condicionada al uso de la playa de estacionamiento, se ha estado causando un perjuicio al usuario de la playa de estacionamiento, y con ello un perjuicio al mercado, perjuicio que a la fecha aún subsiste;

Que, ha quedado demostrada la existencia del abuso de posición de dominio por parte de la denunciada al establecer cláusulas de atadura, también es un abuso de posición de dominio el condicionar el ingreso al Aeropuerto al uso de la playa de estacionamiento;

Que, ante estos hechos, la Comisión considera que las empresas denunciadas han generado un daño considerable al mercado y a la economía de los consumidores usuarios del Aeropuerto, ya que no se puede condicionar el ingreso al Aeropuerto al uso de la playa de estacionamiento, porque el ingreso es totalmente libre, por lo que la infracción debe ser declarada como muy grave;

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701, Decreto Supremo N° 002-94-JUS, Decreto Legislativo N° 25868;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar fundada la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC en contra de la empresa Los Portales S.A. por abuso de posición de dominio en el mercado al condicionar el pago de dos horas o fracción para el ingreso a la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Artículo Segundo.- Declarar fundada la denuncia presentada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios ASPEC en contra de la empresa Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. por abuso de posición de dominio en el mercado al condicionar el ingreso vehicular al Aeropuerto al uso de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

Artículo Tercero.- Declarar la infracción cometida como Muy Grave y por tanto, sancionar a cada una de las empresas denunciadas, Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A., con una multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO ALFAGEME RODRÍGUEZ LARRAÍN
LULS MORALES BAYRO
CÉSAR GUZMAN-BARRÓN SOBREVILLA
ÍTALO MUÑOZ BAZÁN

4.2.3. Resolución N° 003-93-INDECOPVCLC (03/12/93)

Declaran infundada denuncia contra empresa por abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la libre competencia

Lima, 31 de agosto de 1993

LA COMISION MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

VISTO, el informe de la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, sobre la investigación iniciada a petición de parte, con base en la denuncia que presentara el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (FONGALSUR), por presunta violación a lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 701, por parte de la empresa GLORIA S.A.;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 16 de abril de 1993, el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur (FONGALSUR), presentó un escrito en el que denuncia ante la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia a la empresa GLORIA S.A., por realizar prácticas abusivas en el mercado;

Que, FONGALSUR manifiesta en su escrito de denuncia que recibe agresividad y malos tratos de GLORIA S.A., la misma que, como el mayor comprador de leche (98%), determina el precio, habiéndose negado siempre a pagar un precio razonable, así como que:

1.- «Las prácticas excluyentes y de dominio de la industria no permiten un mayor beneficio a los productores de leche fresca ( )»

2.- La denunciada generó que se rompa la unidad gremial de la denunciante, por cuanto llegó «( ) a constituir el 'Frente Organizado de la Nueva Ganadería Lechera de Arequipa, FONGAL AREQUIPX, sólo con el afán de enfrentamos entre ganaderos y crear un malestar general ( )».

3.- «( ) sólo hay obtención de beneficios a la industria GLORIA S.A., quien ha causado daño a los productores; hubo negativa injustificada en aumentar el precio a los ganaderos; hubo abuso de posición de dominio por la desigualdad en las percepciones económicas por la situación de desventaja frente a sus proveedores de leche fresca».

4.- Los aumentos que otorga la denunciada son discriminatorios y abusivos, basados en la posición de dominio que ejerce.

Que, en el mismo escrito, la denunciante solicita que se disponga el establecimiento de un precio razonable para la leche fresca, no menor que sus costos de producción;

Que, mediante Oficio N° 011-93-CLC, de fecha 27 de abril de 1993, recibido el día 5 de mayo del mismo año, se puso en conocimiento de GLORIA S.A., la denuncia interpuesta en su contra por FONGALSUR, enumerándose como hechos que supuestamente infringen la Ley, los siguientes:

1.- Abuso de Posición de Dominio, por cuanto la denunciada actúa en forma indebida en el mercado, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicio a otros, que no hubieran sido posibles de no poseer dicha posición.

2.- Abuso de Posición de Dominio por aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que colocan a unos competidores (FONGALSUR), en situación desventajosa frente a otros (FONGAL-AREQUIPA).

3.- Práctica Restrictiva de la Libre Competencia, consistente en concertación injustificada de precios.

Que, al realizarse el traslado correspondiente a la parte denunciada, Gloria S.A., mediante escrito recibido ' el 25 de mayo, contesta los cargos, indicando que:

a) Ella «(...) es víctima de un trato discriminatorio en materia de su actividad de fabricación y comercialización de leche evaporada», por cuanto sus insumos, leche descremada en polvo y grasa anhidra de leche, se encuentran gravados con sobretasas, al igual que su producto (leche evaporada), que se encuentra gravado con el Impuesto General a las Ventas, en tanto su insumo principal (leche entera cruda), se encuentra exonerado de dicho impuesto.

b) Sólo un grupo muy reducido de sus proveedores de leche entera cruda, están afiliados a FONGALSUR, de los cuales, un pequeño porcentaje se dedica exclusivamente a la actividad lechera, ya que el resto obtiene sus ingresos principales de fuentes distintas a la actividad ganadera, siendo que la producción de sus vacas, se utiliza prioritariamente en el autoconsumo, comercializándose sólo los excedentes.

c) Consideran que su capacidad de producción de leche evaporada es varias veces mayor que el volumen de leche entera cruda que se ofrece en la cuenca lechera de Arequipa.

d) Lo señalado precedentemente, aunado a la obligación legal de utilizar un porcentaje de leche entera cruda en la fabricación de leche

tera cruda en la fabricación de leche evaporada, genera que los ganaderos tengan «( ) un mercado absolutamente seguro para la venta de la totalidad de su producción ( )».

e) En lo referente al precio, explica que no lo puede fijar libremente, de acuerdo a la oferta y la demanda, por cuanto existen una serie de distorsiones, tales como la Décimo Quinta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 653, norma que prohíbe a la industria productora de leche en estado líquido, queso, mantequilla y productos similares, la utilización de ciertos insumos lácteos importados, como la leche en polvo y la grasa anhidra de leche.

f) Con respecto a la posición de dominio, argumenta que no ostenta dicha posición, por cuanto participa en un mercado sumamente competitivo, aunque no deja de reconocer que sí tiene una posición de liderazgo.

g) En relación al abuso de posición de dominio, mediante discriminación, manifiesta que al fabricar su producto con una proporción alta de leche entera cruda, tiene sumo interés en adquirir la mayor cantidad de leche posible; que ofrece a todos sus proveedores de leche entera cruda, un precio único; y, que las bonificaciones que ofrece están referidas a calidad y volumen, las mismas que se encuentran expresamente excluidas de la prohibición contemplada en el Artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo NI 701.

h) Con respecto a las prácticas restrictivas, afirma que no ha concertado injustificadamente precios ni otras condiciones de comercialización, precisando que «dos precios que paga Gloria S.A. a sus proveedores de leche entera cruda, difieren de los que paga Laive en la misma cuenca de Arequipa, así como el que paga Nestlé en la cuenca de Cajamarca». Explica también que, los convenios respecto del precio de la leche que pudo haber firmado con los distintos Fongales en el pasado, ya no se encuentran vigentes, siendo que «( ) en la actualidad, el precio de la leche entera cruda es fijado libremente por la oferta y la demanda, sin más distorsiones que aquellas que afectan la competitividad de Gloria S.A. Dicha situación queda evidenciada por la oferta pública que hace Gloria S.A a través de los comunicados que se reparten a cada uno de sus proveedores ante los cuales los asociados de Fongal Sur, tienen la libre opción de aceptarlos o no aceptarlos».

i) Solicitan que «( ) dada la maliciosidad de la denuncia» (sic), se haga responsable a la denunciante de las costas del proceso.

Que, el abuso de posición de dominio requiere como condición imprescindible acreditar,. en primer término, la posición de dominio, y en segundo término, el abuso de dicha posición, según claramente se desprende de los Artículos Cuatro y Cinco del Decreto Legislativo N° 701;

Que, en el mercado de compradores de leche entera cruda en la cuenca lechera del sur, que es el relevante a estos efectos, Gloria S.A. tiene una participación de 73.59%, siendo que si se considera únicamente al mercado de compradores industriales, la participación de dicha empresa alcanza un 84.04%;

Que, teniendo en consideración las características del mercado de compradores de leche de la zona sur del país, se ha demostrado que el 69.62% de la producción y el 87.57% de la oferta de este producto, está dirigida a la industria;

Que, la infraestructura y necesidades de acopio y producción de las industrias lácteas de la zona, así como los consolidados históricos de compra que muestran, genera que ninguna de estas industrias pueda absorber, actualmente, la cantidad de leche que compra Gloria S.A., lo que ocasiona que esta última, en el mercado de compradores de leche entera cruda de la cuenca lechera del sur, esté en capacidad de poder actuar en forma independiente, tanto de aquellas como de sus proveedores, los mismos que, según se ha comprobado, no tienen alternativas actuales de mercado en donde colocar su producto;

Que, en el caso' concreto, el hecho de tener restricciones en la importación de ciertos insumos, no impide, aunque sí restringe, la posibilidad de gozar de una posición de dominio, dado que al tener un mercado abierto al comercio exterior, siempre existe la alternativa de fabricar el producto, leche evaporada, fuera del país e importarlo como producto terminado;

Que, el argumento que esgrime la denunciada de estar obligada a recibir el íntegro del volumen de leche cruda entera que le oferten los productores, hasta el limite de sus capacidades, en razón del Decreto Supremo N° 028-84-AG, Reglamento para la Comercialización de la Leche del 19 de abril de 1984, no puede ser considerado por la Comisión, por cuanto dicha obligación ha quedado derogada con la dación de los Decretos Legislativos N°s. 668 y 757;

Que, uno de los supuestos para que se configure la posición de dominio en el mercado, contemplada en el Artículo Cuarto del Decreto Legislativo No 701, es el poder actuar al margen de los proveedores, lo cual, en el caso de GLORIA S.A. y para el mercado específico de compradores de leche entera cruda en la cuenca lechera del sur, ha quedado demostrado por las razones expuestas en los párrafos precedentes;

Que, habiéndose demostrado que la denunciada ostenta una posición de dominio en el mercado de compradores de leche entera cruda de la cuenca lechera del sur, corresponde analizar si existe un abuso en esa posición de dominio;

Que, con respecto a la parte de la denuncia que señala la existencia de abuso de posición de dominio por actuar en forma indebida en el mercado, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieren sido posibles de no poseer dicha posición, que en el presente caso consistiría en el hecho que Gloria S.A., estaría abusando al imponer a sus proveedores un precio por debajo de sus costos de producción, es necesario tener presente que no es competencia de la Comisión, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 70 1, establecer ni pronunciarse respecto a precios de venta o de compra, para cualquier producto o servicio, siendo que éstos deben fijarse conforme a la confluencia de la oferta y la demanda en el mercado;

Que, con relación a la acusación de abuso de posición de dominio consistente en aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y que colocan a unos competidores (FONGALSUR), en situación desventajosa frente a otros (FONGAL-AREQUIPA), la cual constituye un género de discriminación de precios, supuesto que es contemplado en Artículo 5° inciso b) del Decreto Legislativo N° 701, debe tenerse presente que la discriminación no es siempre una práctica prohibida, dado que el mismo Decreto Legislativo N° 701, permite aplicar condiciones desiguales para prestaciones que aparentemente son similares, pero que por razones intrínsecas a la misma operación, determinan una diferenciación, entre una y otra, justificando de ese modo la aplicación de condiciones desiguales;

Que, al respecto, se ha comprobado en el curso de la investigación, que considerando la forma como se realiza el acopio de la leche por parte de GLORIA S.A., la cantidad de ganaderos que le venden su producto, los turnos de recojo, la cantidad de porongos por turno, la automaticidad del procedimiento, y la cantidad de mano de obra que participa en tal proceso, la eventual realización de prácticas discriminatorias, se vería dificultada;

Que, por las características anotadas, la supuesta práctica discriminatoria sólo podría verificarse en alguna de las situaciones siguientes:

- Conceder precios base distintos para los proveedores de uno y otro fondo ganadero.

- Distorsionar los resultados de los análisis del contenido graso de la leche.

- Otorgar un premio por volumen que no está al alcance de la mayoría de ganaderos.

Que, con respecto a la concesión de precios base distintos para los proveedores de uno y otro fondo ganadero, se ha demostrado que Gloria S.A con el fin de propiciar la creación y consolidación de FONGAL-AREQUIPA, efectuó dicha práctica hasta el mes de febrero de 1992. No obstante, al no haberse probado la persistencia de esta conducta, la Comisión no puede concederle un valor distinto al de simple antecedente, habida cuenta que estos hechos se verificaron antes de la vigencia del Decreto Legislativo NI 701, norma que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Que, con respecto a la supuesta distorsión de los resultados de los análisis del contenido graso de la leche, de modo tal que se pague menos a los proveedores agrupados en Fongal Sur, se ha podido comprobar que Gloria S.A., otorga bonificaciones y aplica descuentos sobre el precio base de la leche, en función al contenido graso de la misma;

Que, la existencia de una política de bonificaciones y descuentos sobre el precio de la leche, establecido en base al contenido graso que ésta presente, no constituye una infracción a las normas de libre competencia, en la medida que se efectúa con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

Que, para determinar el contenido graso de la leche que recibe de cada uno de sus proveedores, la empresa denunciada utiliza el método Babcock (Norma Itintec NI 202.018); siendo que International Analytical Services S.A., compañía autorizada por la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Paraarancelarias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), mediante Resoluciones N°s. 001-93 y 004-93-INDECOPI/CNM, para prestar servicios de certificación de calidad, ha evacuado el Certificado de Inspección y Verificación del Método Analítico Empleado por la Empresa Gloria en la Cuantificación del Contenido Graso en Lecha Fluida N° 3068/93 de fecha 7 de julio de 1993, en la cual se certifica que:

a) El método Babcock para la determinación de la materia grasa en leches es una técnica usada y reconocida a nivel internacional (Ref. Chemistry Testing of Dairy Products by H. Atherton).

b) El método de análisis Babcock y procedimientos utilizados por el laboratorio de la empresa Gloria S.A., en la determinación del contenido graso de leche fluida, obtiene resultados precisos y contables.

c) Los resultados promedio sobre el contenido graso en leche fluida a través del método Gerber y método Babcock no difieren estadísticamente.

Que, se ha comprobado que la denunciada otorga bonificaciones y efectúa descuentos en forma indistinta a todos los ganaderos, tanto a los agrupados en FONGALSUR, como a aquellos agrupados en FONGAL-AREQUIPA, en función a los resultados del análisis del contenido graso de sus entregas de leche;

Que, no se ha demostrado que la denunciada distorsione los resultados de los análisis del contenido graso de la leche, beneficiando a los ganaderos agrupados en FONGAL-AREQUIPA, en perjuicio de aquellos agrupados en FONGALSUR;

Que, en materia de prácticas de discriminación en condiciones de comercialización, pueden darse casos de discriminación directa o discriminación indirecta, siendo que la discriminación directa se verifica cuando es objetivamente demostrable que, en forma injustificada, las condiciones para la comercialización de un producto son diferentes entre dos operaciones similares; en tanto que en la discriminación indirecta, se parte de la excepción a la regla de no discriminar, la cual consiste en otorgar, en forma objetiva, condiciones distintas a determinada operación, en base a criterios tales como calidad o volumen, entre otros. Sin embargo, estas condiciones distintas, que permiten que objetivamente quienes se sitúen en ellas gocen de determinados beneficios de carácter excepcional, se convierten en ilícitas cuando están destinadas a, o tengan -injustificadamente- el efecto de, retirar del mercado a la competencia, buscando una situación de monopolio para determinado agente económico;

Que, GLORIA S.A. otorga bonificaciones a todos los ganaderos, agrupados tanto en FONGALSUR como en FONGAL-AREQUIPA, como incentivo a la producción, las cuales varían según la cantidad de kilos vendidos. Al respecto la Comisión considera que esta práctica no constituye una discriminación directa, por cuanto se basa en el criterio objetivo del volumen aportado;

Que, si bien es cierto, se ha comprobado que el 58.5% de los proveedores de leche vende menos de treinta kilos diarios a la empresa denunciada, con lo que las bonificaciones no llegan a una porción significativa de ellos, no se ha demostrado que exista una práctica de discriminación indirecta que, busque o tenga como efecto, retirar del mercado a ningún segmento de la competencia;

Que, en consecuencia, no ha sido probado que exista una política de discriminación consistente en aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a los competidores agrupados en FONGALSUR, en situación desventajosa frente a aquellos agrupados en FONGAL-AREQUIPA;

Que, no han sido aportadas pruebas de la existencia de una práctica de concertación injustificada de precios;

Que, con respecto a la solicitud de la denunciante para que se establezca un precio a la leche fresca, se debe reafirmar que, de acuerdo con lo manifestado precedentemente, la Comisión, en ningún caso tiene competencia para establecer precios a los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado;

Que, finalmente, con respecto a la condena en costas incoada por la denunciada, la Comisión estima que antes que una actitud maliciosa por parte de FONGALSUR al plantear la denuncia materia de la presente Resolución, lo que existe es un mercado de características propias, en el que se presentan restricciones legales a la competencia. Por tal motivo la Comisión no considera procedente atender a la solicitud de la denunciada en este extremo; y,

Estando en conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701 y el Decreto Ley N° 25868, así como con lo acordado por la Comisión en su sesión de fecha 27 de agosto de 1993;

RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar infundada en todos sus extremos, la denuncia presentada por FONGALSUR en contra de GLORIA S.A., por abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la libre competencia.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ARMANDO CACERES
DAVID FISCHMAN
ALEJANDRO ALFAGEME
RUFINO CEBRECOS

4.2.4. Resolución No 034-94-INDECOPI/CLC (29/01/95)

Disponen que sindicato, asociación y empresa permitan el libre acceso de transportistas de carga con carretilla a mercado mayorista

Lima, 7 de diciembre de 1994

Visto, el informe del Secretario Técnico No 034-94-CLC, en relación a1 investigación seguida a petición de parte, con base en la denuncia que formulara e señor Vicente Torres Marcani y otros en contra del Sindicato Central Único d Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N° 1, la Asociación de Transportístas Manuales Túpac Amaru y la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. EMMSA, por presunta práctica restrictiva de la libre competencia;

CONSIDERANDO:

Que, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia recibió una denuncia presentada por un grupo de transportistas manuales de carga (carretilleros) del Mercado Mayorista N° 1, encabezados por el Sr. Alejo Carí Chambi y el Sr. Vicente Torres Marcani, en contra de la Empresa de Mercados Mayoristas S.A (EMMSA), el Sindicato Central Único de Transportistas Manual del Mercado Mayorista N° 1 (SICUTRAM) y la Asociación de Transportistas Manuales «Túpac Amaru», por incurrir en presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en concertar condiciones de comercialización en la actividad de transporte manual en el Mercado Mayorista No. 1.

Que, el 17 de agosto de 1994, la Comisión de Libre Competencia ha expedido la Resolución N° 019-94-CLC, en la que deniega la concesión de medida cautelar solicitada por los actores;

Que, ha quedado plenamente acreditado la existencia de un Acta de Concesión, de fecha 15 de mayo de 1992, suscrita por EMMSA, SICUTRAM y Asociación Túpac Amaru, en la que se precisa que sólo podrán trabajar 2, carretilleros en el mercado, asignándose a SICUTRAM 1,328 trabajadores y a la Asociación «Túpac Amaru», los restantes 1, 172;

Que, la misma acta de concertación señala expresamente que el Sindicato y la Asociación designarían, dentro de sus afiliados, a los trabajadores que serían los únicos que trabajarían en el Mercado Mayorista N° 1

Que, también se estableció que el Sindicato y la Asociación colaborarían con EMMSA en el control de las puertas de ingreso y de las operaciones de los trabajadores de esta actividad;

Que, la Asociación de Propietarios de Carretillas del Complejo del Mercado Mayorista N° 1 interpuso una Acción de Amparo a fin de que se declarara inaplicable la mencionada acta de concertación, siendo que esta pretensión fue amparada por el Poder Judicial, declarándose inaplicable a la accionante el Acta de Concertación de fecha 15 de mayo de 1991, constando ello en las resoluciones de fecha 15 de setiembre de 1991 (primera instancia), 13 de agosto de 1992 (Sala Civil de la Corte Superior) y 15 de febrero de 1993 (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema);

Que, no obstante lo dispuesto por el Poder Judicial, existe el parte policial N° 093-VIIRPNP/JSEDAS-2 (de fecha 21 de febrero de 1994) en que la policía declara que el personal de EMMSA afirma no impedir el ingreso a ningún carretillero, y que se ha observado que aproximadamente 15 sujetos pertenecientes a SICUTRAM y la Asociación Túpac Amaru, vestidos con chalecos azul y rojo respectivamente, controlar el ingreso al mercado;

Que, mediante diversos documentos que obran en el expediente, así como por una visita de inspección sorpresivo realizada por personal de la Secretaria Técnica de la Comisión se ha verificado la existencia de un grupo de «vigilantes» que impiden el ingreso de carretilleros libres al Mercado Mayorista N° l;

Que, el Reglamento de Transporte Manual de Carretilleros que operan en el Mercado Mayorista N° 1, establece entre las obligaciones de los carretilleros, el evitar el ingreso de carretilleros libres al recinto del mercado;

Que, ha quedado demostrado que la empresa EMMSA permite que sean los gremios de carretilleros denunciados quienes controlen el ingreso en las puertas del mercado, mostrando su conformidad con que sólo se permita el ingreso de los afiliados a estos gremios;

Que, el Decreto Legislativo N° 701 estatuye como una práctica restrictiva de la libre competencia, prohibida por Ley, a la concertación injustificada de condiciones de comercialización;

Que, ha quedado demostrado que ha existido una concertación en las condiciones de comercialización del servicio de transporte de carga mediante carretilla, que ha tenido como resultado que sólo los afiliados al Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N° 1 y la Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru puedan prestar dicho servicio al interior del Mercado Mayorista No l;

Estando a lo previsto en el Decreto Ley N° 25868, el Decreto Legislativo N° 701 y el Decreto Supremo N° 002-94-JUS;

RESUELVE:

Primero.- Declarar que el Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N° 1, la Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru y la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. EMMSA han concertado injustificadamente condiciones para la prestación del servicio de carretilla al interior del Mercado Mayorista No l.

Segundo.- Disponer que el Sindicado Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista No 1, la Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru y la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. EMMSA permitan el libre acceso al Mercado Mayorista N° 1, de personas que se dedican al transporte de carga con carretilla.

Tercero.- Disponer que, tan pronto como sea notificada con la presente Resolución, la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. perifonee durante tres meses seguidos, todos los días, en el horario de 06.00 a 12.00 horas, una vez por hora, el siguiente mensaje: «Se recuerda al público en general que pueden contratar el transporte de sus compras mediante carretilla con cualquier persona que brinde este servicio. El ingreso de carretilleros al Mercado Mayorista N° 1 es libre».

Cuarto.- Notificar con esta Resolución a la Policía Nacional del Perú, con el fin que esta entidad tutelar, preste el apoyo que sea necesario para el cumplimiento de lo previsto en la presente Resolución.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO ALFAGEME R.L.

LUIS MORALES BAYRO

RUFINO CEBRECOS REVILLA

CÉSAR GUZMAN BARRÓN

4.2.5. Resolución N° 018-94-INDECOPI/CLC (13/10/94)

Declaran fundada denuncia interpuesta por empresa cervecero contra alcalde de municipalidad distrital de la provincia de Cañete

Lima, 15 de agosto de 1994

VISTO, el informe del Secretario Técnico No 018-94-CLC, en relación a la investigación iniciada en contra del Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio y otros, por presuntas violaciones a lo previsto en el Decreto Legislativo No 701;

CONSIDERANDO:

Que, el 21 de enero del presente año, la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A., denunció ante la Secretaria Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, al Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio, Sr. Máximo Adolfo Chauca Chumpitaz, al Regidor del mismo Distrito, Sr. Donald Jaime Aguilar Sánchez y el Sr. Juan A. Chumpitaz, por haber concertado condiciones de comercialización de cervezas y gaseosas en el balneario de León Dormido, impidiendo que se puedan comercializar productos diferentes a la cerveza Cristal y la gaseosa Inca Kola;

Que, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, en su sesión correspondiente al 28 de enero de 1994 acordó encargar a su Secretario Técnico iniciar un proceso de investigación, de oficio, por presunto abuso de posición de dominio por parte del Alcalde y el Regidor de Balnearios del distrito de San Antonio de Cañete;

Que, ha quedado plenamente demostrado que el Alcalde y el Regidor de Balnearios de la Municipalidad de San Antonio - Cañete suscribieron un Convenio con el Sr. Juan Chumpitaz, Distribuidor de Cerveza Cristal en la zona de Mala, mediante el cual este último se comprometió a ejecutar obras y prestar servicios favorables para el distrito; y, a cambio, el Municipio se comprometió a dar la exclusividad de venta de cerveza en la playa de León Dormido; a Que, el Decreto Legislativo No 701 establece en su Artículo 3° que están prohibidos los actos o conductas relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limite», restrinjan, o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general en el territorio nacional;

Que, el Artículo 6° inciso a) de la misma norma legal establece como una práctica restrictiva de la libre competencia a la concertación de condiciones de comercialización;

Que, el hecho que el beneficiario de la exclusividad haya realizado obras en beneficio del distrito no configura una causal eximente de responsabilidad, ni una justificación de la conducta, observada, dado que ningún municipio está facultado, legalmente a otorgar exclusividades de ningún tipo;

Que, ha quedado plenamente demostrado que el Municipio Distrital de San Antonio a través de su Alcalde y el Regidor Aguilar han obligado a las personas que desearan contratar para el verano de 1994 la concesión de uno de los módulos del Balneario de León Dormido, a expender en forma exclusiva los productos gaseosa Inca Kola y Cerveza Cristal;

Que, sobre el particular, el Artículo 5° inciso c) del Decreto Legislativo No 701 establece como una práctica de abuso de posición de dominio el subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias;

Que, de acuerdo a lo previsto en el Articulo 2° del Decreto Legislativo N° 70l, las normas de libre competencia son de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas;

Que, de acuerdo a lo previsto en el considerando precedente, en la medida que las autoridades o funcionarios públicos desarrollen actividades económicas y su intervención pueda generar distorsiones en el mercado, éstos deberán respetar las normas de libre competencia, y su actuación será pasible de ser llevada ante la Comisión;

Que, en el proceso de investigación se ha podido determinar que a través del convenio suscrito con el distribuidor de cerveza Cristal y con los contratos de concesión otorgados para la temporada verano de 1994, tanto el Alcalde como el Regidor de Balnearios del Concejo Distrital de San Antonio - Cañete, procuran un beneficio económico para la Municipalidad a la cual representan;

Que, el Decreto Legislativo No 668, decreta la libertad de comercio exterior e interior, estableciendo que queda eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, efectuada, entre otros, por cualquier organismo o institución del Estado;

Que, la empresa Distribuidora Cerveza del Santa ha presentado un escrito desistiéndose de su denuncia, fundado en que ha cesado la causa que dio origen a su denuncia;

Que, de conformidad con lo previsto en el Artículo 90° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, el desistimiento planteado por la empresa denunciante no necesariamente debe poner fin al proceso, dado que la administración, de considerar que existe interés público, debe continuar de oficio;

Que, las normas que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia son de orden público, siendo que la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia es la encargada, mediante Decreto Ley N° 25868, de velar por que se verifique su efectivo cumplimiento;

Que, el Artículo V del Titulo Preliminar del Código Civil establece la nulidad de los actos jurídicos que sean contrarios al orden público;

Que, la violación a lo prescrito en el Artículo 60 inciso a) del Decreto Legislativo No 701 no sólo afecta al denunciante, sino también el interés de todos los consumidores, quienes ven recortados sus derechos a la libre elección del producto de su referencia, así como los de cualquier otra persona que se interese por competir en dicho mercado;

Que, además, el proceso de investigación no está referido únicamente a los hechos contemplados en la denuncia de la empresa Distribuidora Cervecera del Santa, sino que incluye infracciones al Artículo 5 inciso c) del Decreto Legislativo N° 701, las mismas que han sido investigadas de oficio;

Que, en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, la Comisión considera no procedente aceptar el desistimiento planteado por la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A., dado que es de interés público continuar con el presente procedimiento, el mismo que se encuentra en la etapa de resolución;

Que, es pertinente que la Comisión se pronuncie respecto a que los alcaldes puedan suscribir convenios con distintas empresas, otorgando exclusividades en el aprovechamiento de bienes públicos, lo que implica una restricción al comercio, impidiendo la libre competencia;

Estando a lo previsto en los Decretos Legislativos Nos. 668 y 701, así como a los Decretos Leyes N°s. 25868 y 26111; y, los Decretos Supremos N°s. 025-93-ITINCI y 002-94-JUS-,

RESUELVE:

Articulo 1°.- Declarar fundada la denuncia interpuesta por la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A., en contra del Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio, señor Máximo Adolfo Chauca Chumpitaz; el Regidor del mismo distrito, señor Donald Jaime Aguilar; y, el señor Juan A. Chumpitaz, distribuidor de Cerveza Cristal en la zona de Mala; por prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en concertar injustificadamente condiciones de comercialización de cerveza y gaseosas en la playa de León Dormido.

Articulo 2°.- Declarar que los señores Máximo Adolfo Chauca Chumpitaz Y Donald Jaime Aguilar, Alcalde y Regidor del Concejo Distrital de San Antonio, respectivamente; han cometido una infracción en contra de la libre competencia, consistente en imponer prestaciones suplementarias para contratar la concesión de módulos para el verano 1994, en el Balneario de León Dormido, disponiendo que dichas autoridades se abstengan de volver a realizar actos de esa naturaleza.

Artículo 3°.- Declarar que, de conformidad con las normas que regulan la libre competencia, ninguna autoridad puede subordinar el otorgamiento de una concesión a la suscripción de un contrato que contenga una cláusula de obligatoriedad de venta exclusiva de productos de una determinada marca.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS MORALES BAYRO
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN
ALEJANDRO ALFAGEME
RUFINO CEBRECOS

4.3. MERCADO RELEVANTE

4.3.1. Resolución N° 0078-1999/TDC-Indecopi

Expediente 005-97-CLC

PROCEDENCIA: COMISION DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISION)

DENUNCIANTE: EMPRESA EDITORA EL COMERCIO S.A. (EL COMERCIO)

DENUNCIADA: AERO CONTINENTE S.A. (AERO CONTINENTE)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA / MERCADO RELEVANTE / ABUSO DE POSICION DE DOMINIO / DISCRIMINACION DE PRECIOS Y CONDICIONES

ACTIVIDAD: TRANSPORTE POR VIA AEREA

SUMILLA: Se confirma la Resolución No. 004-98-INDECOPI/CLC de fecha 30 de setiembre de 1998 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declaró infundada la denuncia planteada por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. por la realización de presuntas practicas de abuso de posición de dominio consistentes en la discriminación de las tarifas de transporte aéreo aplicables a los diarios de la denunciante. En este caso, la Sala consideró que la diferenciación de tarifas aplicada por la denunciada se explicaba por la naturaleza especial del transporte de carga de diarios, siendo además que no existían elementos de juicio en el sentido que la práctica materia de denuncia hubiese tenido una finalidad restrictiva de la competencia.

Lima, 5 de marzo de 1999.

ANTECEDENTES

El 29 de abril de 1997, El Comercio denunció ante la Comisión a Aero Continente empresa dedicada al transporte aéreo de pasajeros y de carga - por presuntas infracciones al Decreto Legislativo No. 701. Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos correspondientes, la Comisión, mediante Resolución No. 004-98-INDECOPI-CLC del 30 de setiembre de 1998, declaró improcedente la denuncia en el extremo referido al incremento injustificado de las tarifas de transporte aéreo de carga realizado por Aero Continente en diciembre de 1996 e infundada la misma en el extremo relativo a los presuntos actos de abuso de posición de dominio atribuidos a la empresa denunciada en la modalidad de discriminación de precios. El 23 de octubre de 1998, la denunciante apeló la resolución antes mencionada, elevándose el expediente a esta Sala.

En su escrito de denuncia, El Comercio señaló que sus actividades consistían en la edición y comercialización del diario del mismo nombre, para cuya distribución recurría a los servicios de transporte de carga aérea que brinda la empresa denunciada. Agregó que, desde inicios del año 1997, Aero Continente adquirió y consolidó una posición dominante en el mercado de transporte aerocomercial de pasajeros y de carga a nivel nacional, especialmente en las principales ciudades del norte del país. El Comerció señaló que Aero Continente había infringido las normas contenidas en el Decreto Legislativo No. 701, en base a los siguientes argumentos:

(i) En el período comprendido entre los meses de junio de 1996 y abril de 1997, Aero Continente incremento sus tarifas de carga de transporte de periódicos en 241.04%. a diferencia de las alzas efectuadas por las líneas aéreas competidoras, que sólo incrementaron sus tarifas en un 45%. Este incremento resultaba perjudicial para El Comercio, toda vez que Aero Continente es la única línea aérea con servicio regular a varios destinos del país donde la empresa denunciante distribuye sus periódicos.

(ii) La retracción de las demás compañías de aviación locales colocó a Aero Continente en una posición de dominio en el mercado de transporte aéreo, de la cual dicha empresa venía abusando, toda vez que el incremento de sus tarifas no tenía ningún sustento en indicadores macroeconómicos o en la realidad interna de la empresa.

(iii) El abuso de posición de dominio por parte de la denunciada se manifestaba en una práctica de discriminación de precios, mediante la cual Aero Continente fijaba condiciones desiguales para el transporte de periódicos frente a otras cargas, sin contar con un adecuado sustento técnico - económico.

(iv) Así, desde el año 1997, Aero Continente impuso una tarifa para periódicos diferente de la correspondiente a courier y animales vivos, no obstante que siempre habían estado sujetos a una misma categoría de tarifas, Este hecho motivó que el transporte de un kilogramo de periódico fuese 200 % más caro que la carga común, tarifa que no guardaba proporción alguna con los costos de las actividades de Aero Continente.

Por su parte, Aero Continente señaló en su descargo que había logrado alcanzar un lugar reconocido en el

mercado de transporte aéreo comercial de pasajeros, carga y correos gracias al esfuerzo y profesionalismo de todo el personal de la empresa, sin que en ningún momento hubiera abusado de la posición adquirida. En este sentido, solicitó que la Sala declare infundada la denuncia en virtud de los siguientes argumentos:

(1) El hecho de fijar una tarifa por el transporte de diarios y revistas, diferente de la establecida por otras compañías aéreas, no atentaba contra el interés económico general, sino que daba lugar a una mayor competencia entre las líneas aéreas comerciales, de modo tal que sean los usuarios quienes decidan que aerolínea utilizar.

(2) La tarifa fijada para el transporte de diarios y revistas es mayor a la de carga regular, courier o animales debido a que los diarios y revistas tienen un peso y volumen mayor, de modo que ocupan un mayor espacio en las bodegas de los aviones, limitando el transporte de otro tipo de carga diariamente.

(3) Al parecer, sería la empresa denunciante la única que se ha visto perjudicada con el incremento de la tarifa en cuestión toda vez que la misma se aplica a todas las empresas editoras que utilizan los servicios de Aero Continente.

(4) Finalmente, las tarifas eran fijadas tomando en consideración el costo mínimo que implicaba realizar el transporte de diarios y revistas, a fin de no perjudicar a los usuarios.

Con fecha 16 de julio de 1997, El Comercio presentó un escrito ampliando su denuncia, en el cual manifestó que Aero Continente le cobraba tarifas mayores que aquellas existentes para el transporte de los diarios de otras empresas editoras que utilizaban los mismos servicios de transporte de carga.

La ampliación de la denuncia fue analizada por la Comisión como cuestión previa a la Devaluación del fondo de la cuestión controvertida. Sobre el particular, en la resolución apelada, se tomo en cuenta que la referida ampliación fue puesta oportunamente en conocimiento de la denunciada a fin de que ésta ejerciera su derecho de defensa, por lo que no se produjo desviación del trámite establecido en las normas procesales. En este sentido, la Comisión concluyó que le correspondía pronunciarse sobre todos los extremos controvertidos del presente procedimiento, incluyendo la ampliación antes mencionada.

El 30 de setiembre de 1998, la Comisión declaró improcedente la denuncia en el extremo referido al incremento injustificado de las tarifas de transporte aéreo de carga realizado por Aero Continente en diciembre de 1996 e infundada la denuncia en el extremo referido a la existencia de abuso de posición de dominio por parte de Aero Continente en la modalidad de discriminación de precios. La Comisión tuvo en cuenta los siguientes elementos:

(i) El servicio de transporte aéreo de diarios desde Lima prestado por la empresa denunciada carece de sustitutos adecuados, toda vez que el transporte de dichos bienes no puede realizarse por vía terrestre debido a que no existen vías adecuadas y por la dimensión de las distancias involucradas.

(ii) El contenido de los diarios es de naturaleza perecible, toda vez que la información pierde valor rápidamente al poderla adquirir el consumidor por otros medios. En este sentido, la demanda del servicio de transporte de los diarios se caracterizaba por los horarios - el primer vuelo de la mañana - y la regularidad - transporte diario.

(iii) Si bien la empresa denunciante había utilizado servicios alternativos al ofrecido por la empresa denunciada, tales como charters aéreos y transporte terrestre, éstos no resultaban sustitutos adecuados debido a la falta de tales servicios en todas la rutas, la irregularidad en los vuelos o la demora en la llegada de los diarios - en el caso del transporte terrestre -.

(iv) La Comisión estableció que el mercado geográfico relevante para el presente procedimiento debía estar circunscrito al servicio e transporte aéreo de diarios que se presta desde la ciudad de Lima hacia las ciudades de Ayacucho, Chiclayo, Ilo, Iquitos, Juliaca, Piura, Pucallpa, Puerto Maldonado, Tacna, Talara, Tarapoto y Tumbes.

(v) A fin de determinar la existencia o no de posición de dominio, se considero que, en abril de 1997, la empresa denunciada creó una tarifa especial para el transporte de diarios y revistas, lo cual coincidió con que, durante el primer semestre de 1997, Aero Continente se encontraba en una situación en el mercado que le permitió elevar las tarifas de transporte aéreo, debid5 a la menor competencia que enfrentó. Posteriormente, en enero de 1998, la empresa denunciada redujo sus tarifas, hecho que coincide a su vez con la etapa en que dicha empresa disminuyó su participación en el mercado de transporte aéreo, como consecuencia de la mayor competencia que tuvo que enfrentar.

(vi) Del análisis de dicha información, la Comisión concluyó que los casos en que la reducción de tarifas ocurrida en enero de 1998 fue menor, coincidió con aquellas rutas en que El Comercio no encontró sustitutos adecuados. Por ello, consideró que Aero Continente había mantenido posición de dominio en las rutas Lima Iquitos, Lima-

Pucallpa, Lima-Puerto Maldonado y Lima-Tarapoto.

(vii) Sin embargo, la cuestionada diferencia en la tarifa aplicada a los diarios era explicable debido a la naturaleza especial del servicio de transporte de dichos bienes. Dicho servicio se circunscribe a los primeros vuelos de la mañana, su demanda se encuentra limitada a envíos desde Lima sin retorno y se trata de un servicio con pocas posibilidades de sustitución. La Comisión indicó también que los primeros vuelos de la mañana se encuentran más congestionados que los demás, por lo que el transporte de carga en dichos vuelos constituía un servicio diferenciado al servicio de carga en los vuelos siguientes.

(viii) La Comisión concluyó entonces que la tarifa aplicada por Aero Continente al transporte de diarios se explicaba por la naturaleza distinta de los servicios prestados a El Comercio y que, en consecuencia, la fijación de una tarifa diferenciada para el transporte de diarios - más elevada que la de transporte de otros productos perecibles - se encontraba explicada en los términos del inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

(ix) Por otro lado, el hecho de que la empresa denunciada hubiera fijado tarifas diferenciadas para la empresa denunciante y otras empresas editoras, responda a que ésta había celebrado contratos de «cuenta canje» mediante los cuales intercambiaba servicios de publicidad por transporte de carga y de pasajeros. En atención a ello, los servicios de transporte prestados a las empresas con las que Aero Continente había celebrado contratos de canje y los prestados a aquéllos que no habían suscrito este tipo de contratos, constituían dos prestaciones distintas, por lo que la imposición de tarifas diferenciadas para el transporte aéreo de los diarios de la denunciante se encontraba justificada.

(x) Si bien la conducta desarrollada por la empresa denunciada había causado una afectación de tipo económico a la empresa denunciante, resultaba poco probable que dicha conducta hubiese impuesto límites a la actuación de El Comercio en el mercado, en beneficio de sus competidores. Asimismo, a lo largo del procedimiento no se acreditó que haya existido una afectación al interés económico general, lo que es, en última instancia, el bien jurídicamente protegido por la legislación de libre competencia.

En su escrito de apelación, El Comercio argumentó que la Comisión no había valorado adecuadamente los medios probatorios presentados a lo largo del procedimiento y que había realizado una interpretación de las normas legales vigentes que no se ajustaba a derecho. Asimismo, señaló que, a su criterio, las prácticas desarrolladas por la empresa denunciada constituían un claro abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, las cuestiones en discusión consisten en determinar lo siguiente:

(1) Si la diferencia de tarifas establecida por Aero Continente entre la carga de diarios y revistas y la carga conformada por bienes perecibles y courier, constituye una infracción al inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701,y

(2) Si la diferencia entre las tarifas que aplicaba Aero Continente a las distintas empresas editoras y aquélla que cobraba a El Comercio constituye una discriminación de condiciones sancionable conforme al inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. El mercado relevante y la posición de dominio de Aero Continente.

El Decreto Legislativo N° 701 tiene por finalidad reprimir las prácticas controlistas y Restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y servicios, a fin de permitir que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. En este orden de ideas, dicha Ley tipifica determinados actos o conductas que se encuentran prohibidos, debido a que restringen o distorsionan la libre competencia.

Sin embargo, previamente al análisis de los supuestos específicos de abuso de posición de dominio, el Decreto Legislativo No. 701 ha establecido determinados pasos que deben adaptarse para determinar el poder de mercado con el que cuenta la empresa investigada.

Así, el articulo 4 de dicha ley establece:

«se entiende que una o varias empresas que gozan una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de compe-

tidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución».

En tal sentido, la definición del mercado relevante (tanto geográfico como de producto) busca determinar el ámbito dentro del cual una empresa puede actuar con relativa independencia al establecer precios y condiciones de comercialización, al no estar sujeta a competencia real y efectiva que limite su posición en el mercado.

a) El mercado relevante.

Delimitar el mercado relevante consiste en definir el producto y el ámbito geográfico que resultan relevantes para efectos de la investigación. El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incremento en un monto significativo.

La Sala considera que el producto relevante para efectos del presente caso es el servicio de transporte de periódicos hacia determinadas ciudades en el interior del país. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que El Comercio circunscribió su denuncia al transporte de diarios hacia las ciudades de Chiclayo, Piura, Ilo, Tumbes, Talara, Tacna, Ayacucho, Juliaca, Iquitos, Pucallpa, Puerto Maldonado y Tarapoto. Dicho servicio, además, posee como rasgo principal el tener que ser distribuido todas las mañanas, lo más temprano posible.

Geográficamente, debe tenerse en cuenta que El Comercio realiza la edición e impresión de su periódico en la ciudad de Lima. Tal como señaló la Secretaria Técnica de la Comisión en su Informe, la determinación del mercado geográfico relevante debe considerar la capacidad del consumidor para acudir a proveedores en o fuera del lugar donde se encuentre. Esta Sala comparte dicho criterio. Así, siguiendo el criterio expuesto y tomando en cuenta la información que obraba en el expediente, la Secretaría Técnica de la Comisión definió el mercado geográfico relevante como el lugar de origen del despacho de los periódicos, esto es, la ciudad de Lima.

b) La posición de dominio.

Una vez definido el mercado relevante, debe determinarse si Aero Continente gozaba de posición de dominio en dicho mercado. De acuerdo a lo señalado por la empresa denunciante, el servicio prestado por Aero Continente a las ciudades mencionadas en el punto precedente carecería de sustitutos adecuados, toda vez que si se utilizaba el transporte terrestre la distribución de los diarios no. sería oportuna y dichos bienes perderían su valor comercial, debido a la inexistencia de vías terrestres adecuadas y a las distancias involucradas.

Conforme a lo indicado por la Comisión, durante el período en que se produjeron los hechos materia de denuncia, El Comercio utilizó los servicios de transporte de otras líneas aéreas comerciales y de vuelos tipo charter como medios alternativos para la distribución de sus diarios. Sin embargo, la denunciante no logró sustituir por completo los servicios de Aero Continente o lo hizo de forma muy irregular en las siguientes rutas: Lima - Iquitos, Lima - Puerto Maldonado, Lima - Tarapoto y Lima - Pucallpa.

Para efectos de este análisis, la Comisión analizó también la evolución de las tarifas de Aero Continente. Así, en abril de 1997, dicha empresa creó una tarifa especial para el transporte de diarios y revistas que era 100% superior a la tarifa aplicable a otras cargas perecibles. Ello ocurrió durante el período en que la denunciada enfrentó una menor competencia por la reducción en la oferta de servicios de transporte aéreo.

Posteriormente, en enero de 1998, Aero Continente redujo dicha tarifa para algunas de las rutas materia de denuncia, hecho que coincidió con la disminución de la participación de la empresa denunciada en dichos mercados. La Comisión advirtió que en las rutas en las cuales la reducción de tarifas de enero de 1998 fue menor o no se produjo, coincidía con aquellas rutas en las cuales El Comercio no encontró sustitutos adecuados para el servicio de transporte aéreo de sus diarios.

De este modo, en base a la información recolectada durante el proceso de investigación, la Comisión estableció que Aero Continente mantuvo posición de dominio en las rutas Lima-Iquitos, Lima-Pucallpa, Lima-Puerto Maldonado y Lima-Tarapoto, toda vez que en dichas rutas El Comercio no encontró sustitutos adecuados para el servicio de transporte aéreo de sus diarios.

En efecto, como se ha indicado en el punto III. 1. de la presente resolución, existe posición de dominio cuando una empresa puede actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Dicho poder de mercado, en este caso, se determina por la carencia de sustitutos adecuados (esto es, de proveedores alternativos que brinden un servicio de naturaleza similar al prestado por Aero Continente).en las rutas identificadas por la Comisión, lo cual se ve confirmado por la evolución de las tarifas en dichas rutas. En consecuencia, la Sala coincide con el análisis efectuado por la Comisión.

III.2. La discriminación de precios como supuesto de abuso de posición de dominio.

El inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 tipifica a la discriminación de condiciones en las relaciones comerciales como supuesto de abuso de posición de dominio, en los siguientes términos:

«La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones -desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso Deposición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y lo que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones».

Del supuesto de hecho previamente descrito, se desprende que el análisis de una conducta de discriminación requiere determinar, en primer lugar, la existencia de dos o más competidores a los cuales se ofrece prestaciones de naturaleza equivalente bajo condiciones desiguales, de modo tal que se coloque a uno (o unos) de ellos en desventaja frente a otro (u otros). Sin embargo, este solo hecho no hace a la conducta de por sí ilícita. Por el contrario, constituye el punto de partida para determinar la licitud o no de la práctica.

Entre los supuestos a los que alude la ley, a manera de ejemplo, como razones que explicarían. establecer condiciones diferentes, se encuentran los descuentos y bonificaciones por volumen, por pago anticipado o por otros motivos generalmente aceptados en el mercado. Sin embargo, no debe entenderse que estas sean las únicas explicaciones posibles.

Debe tenerse en cuenta que este tipo de supuestos forman parte de la política de precios de las empresas y que, sobre este particular, el artículo 4 del Decreto Legislativo No. 757 ha establecido que «La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y las leyes «siendo además que «Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República».

Resulta claro, entonces, que las autoridades administrativas en general carecen de competencia para evaluar la política de precios que decida adoptar una determinada empresa, lo que guarda concordancia con lo dispuesto en el articulo 9 del Decreto Legislativo N° 757, conforme al cual «toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente».

En consecuencia, la Sala considera que el criterio fundamental para establecer en qué supuestos se dan las conductas que la ley busca reprimir es cuando la práctica tiene una finalidad restrictiva de la competencia, esto es, en términos de la ley, cuando se busca perjudicar a algunos competidores y favorecer a otros, obstaculizan o la permanencia de los primeros en el mercado. En efecto, la ley no reprime el solo hecho de poseer posición de dominio en un determinado mercado, sino el abuso de dicha posición. En este sentido, el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701 señala que «se considera que existe abuso deposición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio»

El Decreto Legislativo No. 701 tiene por objeto sancionar aquellas prácticas que restringen la libre competencia en el mercado. En tal sentido la discriminación de precios únicamente debe ser sancionada cuando tiene efectos restrictivos de la competencia y no cuando es resultado natural del proceso de obtención de beneficios y de ajuste de los precios a las condiciones variables del mercado. De modo que si el empresario investigado puede explicar en términos razonables a qué se debe la diferenciación de precios establecida y, por otro lado, si de los hechos del caso no se aprecia una clara finalidad de favorecer a algunos competidores desplazando a sus rivales, la denuncia debería ser declarada infundada.

Dar mayores alcances a los supuestos de abuso de posición de dominio regulados en el Decreto Legislativo No. 701 significaría convertir a la legislación contra las prácticas restrictivas de la libre competencia en un mecanismo velado de control de precios. En efecto, si la regla a adoptar fuese la de obligar a uniformizar los precios en cualquier tipo de mercado en que un vendedor mantenga posición de dominio, salvo excepciones muy limitadas, ello significaría establecer un esquema continuo de control de precios para el monopolista, lo que, además de no estar permitido por la ley, crearía mayores distorsiones en la asignación de recursos en el mediano y largo plazo.

III. 3. Las Prácticas de discriminación de precios materia de denuncia.

En base a los criterios expuestos en el punto anterior del análisis, corresponde proceder al análisis de las prácticas que han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Comisión y que han sido materia del recurso de apelación planteado por El Comercio.

a. La tarifa diferenciada para el transporte de diarios y revistas.

En relación a este punto, El Comercio señaló que la creación de una nueva tarifa para el transporte aéreo de diarios y revistas, carecía de justificación alguna, ya que dicho tipo de carga no generaba un costo de transporte adicional ni requería de condiciones especiales para su embarque, conservación ni manipuleo.

Por su parte, Aero Continente indicó que la nueva tarifa aplicada al transporte de diarios y revistas responda al mayor volumen y peso que representaba este tipo de carga, frente a la carga de animales o courier. De otro lado, según dicha empresa, en la medida que su principal actividad es el transporte de pasajeros, el transporte de los diarios y révistas restringía su capacidad de transportar otro tipo de carga, como es el caso del equipaje. de sus pasajeros, debido a que se requería de espacio en el primer vuelo de cada una de sus rutas.

La Comisión estableció que en este caso debía considerarse las características propias de la demanda bien transportado. Los diarios son bienes que deben ser consumidos el día mismo de su edición, cuyo transporte se circunscribe a envíos en los primeros vuelos desde Lima sin tráfico inverso y con pocas posibilidades de sustitución, Por otro lado, los primeros vuelos probablemente cumplían el horario establecido puntualmente, siendo que los siguientes vuelos dependían de la sincronización de horarios y del retomo oportuno de los aviones. Por ello, dichos vuelos tenían la mayor congestión en el transporte de carga, lo cual diferenciaba el servicio prestado en los primeros vuelos de aquél que se presta en los siguientes vuelos.

La Comisión señaló que la congestión antes referida se agudizó con la salida del mercado y la reducción de rutas de varias aerolíneas, lo que generó un aumento en la demanda del servicio de transporte de carga y de pasajeros presta o por Aero Continente esta situación generó un incremento de los costos de oportunidad de Aero Continente, debido a que el aumento de la demanda del servicio de transporte de pasajeros disminuyó la capacidad de bodega de sus aeronaves para transportar otro tipo de carga diferente al equipaje.

En consecuencia, para la Comisión, la diferenciación en la tarifa de transporte de diarios aero Continente se encontraba justificada en las características do en estos casos, motivo por el cual, el establecimiento de s elevada para el transporte de diarios, era explicable en los términos del artículo 5 inciso b) del Decreto Legislativo No.70 l.

La Sala considera, en efecto, que la naturaleza especial del servicio de transporte de carga de diarios y revistas tiene especial relevancia para el análisis del presente caso. Dicha carga, como se ha señalado, tiene que ser distribuida todos los días por la mañana y de manera inmediata. Ello, desde va. constituye una justificación razonable para que se produzca una diferenciación en los recios como ocurre en mercados similares al que es materia del presente análisis. Así por ejemplo, en el mercado de correos, puede encontrarse distintos servicios que se diferencian por la rapidez en la entrega, de modo que en este caso habría que distinguir entre un servicio regular, un servicio rápido y uno de tipo inmediato o de urgencia, dependiendo de las necesidades del cliente. En dichos casos, resultará lógico que se cobre un precio mayor por el servicio más rápido.

En el caso del transporte de carga aérea, debe tenerse en cuenta además que la capacidad de bodega d; los aviones es limitada, de modo tal que la carga compuesta por diarios y revistas compite, para acceder al servicio, con la carga de productos perecibles y courier, con la carga en general y con el equipaje de los pasajeros.

Al darse una situación de restricción en la oferta del servicio, las condiciones del mercado antes descritas determinan que aquellas empresas que requieren contratar servicios de transporte de carga aérea de naturaleza inmediata estén dispuestas a pagar un mayor precio por este tipo de servicio. Este mayor precio refleja el costo de excluir a todos los demás tipos de carga que compiten por acceder al servicio de transporte aéreo. Ello ocurre en el caso del servicio de distribución de diarios y revistas. Las empresas que distribuyen este tipo de productos están dispuestas a pagar mas por el transporte en los vuelos de la mañana que el precio que están dispuestas a pagar aquellas empresas que el precio que están dispuestas a pagar aquellas empresas que envían otro tipo de carga (incluso en el caso de bienes perecibles como los mariscos).

Esto explica por qué el alza de precios afecta más al transporte de carga de diarios y revistas.

En consecuencia, la Sala considera que la diferenciación de tarifas cuestionada por El Comercio se explica en que Aero Continente ha identificado una demanda de servicios de naturaleza especial, constituida por el transporte aéreo de carga de diarios y revistas. Dicha demanda requiere de un despacho de mercancías diario y de carácter inmediato, en los primeros vuelos de la mañana. Así, dadas las condiciones particulares del servicio requerido, la denunciada ha establecido una tarifa especial para el transporte de diarios revistas la Sala considera que es justificada.

De esta manera, conforme al criterio expuesto en el punto III.2. de la presente resolución, si existen explicaciones razonables para la política de precios diferenciados esta por una empresa y si, de otro lado, del análisis de los hechos no se aprecia una finalidad

restrictiva de la competencia, la práctica debería ser considerada lícita. Debe tenerse en cuenta que, de no ser así, la aplicación de la normativa contenida en el Decreto Legislativo No. 701 conduciría a un sistema velado de control de precios que, finalmente, produciría una mayor distorsión en la asignación de recursos dentro del mercado.

En este orden de ideas, la Sala es de la opinión que la práctica materia de denuncia se encuentra explicada por las características del mercado analizado, siendo además que lo actuado en el expediente no permite suponer que la práctica materia de denuncia hubiera tenido una finalidad restrictiva de la competencia, motivo por el cual la denuncia es infundada por la infracción del inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No.701.

b. Las tarifas diferenciadas para las distintas empresas editoras.

La empresa denunciante manifestó que Aero Continente aplicaba una tarifa más elevada para el transporte de carga de los diarios editados por El Comercio que para el transporte de la carga de otras empresa editoras. Sobre este tema, Aero Continente manifestó que la diferencia de las tarifas aplicadas se hallaba justificada por los contratos «cuenta canje» que había suscrito con varias empresas editoras, a las que aplicaba una tarifa congelada.

En la resolución apelada, la Comisión señaló que las empresas editoras otorgaban a Aero Continente descuentos sobre la tarifa de lista de la publicidad en diarios y otros beneficios, a cambio de una reducción de la tarifa congelada del servicio de transporte que otorgaba Aero Continente. Del análisis de dicha información, se apreció que los descuentos otorgados por Aero Continente, en algunos casos, resultaban mayores a los descuentos que le otorgaban las empresas editoras, hecho que, según la Comisión, reflejaba las diferencias existentes a nivel de los servicios materia de intercambio o una distinta valoración de los servicios.

En este orden de ideas, la Comisión consideró que «desde el punto de vista de la empresa denunciada existían dos prestaciones diferenciadas: los servicios de transporte prestados a empresas editoras de diarios con las que tiene celebrados contratos de canje y los servicios prestados a aquellas empresas con las que no tienen celebrados dichos contratos « ' En atención a ello, la Comisión indicó que la aplicación de tarifas diferenciadas se encontraba justificada en tanto se trataba de prestaciones también diferenciadas.

Adicionalmente a lo expuesto, la Sala considera pertinente señalar que los contratos de "cuenta canje» fueron celebrados por Aero Continente con anterioridad al incremento de tarifas materia de denuncia y a la creación de una nueva tarifa para el transporte de carga de diarios y revistas. Esta práctica venía desarrollándose, por ejemplo, con los diarios Expreso y La República desde 1993, con el diario Gestión desde 1994 y con el diario Síntesis desde 1995. Por otro lado, tampoco existen pruebas en el expediente que permitan determinar si a la denunciante se le negó la posibilidad de acceder a dichos contratos, siendo que Aero Continente ha señalado a lo largo del procedimiento que durante este período, invitó en reiteradas oportunidades, a El Comercio a suscribir un contrato de prestación de servicios con tarifa congelada, sin que la empresa denunciada hubiese aceptado suscribir contrato alguno.

Este elemento de juicio tiene importancia para el análisis del presente caso, toda vez que, como se ha indicado previamente, la política de diferenciación de precios para el transporte de diarios y revistas se dio en una coyuntura de restricción de la oferta, ante la cual la empresa denunciada incremento los precios de todas sus tarifas de carga, habiendo recaído el mayor aumento en las tarifas para el transporte de diarios y revistas.

Sin embargo, la diferenciación de precios efectuada por Aero Continente entre las distintas empresas periodísticas halla su justificación en el hecho que, antes de la aplicación de su nueva política de precios para el transporte de diarios y revistas, dicha empresa había celebrado los referidos contratos de «cuenta canje», de modo que no le fue posible aplicar en forma uniforme el incremento de tarifas establecido para este tipo de servicios.

De este modo, debe concluirse que el extremo de la denuncia referido a la diferenciación de tarifas entre empresas editoras también resulta infundado, toda vez que dicha práctica se encuentra justificada por las relaciones contractuales que la denunciada había establecido con anterioridad frente a sus clientes, siendo además que de los hechos analizados no se desprende una finalidad restrictiva de la competencia por parte de Aero Continente.

Por lo tanto, debe confirmarse la resolución apelada en el extremo en que declaró infundada la denuncia por presuntas infracciones al inciso b) del artículo 5 del Decreto Legislativo No. 701, como consecuencia de la aplicación de tarifas diferenciadas a las empresas editoras para el transporte de diarios.

IV. Resolución DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto confirmar la Resolución No.004-98-INDECOPI-CLC del 30 de setiembre de 1998 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declaró infundada la denuncia interpuesta por Empresa Editora el Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. por presuntas prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación de precios.

4.3.2. Resolución N° 0117-1997/TDC-Indecopi

Expediente 022-95-CLC

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del sante, Luis Hernández Berenguel y Liliana Ruiz de Alonso.

Procedencia: Comisión de Libre Competencia (La Comisión)

Denunciante: Fundición de Metales Bera del Perú S.A. (Bera)

Denunciado: Minsur S.A. (Minsur)

Materia: Abuso de Posición de Dominio Mercado Relevante

Se confirma la Resolución No. 066-96-Indecopi/CLC de fecha 17 de julio de 1996 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declara infundada la denuncia interpuesta por Fundición de Metales Bera del Perú S.A. en contra de Minsur S.A. por abuso de posición de dominio, consiste en la negativa injustificada para la venta de concentrado de estaño, por no haberse acreditado la existencia de una posición de dominio en el mercado relevante.

Lima, 5 de mayo de 1997

ANTECEDENTES

El 5 de julio de 1995, Bera denunció a Minsur ante la Comisión por abuso de posición de dominio, consistente en una negativa injustificada de venta de concentrado de estado, al amparo del inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

De acuerdo a la denuncia, en 1994 Bera inició un proceso de reactivación, para lo cual en julio y noviembre del mismo año solicitó a Minsur la venta de concentrado de estaño, requerimiento al cual dicha empresa accedió. Sin embargo, en el mes de diciembre, Minsur le informó que por razones administrativas y tributarios no proporcionaría el mineral solicitado, a pesar de haberle solicitado un volumen no mayor al 0.5% de su producción.

Bera precisó que la negativa de Minsur afecta sus posibilidades de reactivación, toda vez que no existe otro productor de concentrado de estaño en el país, por lo cual Minsur estaría abusando de su posición de dominio en el mercado al negarse injustificadamente a venderles el mineral solicitado.

El 27 de julio de 1995 Minsur absolvió el traslado de la denuncia, señalando que para declarar fundada la denuncia debía acreditarse:

(i) que Minsur goza de una posición de dominio en el mercado;

(ii) que Minsur está abusando de dicha posición; y,

(iii) verificándose las dos hipótesis anteriores, que su negativa de venta es injustificada.

Adicionalmente, señaló que de acuerdo con la Constitución Política del Perú, corresponde al Estado estimular la libertad de empresa, comercio e industria y garantizar la libertad de contratar. Igualmente, destacó que el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Mineria establece que la comercialización de productos minerales es libre, independientemente de los mercados a los cuales se acceda. Asimismo, que cuenta con un Contrato de Garantías y Medidas de Promoción a la Inversión Minera celebrado con el Estado, el cual le garantiza libertad de comercializar.

Minsur destacó que para efectos de determinar si una empresa goza de una posición de dominio, debe tenerse presente tres criterios. (i) criterio estructural (capacidad de competencia, magnitud frente a las otras empresas), (ii) criterio de comportamiento (como se explota la posición de dominio) y (iii) criterio del resultado (beneficios). Asimismo, preciso que para efectos de determinar la existencia de una posición de dominio, debe delimitarse el mercado relevante, toda vez que una empresa goza de posición de dominio cuando en el mercado que corresponda no está expuesta a ninguna clase de competencia significativa.

Para efectos de lo señalado en el párrafo anterior, indicó que la determinación del mercado relevante implica: (i)Una delinútación geográfica, no entendida como espacio territorial, sino como el mercado donde se realizan las mas importantes transacciones comerciales en el cual la empresa supuestamente mantiene una posición de dominio; y (ii) la existencia de productos idénticos o sustitutos, debiendo acudirse al criterio de elasticidad cruzada, en virtud del cual, son razonablemente intercambiables aquellos productos cuya subida de precio influye en la demanda de otros productos diferentes que. pueden servir para la misma.

Adicionalmente, señaló que para analizar la denuncia, debe tenerse en cuenta su derecho a elegir libremente a sus clientes, derecho que ve afectado cuando la negativa a Contratar es utilizada para lograr fines anticompetitivos. Sin embargo, existen negativas justificadas, que son aquellas relacionadas cm la existencia de compromisos previos y la desventaja económica derivada de la operación concretamente presentada.

Minsur destacó que la comercialización del estaño se realiza a nivel internacional, fijándose su precio en referencia a los mercados de Londres, Nueva York y Kuala Lumpur. En el caso del concentrado de estaño, su cotización se fija en referencia a los mercados antes indicados, estableciéndose en cada caso el precio en relación a la facilidad con la que el mismo pueda ser procesado para la obtención del estaño metálico, así como la posibilidad de recuperación de otros minerales, existiendo para el efecto un sistema de premios y castigos relacionado con la ley del concentrado, presencia de minerales valiosos o elementos contaminantes.

Por último, mencionó que la negativa de vender al mercado local no obedece a un supuesto de aprovechamiento de posición de dominio, sino a los compromisos de exportación previamente adquiridos. Por otro lado, el mercado de concentrado de estaño tiene dimensiones internacionales y el Perú es el séptimo productor de dicho mineral, por lo que sus decisiones no influyen en el mercado internacional, adicionalmente al hecho que existen productos sustitutos o idénticos (homogéneos), lo cual habilita otras fuentes de abastecimiento, ya que el precio y las condiciones de comercialización son similares a nivel mundial.

En relación a aquellas fuentes alternativas de abastecimiento, Minsur precisó el caso de Bolivia, donde la adquisición no importa mayor costo en el transporte dada la proximidad geográfica, existiendo incluso minas que producen estaño de mayor ley, por lo que la diferencia en el transporte, que es mínima, se compensa con la mayor ley de dicho concentrado. Asimismo, tal importación no se encuentra sujeta al pago de derechos de Aduana.

El 9 de agosto de 1995, Bera señalo que la carga de la prueba corresponde a Minsur, debiendo demostrar que no es el único productor de concentrado de estaño en el país. Adicionalmente, señalo que no le ha hecho conocer sus condiciones de venta, por lo que no puede considerarse que las relaciones comerciales serían desventajosas, siendo su negativa una expresión de abuso de posición dominante en el mercado.

El 26 de setiembre de 1995, Minsur destacó que de conformidad con el artículo 196 del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos, por lo que corresponde a Bera demostrar que Minsur goza de una posición de dominio y que ha desarrollado prácticas que constituyen un abuso de la misma. Sin perjuicio de lo señalado, Minsur niega que goce de una posición de dominio, toda vez que no reúne las condiciones previstas en el artículo 4 del Decreto Legislativo N°701.

Del mismo modo señalo que en los últimos años no ha vendido su producción en el mercado local, el mismo que es abastecido por importaciones directas o a través de empresas comercializadoras.

Mediante Resolución No. 066-96-Indecopi/CLC, del 17 de julio de 1996, la Comisión declaró infundada la denuncia por abuso de posición de dominio interpuesta por Bera, en virtud a que el concentrado de estaño de los proveedores bolivianos constituye un sustituto adecuado al comercializado por Minsur.

La Comisión, consideró que la importación de concentrado de estaño no se encuentra afecta a limitación administrativa alguna, al mismo tiempo que las importaciones provenientes de Bolivia están gravadas con arancel cero. Por otro lado la distancia entre Lima y la Mina San Rafael, de propiedad de Minsur, no es notoriamente distinta a la distancia existente entre Lima y las minas bolivianos, por lo que el mercado geográfico relevante se encuentra constituido por Perú y Bolivia, y en el cual, Minsur no goza de una posición de dominio.

El 9 de agosto de 1996, Bera interpuso recurso de apelación contra la Resolución No.066-96/ Indecopi/CLC, argumentando lo siguiente:

(i) que el estaño producido en Bolivia tiene un alto contenido de azufre y que si bien .los productos bolivianos están- exentos del pago de aranceles, sufren un recargo del 10% al precio FOB (Free on Bord);

(ii) que Minsur mantiene una posición de dominio en virtud del cual viene negándose injustificadamente a satisfacer su pedido de compra, con lo que câusa daño a la competencia y, además genera daños y perjuicios al interés económico general en el territorio nacional;

(iii) que el mercado relevante es el Perú, bajo las leyes peruanas, con una empresa peruana y un demandado peruano, que es un oferente y goza de un monopolio;

(iv) que Minsur atenta contra la libre competencia, pues ellos mismos intentan refinar en el Perú los concentrados de estaño, para lo cual estarían contratando un servicio de maquila de Funsur. Con tal actitud, Minsur elimina a un pequeño competidor y evidencia que sus contratos con el exterior son falsos, pues gran parte del estaño será destinado a refinarlo en Funsur;

(v) que no ha quedado acreditada la existencia de los contratos invocados por Minsur, más aún, dichos argumentos han sido variados, alegándose que son razones estrictamente económicas y financieras las que le impiden atender la demanda de compra; y

(vi) que debido a las condiciones de infraestructura, les resulta especialmente oneroso realizar la tostación previa a la reducción del estaño refinado que es comercializado por las empresas bolivianas.

Por Resolución N°025-93-CSA-Indecopi/EXP-032, del 26 de julio de 1996, la Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto y ordenó elevar los actuados al Tribunal.

El 16 de abril de 1997, se llevó a cabo el informe oral con la presencia de los representantes de ambas partes, luego del cual el expediente quedó expedito para ser resuelto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, se debe determinar lo siguiente.

1- El mercado relevante tanto geográfico como de producto del concentrado de estaño

2- Si Minsur ostenta una posición de dominio en aquel mercado relevante, y de ser el caso, si está ejerciendo un abuso del mismo.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. El mercado relevante.

Para determinar el mercado relevante debe examinarse las fuentes de aprovisionamiento a las que un comprador puede acudir, teniendo en cuenta cuales son las alternativas reales según el nivel de sustitución entre productos y considerando los costos de las alternativas que tiene el proveedor. El punto es establecer cual es el nivel de competencia efectiva al que está sujeto un proveedor para así determinar si es posible que dicho proveedor cuenta o no con poder de mercado.

La definición del mercado relevante es una tarea básica para analizar si efectivamente existe posición de dominio de la que pudiera eventualmente estarse abusando. Dentro de este contexto, para el análisis correspondiente conviene tener en cuenta criterios de evaluación tales corno la capacidad de acceso de los compradores, características particulares del producto, relación entre los niveles de los precios, posible competencia internacional, costos de transporte y arancel, entre otros.

En el caso específico del concentrado de estaño, el mercado relevante debe estar determinado de acuerdo a las operaciones comerciales que se realicen en tomo a este producto o la posibilidad razonable de realización de tales operaciones, teniendo en cuenta la posible existencia de bienes sustitutos y potenciales competidores. Para ello debe definirse el mercado relevante de producto y el mercado relevante geográfico.

Para definir el mercado relevante de producto debe establecerse qué productos son efectivamente sustitutos del producto en cuestión, esto es, que alternativas reales tiene el consumidor para girar su demanda en caso que se elevara el precio del producto inicial. La finalidad para la cual se adquiere el concentrado de estaño en el presente caso, es el refinamiento para su posterior comercialización en un mercado de estaño refinado, por lo cual la presencia o no de sustitutos debe analizarse dentro de dicho ámbito. Por tanto, la sustitución de dicho mineral está determinado por su adaptabilidad a los procesos de refinamiento para los fines específicos que el consumidor da al bien en cuestión.

De la revisión de los actuados se aprecia que el denunciante alega que existen diferencias en concentrado de estaño originadas en el grado de pureza del mismo, lo que justifica el tratamiento del estaño boliviano como uno perteneciente a un mercado distinto, en atención a que tiene una menor calidad. En este caso, la diferencia del grado de pureza va a constituir para el adquirente un mayor o menor costo de refinamiento de acuerdo a la ley del concentrado, siendo que un bajo grado de pureza determina un costo elevado para el proceso de refinamiento. No obstante, la presencia de impurezas determina también la diferencia en el precio del mineral en torno a un sistema de premios y castigos, lo cual compensaría, por medio del mismo sistema de mercado, el costo que genera refinarlo.

En consecuencia, la diferencia en la ley del concentrado de estaño no importa una exclusión en la determinación del mercado relevante, siendo que por el contrario dicho mercado está constituido en principio por toda la producción del mineral en cuestión, no habiéndose acreditado en el expediente por parte de la denunciante que el estaño Boliviano sea realmente de una ley inferior o que esa ley inferior justifique tratar dicho estaño como uno que no puede ser incluido dentro del mercado relevante. En consecuencia el mercado relevante es el del concentrado de estaño en general, no siendo admisible diferenciar el mercado según el nivel de pureza del mineral.

Un segundo paso es definir el mercado relevante geográfico, es decir, los proveedores de qué áreas geográficas deben ser considerados para determinar la extensión del mercado en el que el denunciado actúa en relación a los consumidores.

De la revisión del expediente se verifica que Minsur es la única empresa que produce concentrado de estaño dentro del territorio nacional. Sin embargo,

una supuesta posición de dominio unicamente puede ser establecida siempre que no existan otras alternativas razonables de compra fuera del mercado peruano. Si efectivamente dichas alternativas no existieran a un costo razonable, entonces cabria, como sugiere la denunciante, definir el mercado relevante, limitándolo al Perú. Por el contrario, si existieran otras alternativas de compra, considerando los costos consiguientes de proveedores ubicados en otras áreas geográficas, entonces corresponde incluir dichas áreas dentro del mercado relevante.

Sin embargo, también consta en el expediente que Minsur tiene destinada toda su producción a la exportación y que el abastecimiento del concentrado de estaño por otras empresas que requieren de dicho mineral además de Bera, lo han realizado de productoras ubicadas en Bolivia, las cuales si bien pueden producir un estaño de mayor o menor ley que el producido por Minsur, su preció se determina en virtud a tales circunstancias, de modo tal que, como ya se vio al analizar el mercado relevante de productos, si la ley del mineral es menor a la de Minsur debido a la presencia de impurezas, su precio también sería menor, lo cual, adicionalmente al hecho que el arancel a la importación del concentrado de estaño proveniente de Bolivia es cero como consecuencia de un acuerdo de alcance parcial celebrado con la República de Bolivia en el marco de lo dispuesto en la Decisión 321 del Acuerdo de Cartagena, hace que dicha adquisición no sea substancialmente más cara que adquirir estaño de Minsur.

Por otro lado, el costo del transporte no permitiría excluir al mercado boliviano del mercado relevante, toda vez que la diferencia entre las distancias para adquirir el metal de las minas de San Rafael y las ubicadas en Bolivia, no es tal que importe un significativo incremento en los costos de adquisición del producto.

En consecuencia el mercado relevante no se restringe a las operaciones comerciales que puedan realizarse en el territorio nacional, por lo que el análisis de una supuesta posición de dominio por parte de Minsur debe ser realizada por lo menos dentro del mercado relevante Perú-Bolivia.

No obstante lo expuesto en los párrafos precedentes, debe tenerse en cuenta que el precio del estaño se fija diariamente en dos bolsas en el mundo, siendo la principal la LME (Londón Metal Exchange), y por otro lado la bolsa de Kuala Lumpur de Malasia donde básicamente se fija el precio para los mercados de Asia. En el caso del concentrado de estaño, a pesar que no existe una bolsa que fije su precio en el mercado, las cotizaciones del estaño sirven como referencia para tal fin, fijándose el precio directamente en relación a la ley del concentrado.

Cabe destacar que el concentrado producido por Minsur es de alta pureza, tal como consta en autos, circunstancia por la cual el precio del mismo es superior al de los comercializados por algunos otros productores. Sin embargo, al no comercializar Minsur dicho mineral dentro del mercado peruano, no puede determinarse en forma precisa la diferencia de precios entre la compra que podría realizar Bera a Minsur y la que pueda realizar a productores ubicados en países como Malasia, Australia, Taiwan, entre otros; los cuales han venido importando dicho mineral al Perú, de acuerdo a la información aportada por Aduanas y que obra a fojas 33 en adelante del expediente. Así se ha importado al Perú estaño de otros países además de Bolivia, lo cual podría ser un indicativo que incluso el mercado relevante podría incluir otros países. Sin embargo, como se ve más adelante en la presente resolución, la simple inclusión del mercado Boliviano dentro del mercado relevante es suficiente para establecer la posible posición de dominio de Minsur en dicho mercado.

Consecuentemente, la comercialización del concentrado de estaño procedente de diversos países en el mundo además de Bolivia, podría presentar una posibilidad abierta de compra que en ningún momento ha sido desvirtuada por los argumentos expuestos por Bera, considerando además el hecho que el Perú se rige por una economía de mercado abierta de acuerdo a los estándares internacionales sin restricciones significativas al comercio exterior.

Si bien la adquisición del concentrado de estaño proveniente de países geográficamente distantes, tales como los indicados en párrafos precedentes, puede determinar un mayor costo en el transporte, la propia existencia de dichas importaciones demuestra que la posible diferencia podría en todo caso no ser significativa, sino que, por el contrario, los precios pueden efectivamente ser asumidos por los adquirentes, sometiendo a Minsur a un nivel de competencia adicional. Independientemente a ello, Bera no ha demostrado que la posibilidad de adquirir el concentrado de estaño de productores distintos a Minsur le pueda acarrear un excesivo costo que le sea imposible afrontar de manera que restrinja la competencia efectiva en el Perú.

En virtud a lo expuesto se concluye que el mercado relevante para la comercialización del concentrado de estaño no se limita al territorio nacional, existiendo por lo menos, competencia potencial para Minsur del estaño boliviano.

III.2. La Posición de Dominio.

Una vez definido el mercado relevante, corresponde determinar si Minsur goza de posición de dominio en tal mercado. Para determinar sí una empresa goza de

una posición de dominio debe tenerse en consideración los criterios establecidos en el Decreto Legislativo No. 701. En este sentido, la participación que posee Minsur dentro del mercado relevante debe ser significativa, de manera que le permita actuar independencia de sus clientes, proveedores y competidores, para que podamos referir, nos a la existencia de posición de dominio.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, al revisar la documentación que obra en el expediente, se puede observar que tal como lo indicó la Comisión, Minsur aporta en el mercado Perú Bolivia un significativo porcentaje en la producción del concentrado de estaño, lo cual es un indicativo que puede ostentar una participación importante en él.

De la documentación obrante en el expediente tales como la información proporcionada por Minsur, se deduce que Minsur tiene un porcentaje de participación en el mercado de estaño de Perú y Bolivia de 46%. Dicho porcentaje es menor de la mitad del estaño producido en el mercado relevante y la Sala coincide con el criterio de la Comisión en el sentido que ello no le permite tener posición de dominio. Así, incluso si consideráramos al mercado relevante solo como Perú y Bolivia, lo cual es la situación más beneficiosa para la posición de Bera en cuanto se excluye a otros posibles competidores, Minsur no ostenta posición de dominio en el mismo.

En consecuencia, no puede afirmarse que Minsur goce de una posición de dominio en el mercado.

peruano-boliviano del concentrado de estaño, por cuanto no se encontraría dentro de las condiciones exigidas en el articulo 4 del Decreto Legislativo antes señalado al no tener una participación significativa en dicho mercado al grado que le otorgue la facultad de actuar con independencia de sus clientes, proveedores y consumidores.

Siendo esta situación clara no cabe analizar un supuesto abuso de una posición de dominio inexistente, razón por la cual esta Sala es de la opinión que se confirme la resolución impugnada en virtud a que no se han configurado los presupuestos del hecho denunciado.

IV. Resolución DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto confirmar la Resolución No. 066-96-Indecopi/CLC de fecha 17 de julio de 1996 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declara infundada la denuncia interpuesta por Fundición de Metales Bera del Perú S.A. en contra de Minsur S.A. por abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada para la venta de concentrado de estaño.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard Gonzalez, Hugo Eyzaguiire del Sante, Jorge Vega Castro, Gabriel Ortiz de Zevallos y José Antonio Payet Puccio.

4.4. DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES

4.4.1. Resolución 0106-1998/TDC-Indecopi

Expediente 002-97-CLC

PROCEDENCIA: COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE: FORMAS CONTÍNUAS Y DERIVADOS S.A. (FOCODESA)

DENUNCIADA: SERVICIOS POSTALES DEL PERU S.A. (SERPOST)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA, MERCADO RELEVANTE, ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS Y CONDICIONES

ACTIVIDAD: ACTIVIDAD POSTAL NACIONAL

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 022-97-INDECOPI-ICLC de fecha 26 de setiembre de 1997 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declaró infundada la denuncia interpuesta por Formas Continuas y Derivados S.A. contra Servicios Postales del Perú S.A. por presumas prácticas contrarias a la libre competencia sancionadas por el Decreto Legislativo N° 701, toda vez que la empresa denunciada no posee una posición de dominio en el mercado de «documentos-valores» (mercado relevante), con lo cual no podría cometer un acto calificable como abuso de posición de dominio en perjuicio de Formas Continuas y Derivados S.A.

Lima, 17 de abril de 1998.

ANTECEDENTES

El 5 de febrero de 1997, Focodesa -empresa dedicada a la industria gráfica especializada en la fabricación de papeles de seguridad o «documentos-valores» tales como cheques, bonos, certificados de depósitos bancarios y otros títulos- denunció ante la Comisión a Serpost - empresa titular de la concesión, sin exclusividad, del servicio postal en todo el país a través del Decreto Legislativo N° 685 - por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701. Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos correspondientes, la Comisión citó a las partes a una audiencia el 19 de setiembre de 1997 con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio para mejor resolver el asunto controvertido en el presente caso. Mediante Resolución N° 022-97-INDECOPI/CLC del 26 de setiembre de 1997, la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por Focodesa contra Serpost. El 22 de octubre de 1997, la denunciante apeló de la resolución antes mencionada, elevándose el expediente a esta Sala. Habiéndose llevado a cabo el informe oral solicitado por Serpost el 18 de marzo de 1998 con la participación solo del representante de Serpost, el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

De la evaluación del expediente y de lo expresado por las partes, se desprende que el 3 de enero de 1997, Serpost convocó a la Licitación Pública Internacional N° 001-97SERPOST S.A./CA., con la finalidad de seleccionar a la empresa impresora de sellos postales que estuviera en capacidad de suministrarle los sellos postales requeridos según las especificaciones detalladas en las bases administrativas de la mencionada licitación. Como parte de los requisitos establecidos en dichas bases administrativas, en el acápite 3.2. denominado «Como acreditar la Especialización y/o Experiencia» se establecía que los postores para acreditar experiencia y/o especialización en la impresión de sellos postales, debían exhibir ordenes de compra o contratos de suministro para sellos postales con la Dirección General de Correos del Perú (DGC), con vigencia de los tres últimos años, o con Serpost y/o entidades extranjeras homólogas a las nombradas anteriormente. Asimismo, en el acápite 6.3 b) denominado «Sobre N° 2 Sobre Propuesta Técnica» se establecía que los postores debían acreditar un mínimo de 5 años de experiencia en la impresión de sellos postales.

Cabe señalar que la primera convocatoria de la licitación pública en cuestión fue declarada desierta, mientras que en la segunda convocatoria se otorgó la buena pro a la empresa colombiana Thomas Greg and Sons.

En su escrito de denuncia, Focodesa argumentó que los requisitos establecidos en las bases administrativas de la referida licitación pública eran discriminatorios y distorsionadores de la libre competencia ya que, según el dicho de la denunciante, ninguna de las compras realizadas en los últimos anos por Serpost o la DGC se hicieron a proveedores peruanos, por lo que ninguna empresa peruana podría presentar órdenes de compra o contratos de suministro para sellos postales en los últimos tres años con aquellas entidades. Del mismo modo, a decir de Focodesa, el requisito de acreditar un mínimo de cinco años de experiencia en la impresión de sellos postales, tampoco podía ser cumplido por ninguna empresa peruana.

Por su parte, Serpost señaló que si bien contaba legalmente con la exclusividad en la comercialización de sellos postales, ello no significaba que fuera la

única entidad que pudiera adquirir estampillas pues en cada país existía una administración postal del Estado que podría adquirirlas, de acuerdo a los tratados internacionales que regulan el tema.

En la resolución apelada la Comisión consideró que el producto relevante en el presente caso eran los sellos postales, los mismos, que a criterio de la Comisión no tenían sustitutos. Asimismo, consideró que el mercado geográfico relevante estaba constituido por el mercado internacional de adquisición de sellos postales, sin incluir a aquellos países en donde el propio Estado se encargaba de la impresión de estampillas para abastecer a su administradora postal. Habiendo determinado ello, a criterio de la Comisión, no podía afirmarse que Serpost tuviera una posición de dominio, puesto que ésta sólo era una empresa más de las posibles demandantes de sellos postales a nivel internacional, por lo que la empresa denunciada mal podría cometer un acto calificable como abuso de posición de dominio en perjuicio de la empresa denunciante. Finalmente, la Comisión recomendó a Serpost que utilice en la elaboración de bases administrativas algunos criterios que aseguren el tratamiento equitativo para las empresas en los procesos públicos de adquisición de bienes o servicios convocados por dicha empresa.

Cabe señalar que el señor Rufino Cebrecos Revilla, miembro de la Comisión, emitió un voto singular en lo referente a la definición de mercado relevante, en el sentido que éste debía incluir todo lo que los productores podían elaborar con las mismas capacidades y personal sin tener dificultad de pasar de uno a otro ítem (es decir, que no se afecta su capacidad de generar valor agregado). Sólo en la medida que con relación a las instalaciones y personal no se den alternativas efectivas de uso rentable sin mayor problema, el comprador de un ítem podría tener una posición dominante, puesto que el productor «no podría salirse del mercado» de dicho ítem sin costo para él. Así, si bien coincidía con el sentido de la resolución, consideraba que sus fundamentos debían ajustarse al definir el mercado del producto relevante.

En su escrito de apelación, Focodesa argumentó que la Comisión había incurrido en un error toda vez que, según el dicho de la denunciante, Serpost gozaba de exclusividad también en la emisión de sellos postales y era a partir de dicha exclusividad en donde se manifestaba la posición dominante en el mercado local de la denunciada, ya que ello le permitía imponer condiciones a sus proveedores. Asimismo, señaló que, a su criterio, el mercado geográfico relevante era el mercado local y no el internacional, reiterando que los requisitos impuestos por Serpost eran discriminatorios en perjuicio de las empresas nacionales que sí estaban técnicamente en condiciones de manufacturar los sellos postales requeridos.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, las cuestiones en discusión consisten en determinar lo siguiente:

(i) si la denuncia interpuesta por Focodesa contra Serpost ha sido calificada correctamente por la Comisión; y,

(ii) si Serpost goza de posición de dominio en el mercado relevante y, de ser el caso, si ha cometido una actuación indebida en la elaboración de las bases administrativas de la Licitación Pública N° 001-97-SERPOSTS.A./CA que pueda calificarse como un supuesto de abuso de posición de dominio en dicho mercado.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Calificación de la denuncia.

Focodesa interpuso una denuncia contra Serpost por «Limitación y Restricción de la Libre Competencia», argumentando que la licitación pública internacional convocada por esta empresa contenía «exigencias claramente discriminatorias contra las empresas nacionales asentándose contra la libre competencia».

Al respecto, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 701 tiene por finalidad eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

En esa medida, la norma bajo comentario sanciona, por un lado, aquellas prácticas restrictivas de la libre competencia, es decir aquéllas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y, por otro lado, sanciona aquellas personas que abusan de la posición de dominio que ostentan en el mercado, es decir a aquéllas que actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

Conforme puede desprenderse de lo expuesto en el párrafo anterior y como se detalla en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, para que una práctica sea calificada como presuntamente restrictiva de la libre competencia, necesariamente se tiene que acreditar que existe más de una persona involucrada en el desarrollo de la misma, es decir, se debe acreditar que hay un acuerdo o concertación entre dos o más personas para restringir, impedir o falsear la competencia.

A diferencia de ello, en el caso de prácticas que presuntamente constituirían un abuso de posición de dominio, no se requiere acreditar la participación de dos o más personas en el desarrollo de las mismas, siendo que la actuación indebida de una sola persona que ostenta posición de dominio podría configurar este tipo de supuestos.

En el presente caso, de una revisión del escrito de denuncia, se desprende que Focodesa argumentó que Serpost estaría restringiendo y limitando la libre competencia, al tener la exclusividad en la comercialización de los sellos postales que se utilizan en el territorio nacional, estableciendo requisitos discriminatorios en perjuicio de las empresas nacionales.

Atendiendo lo expuesto anteriormente, se desprende que la denuncia interpuesta por Focodesa no se refiere a la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia, ya que sólo se ha denunciado a Serpost en el presenta caso y a que el hecho denunciado consiste en la presunta discriminación que habría establecido dicha empresa en perjuicio de las empresas nacionales al gozar de exclusividad en la comercialización de sellos postales en el país.

Es por ello, que esta Sala comparte el criterio de la Comisión de haber calificado la pretensión de Focodesa como una denuncia contra Serpost por la presunta práctica de abuso de posición de dominio que habría realizado esta última.

III.2. Mercado relevante.

Definir el mercado relevante es esencial para el análisis de todo caso de posible abuso de posición de dominio. De no definir en primer lugar el mercado relevante no sería posible determinar si el agente económico bajo análisis tiene o no una posición de dominio en ese mercado y, en consecuencia, si le resulta posible abusar de dicha posición. Así, el mercado relevante viene a ser la definición de con qué productos y con qué otros proveedores o compradores, según sea el caso, compite de manera efectiva la denunciada. Si la empresa denunciada está sujeta a competencia efectiva con otros agentes económicos ubicados dentro de la zona geográfica que se determine como relevante o con otros posibles productos sustitutos, entonces no podrá sostenerse que goza de posición de dominio.

Dicho en otras palabras, la definición de mercado relevante implica determinar qué otras alternativas reales y económicamente viables tiene el comprador o el proveedor, según sea el caso, frente a la empresa denunciada, a fin de poder establecer, a su vez, si dicha empresa tiene o no la posibilidad de actuar con independencia de sus clientes o proveedores según sea el caso. Así, si el cliente tiene suficientes opciones de compras que satisfagan una determinada necesidad o el proveedor tiene suficientes opciones de producción, sin estar sujeto a la exclusiva voluntad de la denunciada, entonces la alegación de que exista posición de dominio pierde fundamento.

Esta necesidad de definir el mercado relevante se deriva directamente de lo que se establece en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701 en el sentido de que para definir la existencia deposición de dominio debe determinarse la capacidad de la empresa bajo análisis de actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. Esto implica, en el caso concreto, que la denunciada pueda estar en posibilidad de tomar decisiones unilaterales sin que las reacciones de competidores, proveedores, clientes o consumidores afecten de manera significativa el efecto de la decisión adoptada y que tengan la posibilidad de implementarla.

Esta Sala concuerda con lo señalado por la Comisión en la resolución apelada, en el sentido que el mercado relevante se determina en base a la identificación del producto relevante y del mercado geográfico relevante.

Por un lado, el mercado del producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. Este análisis debe hacerse desde el punto de vista de los agentes económicos que constituyen la demanda de dichos productos (consumidores). Así, debe definirse si las galletas son substitutos del pan o el agua mineral de las demás bebidas gaseosas.

A manera de ejemplo, si una empresa decidiera elevar el precio de un producto y la demanda de los consumidores hacía otros productos no se afectara, precisamente por que los consumidores no consideran estos productos opciones alternativas de consumo, entonces se podrá sostener que la empresa que elabora aquel producto está en posibilidad de actuar con independencia en el mercado relevante. Por esa razón es que el mercado relevante debe ser definido en atención a la capacidad de actuar con independencia, tal como se señala en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701. Por ejemplo, si se asumiera que el precio del pan se incremento y los consumidores desplazaran su demanda, en gran medida (elasticidad cruzada positiva), hacia las galletas como consecuencia de dicho aumento, entonces las galletas deberán ser incluidas como parte del mercado del producto relevante. Si esa fuera la conducta de los consumidores, entonces en el supuesto que existiera un solo fabricante de pan, para medir su posición en el mercado deberá considerarse las galletas como parte del mercado relevante, pues los consumidores ven a éstas como una alternativa muy cercana al pan.

De otro lado, tal como lo señaló la Comisión, dentro del mercado geográfico relevante debe considerarse a aquellos proveedores a los que el consumidor local puede acceder sin costo adicional (derivado de un costo transporte) en el precio de compra. Si ello resulta una operación fácil, dichos proveedores deben ser incluidos en el mercado, porque los consumidores locales pueden acceder a esos productos; y no existirá posición de dominio de los productores locales al no tener la capacidad de ejercer poder sobre el mercado ante la existencia de los otros proveedores.

De la misma manera, si se produce un incremento del precio de un producto en una localidad determinada y proveedores de otras localidades acuden a la primera localidad a ofrecer sus productos incentivados por dicho aumento, entonces las demás localidades deben ser incorporadas dentro del mercado relevante. Así, por ejemplo, debe definirse si las bebidas gaseosas vendidas en Lima compiten o no con las producidas en Arequipa.

En ese orden de ideas, la definición del mercado relevante (tanto geográfico como de producto) busca determinar la esfera dentro de la cual una empresa puede actuar con relativa independencia al establecer precios y condiciones de comercialización, al no estar sujeta a competencia real o efectiva que controle su posición en el mercado.

Esta Sala considera que lo expuesto anteriormente para definir el mercado relevante es válido en los casos en que lo que se encuentra bajo análisis es una situación de abuso de posición de dominio de parte del vendedor (monopolio u oligopolio). Sin embargo, en aquellos casos en que, como el presente, la conducta denunciada constituya un presunto abuso de posición de dominio de parte del comprador (monopsónico u oligopsónico), el análisis anterior debe adecuarse a esta situación concreta.

En efecto, el problema principal en los casos de prácticas de abuso de posición de dominio de parte del vendedor es que un único proveedor o vendedor busca finalmente usar su posición en el mercado (normalmente mediante la restricción de la cantidad que ofrecerá o producirá en el mercado), para establecer precios o condiciones que no hubiera podido establecer de estar sujeto a competencia efectiva. En cambio, en los casos de abuso de posición de dominio de parte del comprador el principal problema es que un único comprador utilizará su posición en el mercado (normalmente mediante la restricción de sus compras) para establecer e imponer condiciones que no hubiera podido establecer a sus proveedores de haber tenido competencia efectiva en tales compras. Así, las potenciales víctimas del uso indebido de un poder monopsónico u oligopsónico serán los vendedores de un producto, y no los consumidores, como ocurre en el caso típico de abuso monopólico u oligopólico.

En el primero de los casos se analiza el poder del mercado que se ejerce sobre los compradores, mientras que en el segundo caso se analiza el ejercicio de poder de un agente o agentes económicos en el mercado sobre los vendedores.

Cuando la posición de dominio se establece desde el lado del comprador, se debe tomar en cuenta qué otras alternativas tienen los vendedores en caso que, por ejemplo, el comprador con posición de dominio decidiera comprar el producto a un precio inferior o no comprar. Así, si los proveedores no tuvieran opciones reales de vender su producción a otro cliente, entonces se estaría ejerciendo la posición de dominio de manera independiente a lo que puedan hacer los proveedores de los bienes involucrados. Ello explica la referencia que se hace en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701 a la actuación con independencia de proveedores, es decir, sin preocuparse de las actuaciones de éstos.

Es decir, para poder definir el mercado del producto relevante cuando la presunta posición de dominio se ejerce de parte del comprador, se debe atender a qué otras alternativas casi inmediatas, en el corto plazo, tienen los proveedores a partir de sus capacidades productivas disponibles. La connotación temporal de como plazo deberá aplicarse caso a caso. A manera de ejemplo, si los proveedores pueden con su misma capacidad instalada y en forma casi inmediata, sustituir la elaboración de su producto original por otro, sin incurrir en costos significativos, ello indicaría que el mercado relevante comprende también los demás productos que podrían ser producidos sin incurrir en costos significativos, dadas las características de la industria específica.

Cabe señalar que para efectos de analizar el mercado de producto relevante no sería necesario considerar que un gran número de vendedores debiera realizar este cambio con su capacidad instalada, ya que bastaría que un pequeño grupo de ellos esté en la posibilidad de efectuar dicho cambio para poder contrarrestar cualquier intento de la supuesta empresa dominante.

En ese orden de ideas, en los casos de una presunta posición de dominio de parte del comprador, el foco de análisis para determinar el mercado del producto relevante está constituido por las alternativas de producción que tienen los vendedores en forma casi inmediata, dada su capacidad instalada y la facilidad para girar hacia otros productos.

Si los vendedores tienen productos alternativos que pueden ser casi tan rentables como el posible producto sobre el cual se ejercería el monopsonio, y si dicho

cambio sería una actividad que puede esperarse de los proveedores, entonces dichas alternativas deben ser incorporadas dentro del mercado relevante. Por el contrario, si los vendedores encuentran dificultades apreciables en poder elaborar otros productos en forma casi inmediata, con la misma capacidad disponible, entonces el mercado del producto relevante debe ser restringido a aquél presuntamente monopsonisado.

Por ejemplo, si existiera en un mercado determinado un solo comprador de cuadernos, y varias imprentas que los fabrican, sería equivocado considerar como mercado relevante sólo a los cuadernos. Si las imprentas pudieran girar su producción, sin incurrir en costos significativos, hacia otros productos impresos (libretas, blocks, afiches, etc.) entonces la única empresa compradora de cuadernos carecería de posición de dominio que le permitiera actuar con independencia de sus proveedores. Si decidiera usar su supuesto poder de mercado para bajar el precio de sus compras de cuadernos, sus proveedores se dedicarían a fabricar y vender otros productos que sean alternativas posibles dados los costos que enfrentan. El efecto sería que la empresa que pretende aprovecharse de una supuesta posición de dominio, en realidad carecería de tal posición, pues tendrá que pasar un precio mayor para conseguir que las imprentas fabriquen cuadernos. No podría, por tanto, actuar de manera independiente a sus proveedores, con lo que no se ajustaría a la definición del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 701.

Por otro lado, para efectos de realizar el análisis del mercado geográfico relevante se deben tomar en cuenta elementos tales como el costo de transporte en que incurriría el vendedor de querer ofrecer su producto a otros compradores, la ubicación de esos otros compradores o potenciales compradores de su producto, entre otros.

Así, el concepto de mercado relevante es un instrumento, que sirve precisamente, para tener un mecanismo que ayude a identificar si una empresa actúa con independencia de sus clientes, proveedores, competidores y consumidores.

Habiendo establecido los criterios a utilizar para definir el mercado relevante, corresponde analizar los hechos denunciados en el procedimiento.

III.3. Determinación del mercado de producto relevante en el presente caso.

Fqcodesa argumentó que Serpost establecía limitaciones discriminatorias y distorsionadoras de la libre competencia en las bases administrativas de la Licitación Pública Internacional N° 001-97-SERPOST S.A. /CA., convocada con la finalidad de seleccionar a una empresa impresora de sellos postales que estuviera en capacidad de suministrarle dichos productos.

En la resolución apelada, la Comisión consideró que el producto relevante en el presente caso eran los sellos postales ya que sí bien la certificación de pago hecha a través de máquinas franqueadoras se reconocía como un sustituto, en ningún caso se podían utilizar sólo lo segundo debido a que existen ciertos fines para los que sirven las estampillas, como el valor que adquieren dentro del mercado filatélico o los actos conmemorativos. En ese sentido, la Comisión consideró que no se podía afirmar que existía un sustituto perfecto para los sellos postales.

En el voto singular del señor Rufino Cebrecos Revilla se señaló que cuando un productor reclamaba abuso de posición dominante de un comprador, debía considerarse las posibilidades del productor de sustituir la producción vendible a dicho comprador con la que podría hacer a partir de sus capacidades productivas disponibles para producir el mismo y otros productos sin enfrentar costos significativos.

Atendiendo a lo expuesto en párrafos precedentes, esta Sala considera, concordando en gran medida con lo señalado en el voto singular, que para definir el producto relevante en este caso se deben analizar las alternativas que tiene el denunciante de elaborar productos substituibles con la misma capacidad productiva que tiene disponible y en forma casi inmediata.

Al respecto, de acuerdo a propias declaraciones de los representantes de Focodesa, ellos se dedican a producir distintos papeles de seguridad tales como bonos, cheques y otros «documentos – valores», por lo que de acuerdo al dicho del denunciante, se encontraría en la capacidad de elaborar estampillas pero que requería de una máquina especializada en perforación que está en capacidad de adquirir en reemplazo de la máquina manual que viene utilizando.

En esa medida, el mercado relevante del producto en el presente caso no sólo está compuesto por los sellos postales, sino además por todos aquellos otros productos que la denunciante u otras empresas similares efectivamente elaboran o puede elaborar con la capacidad instalada que poseen. En efecto, la elaboración de estos otros productos no constituye una dificultad para el caso de la empresa denunciante, teniendo en cuenta, incluso, que viene dedicándose a ello y, que, por otro lado, esta empresa no ha acreditado que el cambio le implicaría asumir costos significativos.

A mayor abundamiento, la propia empresa denunciante ha establecido la facilidad que tiene, como fabricante de papeles de seguridad («documentos-valores»), de fabricar estampillas, lo que demuestra la

facilidad para girar su capacidad productiva a otros bienes con su misma capacidad instalada.

Así, por ejemplo, si efectivamente Serpost decidiera intentar reducir el precio de manera significativa de los sellos postales que compra mediante el uso de una supuesta posición de dominio, fracasaría en su propósito pues sus proveedores podrían dedicarse a fabricar y proveer otros papeles de seguridad a otros clientes. Estos clientes estarían compitiendo de manera efectiva por los productos de las empresas que fabrican papeles de seguridad, incluidos los sellos postales. Así, Serpost tendría que tener posición de dominio en el mercado de papeles de seguridad (y no sólo en el de sellos postales) para poder actuar de manera independiente respecto de sus proveedores.

III.4. Determinación del mercado geográfico relevante en el presente caso.

En cuanto al mercado geográfico relevante, la Comisión consideró que el mismo estaba constituido por el mercado internacional de adquisición de sellos postales, mercado que no incluía a aquellos países en que el Estado se encarga directamente de la impresión de las estampillas para abastecer a su administración postal, tales como Brasil y Chile.

Ello porque siguiendo el mismo razonamiento antes expuesto, si un consumidor local de sellos postales decidiera bajar el precio de sus compras, fracasaría en su intento porque los proveedores locales podrían acudir a ofrecer sus productos a consumidores de otros países, en especial, porque los costos de transporte de sellos postales no son significativos.

Sobre el particular, teniendo en cuenta lo detallado en párrafos anteriores, esta Sala considera que el mercado geográfico relevante es el mercado tanto nacional como internacional de adquisición, no sólo de sellos postales, sino también de todos los demás productos denominados por la denunciante como «documentos-valores», esto es cheques, bonos y otros que pudiera elaborar con la misma capacidad productiva disponible.

Así, a criterio de la Sala, el mercado relevante es aún más amplio que el definido por la Comisión, por lo que la evaluación de la existencia de una posible posición de dominio pasa precisamente por utilizar el mercado ampliado en los términos de la presente resolución.

III.5. Posición de dominio en el mercado.

Esta Sala concuerda con la Comisión en el sentido que la participación en el mercado es la medida que una empresa tiene en una industria según su producción, sus ventas totales o capacidad total que posee. Los altos niveles de participación de una empresa en el mercado pueden otorgarle un poder determinante sobre éste. En circunstancias normales, una empresa con una importante capacidad de mercado obtiene posición de dominio en el mismo.

Para definir si en el presente caso Serpost tiene una posición de dominio resulta importante identificar las alternativas que tiene el denunciante, es decir, qué otras empresas pueden adquirir el producto relevante en el mercado geográfico relevante establecido.

En la resolución apelada se señaló que, considerando que el mercado relevante se había definido como el mercado internacional de adquisición de sellos postales, no podía afirmarse que Serpost tuviera una posición de dominio en dicho mercado, puesto que ella sólo era una más de las posibles demandantes de sellos postales a nivel internacional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el mercado relevante definido por la Comisión en el presente caso ha sido ampliado al mercado nacional e internacional de adquisición de «documentos-valores», la participación de Serpost en dicho mercado es aún menor, porque es aún más difícil sostener que ostente una posición de dominio en el mismo.

Siendo ello así, Serpost no podría cometer un acto calificable como abuso de posición de dominio en perjuicio de Focodesa, por lo que resulta innecesario realizar este análisis.

Sin perjuicio de ello, y solo a efectos de complementar el análisis realizado, debe considerarse que la posible infracción que tipificó la denunciante al mencionar los hechos que constituyen objeto de la denuncia es una aparente discriminación de condiciones, recogida en el inciso b del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701. La referida norma exige, sin embargo, que el establecimiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, es decir que la discriminación tenga una intención o un efecto predatorio en el mercado. En el supuesto que Serpost tuviera efectivamente posición de dominio en el mercado relevante, no existe nada en el mercado que refleje cual sería su intención predatoria.

Más aún, de acuerdo a la primera parte del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, la empresa con posición de dominio incurrirá en abuso cuando actúe de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios que no hubieran sido posibles de no contar con tal posición. En tal sentido, para que se configure la infracción, el recibir beneficios y el causar perjuicios deben darse simultáneamente. En el expediente no se encuentra ningún elemento de juicio que indique que Serpost recibió beneficios indebidos con su práctica. Por el contrario, una empresa con poder monopsónico, que la denunciante atribuye a

Serpost, no tendría ningún interés en restringir a los posibles ofertantes, pues ello reduciría sus propias opciones y le podría llevar a tener que pagar precios superiores. Es decir, el excluir a las empresas nacionales, de acuerdo a lo señalado por la denunciante, perjudicaría a la propia Serpost. Se podría afirmar que la denunciada tendría beneficios si se demostrara que reduce sus opciones como una forma de depredar un mercado.

Así, en el supuesto negado de que existiera posición de dominio, no aparece en el expediente prueba o indicio alguno que explique qué beneficios obtendría Serpost con la supuesta práctica de abuso de dicha posición de dominio.

Por lo expuesto a lo largo de la presente resolución, esta Sala considera que debe confirmarse la resolución apelada.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos antes expuestos, esta Sala ha resuelto confirmar la Resolución N° 022-97-INDECOPI/CLC de fecha 26 de setiembre de 1997 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declaró infundada la denuncia interpuesta por Formas Continuas y Derivados S.A. contra Servicios Postales del Perú S.A. por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia sancionadas por el Decreto Legislativo N° 701.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Liliana Ruiz de Alonso, Gabriel Ortiz de Zevallos y José Antonio Payet Puccio.

4.5. NEGATIVA INJUSTIFICADA

4.5.1. Resolución N° 0216-1999/TDC-Indecopi

Expediente 005-98-CLC

PROCEDENCIA: COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTES: ROBERTO BERGERMAN ACOSTA (SEÑOR BERGERMAN)

WALTER BARBOSA MENDOZA (SEÑOR BARBOSA)

DENUNCIADO: ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES AGRÍCOLAS MERCADO DE SANTA ANITA (APAMSA)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. NEGATIVA INJUSTIFICADA.

ACTIVIDAD: VENTA MAYORISTA DE ALIMENTOS, BEBIDAS Y TABACOS

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 002-99-INDECOPI-ICLC emitida el 19 de marzo de 1999 por la Comisión de Libre Competencia, que:

(a) Declaró fundada la denuncia interpuesta por los señores Roberto Bergerman Acosta y Walter Barbosa Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas Mercado de Santa Anita por abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada del acceso del producto Arroz Super Extra marca Molino del Rey al referido mercado; y, en tal sentido, ordenó que en el futuro dicha Asociación se abstenga de impedir o restringir el acceso de arroz marca Molino del Rey a dicho Mercado.

Al respecto, se señala que tal acto es imputable a la Asociación, la misma que en el momento de la infracción se encontraba representada por el señor Rómulo Rodríguez García, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo de la Asociación.

(b) Impuso a la Asociación de Productores Agrícolas Mercado de Santa Anita una multa de 10 UIT por haber cometido un acto de abuso de posición de dominio.

(c) Impuso a la Asociación de Productores Agrícolas Mercado de Santa Anita una multa de 5 UIT por proporcionar información falsa a la Comisión, dado que la denunciada informó que nunca se efectuó una diligencia de constatación por parte del Ministerio Público cuya existencia se acreditó con la copia del acta correspondiente remitida por dicha dependencia.

SANCION: 10 UIT por actos de abuso de posición de dominio / 5 UIT por información falsa

Lima, 16 de junio de 1999

I. ANTECEDENTES

El 21 de setiembre de 1998, los señores BergerMan y Barbosa presentaron una denuncia en contra de Apamsa ante la Comisión por presunto abuso de posición de dominio, consistente en la negativa injustificada de acceso del producto Arroz Super Extra marca Molino del Rey al Mercado de Santa Anita, impidiéndose de esa forma su comercialización dentro del mismo. Mediante la Resolución N° 002-99-INDECOPI/CLC emitida el 19 de marzo de 1999, la Comisión declaró fundada la denuncia y sancionó a Apamsa con una multa equivalente a 10 UIT. Asimismo, mediante la mencionada resolución se sancionó a Apamsa con una multa ascendente a 5 UIT por la presentación de información falsa ante la Comisión.

El 20 de abril de 1999, Apamsa apeló de la mencionada resolución, motivo por el cual el expediente fue elevado a esta Sala.

En su denuncia, los señores Barbosa y Bergerman indicaron lo siguiente:

(i) El 17 de julio de 1998, el señor Bergerman, en su calidad de titular de la marca Molino del Rey, denunció ante la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI - en adelante, OSD - al señor Germán Rubio Bustamante, propietario de Codirey E.I.R.L., por presunta infracción a los derechos de propiedad industrial, consistente en el uso indebido del signo distintivo de su propiedad. El 31 de Julio de 1998, la OSD ordenó como medida cautelar el cese del uso indebido del signo distintivo y la inmovilización del producto Arroz Grano Esmeralda a Codirey E.I.R.L.

(ii) En represalia contra dicha medida solicitada por el señor Bergerman, el señor Rubio, en su calidad de afiliado a Apamsa, solicitó al Presidente del Consejo Directivo de dicha asociación, señor Rómulo Rodríguez García -en adelante, el señor Rodríguez-, que impida el ingreso del producto Arroz Super Extra de marca Molino del Rey al Mercado de Santa Anita.

(iii) Los días 11, 15 y 17 de agosto de 1998 los encargados de la vigilancia del local del Mercado de Santa Anita impidieron el ingreso de dos camiones que contenían 800 y 830 sacos de arroz Molino del Rey cada uno, a pesar de tener toda la documentación en regla. Tales vigilantes afirmaron que dicha conducta obedecía a la orden expresa del Presidente de la Asociación, señor Rodríguez. Los hechos de las dos primeras fechas constaban en partes policiales, y los del día 17 quedaron sentados en el acta levantada por la Fiscalía de Turno del Ministerio Público.

(iv) Ante el requerimiento que los señores Barbosa y Bergerman efectuaron al señor Rodríguez, éste respondió que no dejaría ingresar esta mercadería si no se retiraba la denuncia interpuesta ante la OSD.

(v) La conducta descrita constituye un impedimento injustificado a la libre comercialización y abuso de posición de dominio en el mercado, la misma que se encuentra prohibida por el Decreto Legislativo N° 701.

Mediante escrito presentado el 21 de octubre de 1998, complementado el 16 de noviembre de 1998, Apamsa, debidamente representada por el Presidente del Consejo Directivo, señor Rodríguez, presentó sus descargos, expresando lo siguiente:

(i) Los vigilantes no están autorizados para tomar decisiones de índole administrativa, técnica y operativa de la Asociación, por lo que no se produjo el impedimento del acceso de los camiones de arroz alegado en la denuncia.

(ii) Los directivos de Apamsa no actúan como mediadores entre los problemas de sus comerciantes asociados, por lo que dicha conducta no habría provenido de la Directiva de Apamsa.

(iii) Los supuestos destinatarios de la mercadería prohibida de ingresar no eran asociados, por lo que las alegaciones de los denunciantes serían falsas.

(iv) Los denunciados no han acudido a conversar con los Directivos ni con la Gerencia Administrativa de Apamsa.

(v) Es falso que se haya prohibido el ingreso de dichos vehículos, por el contrario, el arroz de marca Molino del Rey se viene comercializando normalmente en los puestos del mercado.

(vi) Es falso lo alegado en la denuncia respecto a la realización de la diligencia de constatación del Ministerio Público del 17 de agosto de 1998.

El 4 de noviembre de 1998, la Comisión solicitó al Ministerio Público que le remita copia del acta de fecha 17 de agosto de 1998, levantada por la Fiscal de Turno, señorita Celia Camargo Mora, que fue ofrecida por los denunciantes como prueba de la negativa de ingreso de los camiones cargados con arroz marca Molino del Rey al Mercado de Santa Anita. En atención a ello, el 4 de febrero de 1999, el Ministerio Público remitió copia de dicha acta.

El 12 de marzo de 1999, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió el Informe N° 001 1999/CLC, recogiendo los detalles de las pruebas identificadas y el análisis realizado de las mismas en base a la documentación presentada por las partes y a la investigación sobre las posibles prácticas abusivas de la libre competencia en el mercado de la comercialización del arroz.

El 19 de marzo de 1999, la Comisión emitió la Resolución N° 002-99-INDECOPI/CLC, mediante la cual declaró fundada la denuncia en atención a lo siguiente:

(i) Apamsa tiene una posición de dominio en el mercado relevante definido por los centros de abasto en que se comercializa arroz a nivel mayorista en la ciudad de Lima.

(ii) Los días 11 y 15 de agosto de 1998, personal de Apamsa impidió el ingreso de dos camiones conteniendo sacos de arroz de la marca Molino del Rey de 50 kilos cada uno, a pesar de contar con la documentación en regla, según consta en las constancias policiales de la Comisaría de Santa Anita.

(iii) El día 17 de agosto de 1998, los vigilantes del Mercado de Santa Anita impidieron el ingreso de un tercer camión que llevaba arroz de la misma marca, al cual se le negó además la venta de la boleta de permiso para el ingreso, hecho que fue constatado por la Fiscalía Provincial de Turno del Ministerio Público.

(iv) Las negativas de acceso al Mercado de Santa Anita fueron injustificadas, y al ser Apamsa un agente que ostenta una posición de dominio en el mercado, dichos actos constituyen actos de abuso de dicha posición, que deben ser sancionados conforme al inciso a) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701.

En atención a ello, la Comisión impuso a Apamsa una multa ascendente a 10 UIT por las infracciones cometidas. Asimismo, la Comisión sancionó con una multa de 5 UIT a Apamsa por haber proporcionado información falsa durante el desarrollo del procedimiento, dado que manifestó que nunca se efectuó una diligencia de constatación por parte del Ministe-

rio Público, cuya existencia se acreditó con la copia del acta correspondiente remitida por dicha dependencia.

El 20 de abril de 1999, Apamsa apeló la resolución antes mencionada, señalando que la conducta ilícita del señor Rodríguez respondió a una decisión personal, y no a un acuerdo del Consejo Directivo ni de la Asamblea General de Asociados. En este sentido, manifestó que el único responsable tanto de la negativa injustificada como del suministro de informaciones falsas a la Comisión, era el señor Rodríguez. Asimismo, expresó que como atenuante, debía considerarse que a partir de enero de 1999 se permitió el libre acceso de la marca de arroz Molino del Rey al Mercado de Santa Anita, por lo que hubo una reparación de la infracción incurrida.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, se debe determinar lo siguiente:

(i) si corresponde considerar que los actos realizados por el señor Rodríguez deben ser imputados a Apamsa, teniendo en consideración que éste ejercía el cargo de Presidente del Consejo Directivo de dicha asociación en el momento en que se cometieron los actos contra la libre competencia materia del procedimiento;

(ii) si, de ser el caso, corresponde graduar la sanción impuesta a Apamsa por la comisión de actos contra la libre competencia, y

(iii) si, de ser el caso, corresponde graduar la sanción impuesta a Apamsa por haber proporcionado información falsa a la Comisión.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1.La negativa injustificada.

En la resolución apelada se señaló que de acuerdo a las pruebas actuadas durante el procedimiento, se ha evidenciado que, cuando menos en tres oportunidades, se negó el ingreso de los camiones cargados con arroz marca Molino del Rey comercializado por los denunciantes, al Mercado de Santa Anita.

De la revisión del expediente se aprecia que las tres negativas injustificadas de acceso de los camiones conteniendo arroz Molino del Rey, han quedado acreditadas con documentos de carácter público que demuestran que dichos camiones no pudieron ingresar al mercado. En efecto, en el expediente obran dos atestados policiales de distintas fechas y un acta de la Fiscal señorita Celia Carmargo, en las que se deja constancia que la orden de no permitir el ingreso de los camiones antes mencionados provenía de la Directiva que administra el Mercado de Santa Anita.

Por tanto, la Sala considera que efectivamente se produjeron las negativas injustificadas de acceso del producto arroz Molino del Rey al Mercado de Santa Anita.

III. 2. Las facultades de representación del señor Rodríguez.

Tal como se ha mencionado en los antecedentes, en su escrito de apelación Apamsa señaló que el acto por el cual el Presidente de su Consejo Directivo impidió el acceso del arroz de marca Molino del Rey al Mercado de Santa Anita, no fue un acto que haya provenido de un acuerdo del Consejo Directivo o de la Asamblea General de Asociados. En este sentido, Apamsa indicó que, siendo un acto realizado de manera inconsulta por el señor Rodríguez, el mismo no produciría efectos jurídicos respecto de su representada.

En las asociaciones con numerosos asociados, se hace necesario el funcionamiento de un órgano administrador que tenga a su cargo la dirección de la actividad institucional. Este debe contar con las atribuciones que acuerden conferirle los asociados, en concordancia con el artículo 86 del Código Civil.

El Estatuto Social de Apamsa señala que el Consejo Directivo es el órgano de representación y gobierno de la Asociación, encargado de velar por su marcha administrativa. Asimismo, dicho estatuto establece que entre las atribuciones del Presidente del Consejo Directivo se encuentran las de ejercer la representación legal de la Asociación y realizar otras funciones inherentes a este cargo.

Adicionalmente, dicho Estatuto Social señala como funciones del Presidente del Consejo Directivo el ejercer la representación legal de la Asociación, ante toda clase de personas, autoridades y/o entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras; dar cumplimiento a los acuerdos de la Asamblea General y del Consejo Directivo; realizar otras funciones inherentes al cargo; entre otras.

De acuerdo a las facultades otorgadas al Presidente del Consejo Directivo en el Estatuto de Apamsa, éste contaba con atribuciones para realizar funciones inherentes a su cargo, entre ellas la administración general del mercado, sin necesidad de contar con la aprobación previa de la Asamblea General o del Consejo Directivo. En este sentido, el Presidente del Consejo Directivo se encontraba facultado para permitir o negar el acceso de camiones al Mercado de Santa Anita, en la medida que ésta es una decisión de administración general del mercado, inherente al cargo de Presidente del Consejo Directivo.

De la revisión del expediente se aprecia que durante la comisión de los actos materia de la denuncia, el señor Rodríguez se encontraba ejerciendo el cargo de Presidente del Consejo Directivo de dicha asociación, conforme puede apreciarse de la partida No. 01958097 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao. En consecuencia, el señor Rodríguez ejercía dicho cargo de manera pública y con todas las facultades que le atribuye el Estatuto Social de la Asociación.

Asimismo, ha quedado acreditado que el Presidente del Consejo Directivo de Apamsa, señor Rodríguez, en ejercicio de sus facultades de administración general del Mercado de Santa Anita, decidió denegar el acceso, hasta en tres oportunidades, del producto Arroz Super Extra marca Molino del Rey a dicho mercado.

En consecuencia, Apamsa se encuentra obligada frente a terceros por los actos de sus representantes celebrados en su nombre, en ejercicio de las facultades conferidas a su entonces Presidente del Consejo Directivo, señor Rodríguez.

Al respecto, debe señalarse que, de ser el caso, la asociación puede reclamar a su representante indemnización por los perjuicios que sufra al haberse excedido en las facultades conferidas, pero no es razonable que Apamsa pueda invocar que tal acto no le es imputable, si los terceros, como es el caso de los denunciantes, no se encontraban en posibilidad de conocer el supuesto de abuso.

Es claro que no puede quedar al arbitrio del otorgante de las facultades, en este caso Apamsa, interpretarlas causando daños a terceros, quienes están fuera de la relación representativa y desconocen las eventuales instrucciones del representado a su representantes. Así, Apamsa no puede eximirse de los efectos y responsabilidades resultantes de los actos realizados por sus representantes, en su nombre, como consecuencia del ejercicio de sus funciones.

Adicionalmente, debe señalarse que de la documentación que obra en el expediente, no se aprecia la existencia de algún reclamo de la Asamblea de la Asociación o de algún otro órgano representativo de ésta, en virtud de la cual se haya cuestionado la mencionada conducta de su Presidente del Consejo Directivo.

En consecuencia, esta Sala considera que la actuación del señor Rodríguez, representante legal de dicha asociación, vincula o produce efectos respecto de esta entidad. De modo que, el acto por el que se negó el ingreso de los vehículos con Arroz Super Extra marca Molino del Rey al Mercado de Santa Anita, hasta en tres oportunidades, es atribuible a Apamsa.

Por tanto, corresponde confirmar la resolución apelada en este extremo.

III.3. La graduación de las sanciones.

III.3.1. La sanción por actos contra la libre competencia.

En cuanto a la sanción de las infracciones al Decreto Legislativo N° 701, dicha norma establece que si la infracción es calificada como grave, la Comisión de Libre Competencia puede imponer una multa de hasta 1 000 UIT, señalando adicionalmente los criterios a tener en cuenta para determinar la cuantía de la multa.

Tal como ha sido señalado por la Comisión, el abuso de posición de dominio se produjo bajo la modalidad de una negativa injustificada de acceso al mercado, cuyos alcances fueron: (i) obligar al señor Bergerman a expender su producto en otros mercados como Fiori o La Parada, con mayores costos y a un menor precio; (ii) impedir la venta de arroz marca Molino del Rey por los comerciantes del Mercado de Santa Anita. Respecto de la reiteración de la práctica, existen pruebas que demuestran que la negativa de acceso al Mercado de Santa Anita se produjo al menos en tres fechas consecutivas (11, 15 y 17 de agosto de 1998).

Sobre el efecto de la restricción de la competencia, de acuerdo a la información proporcionada por el señor Bergerman, la negativa de acceso al mercado habría impedido la comercialización de la carga de 3 camiones que transportaban un total de 120 000 kilos de arroz (2 400 sacos de 50 kilos cada uno).

En su escrito de apelación Apamsa señaló que a partir de enero de 1999 se permitió el libre acceso de la marca de arroz Molino del Rey al Mercado de Santa Anita, por lo que hubo una reparación de la infracción.

De acuerdo a lo señalado por los denunciantes, Apamsa, en efecto, permitió el acceso de camiones con arroz Molino del Rey, en cumplimiento de la Resolución N° 005-98-INDECOPI/CLC emitida el 5 de octubre de 1998 por la Comisión, mediante la cual se concedía la medida cautelar solicitada por los denunciantes, ordenando que la Asociación permita el ingreso de vehículos que transportan arroz marca Molino del Rey. Por ello, dicha conducta debe ser considerada como atenuante a efectos de graduar la sanción.

No obstante ello, debe tomarse en cuenta además los efectos de los actos denunciados en los consumidores, en cuanto a la limitación a su capacidad de elección. En efecto, al no tener a su disposición el arroz Super Extra Molino del Rey entre sus opciones de consumo, los consumidores han visto disminuidas

sus posibilidades de elección, afectando de esta manera el desenvolvimiento normal de los agentes del mercado.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala considera que corresponde imponer a Apamsa una multa ascendente a 10 UIT por la comisión de actos contra la libre competencia, motivo por el cual debe confirmarse la resolución apelada en este extremo.

III.3.2. La sanción por información falsa.

El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 807 establece que toda información proporcionada a una Comisión del INDECOPI tiene carácter de declaración jurada. La citada Ley confiere a los órganos funcionales del INDECOPI la facultad de imponer multas si comprueban que alguna de las partes ha proporcionado, dentro de un procedimiento, información a sabiendas de su falsedad.

Al respecto, Apamsa ha sostenido por escrito y en la audiencia realizada ante la Comisión, que nunca se produjo una intervención del Fiscal de Turno para constatar la negativa de acceso al Mercado de Santa Anita. Asimismo, afirmó que no existía el acta de fecha 17 de agosto de 1998.

Sobre el particular, cabe precisar que dichas afirmaciones no pueden responder a una equivocación de buena fe, puesto que la Apamsa tenía conocimiento, desde el inicio del procedimiento, de la posible existencia del acta levantada por la Fiscal de Turno.

En efecto, en la denuncia se ofreció dicha acta como prueba, solicitándose que la Comisión oficie al Ministerio Público para requerir una copia del mencionado documento.

En el presente caso ha quedado acreditada la existencia de tal acta y, consecuentemente, la falsedad de las afirmaciones de la Apamsa. Adicionalmente, el documento en referencia resultaba fundamental para determinar la participación de la Apamsa en la negativa de acceso al Mercado de Santa Anita, por lo cual existía una clara motivación para negar su existencia.

Por dichos motivos, esta Sala considera que debe confirmarse la Resolución No.002-99- INDECOPI/CLC en el extremo correspondiente a la imposición de una multa de 5 UIT a Apamsa. por proporcionar información falsa a la autoridad administrativa, teniendo en cuenta la importancia del documento en materia probatoria para demostrar la infracción cometida.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto lo siguiente:

PRIMERO: Confirmar la Resolución N° 002-99-MECOPFCLC de fecha 19 de marzo de 1999 emitida por la Comisión de Libre Competencia, que declara fundada la denuncia interpuesta por los señores Roberto Bergerman Acosta y Walter Barbosa Mendoza contra la Asociación de Productores Agrícolas Mercado de Santa Anita por infracción al Decreto Legislativo N° 701 en la modalidad de abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de acceso al Mercado de Santa Anita; y, en tal sentido, ordenó que en el futuro dicha Asociación se abstenga de impedir o restringir el acceso de arroz marca Molino del Rey a dicho Mercado.

SEGUNDO: Confirmar la resolución apelada en el extremo que impuso a la Asociación de Productos Agrícolas Mercado de Santa Anita una multa de 10 UIT por haber cometido un acto de abuso de posición de dominio consistente en impedir o restringir el ingreso del arroz de marca Molino del Rey al Mercado de Santa Anita.

TERCERO: Confirmar la resolución apelada en el extremo que impuso a la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita una multa de 5 UIT por proporcionar información falsa a la Comisión de Libre Competencia.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Liliana Ruiz de Alonso y Ana María Pacón Lung.

4.6. CLÁUSULAS DE ATADURA

4.6.1. Resolución N° 0237-1999/TDC-Indecopi

Expediente 008-97-CLC

PROCEDENCIA: COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE: AFP INTEGRA S.A. (INTEGRA)

DENUNCIADA: COLEGIO DE ABOGADOS DE LORETO (EL COLEGIO)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA. MERCADO RELEVANTE. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO. CLÁUSULA DE ATADURA. COLEGIOS PROFESIONALES. IMPOSICIÓN DE SANCIONES. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

ACTIVIDAD: ACTIVIDADES DE ORGANIZACIONES PROFESIONALES

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC emitida el 9 de diciembre de 1998 por la Comisión de Libre Competencia, a través de la cual dicho órgano funciona declaró fundada la denuncia planteada por AFP Integra S.A. contra el Colegio de Abogados de Loreto por prácticas de abuso de posición de dominio.

Al respecto, se precisa que el Colegio de Abogados de Loreto ha abusado de su posición de dominio frente a sus agremiados —en la modalidad de cláusula de atadura, infracción prevista en el artículo 5, inciso c) del Decreto Legislativo N° 701— al subordinar la prestación del servicio de habilitación para el ejercicio profesional a la aceptación de prestaciones suplemen-tarias derivadas del Fondo Mutual del Abogado —financiado a través de la expedición de la «Papeleta de Habilitación», que debían adquirir los abogados inscritos en dicho colegio profesional— las cuales no guardaban relación con el objeto del servicio de habilitación prestado por la entidad denunciada. En consecuencia, se sanciona al Colegio de Abogados de Loreto con una multa ascendente a 1 UIT y se dispone su inscripción en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807.

Finalmente, por considerar que la presente resolución es de importancia para proteger los derechos de los consumidores, se solicita al Directorio de Indecopi su publicación.

Sanción: 1 UIT.

Lima, 7 de julio de 1999.

I. ANTECEDENTES

El 25 de setiembre de 1997, Integra presentó ante la Comisión una denuncia contra el Colegio por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701. Admitida a trámite la denuncia y presentados los descargos correspondientes, mediante Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC del 9 de diciembre de 1998, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta contra el Colegio por abuso de posición de dominio, consistente en el establecimiento de la «Papeleta de Habilitación» y la exigencia de adquisición de dicho documento a sus agremiados para el ejercicio profesional. En consecuencia, la Comisión ordenó a la entidad denunciada el cese inmediato de la emisión y cobro de dicho documento para el ejercicio de la profesión de abogados en Loreto, así como de cualquier otro cobro de similares características. El 7 de enero de 1999, el Colegio apeló de la resolución antes mencionada, motivo por el cual el expediente fue elevado a esta Sala. El 17 de marzo de 1999 se atendió el informe oral solicitado por Integra, el mismo que se llevó a cabo únicamente con la asistencia del denunciante, por lo que el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

De la revisión del expediente y de lo manifestado por las partes se desprende que en Asamblea General Extraordinaria del 20 de agosto de 1996,el Colegio aprobó la constitución del Fondo Mutual del Abogado —en lo sucesivo, el Fondo Mutual—, para la prestación de los servicios de asistencia de salud, seguro de vida y sepelio a favor de agremiados a dicha entidad. De acuerdo a lo establecido en el Reglamento del Fondo Mutual, éste se financiaría a través de los ingresos provenientes de la venta de la denominada «Papeleta de Habilitación» que los abogados debían adquirir en el ejercicio de su actividad profesional, las multas impuestas por su incumplimiento y las donaciones.

En su escrito de denuncia, Integra señaló que en su condición de Administradora de Fondos de Pensiones, tiene la obligación legal de demandar en la vía judicial a los empleadores que incumplieran con el pago de los aportes provisionales de los trabajadores afiliados a dicha entidad. Así, de acuerdo a disposiciones legales expresas, tales demandas debían interponerse, cualquiera sea la cuantía, ante el Juez de Paz Letrado del domicilio del demandante. En el caso de los procesos judiciales entablados en la ciudad de Iquitos, señaló que sus abogados le informaron que previamente a la presentación de demandas, debía

adquirir la «Papeleta de Habilitación», cuyo establecimiento y cobro había sido fijado por acuerdo del Colegio.

De acuerdo a lo señalado por la denunciante, dicho acuerdo significaba un abuso de la posición de dominio que ostentaba el Colegio, dado que siendo la defensa ante el órgano judicial cautiva, «las personas que se ven en la situación de acudir ante el Poder Judicial deben de pagar necesariamente la así llamada Papeleta de Habilitación a efectos de conseguir la autorización de abogado colegiado para la presentación del Recurso correspondiente en la localidad de Iquitos».

En tal sentido, Integra expresó que el Colegio estaría actuando de manera indebida con el fin de obtener beneficios —recursos para su financiamiento—, causando un perjuicio a los consumidores —encareciendo y limitando el acceso al servicio de defensa legal—, lo cual no sería posible si es que dicha entidad no ostentara una posición de dominio en el mercado. Ello, pese a no existir ninguna disposición legal que faculte a los Colegios Profesionales a cobrar arancel alguno para la realización de diligencias judiciales, por lo que el Colegio estaría infringiendo lo dispuesto en el Decreto Ley N° 26092, que estableció el autofinanciamiento de tales entidades con el objeto de evitar que terceros ajenos a ellas sean los que financien su presupuesto.

En su escrito de descargos, el Colegio explicó que la obligación de pago de la «Papeleta de Habilitación» estaba dirigida únicamente a sus agremiados, dado que en ejercicio de sus derechos, ellos habían adoptado la decisión de crear dicho documento con el objeto de financiar el Fondo Mutual.

En tal medida, el Colegio manifestó que la adquisición de dicho documento no constituía una carga para el justiciable que requería los servicios profesionales de un abogado colegiado, esto es, que no recaía sobre terceros ajenos al Colegio, dado que aquél no constituía un requisito de admisibilidad para la interposición de demandas judiciales y, por tanto, tampoco constituía un sobrecosto pasible de ser cuestionado ante el INDECOPI. Por el contrario, precisó que el establecimiento de la «Papeleta de Habilitación» respondía a la necesidad de generar recursos económicos propios para autofinanciar su vida orgánica y gremial, conforme a lo establecido en el Decreto Ley N° 26092.

En la resolución apelada, la Comisión señaló que el establecimiento de la «Papeleta de Habilitación» y la obligación de los abogados de sufragarla, constituía un abuso de la posición de dominio que ostentaba el Colegio en el otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de defensa legal en el Distrito Judicial de Loreto. En tal sentido, si bien dicha exigencia constituía una obligación formalmente impuesta por el Colegio a sus agremiados como requisito indispensable para el patrocinio de los procesos tramitados en dicho Distrito Judicial, debía tenerse en cuenta que tal exigencia se traducía en un pago individualizado por demanda judicial interpuesta, lo cual originaba que el costo de la papeleta resultara siendo trasladado a los usuarios de los servicios jurídicos.

En consecuencia, la Comisión declaró fundada la denuncia presentada por Integra contra el Colegio por abuso de posición de dominio y ordenó a dicha entidad el cese inmediato de la emisión y cobro de la «Papeleta de Habilitación» para el ejercicio de Profesión de abogados en Loreto, así como cualquier otro cobro de similares características.

En su escrito de apelación, el Colegio argumentó que la «Papeleta de Habilitación» no significaba una carga para los usuarios que requerían los servicios profesional de sus agremiados, dado que su costo debía ser cubierto por los honorarios profesionales pactados por las partes en un sistema de libre mercado. Asimismo agregó que resultaba impreciso señalar que se estuviera perjudicando a los abogados con la «imposición» del pago de la Papeleta de Habilitación, en la medida en que fueron los mismos abogados miembros de dicha orden los que acordaron el establecimiento de la referida papeleta, en Asamblea General Extraordinaria del 20 de agosto de1996.

Mediante escrito de fecha 23 de marzo de 1999, el Colegio informó a la Sala que en Junta General Extraordinaria del 19 de marzo de 1999 se aprobó el nuevo Reglamento del Fondo Mutual, estableciéndose que el mismo sería financiado a través de la expedición de la «Papeleta Mutual», documento que voluntariamente debían adquirir los abogados que desearan acceder a los beneficios que brindaba el referido Fondo. Asimismo, señaló que en el nuevo Reglamento no se preveía ningún tipo de sanción ni inhabilitación para el ejercicio de la profesión. En atención a ello, el Colegio solicitó a esta Sala que en aplicación supletoria del artículo 321 del Código Procesal Civil, declare la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo, por haberse producido la sustracción de la materia controvertida en el presente procedimiento.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, las cuestiones en discusión consisten en determinar lo siguiente:

(i) si corresponde que esta Sala emita pronunciamiento sobre la presunta infracción cometida por el Colegio contra las normas del Decreto Legislativo N° 701, teniendo en cuenta el pedido de conclu-

sión del proceso sin declaración sobre el fondo planteado por la entidad denunciada;

(ii) si, de acuerdo a lo anterior, el Colegio ha incurrido en abuso de posición de dominio frente a sus agremiados al subordinar la prestación del servicio de habilitación para el ejercicio profesional a la aceptación de prestaciones suplementarias derivadas del Fondo Mutual, financiado a través de la expedición de la «Papeleta de Habilitación»; y,

(iii) si, de ser el caso, corresponde sancionar al Colegio por haber incurrido en infracción al artículo 5, inciso c) del Decreto Legislativo N° 701.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Los hechos materia de denuncia.

De acuerdo a la documentación que obra en el expediente, se desprende que en Asamblea General Extraordinaria llevada a cabo el 20 de agosto de 1996, el Colegio acordó la creación del Fondo Mutual para la prestación de los servicios de asistencia de salud, seguro de vida y sepelio en favor de los agremiados a dicha entidad.

Conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento del Fondo Mutual, éste debía financiarse a través de los ingresos provenientes de la expedición de la Papeleta de Habilitación —documento que debían adquirir los abogados para el ejercicio de su actividad profesional— las multas impuestas por su incumplimiento y las donaciones.

La Papeleta de Habilitación fue definida por el Reglamento como el único documento que acreditaba en el Distrito Judicial de Loreto que el abogado agremiado se encontraba habilitado para el ejercicio de la defensa legal. Tal documento debía ser adjuntado a todo primer escrito que el abogado presentaba en un proceso judicial o administrativo, o cada vez que participara en un informe oral. Caso contrario, si el abogado afiliado al Colegio eludía el pago de la Papeleta de Habilitación, sería pasible de una multa equivalente a cinco veces el valor de dicho documento, sin perjuicio del pago del derecho a que se encontraba obligado.

Cabe señalar que la multa y el derecho anteriormente referidos debían ser abonados dentro de las 24 horas de formulado su requerimiento, bajo apercibimiento de que el Colegio dispusiera la inhabilitación del abogado en el ejercicio profesional.

III. 2. El pedido de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo planteado por el Colegio.

Mediante escrito de fecha 23 de marzo de 1999, el Colegio informó a la Sala que en Junta General Extraordinaria del 19 de marzo de 1999 se aprobó el nuevo Reglamento del Fondo Mutual, a través del cual se sustituyó la «Papeleta de Habilitación» por la «Papeleta Mutual», como el documento que acredita el derecho del abogado para acceder a las prestaciones brindadas por el referido fondo. De acuerdo a lo señalado por el Colegio, la adquisición de la «Papeleta Mutual» era voluntaria para los abogados agremiados, de modo que no existían sanciones ni inhabilitación para el ejercicio profesional a aquellos que decidieran no comprar dicho documento.

Por ello, dado que a juicio del Colegio carecía de objeto que la Sala se pronuncie sobre los hechos materia de denuncia, dicha entidad gremial solicitó a ésta instancia que, en aplicación supletoria del artículo 321 del Código Procesal Civil disponga la conclusión del presente proceso sin declaración sobre el fondo por haberse producido la sustracción de la materia controvertida.

Al respecto, contrariamente a lo indicado por el Colegio, debe precisarse que si bien los actos atribuidos al Colegio como presuntas infracciones a las normas que protegen la libre competencia pueden haber cesado, ello no implica que la Sala deba reservar su pronunciamiento sobre los hechos que motivaron la interposición de la denuncia, dado que el presente proceso tiene por objeto determinar si dicha entidad incurrió en infracciones al Decreto Legislativo N° 701 al hacer uso, en determinado período de tiempo, de prácticas de abuso de posición de dominio sancionables bajo el marco de la ley antes citada.

Sobre este punto, debe precisarse que el Decreto Legislativo N° 701 tiene por finalidad reprimir las prácticas controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y servicios, a fin de permitir que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores. A tal efecto, dicha ley ha establecido determinados actos o conductas que se encuentran prohibidos, debido a que limitan, restringen o distorsionan la libre competencia o porque constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado.

En tal sentido, lo que corresponde evaluar, es la eventual sanción de infracciones que ya se hubieran cometido, sin perjuicio que la conducta en cuestión hubiera cesado. En atención a ello, dado que en el presente caso la Sala considera que no se ha producido la sustracción de la materia controvertida, corresponde efectuar el análisis correspondiente a fin de determinar si el Colegio incurrió en infracciones al Decreto Legislativo N° 701.

III.3. La regulación de los Colegios de Abogados.

Los gremios profesionales son agrupaciones de personas que desarrollan diversas funciones, las que comprenden el desarrollo de la profesión mediante la prestación de servicios a los propios agremiados, y, eventualmente, labores de colegiación de acuerdo a lo establecido en la ley que los regula. La Constitución Política del Perú establece que los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público, precisando que la colegiación es obligatoria en los casos en que la propia ley lo señale.

En el caso del patrocinio legal en procesos judiciales, el artículo 132 del Código Procesal Civil establece que la defensa ante la autoridad jurisdiccional es cautiva, lo cual significa que los escritos que se presenten al interior de un proceso deben ser autorizados por Abogado colegiado; caso contrario, se denegará el trámite respectivo.

Sobre el particular, debe indicarse que a través del Decreto Ley N° 25873, se dispuso el libre ejercicio de las profesiones universitarias liberales en todo el territorio nacional, bastando la sola inscripción en uno de los Colegios Departamentales de la profesión correspondiente.

Así, de acuerdo a lo establecido en el artículo 285 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial —en adelante, Ley Orgánica del Poder Judicial—, aprobado por Decreto Supremo No. 017-93-JUS, el ejercicio del patrocinio legal requiere —además de tener título de Abogado y hallarse en ejercicio de los derechos civiles— la inscripción en el Colegio de Abogados del Distrito Judicial correspondiente. Adicionalmente a ello, conforme a lo dispuesto en artículo 28 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encuentra impedido de patrocinar el abogado que, entre otros supuestos, haya sido suspendido en el ejercicio profesional por medida disciplinaria del Colegio de Abogados en donde se encuentre inscrito, o no se halle hábil conforme al estatuto del respectivo Colegio.

La Sala considera necesario precisar en este punto que la colegiatura - esto es, la inscripción del abogado en el Colegio Profesional respectivo - implica la habilitación del abogado para ejercer la defensa legal en procesos judiciales. De ello puede concluirse que la inhabilitación en el ejercicio profesional se origina en el incumplimiento de obligaciones establecidas en el estatuto del Colegio Profesional correspondiente, las mismas que son contraídas por el profesional al momento de colegiarse.

Mediante Resolución Administrativa N° 052-CME-PJ del 20 de febrero de 1996, se dispuso que los magistrados del Poder Judicial debían autorizar el ejercicio de la defensa a aquellos abogados que acrediten su inscripción en alguno de los Colegios de Abogados de la República, sin exigir que éstos se ubiquen o sean cercanos al Distrito Judicial en el que se ejerce la abogacía.

Posteriormente, por Resolución Administrativa N° 104-CME-PJ de fecha 31 de mayo de 1996, se precisó la resolución antes citada, en el sentido que la inscripción en un Colegio de Abogados otorga el derecho a ejercer ocasionalmente la profesión en otros Distritos Judiciales, bastando para ello la presentación del respectivo carné y la constancia de estar hábil y al día en el pago de las cotizaciones en el Colegio de Abogados de origen.

Debe indicarse que el marco de regulación de los Colegios de Abogados antes descrito se encontraba vigente al momento en que sucedieron los hechos denunciados por Integra. Sin embargo, en la actualidad, con la entrada en vigencia de la Ley N° 27020 de fecha 23 de diciembre de 1998, para la prestación del servicio de defensa legal ante órganos judiciales a nivel nacional, basta acreditar la sola inscripción en una Corte Superior de Justicia y en un Colegio de Abogados de cualquier Distrito Judicial del país.

Esto implica que si bien, anteriormente, la defensa legal en un determinado Distrito Judicial podía ejercerse siempre que el abogado se encontrara inscrito y habilitado por el Colegio de Abogados existente en dicho Distrito Judicial, en la actualidad, la sola inscripción en cualquier Colegio de Abogados otorga el derecho de ejercer el patrocinio legal en instancias judiciales, aún en Distritos Judiciales distintos a aquél en donde se encuentre ubicado el colegio profesional en el que estuviera inscrito.

Ahora bien, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el precedente de observancia obligatoria aprobado por esta Sala mediante Resolución N° 0229-1997/TDC-INDECOPI, en la medida en que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701. Por ello, serán pasibles, de sanción cuando sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades, produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en dicho cuerpo legal.

De lo antes expuesto se desprende que los Colegios de Abogados no sólo cumplen una función de representación orgánica de los profesionales afiliados a tales entidades, sino que adicionalmente a ello, a través de un poder público conferido por el Estado,

prestan servicios de colegiación y habilitación para el ejercicio de la profesión. Si bien los Colegios de Abogados manejan su economía a través de rentas que perciben para financiar su vida institucional, el costo de dicho financiamiento no debe recaer en terceros ajenos a dichas entidades.

Así, a través del Decreto Ley N° 26092 del 2 de febrero de 1992, norma en la cual se determinó la necesidad de que los Colegios Profesionales en general se autofinancien, fueron derogadas, entre otras normas, la Ley N° 23323 y la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo No. 757, referidos a la Boleta Única del Litigante y al Fondo Mutual del Abogado.

III.4 La posición de dominio del Colegio.

El Decreto Legislativo N° 701 ha establecido como posición de dominio aquél supuesto en que una empresa o entidad puede actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. De este modo, el artículo 4 de dicha norma establece textualmente lo siguiente:

«Se entiende que existe una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución».

En tal sentido, a fin de determinar la existencia de posición de dominio en el mercado por parte de un productor será necesario determinar previamente cuál es el mercado relevante en que el mismo compite. La definición del mercado relevante (tanto geográfico como de producto) busca determinar la esfera dentro de la cual una empresa puede actuar con relativa independencia al establecer precios y condiciones de comercialización, al no estar sujeta a competencia real o efectiva.

Así, tal como lo ha señalado la Sala en anterior oportunidad, la definición de mercado relevante implica determinar qué otras alternativas reales y económicamente viables tiene el consumidor o el proveedor, según sea el caso, frente a la empresa denunciada, a fin de poder establecer, a su vez, si dicha empresa tiene o no la posibilidad de actuar con independencia de sus clientes o proveedores según sea el caso.

El mercado relevante se determina en base a la identificación del producto relevante y del mercado geográfico relevante. El mercado del producto relevante comprende la totalidad de productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. Este análisis debe hacerse desde el punto de vista de los agentes económicos que constituyen la demanda de dichos productos (consumidores).

De otro lado, dentro del mercado geográfico relevante debe considerarse a aquellos proveedores a los que el consumidor local puede acceder sin costo adicional significativo (por ejemplo, derivado de un costo transporte) en el precio de compra. Si ello resulta una operación fácil, dichos proveedores deben ser incluidos en el mercado, porque los consumidores locales pueden acceder a esos productos; y no existirá posición de dominio de los productores locales al no tener la capacidad de ejercer poder sobre el mercado ante la existencia de los otros proveedores.

En la resolución apelada, la Comisión definió el mercado del producto relevante como «el servicio defensa legal prestado por abogados en los procedimientos seguidos ante autoridades, el mismo que, de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 284 y 285 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sólo puede ser proporcionado por abogados que se encuentren colegiados y habilitados.

Sin embargo, la Sala discrepa con la definición anteriormente referida, dado que si bien para acceder al servicio de justicia, Integra debía contratar con abogados colegiados que le proporcionaran el servicio de defensa legal, debe notarse que eran estos agentes - los abogados colegiados - los usuarios de los servicios que brindaba la entidad denunciada. En tal sentido, a fin de ejercer su actividad profesional permanentemente en el Distrito Judicial de Loreto, los abogados inscritos en el Colegio necesitaban ser proveídos del servicio de habilitación que prestaba dicha entidad, servicio cuyo monopolio le fue conferido en dicha circunscripción por las normas referidas en el acápite III.3 precedente.

En efecto, tal como se desprende de los actuados en el expediente, los hechos que motivaron la presente denuncia se refieren a la exigencia impuesta por el Colegio a sus agremiados para la adquisición de la «Papeleta de Habilitación», documento que no sólo servía para financiar el Fondo Mutual, sino también para acreditar que el abogado patrocinante se encontraba habilitado para ejercer su actividad profesional. Ello implicaba que si el abogado colegiado en la entidad denunciada incumplía con dicha obligación, podía ser inhabilitado en el ejercicio de la defensa legal en procesos judiciales.

Teniendo en cuenta ello, esta Sala es del criterio que el mercado del producto relevante debe definirse como el servicio de habilitación prestado por el Colegio a sus agremiados. De otro lado, considerando que la habilitación permitirá al abogado colegiado autorizar demandas permanentemente en el Distrito Judicial de Loreto, el mercado geográfico relevante se circunscribe al territorio del Distrito Judicial de Loreto.

Ahora bien, dado que el servicio de habilitación prestado por el Colegio para el ejercicio de la defensa legal en el Distrito Judicial de Loreto no podía ser sustituido ni intercambiado por ningún otro durante el período en que se produjeron los hechos materia de denuncia, y teniendo en cuenta que dentro de dicho Distrito Judicial, el Colegio era la única entidad que prestaba dicho servicio, puede ingerirse que el denunciado contaba —durante el período investigado— con el monopolio legal en el mercado del otorgamiento de la habilitación para la prestación de servicios de defensa legal en el Distrito Judicial de Loreto, y con ello, posición de dominio en dicho mercado.

En consecuencia, corresponde determinar si el Colegio ha abusado de su posición de dominio frente a sus agremiados al subordinar la prestación del servicio de habilitación para el ejercicio profesional a la aceptación de prestaciones suplementarias derivadas del Fondo Mutual, financiado a través de la expedición de la «Papeleta de Habilitación».

III. 4 El abuso de la posición de dominio del Colegio.

El artículo 5 del Decreto Legislativo Nº 701 señala que «se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio».

En tal sentido, el inciso c) del artículo 5 bajo comentario, tipifica la cláusula de atadura en las relaciones comerciales como supuesto de abuso de posición de dominio, en los siguientes términos:

«La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos».

De dicho supuesto se desprende que subordinar la celebración de un contrato a la aceptación de una prestación adicional supone una infracción en la medida en que dicha prestación —producto atado— no guarde relación alguna con el objeto del contrato producto al que se ata, conforme a la naturaleza de dicha transacción o a los usos mercantiles inoperantes.

En el presente caso, tal como se desprende de la revisión del expediente, el Colegio acordó en Asamblea General Extraordinaria llevada a cabo el 20 de agosto de 1996, la creación del Fondo Mutual para la prestación de los servicios de asistencia de salud, seguro de vida y sepelio en favor de los agremiados a dicha entidad. El Fondo Mutual se financiaba a través de la expedición de la «Papeleta de Habilitación», documento que debía ser adquirido por los abogados colegiados a fin de acompañarlo al primer escrito de su intervención en los procesos judiciales y administrativos, o cuando actuaran como informantes.

De tal modo, si el agremiado incumplía dicha obligación, era pasible de ser sancionado con una multa equivalente a cinco veces el valor de la papeleta de habilitación, sin perjuicio del pago del derecho al que estaba obligado. Así, la multa y el derecho debían ser abonados por el agremiado bajo apercibimiento de ser inhabilitado en el ejercicio profesional. De ello se desprende que la «Papeleta de Habilitación» cumplía sustancialmente dos funciones: financiar el Fondo Mutual que brindaba diversas prestaciones de salud, seguro de vida y sepelio a los agremiados, y acreditar que el abogado se encontraba habilitado para prestar el servicio de defensa legal.

Durante el procedimiento, el Colegio señaló que el establecimiento de la «Papeleta de Habilitación» respondía a la necesidad de generar recursos económicos propios para autofinanciar su vida orgánica y gremial, conforme a lo establecido en el Decreto Ley Nº 26092. En tal sentido, dado que fueron los propios abogados miembros de la Orden los que acordaron —en el ejercicio de sus derechos— la creación del Fondo Mutual que debía financiarse a través de los recursos económicos generados por la expedición de la «Papeleta de Habilitación», resultaba contradictorio afirmar que los propios abogados estén limitando su libre ejercicio profesional.

Al respecto, cabe señalar que si bien los Colegios de Abogados se encuentran facultados a generar recursos propios para autofinanciar su organización gremial y promover el desarrollo de la actividad profesional, ello no implica que les sea posible establecer mecanismos a través de los cuales se subordine la prestación de determinados servicios a la aceptación de prestaciones adicionales que no se hallen vinculados a aquellos. En tal sentido, la Sala coincide con lo expresado por la Comisión en la resolución apelada, en el sentido que resulta cuestionable que la entidad denunciada condicione la habilitación para el desarrollo de una actividad económica al cumplimiento de la obligación de aportar al Fondo Mutual, más

aún cuando los servicios derivados de dicho fondo no guardan directa relación con la habilitación para el desarrollo de los servicios profesionales.

En efecto, no obstante que los Colegios pueden acceder a diversas fuentes de financiación, entre las que se encuentra, evidentemente, el pago de cuotas obligatorias por parte de sus afiliados, tales entidades se encuentran impedidas de imponer la prestación de servicios coactivamente y condicionar su aceptación a la prestación del servicio de habilitación, cuyo monopolio ha sido conferido a los Colegios por normas legales específicas.

En este orden de ideas, debe puntualizarse que en el presente caso se ha acreditado que el cumplimiento de la obligación impuesta por el Colegio de aportar al Fondo Mutual a través de la adquisición de la «Papeleta de Habilitación», estuvo condicionada a la prestación del servicio de habilitación proveído a sus agremiados, pese a que las prestaciones derivadas del Fondo Mutual —asistencia de salud, seguro de vida y sepelio— no guardaban relación con el objeto del servicio de habilitación para el ejercicio profesional prestado por la entidad denunciada, incurriendo con ello en prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de cláusula de atadura.

Resulta evidente que dicha práctica, consistente en forzar a los abogados colegiados a adquirir la «Papeleta de Habilitación», es susceptible de haber producido efectos económicos perjudiciales en los clientes de tales profesionales, quienes como Integra, se vieron obligados a asumir el incremento del costo del servicio de defensa legal prestado por abogados colegiados en la entidad denunciada.

En atención a ello, esta Sala considera que debe confirmarse la resolución apelada en este extremo y, en consecuencia, declarar fundada la denuncia interpuesta contra el Colegio por infracción al artículo 5, inciso c) del Decreto Legislativo N° 701.

III.5 La imposición de sanciones.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701, la Comisión podrá imponer sanciones a quienes transgredan las disposiciones contenidas en los artículos 3, 5 y 6 de dicho cuerpo legal, estableciendo que la sanción deberá ser graduada atendiendo a la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En la resolución apelada, la Comisión consideró que en el presente caso no se justificaba imponer una sanción pecuniaria al Colegio, teniendo en cuenta que la infracción desarrollada por dicha entidad afectaba un mercado de carácter regional, que la práctica denunciada ha sido producto del desconocimiento de las normas vigentes en materia de libre competencia y que era la primera vez que se detectaba el desarrollo de prácticas restrictivas de la competencia por parte de la entidad denunciada. En atención a ello, la Comisión ordenó al Colegio el cese inmediato de la emisión y cobro de la Papeleta de Habilitación para el ejercicio de la profesión de abogados en Loreto, así como cualquier otro cobro de similares características.

Esta Sala considera que al haberse acreditado que el Colegio incurrió en actos que transgredían las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, correspondía a dicho órgano funcional imponer las sanciones previstas en el artículo 23 del referido cuerpo legal. En atención a ello, y considerando los criterios establecidos para la determinación de sanciones, corresponde a esta Sala graduar la sanción que debe imponerse a la entidad denunciada.

Sobre el particular, debe indicarse que el hecho de que la práctica restrictiva desarrollada por el Colegio afectara un mercado de carácter regional, constituye un factor que agrava la conducta infractora, teniendo en cuenta las especiales características que rodeaban la prestación del servicio de habilitación profesional analizadas en el acápite III.4 de la presente resolución.

Asimismo, debe considerarse que el Colegio denunciado poseía —durante el período investigado— el monopolio legal en el mercado de la prestación del servicio de habilitación para abogados en el Distrito Judicial de Loreto, de modo que la práctica no solamente fue desarrollada en perjuicio de los propios agremiados a la entidad denunciada, sino también en detrimento de los usuarios del servicio de defensa legal prestado por aquellos, como el caso de Integra.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es la primera vez que la entidad denunciada incurre en infracciones de este tipo, lo cual atenúa la conducta desarrollada por el Colegio, elemento que debe ser tomado en cuenta a efectos de graduar la sanción a imponerse.

De otro lado, debe considerarse que la práctica desarrollada por el Colegio cesó luego que, en Junta General Extraordinaria del 19 de marzo de 1999, dicha entidad aprobara el nuevo Reglamento del Fondo Mutual. De acuerdo a lo establecido en tal normatividad, el Fondo Mutual se financiaría a través de la «Papeleta Mutual», documento adquirido volun-

tariamente por los abogados afiliados a fin de acceder a los servicios ofrecidos por dicho fondo. En la medida que tal documento no cumpliría la función de acreditar que el abogado agremiado se encuentra habilitado para ejercer el patrocinio judicial, no existen sanciones ni inhabilitación para el ejercicio profesional a aquellos abogados que decidan no adquirir la referida papeleta.

En atención a ello, puede ingerirse que al dejar sin efecto el cobro de la «Papeleta de Habilitación», subordinado a la prestación del servicio de habilitación profesional, el Colegio ha mostrado una conducta tendiente a corregir los efectos originados por los actos contrarios a la libre competencia desarrollados durante el período investigado, consciente de los efectos nocivos que ellos generaron.

En atención a lo expuesto, esta Sala es del criterio que corresponde sancionar al Colegio con una multa ascendente a 1 UIT y disponer su inscripción en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807.

III.6 Publicación de la presente resolución.

En el artículo 43 del Decreto Legislativo No. 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, se establece que el Directorio de INDECOPI, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial El Peruano por considerar que dichas resoluciones son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

De acuerdo al análisis desarrollado en la presente resolución, se ha determinado que la conducta desarrollada por el Colegio durante el período materia de denuncia ha implicado la transgresión a las normas del Decreto Legislativo N° 701, al forzar a los abogados colegiados en dicha entidad a adquirir la «Papeleta de Habilitación» con la finalidad de financiar el Fondo Mutual y habilitarlos para el servicio de defensa legal.

En tal sentido, dado que dicha conducta es susceptible de haber generado efectos perjudiciales en el mercado, encareciendo el costo del servicio de defensa legal en detrimento de los consumidores que debieron hacer uso de dicho servicio, la Sala considera que corresponde proponer al Directorio de INDECOPI la publicación de la resolución apelada y del presente pronunciamiento en el diario oficial El Peruano, conforme lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto lo siguiente:

PRIMERO: Confirmar la Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC emitida el 9 de diciembre de 1999 por la Comisión de Libre Competencia, que declaró fundada la denuncia interpuesta por AFP Integra S.A. contra el Colegio de Abogados de Loreto por prácticas de abuso de posición de dominio. En consecuencia, se sanciona al Colegio de Abogados de Loreto con una multa ascendente a 1 UIT, ordenando su inscripción en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807.

SEGUNDO: Proponer al Directorio del INDECOPI la publicación de la resolución apelada y del presente pronunciamiento en el diario oficial El Peruano.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Gabriel Ortiz de Zevallos Madueño y Liliana Ruiz de Alonso.

4.6.2. Resolución N° 0284-1999/TDC-Indecopi

Expediente 008-97-CLC

PROCEDENCIA: COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE: AFP INTEGRA S.A (INTEGRA)

DENUNCIADA: COLEGIO DE ABOGADOS DE LORETO (EL COLEGIO)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA, CORRECCIÓN DE PRONUNCIAMIENTO

ACTIVIDAD: ACTIVIDADES DE ORGANIZACIONES PROFESIONALES

SUMILLA: se corrige el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 0237-1999/TDC-INDECOPI emitida el 7 de julio de 1999, en el extremo en que dispuso que la sanción impuesta al Colegio de Abogados de Loreto se inscriba en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807

Lima, 25 de agosto de 1999

I. ANTECEDENTES

El 7 de julio de 1999 se expidió la Resolución N° 0237-1999/TDC-INDECOPI confirmando la Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC del 9 de diciembre de 1998, en virtud de la cual la Comisión de Libre Competencia declaró fundada la denuncia interpuesta por AFP Integra S.A. contra el Colegio de Abogados de Loreto por prácticas de abuso de posición de dominio. Asimismo, en dicho pronunciamiento, la Sala dispuso que el Colegio de Abogados de Loreto sea sancionado con una multa ascendente a 1 UIT y ordenó su inscripción en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807.

II. CONSIDERANDO

El artículo 28 del Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI, contempla la facultad del Tribunal del Indecopi para corregir sus propias resoluciones. Esta facultad es extensiva a cada una de las Salas que hoy integran dicho Tribunal.

Atendiendo a que en la Resolución N° 237-1999/TDC-INDECOPI se ha incluido por error tipográfico una frase equivocada referida a la inscripción de la sanción impuesta a la infractora en el Registro de Infractores a que se refiere el articulo 40 del Decreto Legislativo N° 807 corresponde corregir dicho error dejando sin efecto su inclusión en la mencionada resolución por tratarse de una inexactitud evidente.

III. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto corregir la Resolución N° 0237-1999/ TDC-INDECOPI del 7 de julio de 1999, en el extremo que dispuso que la sanción impuesta al Colegio de Abogados de Loreto sea inscrita en el Registro de Infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Luis Hernández Berenguel, Gabriel Ortiz de Zevallos Madueño, Mario Pasco Cosmópolis y Liliana Ruiz de Alonso.

4.7. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS (ART. 6)

4.7.1. Resolución N° 0255-1997/5DC-Indecopi

Expediente 0024-96-CLC

PROCEDENCIA: COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE: PETRÓLEOS DEL PERÚ S.A. (PETROPERÚ)

DENUNCIADOS: RHEEM PERUANA S.A. (RHEEM)/ENVASES METÁLICOS S.A. (ENVASES METÁLICOS)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA, PRÁCTICAS CONCERTADAS, ADQUISICIÓN DEL ESTADO, CONCERTACIÓN DE PRECIOS

ACTIVIDAD: FABRICACIÓN DE TANQUES, DEPÓSITOS Y RECIPIENTES METÁLICOS

Se confirma en parte la Resolución N° 004-97-Indecopi, CLC de fecha 21 febrero de 1997, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia sancionó a Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A. con 20 (veinte) UIT, respectivamente, por la comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia al concertar los precios y volumen de cilindros de 55 galones ofrecidos a Petróleos del Perú S.A. en los procesos de adquisición organizados por esta última empresa, reformándola en el extremo que no resultan aplicables al presente caso las modificaciones introducidas en el Decreto Legislativo N° 701 por el Decreto Legislativo N° 807. Asimismo, se dispone que la Secretaría Técnica pase copias de la resolución al Directorio de Indecopi para su publicación en el diario oficial El Peruano, de acuerdo a lo establecido en el articulo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

Lima, 22 de octubre de 1997

I. ANTECEDENTES

Con fecha 28 de mayo de 1996, Petroperú interpuso una denuncia contra Rheem y Envases Metálicos por presunta concertación en el precio de los cilindros de acero de 55 galones. Presentados los descargos correspondientes, mediante Resolución N° 004-97-Indecopi-CLC del 21 de febrero de 1997, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Petroperú, sancionando a cada una de las empresas denunciadas con una multa de 20 (veinte) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Envases Metálicos y Rheem, interpusieron recursos de apelación contra la resolución antes mencionada el 14 y el 21 de marzo de 1997, respectivamente, elevándose el expediente a esta Sala. Habiéndose llevado a cabo el informe oral solicitado por la empresa denunciante el 22 de octubre de 1997, con la participación de los representantes de Petroperú y Rheem, el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

De la revisión del expediente y lo manifestado por las partes, se desprende que Petroperú, empresa dedicada a la explotación, producción y comercialización de hidrocarburos, requería de los cilindros de 55 galones para la comercialización del lubricante denominado «Petrolube». Hasta agosto de 1992, la única empresa a nivel nacional que contaba con la infraestructura y tecnología adecuada para producir dichos cilindros era Rheem, por lo que Petroperú era uno de sus principales clientes. Sin embargo, en junio de 1992 Envases Metálicos obtuvo una autorización para importar la maquinaria necesaria para la elaboración de los mismos cilindros, comenzando a producirlos y comercializarlos desde agosto de 1992.

Corno consecuencia de la competencia entre ambas empresas, el precio de los cilindros de 55 galones, que en julio de 1992 era de US$ 28.07, descendió llegando incluso en abril de 1995 a US$ 17.70.

Así, Petroperú solicitó cotizaciones a las empresas denunciadas para la adquisición de 10,000 cilindros ocurriendo lo que se detalla a continuación:

(i) El 19 de octubre de 1995, Rheem ofreció 5,020 cilindros a un precio ascendente a US$23.80, mientras que Envases Metálicos ofreció 5,090 cilindros al mismo precio.

(ii) En febrero de 1996, Rheem ofreció 5,100 cilindros a un precio ascendente a US$23.80, mientras que Envases Metálicos ofreció 5,090 cilindros al mismo precio.

(iii) En marzo de 1996, Rheem ofreció 5,102 cilindros a un precio ascendente a US$23.80, mientras que Envases Metálicos ofreció 5,000 cilindros al mismo precio.

En su escrito de denuncia, Petroperú alegó que las empresas denunciadas contaban con la infraestructura suficiente para producir los 10,000 cilindros requeridos en los tres últimos concursos de precios, y no sólo los 5,000, que aproximadamente éstas ofertaron, por lo que, a su criterio, entre dichas empresas existía «indudablemente» una práctica concertada.

Emplazado por la Comisión, Envases Metálicos señaló lo siguiente:

(i) que, nunca ha existido vinculación económica o de otra índole entre ambas empresas, sus accionistas o funcionarios;

(ii) que, sólo el 20% de su producción estaba destinada a la fabricación de cilindros de 55 galones, mientras que para Rheem «la fabricación de 55 galones representaba el 100% de su producción», por lo que, según el dicho de Envases Metálicos, no tendría necesidad de concertar precios con aquella empresa;

(iii) que, entre 1992 y 1994 se presentó en las licitaciones convocadas por Petroperú con precios por encima del que ahora cuestionaba la denunciante, variando esta situación entre marzo de 1994 y agosto de 1995 en que los precios ofertados estaban por debajo del precio de costo, con el fin de «no perder al cliente». Sin embargo, desde octubre de 1995, decidió «sincerar» el precio de los cilindros, ofertándolos a US$ 23.85, debido a que comenzó a producir conservas de pescado; y,

(iv) que, al haber ampliado el giro del negocio, la producción de cilindros de 55 galones era eventual y sólo bajo requerimiento de Petroperú, la misma que dependía de la disponibilidad del insumo de hojalata y de los créditos proporcionados por los Bancos.

Por su parte, Rheem Peruana indicó en sus escritos de descargo lo siguiente:

(i) que, al tratarse de empresas que fabricaban el mismo producto en condiciones similares, podían terminar costeando en valores equivalentes su producto final, sin que ello signifique que haya habido un acuerdo entre ellas;

(ii) que, Petroperú, a diferencia de las empresas privadas, era un comprador que demoraba sus pagos a los proveedores, por lo que no debía sorprender la coincidencia de atender en forma fraccionada los requerimientos de la denunciante; y,

(iii) que, abastecía a Petroperú con otros productos similares además de los cilindros de 55 galones para lubricantes, por lo que, de existir un entendimiento con Envases Metálicos, deberían incluirse toda esa gama de productos.

La Comisión consideró que si bien no habían sido encontradas pruebas directas que demostraran la existencia de conversos o acuerdos entre las empresas denunciadas, existían una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador que no parecían responder a una situación de competencia efectiva y que sólo podía ser explicada mediante la existencia de un acuerdo previo. Asimismo, calificó la infracción como grave, atendiendo a que Rheem y Envases Metálicos eran las únicas empresas a nivel nacional que producían los cilindros en cuestión, y que la conducta sancionada se repitió en tres oportunidades.

En sus recursos de apelación, las empresas denunciadas sostuvieron que la coincidencia de los precios y volúmenes ofertados, además de ser el único indicio en que se había sustentado la Comisión, no podía ser considerado causal válida para determinar la existencia de una concertación de precios. Asimismo, Envases Metálicos, agregó que durante el periodo investigado por la Comisión, esto es octubre de 1995 a marzo de 1996, «de era imposible ofertar la totalidad de las necesidades que requería (la denunciante)» ya que debía abastecer a sus demás clientes. Finalmente, esta misma empresa señaló que en el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, antes de ser modificado por el Decreto Legislativo N° 807, lo que se sancionaba era la concertación injustificada de precios, por lo que no bastaba demostrar que se había producido una concertación para efectos de imponer una sanción.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, las cuestiones en discusión consisten en de terminar lo siguiente:

(i) si la norma aplicable al presente caso es el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 en su versión original, esto es, sin las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 807; y

(ii) si ha existido entre las empresas denunciadas una concertación en el precio y en las cantidades de cilindros de 55 galones ofrecidos a Petroperú en el periodo de octubre de 1995 a marzo de 1996, en los términos establecidos en la normatividad aplicable.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. La norma aplicable en el presente caso.

Tal como se desprende de la Resolución N° 004-97-CLC de fecha 21 de febrero de 1997, para evaluar las conductas de las empresas denunciadas entre el periodo comprendido entre octubre de 1995 a marzo de 1996, la Comisión ha aplicado lo estipulado en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, con las modificaciones introducidas por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18 de abril de 1996. Sin embargo, al momento de imponer la multa a dichas empresas, la Comisión determinó que «la norma vigente para la aplicación de sanciones es la que estableció como multa máxima la de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), teniendo en cuenta que el periodo investigado en el presente procedimiento sólo incluye hasta marzo de 1996, es decir

antes de la modificación dispuesta en este aspecto por el Decreto Legislativo N° 807».

Por su parte, Envases Metálicos en su escrito de apelación ha hecho referencia al artículo 6 del Decreto Legislativo N° 70 1, sin las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 807, por lo que se desprende que, a criterio de dicha empresa, en el presente caso se debe aplicar lo estipulado en la versión original del Decreto Legislativo 701.

La Sala considera, sin embargo, que deben tenerse en cuenta los cambios introducidos por el Decreto Legislativo N° 788, publicado el 31 de diciembre de 1994 y que entró en vigencia el 1 de enero de 1995, es decir antes del desarrollo de las prácticas objeto de este procedimiento. En particular es importante considerar que el Decreto Legislativo 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701, el mismo que contenía los casos en los que una concertación de precios podría ser autorizada previamente, luego de que las empresas que pensaban celebrar el acuerdo solicitaran su autorización a la Comisión. Sin embargo, a pesar que dicha norma fue derogada, el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 no fue modificado, por lo que en la redacción de dicho inciso aparecía el término «concertación injustificada».

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 807 modificó el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, dejando claramente establecido que cualquier fijación concertada entre competidores constituía una práctica restrictiva de la libre competencia, es decir una práctica «per se» ilegal.

Cabe señalar que en el presente caso, dado que el período denunciado, así como el investigado por la Comisión, es el transcurrido entre octubre de 1995 a marzo de 1996, la ley aplicable resulta ser el Decreto Legislativo N° 701, con las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 788, sin tomar en cuenta los cambios efectuados a aquella ley por el Decreto Legislativo N° 807, norma que recién entró en vigencia el día 18 de abril de 1996, es decir con posterioridad a los hechos materia del procedimiento.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, pretender aplicar las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 807 al presente caso, sería realizar una aplicación retroactiva de dicha ley, ya que ésta estaría rigiendo situaciones jurídicas existentes antes de su entrada en vigencia, lo cual se encuentra prohibido por nuestro sistema jurídico.

En ese orden de ideas, la norma aplicable al presente caso resulta ser el Decreto Legislativo N° 701 con las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N° 788, en particular con la derogación del artículo 7 del Decreto Legislativo 701 que enumeraba los supuestos que permitían justificación previa de las prácticas restrictivas de la competencia.

En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 807, publicada en el diario oficial El Peruano el día 18 de abril de 1996, se establece sobre la modificación bajo comentario lo siguiente:

«Dejar claramente establecido que la concertación de precios es per se ilegal, es decir, un supuesto que no admite justificación. El Decreto Legislativo N° 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701, que permitía a las empresas solicitar autorización para concertar. Esto constituía una posibilidad de justificación en la práctica, contraria a lo que señala no sólo la doctrina jurídica, sino la doctrina económica, respecto a los perjuicios de la cartelización de la economía frente a la inexistencia de beneficios reales o potenciales generados por dicha cartelización. En otras palabras, carecía de sentido justificar la razonabilidad de la concertación. Lamentablemente, el Decreto Legislativo N° 788 omitió modificar de manera expresa el inciso a) del artículo 6 que se refería a la concertación «injustificada» de precios, dejando abierta la posibilidad de una errónea interpretación en el sentido de que podían existir concertaciones de precios justificadas. Debe interpretarse que dicha justificación era la que permitía el artículo 7 ya derogado, por lo que es pertinente aclarar ello en la norma para evitar que se creen falsas expectativas en las empresas respecto a la posibilidad de llevar a cabo concertaciones de precios que puedan considerarse justificadas cuando éstas son en realidad *per se* ilegales».

En ese orden de ideas, queda claro que la intención del legislador en la elaboración del Decreto Legislativo N° 788 fue eliminar la posibilidad de considerar que alguna práctica concertada se encontraba autorizada legalmente. Es por ello que, en opinión de esta Sala, el término «injustificada» mantenido en el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, fue derogado tácitamente por las modificaciones introducidas por el Decreto, Legislativo N° 788.

Sin perjuicio de lo dicho, y que lleva a la Sala a concluir que en el caso de concertación de precios como el que es objeto del presente procedimiento, no es posible justificar el acuerdo adoptado, en el supuesto negado de que dicha justificación pudiera darse al momento de evaluar la infracción, como sugiere Envases Metálicos, es claro que ninguna de las empresas denunciadas ha presentado información o prueba alguna que explique o justifique su conducta. La aplicación de una regla de la razón, como la que sugiere Envases Metálicos en el presente caso, implica que quien alega la razonabilidad de la práctica pruebe dicha razonabilidad en el procedimiento. Ello, porque no le corresponde a la Comisión, en caso que

fuera la regla de la razón la que debiera aplicarse, probar el carácter injustificado de la práctica. Esto constituiría una «Prueba diabólica» pues tendría que probarse un hecho negativo (es decir que no hay justificación). Es evidente que en ningún momento las denunciadas han siquiera sugerido como justificar o explicar las razones por las que acordaron precios, por el contrario, se han limitado a afirmar que tal acuerdo nunca existió. Así, en el supuesto negado de que dicha justificación fuera posible, las denunciadas no han aportado prueba alguna sobre en qué consistiría la supuesta justificación.

Una vez establecida la legislación aplicable, corresponde analizar los hechos denunciados.

III.2. El uso de la prueba de indicios y presunciones en el presente procedimiento.

Atendiendo a lo expuesto en el punto anterior, toda concertación de precios, según los criterios establecidos en el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Resolución N° 206-97-TDC, es considerada una práctica restrictiva *per se* ilegal y por tanto sancionable, sin perjuicio de la razonabilidad de la misma.

De acuerdo al sistema de economía social de mercado vigente en nuestro país, tal como lo manda la Constitución Política del Perú vigente, corresponde a los agentes económicos interactuar constantemente en el proceso de formación de precios, convirtiéndose en los protagonistas del mercado, y, en tal medida, son ellos los encargados, a través del proceso competitivo, de establecer los precios, calidades y condiciones de comercialización que rigen en los distintos mercados de bienes y servicios. Dicho sistema supone que los agentes económicos actúan de manera independiente y voluntaria en el mercado, es decir que, por un lado, los proveedores ofrecen los productos y servicios de acuerdo a lo que más convenga a sus intereses y que los consumidores toman decisiones de consumo adecuadas en base a sus necesidades. Así, aquella conducta encaminada a que el régimen de libre competencia se vea restringido, falseado o impedido, será sancionada, toda vez que originaría distorsiones en el mercado, en particular afectando los derechos de los consumidores a elegir libremente entre las distintas opciones disponibles.

En el presente caso, la Comisión consideró que las empresas denunciadas habían concertado el precio y cantidad de los cilindros de 55 galones en las ofertas presentadas a Petroperú, lo cual, atendiendo a lo mencionado anteriormente, restringía la libre competencia en perjuicio de los consumidores de dichos bienes, en particular de Petroperú.

Las empresas denunciadas en sus escritos de apelación señalaron que la Comisión había basado su decisión en simples indicios, toda vez que no había hallado prueba directa alguna que demuestre que efectivamente entre ellas hubo una concertación o acuerdo de precios.

Al respecto, cabe señalar que la concertación de precios, así como otras formas de prácticas restrictivas, pueden darse a través de un acuerdo, una decisión o una recomendación, las cuales consisten en distintas formas de colaboración entre las empresas. Cuando estas formas de colaboración privan o restringen la capacidad de los consumidores para influir con sus decisiones en el proceso de formación de Precios, entonces nos encontramos ante una práctica sujeta a sanción.

Evidentemente esas prácticas deben ser probadas, esto es, deben existir elementos que permitan a la autoridad encargada de resolver el caso concluir, más allá de toda duda razonable, que existió el acuerdo. Sin embargo debe considerarse que, dada la dificultad existente para encontrar pruebas directas en las que conste el acuerdo (firma de un contrato, acta de reunión en que conste lo acordado, filmación o grabación en la que las partes fijan el precio, etc.), se puede recurrir a la prueba de indicios, mediante la cual se puede llegar a la convicción que el acuerdo existió.

Sobre el particular, Alberto Bercovitz señala que: «Notables dificultades suscita la prueba de una práctica concertada, pues es frecuente que las empresas traten de suprimir todo rastro del concierto previo a la ejecución de la práctica. Por ello es preciso apoyar la prueba normalmente en indicios y presunciones sobre su existencia, basados fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las partes en el mercado sea inexplicable sin partir de la existencia de algún tipo de concertación entre ellas.»

En base a los indicios se pueden extraer conclusiones válidas sobre la existencia o no de un acuerdo. Si estas presunciones llevan a la convicción de que la práctica se dio en la realidad, entonces la autoridad está en la capacidad de sancionar la conducta. Así, como señala Devis Echeandía:

«Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, si no se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico, crítico. Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica - crítica que lo valora.»

«El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla...»

El indicio es pues un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una declaración, etc.).

Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado). Negar la utilización de estos sucedáneos de prueba es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida por la ley, mediante la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

Así, como se indicó, la prueba de indicios y presunciones resulta ser una herramienta fundamental para el adecuado funcionamiento del sistema legal de protección de la competencia. En este sentido, la Sala ha expresado en anteriores oportunidades, refiriéndose al tema que nos ocupa, que:

«... si bien no se requiere encontrar una prueba concluyente, como un acuerdo firmado o una grabación de una reunión en que se acuerdan medidas que restrinjan o limiten la competencia entre las empresas que concurren en un mercado en particular, sí es necesario que las pruebas o indicios evaluados en conjunto demuestren directa o indirectamente la existencia de tal acuerdo».

En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la ... competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.

En el presente caso debe analizarse los indicios previamente acreditados utilizando el razonamiento lógico anotado, tratando de contrastar las conclusiones obtenidas de los indicios con un análisis contrafáctico, es decir, buscando otras posibles explicaciones o conclusiones que puedan derivarse de el o los indicios detectados.

Si luego de este análisis no se obtienen otras posibles explicaciones u obteniéndose éstas no generan una duda razonable sobre la existencia de la infracción, inducida por la evaluación de los indicios, entonces se puede concluir que la práctica ilícita existió.

III.3. El análisis de los hechos y pruebas acreditados.

Se desprende de las pruebas que obran en el expediente que desde agosto de 1992, hasta abril de 1995, existía entre las empresas denunciadas una fuerte competencia para satisfacer los requerimientos de Petroperú. En efecto, los precios ofrecidos por las denunciadas eran distintos y variaban mensualmente durante dicho periodo, llegando el precio de venta a descender de US$ 28.00 (agosto de 1992) a US$17.70 (abril de 1995). Ello se acredita con los distintos precios ofrecidos a lo largo de los distintos procedimientos de adquisición llevados a cabo por Petroperú en todo el periodo referido y que se encuentran reflejados en la Tabla 1 contenida en la resolución de la Comisión que ha sido objeto de apelación.

Cabe señalar que durante dicho periodo, ambas empresas llegaron a ofrecer cada una por separado el total de las cantidades de cilindros de 55 galones que eran requeridos por el denunciante, llegando por ejemplo en marzo de 1994 y en abril de 1995 a ofertar los 30,000 y 20,000 cilindros, respectivamente. Este es otro elemento que demuestra la existencia de una agresiva competencia entre ambas empresas. Así no sólo plantean precios distintos, con tendencia a la baja como resultado de las presiones competitivas, sino que en sus ofertas plantean suministrar el íntegro del requerimiento de Petroperú. Ambas empresas muestran una actitud clara dirigida a desplazar a la otra frente a Petroperú, de manera que aquélla que obtuviera el precio más bajo se vería beneficiada con el íntegro del contrato.

Sin embargo en octubre de 1995, febrero y marzo de 1996, no se presentó la misma situación descrita anteriormente. Súbitamente la conducta de ambas empresas cambia, siendo necesario evaluar las posibles explicaciones lógicas a dicho cambio. Así:

a) En octubre de 1995, Petroperú realizó un proceso por competencia requiriendo a las empresas denunciadas un volumen de 10,000 cilindros de 55 galones. Ante ello, Envases Metálicos ofertó una cantidad de 5,090 a un precio ascendente a US$23.80, mientras que Rheem ofreció 5,020 al mismo precio, esto es US$23.80.

b) Lo mismo sucedió en el proceso por competencia realizado por el denunciante en febrero de 1996, frente al requerimiento de 10,000 cilindros de 55 galones, Envases Metálicos ofertó una cantidad de 5,090 a un precio ascendente a US$23.80, mientras que Rheem ofreció 5,100 al mismo precio.

c) Finalmente en el proceso por competencia N° BLB-0006-96 realizado por el denunciante en marzo de 1996, ante el requerimiento de

> 10,000 cilindros, Envases Metálicos ofertó una cantidad de 5,000 a un precio ascendente a US$23.80, mientras que Rheem ofreció 5,102 al mismo precio.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, parecería que, en el periodo comprendido entre octubre de 1995 y marzo de 1996, las empresas denunciadas habrían hecho una tregua respecto a la guerra de precios que existía entre ellas en los periodos anteriores. Es fundamental, para efectos del presente procedimiento encontrar explicaciones a dicha tregua, en particular si fue consecuencia del proceso competitivo en el que cada empresa actúa por separado, o por el contrario si fue una tregua acordada voluntariamente por ambas.

Es por ello, que esta Sala concuerda con la Comisión en el sentido que, en el presente caso, existe una serie de hechos coincidentes en el tiempo frente a un mismo comprador ocurridos con posterioridad a una fuerte competencia a nivel de precios que no responden a una situación de competencia efectiva y que sólo pueden ser explicados como el producto de un acuerdo previo entre las empresas denunciadas.

De acuerdo a lo establecido en las Bases Administrativas para los Procesos Por Competencia de Petroperú N° BLB-0006-96, que fueron adquiridas por los postores para el proceso por competencia de marzo de 1996, las ofertas debían ser presentadas al denunciante en dos sobres cerrados (en original y copia) y el contenido de los mismos sería dado a conocer con posterioridad a la recepción de todos ellos. Cabe señalar que, de la revisión de las bases mencionadas, se desprende que éstas fueron elaboradas en agosto de 1995, con lo cual se concluye que las ofertas en los procesos por competencia realizados por Petroperú a partir de dicha fecha, fueron presentadas de la misma manera.

Así, se desprende que los procesos por competencia convocados por Petroperú, se llevaban a cabo en estricta confidencialidad, con lo cual ninguno de los postores tenía la posibilidad de conocer las ofertas presentadas por los demás antes de la apertura de los sobres. Cabe señalar que, en este tipo de procedimientos los postores buscan elaborar propuestas atractivas para el solicitante con la finalidad que les sea otorgada la buena pro luego de la evaluación respectiva, razón por la cual, en una atmósfera realmente competitiva, protegerían celosamente sus ofertas de los demás postores.

En el presente caso, las ofertas presentadas en sobre cerrado por las denunciadas en octubre de 1995, febrero y marzo de 1996, fueron idénticas en cuanto al precio y similares en cuanto a la cantidad, aproximadamente la mitad de lo requerido en cada caso por Petroperú.

El simple hecho de que se haya dado una coincidencia exacta de precios es un elemento importante que permite presumir la existencia de un acuerdo. Nótese que en los tres años anteriores nunca se había producido una coincidencia exacta en los precios. Los precios siempre habían sido distintos. Sin embargo, de pronto, y sin un motivo que lo explique, el precio aparece siendo exactamente el mismo, es decir US$ 23.80. Nótese que el precio, además de idéntico, refleja una elevación clara respecto del precio ofrecido en los anteriores procesos de adquisición, y que la coincidencia ocurre, con el mismo precio, en tres oportunidades consecutivas.

Pero la coincidencia no se dio sólo con respecto al precio. Las cantidades ofrecidas por ambas empresas cambian súbitamente. Los años anteriores cada una ofrecía el íntegro del monto pedido por Petroperú en cada ocasión. Sin embargo, en los tres procesos de adquisición referidos y en los que se produce la igualdad de precios, ambas empresas reducen el monto ofrecido a aproximadamente el 50% del monto solicitado por Petroperú en cada caso.

Estos datos son consistentes con la existencia de un acuerdo y reflejan coincidencias extraordinarias que difícilmente pueden ser explicadas por razones diferentes. En caso se produjera una concertación que busque repartirse la venta entre ambas empresas, deberían cumplirse precisamente las dos condiciones para maximizar la utilidad de las dos empresas en el proceso: (i) el precio debe ser el mismo para evitar que una oferta sea preferida sobre la otra; y (ii) las cantidades deben ser cercanas al 50% de manera que al otorgar la buena pro, deba dividirse la misma entre las dos empresas involucradas en partes prácticamente iguales.

La sucesión de coincidencias y su perfecta consistencia con un acuerdo que maximice la utilidad de ambas en el contexto de una repartición del mercado, constituyen elementos de prueba que crean convicción en la Sala sobre la existencia de un acuerdo entre las empresas denunciadas.

A lo dicho hay que añadir que, por las características del producto, éste no es susceptible de importación dado los costos que implicaría dicha operación. Existen sólo dos proveedores de dicho tipo de productos en el mercado local y éstos son los denunciados. En consecuencia, los costos de transacción para llegar a un acuerdo son bajos, ya que sólo son dos los participantes en el mercado y la posibilidad de un control por otros competidores que ofrezcan precios más atractivos no existe.

La forma como se entregaron las ofertas (es decir en sobre cerrado) hace aún más difícil la coincidencia en los precios. No se trata de los precios ordinariamente transados en mercados abiertos y públicos en los que es fácil encontrar información que genere una tendencia a su estandarización mediante la propia competencia. Por el contrario, se trataba de ofertas supuestamente confidenciales en las que la única posibilidad de conocer los precios del otro competidor era luego que se llevara a cabo la apertura de sobres por Petroperú.

Las partes han alegado que la coincidencia en los precios es explicarle por una coincidencia en los costos de fabricar los cilindros. Sin embargo dicha explicación es totalmente inconsistente con la información disponible en el expediente. Los precios fueron siempre diversos en las ofertas formuladas en procesos anteriores convocados por Petroperú y no existe ningún elemento de juicio aportado por las denunciadas que demuestre la existencia de algún hecho o factor que llevara a que, a partir de octubre de 1995, se produjera una igualación exacta de los costos de ambas empresas y menos aún que dicha estandarización se refleje en los precios. A mayor abundamiento, luego de esa fecha, los precios a los que ofrecieron cilindros de idénticas características a otros clientes distintos a Petroperú no coinciden con el precio ofrecido a esta última empresa. Si una estructura de costos idéntica explicara la identidad de los precios, estos precios serían idénticos para los demás clientes de esas empresas en el mercado, lo que no ocurre en la información disponible obtenida de las propias empresas. Así, la única coincidencia exacta detectada entre los precios de ambas empresas es la ocurrida en los precios ofrecidos en los sobres presentados en los tres procesos de adquisición llevados a cabo por Petroperú entre octubre de 1995 y marzo de 1996.

En cuanto a la casi identidad de las cantidades ofrecidas a Petroperú que reflejan en cada caso el 50% del monto de cilindros solicitado, tampoco existen motivos que expliquen tal coincidencia distintos a una concertación entre las empresas. Tal reducción e igualación fue también simultanea a la igualación de precios y ha sido explicada por las empresas en el hecho de que existían otros clientes en el mercado y que Petroperú se atrasaba en el pago por lo que no les convenía cubrir el íntegro del pedido, debiendo dejarse capacidad de producción libre para cubrir otros posibles pedidos de otros compradores que sí pagaban puntualmente.

Las empresas no han presentado prueba alguna que permita demostrar sus afirmaciones en este aspecto. No se ha acreditado el efecto del pedido de Petroperú en su capacidad de cubrir pedidos de otros clientes, ni el hecho de que Petroperú se atrasara en los pagos y cómo este atraso las afectaba. Los datos existentes en el expediente no guardan consistencia con tal hipótesis de explicación de lo ocurrido.

Al respecto, cabe señalar que Envases Metálicos ha mantenido desde 1994 hasta marzo de 1996, casi la misma cantidad de clientes. Asimismo, es importante indicar que en marzo de 1994 dicha empresa ofertó a Petroperú la totalidad de cilindros requeridos, esto es 30,000, a un precio de US$ 17.95. Del mismo modo, en enero y abril de 1995, esta empresa ofreció a Petroperú los 10,000 y 20,000 cilindros solicitados, respectivamente, a un precio de US$19.50 y US$18.97. En los mismos meses mencionados, Envases Metálicos atendía los pedidos de sus otros clientes, los mismos que, de acuerdo a la Tabla 4 anexada al informe de la Secretaría Técnica, no han sufrido cambios significativos respecto de los pedidos realizados en el periodo investigado.

La situación de Rheem no es muy distinta. Esta empresa ha mantenido desde 1994 hasta marzo de 1996, casi la misma cantidad de clientes. Al igual que Envases Metálicos, en marzo de 1994 Rheem ofertó a Petroperú la totalidad de cilindros requeridos, esto es 30,000, pero a un precio superior (US$19.95). Del mismo modo, en enero y abril de 1995, esta empresa ofreció a Petroperú los 10,000 y 20,000 cilindros solicitados, respectivamente, a un precio de US$20.50 y US$17.70. En los mismos meses mencionados, Rheem atendía los pedidos de sus otros clientes, los mismos que tampoco han sufrido cambios significativos respecto de los pedidos realizados en el periodo investigado, según se desprende de la Tabla 2 anexada al informe de la Secretaría Técnica.

Pero incluso si esa hipótesis fuera cierta, ello no explicaría porqué ambas empresas debían reducir su oferta a la misma cantidad. Ello se explicaría en la existencia de capacidad instalada idéntica en ambas empresas y en la existencia de una demanda potencial de otros clientes también idéntica, lo que no es consistente con la información que obra en el expediente.

Así, la única explicación consistente de la identidad de precios y cantidades ofrecidas con la información y pruebas presentadas, es la existencia de un acuerdo. No sólo existe un paralelismo en los precios, sino que además existe una reducción de cantidades a niveles virtualmente idénticos que reflejan una división del mercado en partes iguales, a lo que hay que añadir una estructura del mercado que presenta una atmósfera favorable a la concertación, derivada del reducido número de competidores (sólo dos) y la inexistencia de competencia de otras empresas, lo que explica la existencia de bajos costos de transacción para llegar a un acuerdo de este tipo. Si todo esto se confronta con el cambio radical de la conducta llevada a cabo por las empresas antes de octubre de 1995, la Sala

llega a la convicción de que existió un acuerdo entre ellas, ya que del análisis efectuado no se ha obtenido otra posible explicación a la actuación de las empresas denunciadas. En todo caso, de haberse desprendido otra posible explicación, ésta no genera una duda razonable sobre la existencia del acuerdo.

Es por lo expuesto que esta Sala considera que debe confirmarse la resolución apelada en este extremo.

III.4. Difusión de la presente resolución.

Finalmente, en aplicación del artículo 432 del Decreto Legislativo N° 807 y atendiendo a que la presente resolución resulta de interés para proteger los derechos de los consumidores, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto:

PRIMERO: Confirmar en parte la Resolución N° 004-97-Indecopi-CLC de fecha 21 de febrero de 1997, mediante la cual la Comisión de Libre Competencia sancionó a Rheem Peruana S.A. y Envases Metálicos S.A., por la realización de prácticas restrictivas de la libre competencia, imponiéndoles a cada una el pago de una multa equivalente a 20 (veinte) UIT reformándola en el extremo que no resultan aplicables al presente caso las modificaciones introducidas en el Decreto Legislativo N° 701 por el Decreto Legislativo N° 807.

SEGUNDO: Disponer que la Secretaría Técnica pase copias de la presente resolución al Directorio de Indecopi para su publicación en el diario oficial El Peruano de acuerdo a los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro, Luis Hernández Berenguel y Gabriel Ortiz de Zevallos.

4.7.2. Resolución N° 0251-1997/TDC-Indecopi

Expediente 0024-96-CLC

Procedencia: Comisión de Libre Competencia (La Comisión)

Denunciante: Petróleos del Perú S.A. (Petroperú)

Denunciados: Rheem Peruana S.A. (Rheem) / Envases Metálicos S.A. (Envases Metálicos)

Materia: Libre Competencia, Prácticas Concertadas, Procesal, Notificación Defectuosa, Eficacia del Acto Administrativo

Actividad: Fabricación de Tanques Depósitos y Recipientes Metálicos

Se declara dejar sin efecto la diligencia de informe oral llevada a cabo el día viernes 10 de octubre de 1997, por considerar que al haberse llevado a cabo sin conocimiento de una de las partes, el acto administrativo que programó dicha diligencia es ineficaz, disponiendo que la Secretaría Técnica cite nuevamente a las partes, verificando que éstas sean debidamente notificadas.

Lima, 15 de octubre de 1997

I. ANTECEDENTES

Con fecha 28 de mayo de 1996, Petroperú interpuso una denuncia contra Rheem y Envases Metálicos por presunta concertación en el precio de los cilindros de acero de 55 galones que producían dichas empresas. Presentados los descargos correspondientes, mediante Resolución N° OO4-97-Indecopi-CLC del 21 de febrero de 1997, la Comisión declaró fundada la denuncia, sancionando a cada una de las empresas denunciadas con una multa de 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Envases Metálicos y Rheem apelaron de la resolución antes mencionada el 14 y el 21 de marzo de 1997, respectivamente, elevándose el expediente a esta Sala.

El 18 de abril de 1997, Petroperú solicitó que se le conceda a su representante el uso de la palabra, por lo que, mediante proveído N° 4 de fecha 3 de octubre de 1997, la Secretaría Técnica de la Sala citó a las partes a rendir informe oral el día viernes 10 de octubre de 1997 a las l4hl5. Sin embargo, esta decisión fue notificada sólo a Rheem y al denunciante, mediante Cédulas de Notificación números 1354-97 y 1355-97, respectivamente, mas no fue puesta en conocimiento de la codenunciada Envases Metálicos.

El 10 de octubre de 1997, sólo se apersonó al local del Indecopi la representante del denunciante, la misma que, a la hora programada, hizo el uso de la palabra. Cabe señalar que una vez realizado el informe oral se detectó el error mencionado en el párrafo anterior.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, la cuestión en discusión consiste en determinar si corresponde que esta Sala se pronuncie sobre la validez del informe oral realizado el 10 de octubre de 1997.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Tal como se ha mencionado, mediante proveído N° 4 de fecha 3 de octubre de 1997, la Secretaría Técnica de la Sala señaló el día viernes 10 de octubre de 1997 a las l4hl5 para que las partes hicieran el uso de la palabra. Sin embargo, este acto administrativo no fue notificado a la empresa denunciada Envases Metálicos.

Sobre el particular, en el artículo 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos se establece que:

«Los actos administrativos producirán sus efectos desde el día siguiente de su notificación o publicación, salvo que el propio acto señale una fecha posterior».

En este sentido, Roberto Dromi ha sostiene que «El acto que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos inmediatos (...) Por lo tanto la notificación es elemento del acto, forma parte de él. El acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado el interesado(...)».

En el presente caso, se desprende que la citación a informe oral efectuada por la Secretaría Técnica de la Sala en el Expediente N° 024-96-CLC, no ha producido efectos respecto de todas las partes, toda vez que una de ellas, Envases Metálicos, no fue notificada. En virtud de ello, corresponde dejar sin efecto el Informe Oral rendido el 10 de octubre de 1997, por haberse llevado a cabo sin conocimiento de una de las partes involucradas en el presente procedimiento, disponiendo que la Secretaría Técnica cite nuevamente a las partes a informe oral, verificando que éstas sean debidamente notificadas.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto dejar sin efecto la diligencia de informe oral llevada a cabo el día viernes 10 de octubre de 1997, y disponer que la Secretaría Técnica cite nuevamente a las partes, verificando que éstas sean debidamente notificadas.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguire del Sante, José Antonio Payet Puccio, Jorge Vega Castro y Gabriel Ortiz de Zevallos

4.8. ACUERDO COLUSORIO

4.8.1. Resolución N° 015-93-INDECOPI/CLC (30/12/93)

Declaran a diversas Asociaciones de transportistas como infractoras de las normas de libre competencia

Lima, 23 de diciembre de 1993

LA COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA. Visto, el informe emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, sobre la investigación iniciada de oficio por presunta violación a lo prescrito por el Decreto Legislativo N° 701, por parte de distintos gremios de transportistas, consistente en una concertación injustificada de precios;

CONSIDERANDO:

Que, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, en su sesión correspondiente al 11 de marzo de 1993, acordó encargar a su Secretaria Técnica, realizar investigaciones en el sector de transporte urbano de pasajeros, a fin de determinar la posible existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia;

Que, en uso de esta autorización, la Secretaría Técnica realizó las investigaciones correspondientes, estimando que existían indicios razonables de violación a lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 701, por lo que, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 150 de dicho cuerpo legal, procedió a notificar a los presuntos responsables:

- Federación de Choferes del Perú (FECHOP).
- Miembros de la Junta Directiva de la FECHOP.
- Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Lima y Callao (ASETUP).
- Miembros de la Junta Directiva de la ASETUP.
- Central de Empresas de Transporte Urbano de Lima y Callao (CETU).
- Miembros de la Junta Directiva de la CETU.
- Confederación General de Transporte (C.G.T.).
- Miembros de la Directiva de la C.G.T.

Que, los hechos que se imputaron a los presuntos responsables, fueron los de haber concertado injustificadamente las tarifas de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Lima;

Que, la Federación de Choferes del Perú (FECHOP), adjuntó a su escrito de descargos copia de un acta, (de fecha 5 de febrero 1993), suscrita por el señor Jorge Camet, Ministro de Estado en el Despacho de Economía y Finanzas, y los señores Hernán Chang, Presidente de la FECHOP; y, David Quintana, Presidente de la CETU, en la que se adopta el acuerdo de reducir el valor de los pasajes de S/. 0.45 a un valor que oscile entre S/. 0.35 y S/. 0.40, a partir del 9 de febrero de 1993. También se acuerda que dicha reducción de precio, se mantendrá vigente hasta el 30 de junio de 1993. En el escrito aludido, precisaron que los señores Alfredo Jaililie, Viceministro de Hacienda, y Rosario Almenara, Viceministro de Economía, también habían participado en la adopción de los acuerdos a que se refiere el acta;

Que, teniendo en consideración la copia del Acta de Acuerdos sobre el valor de los pasajes presentada por la FECHOP, la Comisión, en su sesión N° 017, correspondiente al 30 de junio de 1993, acordó autorizar a la Secretaría Técnica para que ampliara la investigación, comprendiendo en ella a los señores Jorge Camet, Ministro de Economía y Finanzas, Alfredo Jaililie, Viceministro de Hacienda, y Rosario Almenara, Viceministro de Economía;

Que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, la concertación injustificada de precios, así como toda otra práctica restrictiva de la libre competencia, puede adoptar la forma de un acuerdo, decisión, recomendación, una actuación paralela o una práctica concertada;

Que, la concertación de precios mediante acuerdos, se verifica cuando existe un convenio o contrato, expreso o tácito entre competidores o entre empresas que operan en niveles distintos de la cadena productiva, por medio del cual se establece, aumentan o disminuyen uno o varios precios en un mercado determinado;

Que, se presenta una concertación de precios mediante decisiones, cuando existe un gremio o asociación que toma el acuerdo de fijar uno o varios precios, o aumentarlos o disminuirlos, y los miembros de estas agrupaciones actúan de forma tal que se permite corroborar que la variación o establecimiento del precio o precios en cuestión se debe a la decisión del gremio o asociación que se trate;

Que, las recomendaciones, son una variante de las decisiones, en las que la actuación del gremio o asociación no ha contado con un acuerdo previo de acatamiento por parte de sus miembros, y por medio de la cual, estas entidades les recomiendan que adopten determinados precios;

Que, las concertaciones de precios a través de actuaciones paralelas, se presentan cuando las distintas empresas que ofrecen un bien o servicio se comportan de manera tal que incrementan, disminuyen o establecen sus precios al mismo tiempo, o en la misma forma, de modo tal que se permita apreciar que la intención es no competir, sino que, por el contrario, mantenerse en niveles parejos. Mayormente sirven de expresión y prueba de la realización de decisiones o recomendaciones;

Que, las prácticas concertadas, son una variante de los acuerdos y consisten básicamente en los llamados «pactos de caballeros»;

Que, el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 701 establece que la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, atendiendo a supuestos y criterios muy específicos, expresamente prefijados en la misma norma, puede autorizar la realización de prácticas restrictivas;

Que, de acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente, la realización de una concertación de precios será justificada, sólo en la medida que ella haya sido previamente autorizada por la Comisión. En caso contrario, la misma será injustificada y por tanto, considerada como infractora del Decreto Legislativo N° 701;

Que, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia dio inicio a sus actividades el 11 de marzo de 1993, es decir, 3 días después que lo hiciera el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI-, organismo del cual, la referida Comisión forma parte;

Que, no se ha acreditado participación alguna en una práctica restrictiva de la libre competencia de concertación injustificada de precios, por parte de la Confederación General de Transporte, los miembros de su Junta Directiva, así como del Sr. Alfredo Jailile y la Sra. Rosario Almenara;

Que, se ha acreditado que la FECHOP, a través de su Presidente, el Sr. Hernán Chang Lofock; la CETU, a través de su presidente, el Sr. David Quintana Arellano; y, el Sr. Jorge Camet, Ministro de Estado en el Despacho de Economía y Finanzas, participaron en un acto de concertación de precios, en el mes de febrero de 1993. No obstante ello, la Comisión, teniendo en consideración, fundamentalmente, que en esa fecha aún no había iniciado sus funciones, y por lo tanto, no existía a quien dirigirse para solicitar la autorización a que hace referencia el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 701; de manera excepcional, y sin que ello constituya precedente, considera que lo expresado en la mencionada acta, no constituyó una concertación injustificada de precios, en los términos del inciso a) del artículo 6° de dicho cuerpo legal;

Que, sin perjuicio de lo expresado precedentemente, es claro que en la actualidad, ninguna persona, natural o jurídica, de derecho público o privado, así ostente la calidad o título de funcionario público o autoridad pública, puede realizar prácticas restrictivas de la libre competencia;

Que, se ha probado que, estando ya en funciones la Comisión, Fechop, Cetu y Asetup, a través de sus presidentes, señores Hernán Chang, David Quintana y José Luis Díaz, respectivamente, a partir del mes de abril de 1993, han realizado, al interior de sus respectivos gremios, concertaciones injustificadas de precios, bajo la modalidad de decisiones y recomendaciones;

Que, existe en el expediente abundantes declaraciones, tanto en prensa escrita como hablada que demuestra que tanto en Fechop como en Cetu y Asetup, las «orientaciones» (como son denominadas por los mismos investigados en sus respectivos escritos de descargos), que en materia tarifaria dan, tanto el señor Quintana como el señor Chang y el señor Díaz, tienen un efecto determinante en los transportistas miembros de dichos gremios, los mismos que sin tener en cuenta la libre competencia y las fuerzas de oferta y demanda, adecúan sus tarifas de acuerdo a lo que dichos dirigentes expresan;

Que, el argumento que los investigados esgrimen, en el sentido que ellos sólo hacen de público conocimiento los resultados de los estudios de costos que encargan a la empresa Cuanto S.A., no puede servir para desvirtuar los hechos que su conducta durante los últimos nueve meses ha demostrado;

Que, la empresa Cuanto S.A. elabora estudios de costo del servicio de transporte en función a datos proporcionados por los mismos transportistas, y sólo en algunas rutas que son consideradas como representativas. Luego de ello, llegan a varias tarifas, según se trate de unidades nuevas, antiguas, financiadas; o, que la ruta sea más o menos extensa. A pesar de ello, los señores Quintana, Chang y Díaz sólo informan una única tarifa, que es la que ellos consideran es el promedio;

Que, la Comisión considera que existe una prueba determinante de la existencia de algún nivel o tipo de concertación en un gremio o asociación, cuando dirigentes de los mismos, pueden dar declaraciones públicas en las que indican con precisión a partir de cuándo regirán nuevas tarifas, o hasta cuándo mantendrán vigencia las actuales;

Que, en casos como el descrito precedentemente, la correspondencia entre las declaraciones y las variaciones de tarifas, son prueba suficiente de la existencia de una concertación de precios, mediante las

modalidades de acuerdos, decisiones o recomendaciones;

Que, en el proceso de investigación, se han desarrollado estudios de mercado que corroboran la directa relación entre las declaraciones de los señores Chang, Quintana y Díaz y las variaciones en las estructuras de tarifas de transporte urbano de pasajeros;

Que, es preciso tener presente que la Comisión, en ningún caso, controla ni fiscaliza precios o tarifas. Entre sus funciones se encuentra la de velar por que ellos no sean establecidos mediante prácticas concertadas que eliminen la libre competencia, generando distorsiones en el mercado y perjudicando con ello a todos los consumidores, que son quienes en última instancia tienen que asumir el sobrecosto que implica la falta de competencia;

Que, el Decreto Legislativo N° 701 debe de concordarse en el presente caso con el Decreto Legislativo N° 651, norma que declara la existencia de libertad de precios en el servicio de transporte urbano de pasajeros. Por ello, no es legal que existan entidades que señalen precios o tarifas para dicho servicio. Libertad de tarifas implica que ni el Estado, ni ningún gremio, asociación o grupo de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado pueda establecer en forma expresa o tácita tarifas o precios, ni establecer la oportunidad en que éstas deban variar, o el periodo en que deban de mantenerse vigentes, o las cantidades de variaciones que deban de efectuarse durante un lapso determinado de tiempo;

De conformidad con lo previsto en los Decretos Leyes N° 25865 y 26111, en el Decreto Legislativo N° 701 y en el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI;

RESUELVE:

1°.- Declarar que la Federación de Choferes del Perú - FECHOP, la Central de Empresas de Transporte Urbano de Lima y Callao - CETU, la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Lima y Callao - ASETUP, y sus presidentes, señores Hernán Chang, David Quintana y José Luis Díaz, han infringido las normas de libre competencia, realizando prácticas restrictivas de la libre competencia consistentes en concertar injustificadamente los precios del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima y Callao, mediante la modalidad de decisiones y recomendaciones, contempladas en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701, durante el período comprendido entre los meses de abril a diciembre de 1993.

2°.- Disponer que los infractores de la Ley, a que hace referencia el párrafo anterior, cesen de inmediato la realización de conductas restrictivas de la libre competencia, absteniéndose a partir de la fecha de efectuar recomendaciones o adoptar decisiones o concertaciones que impliquen o puedan implicar que los miembros de sus gremios no establezcan sus tarifas en función a las fuerzas de oferta y demanda del mercado.

3°.- Declarar, que la Comisión estimará que la actuación de los infractores ha sido dolosa, y por lo tanto procederá a formular la correspondiente denuncia penal, ante el Fiscal Supremo en lo Penal, por delito de Abuso de Poder Económico, de acuerdo a lo previsto en el artículo 19° del Decreto Legislativo N° 701, en el caso que no se cese de inmediato en la conducta infractora, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo precedente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ARMANDO CÁCERES
LUIS MORALES BAYRO
ALEJANDRO ALFAGEME

4.9. CONCERTACIÓN DE PRECIOS

4.9.1. Resolución N° 039-95-INDECOPI/CLC (11/10/95)

Declaran fundada investigación de oficio iniciada contra asociación de proveedores por concertación de precios

Lima, 29 de setiembre de 1995

VISTO, el Informe N° 039-95-CLC de la Secretaría Técnica en base a la denuncia Formulada por la Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la provincia de Huaral contra el Regidor del Concejo Provincial de Huaral, Sr. Carlos Medina Mercado, por presunto abuso de posición de dominio al disponer el cese del sistema rotativo de comercialización de menudencia en cumplimiento al Oficio N° 371-94-CLC;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 13 de octubre de 1994, la Comisión de Libre Competencia, recibió una denuncia presentada por la Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la provincia de Huaral contra el Regidor del Concejo Provincial de Huaral, Sr. Carlos Medina Mercado, quien administra el camal de Huaral, por presunto abuso de posición de dominio, consistente en eliminar el sistema de rotación de entrega de menudencia entre los comerciantes miembros de la referida asociación, solicitando que la Comisión disponga se reimplante dicho sistema de comercialización y se impida el ingreso al mercado de nuevos comerciantes de menudencia;

Que, en la referida denuncia se afirma que el Sr. Medina Mercado ha aplicado las recomendaciones contenidas en el Oficio N° 371-94-CLC, cursado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, sin haber analizado detenidamente su contenido y sin tomar las medidas necesarias para su correcta aplicación, indicando que el nuevo sistema de venta libre de menudencia, que pasó a reemplazar al sistema rotativo de entrega, que se venía aplicando hace varios años y que se había formalizado por el Decreto Supremo N° 004-84-AG, Reglamento Sanitario de Carnes y Carcasas, había producido un aumento en el precio de la menudencia, con lo cual se favorecía la aparición de un «mercado negro»; señalándose que otra muestra del abuso de posición de dominio en que incurría el denunciado, era el hecho que la administración del camal hubiera otorgado nuevos permisos para comerciantes menudencieros que no pertenecían a la Asociación, a pesar que la dotación diaria de ganado vacuno beneficiado no producía suficiente menudencia para abastecer a los menudencieros ya existentes;

Que, afirman también, cuando se aplicó el sistema de venta libre de menudencias, los proveedores de ganado optaron por vender a los menudencieros de su preferencia, discriminando a los miembros de la Asociación;

Que, por escrito de fecha 21 de noviembre de 1994, la Asociación de Menudencieros esgrime nuevos argumentos para fundamentar su denuncia, sosteniendo que la Asociación de Proveedores, luego de reunirse con el Sr. Medina Mercado, les había llamado la atención por presentar una denuncia ante INDECOPI; que, la Administración del camal trataba por todos los medios de evitar que se les vendiera menudencia y que, un grupo de proveedores había acordado con un grupo de comerciantes, para que aquellos les provean de forma exclusiva la menudencia, en virtud que dichos comerciantes financiaban la compra del ganado que llevaban a beneficiar al camal los proveedores, con lo cual se monopolizaba ese producto y consecuentemente se elevaba su precio;

Que, la Asociación de Proveedores presenta una «contestación a la denuncia», integrándose al procedimiento el 23 de noviembre de 1994 (a pesar que ellos no son los denunciados), expresando que la Asociación de Menudencieros venía monopolizando el sistema de compra, pagando el precio y en la fecha que ellos fijaban por medio del sistema de entrega rotativa, así como que con las nuevas reglas que rigen el comercio interior de productos, los comerciantes menudencieros ya no requieren aprobación del Ministerio de Agricultura para actuar como tales, y que, por último, el Sr. Medina Mercado no estaba cometiendo abuso de posición de dominio, porque sólo había cumplido con las recomendaciones del oficio que le remitiera la Secretaría Técnica;

Que, con fecha 14 de diciembre de 1994, la Comisión de Libre Competencia recibe el Oficio N° 473-CPH-94/A, del Alcalde Provincial de Huaral, Sr. Melchor Cárdenas Vásquez, en el que se explica cómo era el sistema de venta rotativa en el pasado, y que en la actualidad aplicaban un sistema de comercialización libre, por el que los proveedores vendían la menudencia a quienes ellos preferían, con lo que algunos comerciantes menudencieros no llegaban a comprar menudencia y quedaban sin producto que vender, y por tanto, sin trabajo. La labor del Regidor consistía en limitar la entrada del ganado y la salida de la menudencia por razones sanitarias;

Que, la Secretaría Técnica realizó una visita de inspección al camal de Huaral, en la que el Alcalde

manifestó que el Municipio no prohibía a los comerciantes vender menudencia que fuera traída de otros lugares diferentes a Huaral, siempre que cumplieran con los requisitos sanitarios; que la compra de menudencia en el camal de Huaral no es la única vía para que el público acceda a este producto; y, que asimismo la Asociación de Menudencieros también podría comercializar menudencia que no sea de ganado beneficiado en el camal de la ciudad ya que no hay ninguna restricción para su adquisición si es que cumplen con las normas sanitarias necesarias;

Que, la aseveración de la denunciante, acerca que el sistema rotativo de entrega hubiera quedado formalizado por el Decreto Supremo N° 004-84-AG, no responde a la realidad, porque este dispositivo hizo una clasificación de la menudencia, estableció la forma y las condiciones para beneficiar el ganado, las reglas sanitarias y la obligatoriedad de la carne de comerciante menudenciero otorgado por el Ministerio de Agricultura, para dedicarse a esa actividad, sin embargo no establece ni formaliza un sistema rotativo de venta de menudencia o forma similar de comercializar este producto;

Que, el Oficio N° 371-94-CLC de fecha 18 de agosto de 1994, se dirigió al señor Carlos Medina Mercado, Regidor del Camal del Concejo Provincial de Huaral, contestando ocho preguntas formuladas por dicho regidor mediante comunicación de fecha 4 de agosto del mismo año. En dicha comunicación se expresó que los ganaderos podían decidir libremente a quién vendían la menudencia de su ganado, por lo que las autoridades administrativas sólo podían establecer restricciones a la comercialización de menudencia por razones sanitarias. También se afirmó que la administración del camal no debía repartir la menudencia en base al sistema de distribución por sorteo, creado por la Asociación de Menudencieros, debido a que los niveles de comercialización de menudencia y el precio de la misma debían fijarse por la libre confluencia de la oferta y la demanda;

Que, para establecer si existe un abuso de posición dominante, se debe establecer si existe posición de dominio en un mercado determinado, en consecuencia es necesario definir cuál es el mercado relevante;

Que, como señala la denunciante, la actividad que sus miembros realizan es la comercialización de menudencia al por menor, actividad directamente vinculada a la de los proveedores de ganado vacuno de la zona, pues la menudencia sale del ganado que éstos llevan a beneficiar al camal de Huaral, que según estas referencias, el producto de que se trata es la menudencia y la actividad su compra en el carnal y posterior venta al por menor;

Que, el ámbito geográfico se circunscribe a la provincia de Huaral, puesto que, según los hechos presentados por las partes, los menudencieros se abastecen de la menudencia en el camal de esa ciudad, y si se abastecieran de otras fuentes de aprovisionamiento siempre sería para venderla posteriormente en el mercado ubicado en la misma zona;

Que, si bien se ha establecido que no existen trabas, fuera de las reglas sanitarias, para que los menudencieros compren menudencia al por mayor de otras fuentes que no sea el camal de Huaral, es también notorio que esta forma de aprovisionamiento es poco probable, puesto que el transporte de menudencia de zonas aledañas hacia Huaral, por la misma naturaleza perecible del producto, necesitaría de camiones frigoríficos, cuya utilización supone un costo de flete adicional para el producto, costo que no se justificaría por la magnitud de las transacciones de la menudencia que se obtiene directamente en Huaral, y que, por lo tanto, no facilitaría un precio competitivo, dada las características de los volúmenes que se comercializan en Huaral;

Que, el aspecto temporal llega a tener relevancia para nuestro análisis, en la medida que la comercialización de menudencia se realiza todo el año, pero dos días de cada semana no se beneficia ganado, con lo cual la presión de compra se ve dirigida a los cinco días en que sí se beneficia, pudiendo crear este factor un desequilibrio entre la oferta y la demanda;

Que, tanto la actividad de la denunciante, como la del denunciado y de la Asociación de Proveedores, están relacionadas al comercio de menudencia de ganado vacuno en la provincia de Huaral, por lo que la Comisión considera que éste es el mercado relevante para el presente caso;

Que, para establecer si existe posición dominante de alguno de los participantes en el mercado, se debe observar cuál es su cuota de participación dentro del mismo, de acuerdo con la documentación presentada por las partes y por la Asociación de Proveedores;

Que, en relación al administrador del camal, éste tendría posición de dominio si es que gozara de la potestad para actuar o tomar decisiones sin considerar a los proveedores o a los miembros de la Asociación de Menudencieros, y que esas decisiones o actuaciones tuvieran impacto directo sobre el mercado relevante situación que no se presenta en este caso;

Que, el Sr. Medina Mercado, como autoridad política, en representación de la Municipalidad de Huaral, tiene autonomía e independencia en el ejercicio de su cargo, siempre que se mantenga dentro del ámbito de sus facultades y atribuciones, siendo que su actuación no es definitoria dentro del mercado relevante, por lo cual no

existe posición de dominio, ya que sólo organiza y facilita el desenvolvimiento de ese mercado;

Que, los proveedores de ganado vacuno, al existir una excesiva demanda de menudencia, estarían en una posición dominante respecto de los menudencieros que les compran la menudencia, dado que se encuentran en capacidad de fijar el precio sin tomar en cuenta a los compradores o consumidores finales;

Que, la Secretaría Técnica durante la visita de inspección al camal de Huaral, no pudo comprobar que existiera una vinculación especifica entre el Regidor Medina Mercado y la Asociación de Proveedores;

Que, también se ha comprobado que no se prohibía a los comerciantes vender menudencia que fuera traída de otros lugares diferentes a Huaral, siempre que se cumpla con los requisitos sanitarios, por lo que se puede concluir que la compra de menudencia en el camal de Huaral no es la única vía para que el público acceda a este producto y que de existir un monopolio por parte de la Asociación de Proveedores éste sólo se referirla a la posibilidad de llevar ganado para su beneficio en dicho camal, mas no al mercado de venta de menudencia al por menor;

Que, se ha establecido que el denunciado no goza de posición de dominio en el mercado, por lo que no podría abusar de ella; sin embargo, existen elementos que demuestran una situación anómala dentro del mercado, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 42° del Reglamento de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, y los artículos 8° y 16° del Decreto Legislativo N° 701, se ha procedido a integrar en el proceso de investigación a la Asociación de Proveedores de Ganado Vacuno del Camal de Huaral, dado que las conductas denunciadas son directamente atribuibles a esta Asociación; y, además porque la misma se ha presentado voluntariamente al procedimiento;

Que, tal y como se expresara precedentemente, en el mercado de menudencia de vacuno de Huaral la Asociación de Proveedores tiene el poder de decidir qué cantidad de ganado lleva a beneficiar al camal, y por tanto, de establecer la cantidad de menudencia que sus compradores (los menudencieros) podrán comercializar;

Que, en la visita de inspección realizada por la Secretaría Técnica al Camal de Huaral, no se ha podido determinar ningún tipo de práctica especulativa que genere desabastecimiento o déficit en la provisión de menudencia en los puestos de venta al público; siendo que con el volumen de ganado beneficiado, cuya menudencia luego se comercializa en Huaral, se abastece toda la demanda de compra al por menor existente, permitiendo incluso que los ganaderos traigan ganado también a Lima;

Que, de la inspección realizada por la Secretaría Técnica, puede concluirse que el argumento al que se referían los denunciantes sobre el hecho que la oferta sería deficitario, sólo resultaría ser cierto para ellos, dado el elevado número de personas dedicadas a este rubro respecto a la demanda real de los consumidores y al número de reses beneficiadas;

Que, si bien es cierto la oferta de menudencia existente en el mercado de Huaral es suficiente para satisfacer el consumo al por menor, se ha verificado la existencia de problemas en la venta al por mayor, dado que la demanda de los menudencieros no siempre es directamente proporcional a la demanda real del público consumidor, creándose una demanda ficticia dirigida a satisfacer intereses particulares de los menudencieros asociados;

Que, el número de comerciantes de menudencia era elevado con el sistema rotativo, en el que todos obtenían una cantidad de las menudencias, desembocando en ineficiencias propias de la falta de competencia sin que existieran incentivos para mejorar la calidad y sistemas de abastecimiento y distribución; en tanto que con el sistema de venta libre, no todos tienen la posibilidad de recibir y luego vender menudencia, sino que son los más eficientes quienes permanecen en el mercado;

Que, de acuerdo a este razonamiento, la supuesta posición de dominio de la Asociación de Proveedores no nacería por su propio impulso, sino que es la actitud de la Asociación de Menudencieros la que, al crear una demanda excesiva e irreal, simula una oferta deficitaria y genera un poder apreciable en los proveedores para influenciar el mercado, por lo que los actos que dañan a la Asociación de Menudencieros vienen a ser consecuencia de su propia conducta;

Que, en relación al trato discriminatorio que estarían sufriendo los menudencieros asociados en razón que los proveedores vendían la menudencia de su ganado a quien ellos preferían en base a un acuerdo por el que algunos menudencieros financiaban a los proveedores para la compra del ganado; esta situación podría eventualmente conceptuarse como un supuesto de contratos ligados o prestaciones suplementarias, aplicando la regla de la razón al supuesto del artículo 5° inciso c) del Decreto Legislativo N° 701, en el sentido que los compradores (menudencieros) estarían atando a los vendedores (proveedores), por medio de la financiación, para lograr una futura venta exclusiva;

Que, las afirmaciones hechas por la denunciante, en su escrito del 21 de noviembre de 1994, así como la discriminación alegada, no fueron probadas, siendo que los proveedores escogen a quién venden, por razones de confianza y en virtud de la puntualidad en sus pagos;

Que, este argumento se ve reforzado por un acta de la

Junta de Asociación de Proveedores de fecha 14 de abril de 1993, en la que consta que se acordó como día de pago de la menudencia vendida, el tercer día posterior a la entrega al menudenciero, así como comunicar al camal, al día siguiente de vencido ese plazo, para que no se provea de menudencias al moroso;

Que, por todo ello, no existe abuso de posición de dominio, ya que el trato diferenciado no es discriminatorio, en los términos de la prohibición legal, al estar fundamentado en una práctica común en el comercio, relacionada con el trato a quien paga en forma puntual, frente al pago en mora;

Que, respecto a la acusación contra el Sr. Medina Mercado por autorizar a nuevos comerciantes menudencieros, la Comisión reafirma lo expresado en el Oficio N° 371-94-CLC, en el sentido que sí es posible autorizar a nuevos comerciantes, en razón que limitar su acceso al mercado de menudencia, sería restringir su posibilidad de competir, lo cual no es coherente con la actual política de defensa de la competencia, la misma que tiene como un supuesto básico a la libertad de acceso al desarrollo de cualquier actividad económica;

Que, el pedido de la Asociación de Menudencieros a la Comisión de Libre Competencia para que restituya el sistema rotativo de distribución de menudencia, excede a las facultades otorgadas a la Comisión, máxime cuando dicha solicitud implica una limitación artificial a la libre competencia;

Que, dentro del marco de una política económica basada en la libre competencia existe el concepto de daño concurrencias, el cual es un daño licito, que se produce como consecuencia del actuar de los agentes económicos en el mercado, compitiendo en busca de beneficios económicos, campo este último donde priman criterios de eficiencia y eficacia;

Que, la iniciativa empresarial implica aceptar los riesgos del mercado, es decir, la posibilidad de no obtener beneficios o aún de sufrir pérdidas, es decir también implica aceptar la licitud del daño concurrencias;

Que, el daño que sufren los miembros de la Asociación de Menudencieros es un daño netamente concurrencias, resultante de la existencia de un fuerte nivel de competencia en la actividad;

Que, los miembros de la Asociación de Proveedores deciden un precio fijo que va a regir la venta de menudencia dentro del Camal, situación que ha quedado plenamente acreditada por el acta de Junta de la Asociación de Proveedores citada precedentemente, en la que también se acordó subir el precio de la menudencia a S/. 0.36 por kilo, con lo cual se configura el supuesto de concertación injustificada de precios, prohibida por el inciso a) del Art. 6° del Decreto Legislativo N° 701;

Que, en la actualidad, el precio de venta que han fijado los proveedores es de S/. 0.65 por kilo de menudencia, según la información obtenida en la inspección al Camal;

Que, la fijación de precios altera la libre competencia, porque vulnera el derecho de los consumidores a la libre elección de productos en base a la comparación de precios;

Estando a lo previsto en los Decretos Legislativos N° 668 y 701, Decreto Ley N° 25868, y en el Decreto Supremo N° 002-94-JUS;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundada la denuncia presentada por la Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la provincia de Huaral en contra del Regidor del Concejo Provincial de Huaral Señor Carlos Medina Mercado por presunto abuso de posición de dominio.

Artículo Segundo.- Declarar fundada la investigación de oficio iniciada en contra de la Asociación de Proveedores por concertación de precios en infracción a lo dispuesto por el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701.

Artículo Tercero.- Disponer que los miembros de la Asociación de Proveedores de Ganado Vacuno del camal de la provincia de Huaral determinen individualmente sus precios de acuerdo a la evolución de la oferta y la demanda.

Artículo Cuarto.- Disponer que durante los próximos doce meses, en forma mensual, cada uno de los miembros de la Asociación de Proveedores de Ganado vacuno del camal de la provincia de Huaral remitan a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, con el único objeto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 701 remitir información sustentada sobre los precios de venta de la menudencia que ofertan.

Artículo Quinto.- En caso de incumplimiento de lo dispuesto en la presente Resolución, facúltese a la Secretaría Técnica para reiniciar en forma inmediata la investigación, y proponer a la Comisión las medidas y sanciones que aseguren el cese definitivo de las prácticas restrictivas que se determinen.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO ALFAGEME RODRÍGUEZ LARRAIN
LUIS MORALES BAYRO
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN SOBREVILLA
RUFINO CEBRECOS REVILLA
ÍTALO MUÑOZ BAZÁN

4.10. REPARTO DE MERCADO

4.10.1 Resolución N° 011-93-INDECOPI/CLC (18/12/93)

Declaran infundada denuncia por concertación de precios y división de mercados interpuesta contra ex Sub prefecto y Comité de distribución de kerosene; en Arequipa

LA COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Visto, el informe emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, sobre la investigación iniciada a petición de parte, con base en la denuncia que presentara el Señor Pedro Pinto Cornejo por presunta violación a lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 701, por parte del Subprefecto de la Provincia de Arequipa y del Comité de Distribuidores de Kerosene de la Provincia de Arequipa;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 25 de junio de 1993, se completaron los elementos formales de una denuncia en contra del Subprefecto de Arequipa y del Comité de Distribuidores de Kerosene de la misma ciudad, presentada por el Señor Pedro Pinto Cornejo, por presunta práctica restrictiva de la libre competencia, consistente en repartir el mercado, estableciendo una zonificación para la venta de kerosene, y pactar el precio de dicho combustible, impidiendo que éste se fije por las fuerzas de la oferta y la demanda;

Que, la Subprefectura de Arequipa, con fecha 5 de agosto de 1993, remitió a la Comisión el Oficio N° 291-93-MINISUP, indicando que el 29 de junio del año en curso, fue expedida la Resolución Suprema N° 530-93-IN/GI, por medio de la cual se destituyó al Sr. Luis Flores Guerra Della Rosa, del cargo de Subprefecto de la Provincia de Arequipa;

Que, en el mencionado oficio, el nuevo Subprefecto reconoce, en forma expresa, que su predecesor, en forma concertada con el Comité de Distribuidores de Kerosene, fijó precios y estableció una zonificación en la ciudad de Arequipa para la venta y distribución del mencionado combustible;

Que, al no haberse dirigido la denuncia en contra de la Subprefectura de Arequipa, como ente que participa en el mercado, sino contra el Subprefecto de la provincia de Arequipa, señor Luis Flores Guerra Della Rosa, el reconocimiento efectuado por la nueva autoridad, no puede tener el valor procesal de una declaración de parte limitándose sus efectos a los de un elemento adicional a ser tenido en cuenta al momento de resolver;

Que, el Comité de Distribuidores de Kerosene manifiesta en su escrito de descargos, que ellos no han dividido a la ciudad de Arequipa en zonas para la comercialización de kerosene ya que dicha zonificación data de hace 30 años;

Que, en el mismo escrito, el co denunciado manifiesta que como Comité no puede fijar el precio, habida cuenta que Petroperú les fija una tarifa base uniforme sobre la cual añaden el costo del transporte y comercialización, y precisan además, que ellos incluso renuncian al margen de utilidad de 1.2% por encima del margen del grifero que les concede la Resolución Ministerial N° 088-90-EM;

Que, es necesario puntualizar que el artículo 26° del Decreto Supremo N° 004-91-IN, Reglamento de Organización y Funciones de las Autoridades Políticas, contempla que son funciones de las Subprefecturas, entre otras, «autorizar la comercialización del kerosene doméstico al por menor fijando la cuota respectiva y, «mantener el padrón de comercialización de los comercializadores de kerosene doméstico y fijar el precio si fuera necesario»;

Que, debe tenerse en cuenta que al haber entrado en vigencia, desde el 19 de julio de 1992 , el Decreto Legislativo N° 701, norma que elimina las prácticas controlistas y restrictivas de la libre competencia, toda prescripción legal relativa al establecimiento de márgenes de utilidad, cuotas o fijación de precios como las descritas en los considerandos precedidos, debe entenderse como derogada;

Que, a mayor ahondamiento, el Decreto Legislativo N° 668 que entró en vigencia el 15 de octubre de 1991 ya había prohibido éstas acciones lo cual generaba que por jerarquía normativa tales prescripciones sean inaplicables;

Que, la actuación del anterior Subprefecto fue también reconocida como irregular por su superior jerárquico, el Señor Prefecto de Arequipa quien por Resolución Prefectural N° 029-93, se deja sin efecto la zonificación y proceden a llamar «severamente la atención (a dicho funcionario), por las irregularidades anotadas en el desempeño de su función», siendo importante resaltar que cuatro días después de ello, el Ministerio del Interior, mediante Resolución Suprema N° 530-93-IN/GI, procedió a cesar en el cargo al mencionado Subprefecto;

Que, la conducta denunciada es la de un acuerdo o práctica restrictiva de la libre competencia que se realiza con el apoyo de una autoridad que goza de

cierta facultad normativa, en virtud de la cual ha expedido dispositivos legales que amparan y dan una aparente validez a dicha práctica;

Que, situaciones como la descrita en el considerando precedente son contrarias a Derecho y constituirán, en opinión de la Comisión, delito de Abuso de Autoridad por parte de los funcionarios que impongan divisiones de mercado, y delito de abuso de poder económico por parte de aquellas personas que intervienen en un acuerdo de tales características;

Que, durante el proceso de investigación sólo se ha demostrado que el Sr. Luis Flores Guerra Della Rosa, como Subprefecto de la provincia de Arequipa, ha impuesto una zonificación en el mercado, no habiéndose probado que dicha imposición se haya realizado en forma concertada con el Comité de Distribuidores de Kerosene;

Que, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701, ante este tipo de situaciones, la Comisión sólo es competente para pronunciarse respecto a una división de mercados que responda a una concertación, lo que en este caso no está demostrado, o una decisión por parte de un ente que realice actividad económica, percibiendo algún beneficio directo o indirecto por su actuación;

Que, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia considera importante difundir entre las autoridades de la población determinados conceptos relativos a su ámbito de competencia;

De conformidad con lo previsto a los Decretos Leyes N° 25865 y 26111, en el Decreto Legislativo N° 701 y en el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI;

RESUELVE:

Primero.- Declarar infundada la denuncia por concertación de precios y división de mercados interpuesta por Don Pedro Pinto Cornejo en contra del Sr. Luis Flores Guerra Della Rosa, ex Subprefecto de la Provincia de Arequipa y el Comité de Distribuidores de Kerosene de Arequipa.

Segundo.- Declarar que, de acuerdo a las normas vigentes sobre libre competencia, ninguna autoridad ni grupo de personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, puede establecer divisiones de mercado o zonificaciones para la comercialización de kerosene, así como establecer precios para el mismo.

Tercero.- Encargar a la Secretaría Técnica de la Comisión, dar adecuada difusión a la presente Resolución, entre las autoridades y entidades relacionadas con el proceso de comercialización del kerosene.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ARMANDO CÁCERES VALDERRAMA;
LUIS MORALES BAYRO;
ALEJANDRO ALFAGEME RODRÍGUEZ LARRAÍN.

4.10.2. Resolución N° 206-97-TDC

EXPEDIENTE N° 0077-95-CLC (Publicada el 28 de octubre de 1997)

Denunciante: Miguel Segundo Ciccia Vásquez E.I.R.L. (CIVA)

Denunciado: Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. (Mariscal Cáceres)

Materia: Prácticas restrictivas, Reparto del mercado, Concertación de precios

Lima, 13 de agosto de 1997.

Sumilla: Se confirma la Resolución N° 003-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia que declaró infundada en todos sus extremos la denuncia formulada por Miguel Ciccia Vásquez, toda vez que los acuerdos de reparto de mercado y fijación de tarifas estipulados en el reglamento interno del terminal, no constituyen prácticas restrictivas de la libre competencia en los términos establecidos en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701 al tratarse de acuerdos accesorios o complementarios a un acuerdo de prestación conjunta de servicios.

Adicionalmente, se dispone que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria respecto a qué reglas aplicar a acuerdos de fijación de precios o reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a otros acuerdos lícitos.

I. ANTECEDENTES

Con fecha 22 de noviembre de 1997, Civa interpuso una denuncia contra Mariscal Cáceres ante la Comisión por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia sancionadas por el Decreto Legislativo N° 701. Presentados los descargos correspondientes, mediante Resolución N° 003-97-INDECOPI-CLC del 11 de febrero de 1997, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta. El 12 de marzo de 1997, Civa interpuso recurso de apelación contra la resolución antes mencionada, elevándose el expediente a esta Sala.

De la revisión del expediente se desprende que con fecha 19 de noviembre de 1994, Civa celebró un «Contrato de Servicios de Agencia de Transportes» (en adelante el contrato) con Mariscal Cáceres por medio del cual ésta se comprometía a arrendarle una parte de sus instalaciones ubicadas en la Avenida Carlos Zavala y Loayza esquina con Jirón Montevideo (en adelante el terminal) para que brinde los servicios de venta de pasajes de recepción y entrega de encomiendas, embarque y desembarque de pasajeros.

En la cláusula sétima del contrato, se estableció que Civa se comprometía a respetar el reglamento interno de Mariscal Cáceres, el mismo que declaró conocer, así como las decisiones que tomaría el responsable de la administración, pactándose que el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones acarrearía la resolución inmediata del contrato.

En el reglamento interno mencionado anteriormente, que obra en el expediente a fojas 38 y siguientes, se señaló que la empresa Mariscal Cáceres era la administradora de los servicios que se brindaban en el referido local «a fin de regular las relaciones entre las empresas usuarias del mismo...» Asimismo, se indicó cuáles eran las empresas usuarias del terminal y las rutas de transporte que tenían las mismas, señalándose posteriormente que dichas empresas se comprometían a no hacer uso de las rutas de otro usuario, salvo que la titular de la ruta respectiva lo autorizara por escrito.

En cuanto a las tarifas a ser cobradas por las usuarias del terminal, se señaló en la cláusula décimo tercera del mencionado reglamento que serían fijadas por la administración.

Para efectos de garantizar el cumplimiento de estas obligaciones se pactó un régimen de sanciones aplicables a los infractores, el mismo que estaba contenido en la cláusula décimo séptima del reglamento interno.

En su escrito de denuncia, Civa manifestó que nunca suscribió el reglamento interno mencionado y que el mismo constituía un «acuerdo de cartel» mediante el cual la denunciada buscaba restringir su actividad económica, toda vez que no le permitía operar en la ruta Lima-Tacna-Lima, a pesar que había obtenido la concesión del Ministerio de Transportes para operar en la misma. Según el dicho de la denunciante, lo que buscaba Mariscal Cáceres con «dichos actos» era beneficiar a la empresa Expreso Cruz del Sur S.A. «a fin de que logre una posición dominante en el mercado del sur del país». Finalmente, indicó que «la restricción no sólo se (limitaba) a las rutas que (podía) operar sino también a los precios a cobrar» pues al dejar la determinación de las tarifas a cargo de la administración «no les dejarían establecer los precios en base a la ley de la oferta y la demanda».

En sus escritos de descargo, Mariscal Cáceres señaló que el 2 de octubre de 1994 Civa interpuso una acción de amparo contra ella invocando como pretensión la misma que dio origen al presente procedimiento y que «en estos momentos, vía Recurso de Nulidad, se (encontraba) a nivel de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República». En ese sentido, manifestó que «de acogerse a trámite la presente denuncia...» la

Comisión estaría avocándose a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, por lo que la denuncia debía ser archivada.

Por su parte Civa manifestó que no había «duplicidad de acciones» como lo señalaba la denunciada, toda vez que la mencionada acción de amparo estaba referida a las acciones desarrolladas por Mariscal Cáceres con el fin de impedir el ingreso de los buses de Civa al terminal, mientras que la denuncia interpuesta ante INDECOPI buscaba un pronunciamiento respecto a la legalidad del reglamento interno mencionado. De otro lado, reiteró que no se le podía obligar a cumplir con las disposiciones establecidas en dicho reglamento, toda vez que, tal y como constaba en la pericia grafotécnica emitida por peritos judiciales, dicho documento no había sido firmado por su representante.

En la resolución impugnada, la Comisión consideró que la materia controvertida en el presente procedimiento no era idéntica a aquélla que estaba pendiente de resolución ante el Poder Judicial, por lo que no había identidad de procesos y, en consecuencia, le correspondía pronunciarse respecto de las cláusulas del reglamento interno mencionado y los acuerdos que le dieron origen. En ese sentido, señaló que «no resulta por sí mismo contrario a las normas del Decreto Legislativo N° 701, que en el reglamento interno de cualquier terminal terrestre, que agrupa a empresas que cubren rutas diferentes, se establezca una limitación respecto de las rutas que podrán ser atendidas por las empresas desde el referido terminal, pues las empresas son libres de atender otra ruta diferente desde otros terminales. Incluso en algunos casos esta situación puede contribuir a incrementar la competencia.» Finalmente, con respecto a la fijación de las tarifas por parte del denunciado, manifestó que «se limita sólo a las rutas que son despachadas desde el Terminal Terrestre; lo que no impide que las empresas involucradas recurran a otro terminal para despachar desde ahí sus unidades fijando libremente los precios que estimen convenientes, lo que resulta aún más evidente si se toma en cuenta que las empresas que estarían involucradas en el acuerdo no ostentan una participación significativa en los mercados respectivos.»

En el recurso de apelación, Civa reiteró los argumentos expuestos en su denuncia señalando que el reparto de rutas y el establecimiento de tarifas previstos en el reglamento interno constituían una práctica restrictiva de la libre competencia.

Por su parte, Mariscal Cáceres señaló que no era una empresa competidora respecto al servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, toda vez que sólo se dedicaba a la administración del terminal. Asimismo, indicó que la fijación de tarifas prevista en el reglamento interno «jamás entró en vigencia en razón a que se dictaron dispositivos que prohibían tales actos», en ese sentido, «los precios los imponen las mismas empresas que alquilan el Terminal». Por otro lado, señaló que el reparto de las rutas previstas en el contrato obedecía a la poca capacidad de las instalaciones del terminal.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectuado, a criterio de la Sala, en el presente caso, la cuestión en discusión consiste en determinar si las cláusulas previstas en el reglamento interno respecto al reparto de las rutas entre las empresas usuarias del terminal y el establecimiento de las tarifas por parte de la denunciada, constituyen prácticas restrictivas de la libre competencia sancionadas por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1. Alcances del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 y la regla *per se*.

En el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 se establece que se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia, los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Dentro de los casos específicos de prácticas restrictivas de la competencia dicha norma incluye en los incisos a) y b) la fijación injustificada de precios y el reparto de mercado.

De la revisión del expediente se desprende que en la práctica 4 empresas que ofrecían el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros, acordaron juntarse para brindar dicho servicio desde el terminal, para lo cual convinieron en repartirse las rutas a ser cubiertas y que la tarifa del servicio sea fijada por la administradora de dicho local según los términos de los contratos suscritos por ellas y del reglamento interno que declararon conocer.

En opinión de esta Sala, el acuerdo mencionado en el párrafo anterior, no constituye una práctica restrictiva de la libre competencia en los términos establecidos en el artículo 6 de la norma anteriormente transcrita por las razones que a continuación pasamos a exponer.

Se puede realizar una distinción entre las restricciones a la competencia: por un lado están las restricciones puras, que son aquéllas consideradas *per se* ilegales, es decir que se prohíben objetivamente, independientemente que pueda o no generar daños al mercado; y, de otro lado están las restricciones accesorias o complementarias.

En ese sentido, Robert H. Bork, al referirse al acuerdo horizontal de precios y reparto de mercado, señala que las restricciones de la competencia pueden darse de dos maneras: de un lado están aquellas restricciones causadas por acuerdos desnudos o puros («naked cartel») y de otro lado las restricciones que se derivan de acuerdos accesorios o complementarios («ancilliary») a otros acuerdos considerados principales. De acuerdo a dicho autor, será *per se* ilegal el acuerdo de fijar precios y reparto de mercado cuando dicho acuerdo no se dé como consecuencia de una unión convenida entre los integrantes del mismo para mejorar determinada actividad productiva. Así, los acuerdos desnudos o puros son considerados per se ilegales, toda vez que tienen como finalidad y efecto restringir la producción, y, en consecuencia, restringir la competencia. Son a estos acuerdos a los que se refiere el artículo 6, incisos a) y b) del Decreto Legislativo 701.

En cambio, aquellos acuerdos accesorios o complementarios si bien de alguna manera reducen rivalidades entre las empresas, no son considerados per se ilegales ya que pueden implicar una integración en una determinada actividad productiva y, en tal sentido, tienen la posibilidad de crear eficiencia y reducción de costos en beneficio del consumidor. En tal caso no se puede hablar realmente de un acuerdo de fijación de precios o de repartición de mercado, sino de un acuerdo de asociación, de «joint venture» u otra forma de integración productiva.

Así, los acuerdos accesorios o complementarios pueden ser equiparados a los contratos de integración que no son considerados ilegales y que también tienen la facultad de lograr eficiencia en el mercado. A manera de ejemplo, un estudio de abogados está compuesto por miembros que pueden competir entre sí pero, sin embargo, acuerdan eliminar esa rivalidad o competencia y prefieren integrar sus actividades con la finalidad de brindar un servicio más efectivo compartiendo costos. Así, los miembros, en muchos casos, no sólo se encuentran prohibidos de trabajar por cuenta propia, sino que están divididos en áreas determinadas y deben cobrar por sus servicios una tarifa común establecida por acuerdo de todos. En ese sentido, los miembros fundadores o socios de dichos estudios acuerdan los honorarios profesionales a ser cobrados por cada abogado, dependiendo del *status* que tenga (acuerdo de precios) y usualmente, de manera tácita, deciden las áreas de especialización del estudio, así como la asignación de los clientes (acuerdo de reparto de mercado).

Ello no llevaría a suponer que los estudios de abogados fijan los honorarios profesionales o que controlan la especialización de las áreas del Derecho y sus clientes con el propósito de restringir la producción. Cada estudio de abogados debe competir con todos los otros que existen en el mercado, por ello, el suponer que la unión de los miembros tiene como fin restringir la producción no es sostenible. Lo que sucede es que en realidad no estamos hablando propiamente de un acuerdo de precios, sino de un contrato de asociación profesional del cual el establecimiento de una tarifa común es solo un acuerdo accesorio y complementario para hacer viable la asociación o para hacerla más eficiente. Por ello consideramos, que ese tipo de acuerdos son adoptados porque sus miembros consideran que de esa manera pueden brindar un servicio más eficiente y reducir los costos de brindarlos a los usuarios. Lo que se acuerda es integrarse, no restringir la competencia. Por ello no pueden ser considerados *per se* ilegales, saliendo fuera del ámbito de la regla *per se*.

En ese orden de ideas, los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando no son consecuencia o no forman parte de un contrato de integración o no resultan efectivos para lograr la eficiencia de dicha integración. Lo que se pretende explicar es que dichos acuerdos saltan la barrera de ser *per se* ilegales y su legalidad debe ser analizada desde la perspectiva de la regla de la razón.

III.2. Tratamiento de acuerdos accesorios o complementarios.

Así, establecida la distinción entre acuerdos de fijación de precios y distribución de mercado que se consideran *per se* ilegales de aquellos acuerdos de fijación de precios y distribución de mercado destinados a complementar un acuerdo de cooperación con la finalidad primordial de optimizar las posibilidades de competencia del grupo integrante, es necesario indicar cuales son las condiciones que señala Robert H. Bork, compartidas por esta Sala, que deben reunir este tipo de acuerdos accesorios o complementarios para ser considerados legales.

Dicho autor señala que cuando, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que el acuerdo es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando el acuerdo pueda ser beneficioso pero no sea considerado esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios o complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

i. Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos

acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;

ii. Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;

iii. Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

III.3. Aplicación de los criterios desarrollados al caso concreto.

En el presente caso, se desprende que las empresas Transportes Soyuz S.A., Civa, Mariscal Cáceres y Expreso Cruz del Sur S.A. decidieron unirse para brindar de forma conjunta el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros desde el terminal. En ese sentido, de acuerdo al reglamento interno que obra en el expediente, el mismo que Civa declaró conocer en el contrato de servicios celebrado con Mariscal Cáceres, se realizó una división de la rutas a ser cubiertas entre las empresa. Asimismo, se acordó que cada empresa tendría exclusividad en las rutas que le fueron asignadas, salvo que la empresa titular de una ruta autorizara por escrito a otra el uso de la misma. De otro lado, se acordó que las tarifas del servicio a ser brindado por cada empresa serían fijados por Mariscal Cáceres, administradora del terminal.

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, esta Sala es de la opinión que los acuerdos materializados en el reglamento interno no son per se ilegales, toda vez que se han realizado entre empresas que cooperan entre sí brindando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros en un lugar común y que, en ese sentido, tienen como finalidad brindar un servicio más completo a los consumidores compitiendo en mejores condiciones en el mercado.

A mayor abundamiento, a criterio de esta Sala, los acuerdos en cuestión han sido realizados para que contribuyan a la eficiencia de la actividad económica que de manera conjunta es brindada desde el terminal por las referidas empresas. Así, lo que se busca a través de ellos no es esencialmente restringir la competencia, sino hacer de dicho terminal una entidad sólida y altamente competitiva en el mercado.

A manera de ejemplo, esta Sala es de la opinión que los acuerdos contemplados en el reglamento interno son similares a aquéllos adoptados por los miembros de un estudio de abogados, los mismos que han sido mencionados anteriormente. En ese sentido, si bien en dicho reglamento interno se acuerda el reparto del mercado entre las empresas que lo integran y una fijación de la tarifa a ser cobrada, los mismos han sido adoptados con la finalidad de brindar un servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros más eficiente.

En ese orden de ideas, esta Sala considera que los acuerdos en cuestión entran dentro de la calificación de aquéllos que hemos denominado accesorios o complementarios.

Debemos señalar que, si bien el acuerdo de las 4 empresas mencionadas para brindar el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros desde el terminal es beneficiosa para los consumidores, a criterio de esta Sala, no puede ser considerado como esencial para llevar a cabo dicho servicio, toda vez que cada empresa puede brindar el mismo por cuenta propia o desde otro terminal, sin que sea necesario que restrinjan su derecho a fijar tarifas o dividirse rutas. Pero que el acuerdo no sea esencial al uso común del terminal, no implica que sea ilegal, debiendo pasarse a analizar los otros elementos sugeridos por Bork. Es por ello, que, atendiendo a lo expuesto en el punto III.2 de la presente resolución, la legalidad de los acuerdos en cuestión dependerá de la concurrencia de las tres características expuestas en dicho punto.

La primera de las características que deben concurrir en los acuerdos accesorios o complementarios se encuentra presente en los acuerdos de reparto de mercado y fijación de tarifas en cuestión. En efecto, tal y como se mencionó anteriormente, dichos acuerdos fueron adoptados por empresas que venían prestando el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros de manera conjunta desde el terminal. Asimismo, dichos acuerdos, en opinión de la Sala, contribuyen a lograr una mayor eficiencia del servicio que se brindaba desde dicho lugar, toda vez que permiten ofrecer a los consumidores una mayor variedad de destinos y rutas a ser recorridas, brindando un servicio integral. La idea era potenciar la capacidad de competir del terminal como un conjunto, respecto de otros terminales. Por ello la variedad de rutas es importante. Al reducir la competitividad entre las empresas usuarias del terminal se orientan los recursos y esfuerzos a potenciar el terminal entre sí. Por ejemplo, en el caso del estudio de abogados, el mismo pretende potenciar su capacidad de competir con otros estudios haciendo un mejor uso de los recursos que si compitieran entre los propios integrantes del mismo y, por tanto, generando beneficios para los consumidores.

De otro lado, tal y como se ha expresado anteriormente, a criterio de esta Sala, el propósito o intención esencial de los acuerdos entre las empresas que operaban desde dicho terminal no fue restringir la

competencia. En efecto, si bien dichas empresas acordaron dejar de competir entre ellas, lo hicieron con el fin de que el servicio a ser brindado por las mismas desde el terminal fuera más completo y beneficioso para los usuarios, mejorando la imagen y el servicio brindado por el terminal en su conjunto.

Finalmente, debemos señalar que, tal y como lo indica la Comisión, los acuerdos en cuestión sólo restringían la competencia entre las empresas mencionadas respecto de aquellos servicios de transporte interprovincial que eran brindados desde el terminal. En tal sentido, la restricción de la competencia entre las mencionadas empresas producto de dichos acuerdos no ocasiona un daño al mercado, toda vez que aquéllas pueden inclusive prestar ese mismo servicio desde otro terminal o por cuenta propia, con lo cual actuarían libremente en el mercado, es decir sin restricción alguna, como efectivamente viene sucediendo.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, esta Sala considera importante señalar que distinto hubiera sido el caso si es que la empresa Mariscal Cáceres, poseedora y administradora del terminal, tuviese una posición de dominio en el mercado.

A manera de ejemplo, supongamos que una empresa propietaria del único aeropuerto internacional y que a su vez sea propietaria de una línea aérea determinada, hubiera celebrado los mismos acuerdos con otras empresas internacionales de aviación. En este caso, por tratarse del único aeropuerto internacional, podría decirse que la empresa propietaria del mismo podría estar cometiendo un abuso de posición de dominio al pretender imponerles el cumplimiento de dichos acuerdos a las demás empresas, toda vez que éstas no tendrían otra opción más que someterse a los mismos para poder llevar a cabo sus actividades.

Sin embargo, en el presente caso no ha quedado acreditado que la empresa Mariscal Cáceres ostente una posición de dominio en el mercado con respecto al terminal. Existen muchos otros terminales que brindan el servicio público de transporte terrestre interprovincial de pasajeros e inclusive, tal y como se ha señalado anteriormente, muchas de las empresas que brindan este servicio cuentan con un terminal propio. Por tanto la tesis de la existencia de posición de dominio de Mariscal Cáceres carece por completo de sustento.

Es por lo expuesto, que esta Sala considera que los acuerdos de reparto de mercado y fijación de tarifas plasmado en el reglamento interno de dicho terminal, constituyen acuerdos válidos, y en tal sentido, no infringen las normas de libre competencia establecidas en el Decreto Legislativo N° 701, al ser accesorios o complementarios de un acuerdo asociativo principal.

III.4. Difusión de la presente resolución.

Finalmente, en aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 y atendiendo a que la presente Resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los principios que se enuncian en la parte resolutiva. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del INDECOPI para que éste ordene la publicación de la misma en el Diario Oficial El Peruano.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto confirmar la Resolución N° 003-97-INDECOPI-CLC de la Comisión de Libre Competencia que declaró infundada en todos sus extremos la denuncia formulada por Miguel Ciccia Vásquez E.I.R.L.

SEGUNDO: De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en cuanto establece que:

«Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

i. Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros

deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;

ii. Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;

iii. Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal».

TERCERO: Disponer que la Secretaría Técnica pase copias de la presente resolución al Directorio de INDECOPI para su publicación en el diario oficial El Peruano de acuerdo a los términos establecidos en el segundo párrafo del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

CUARTO: Incluir el Anexo que se acompaña como parte integrante de la presente resolución.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro y José Antonio Payet Puccio.

4.10.3. Resolución N° 012-93-INDECOPI/CLC (22/12/93)

Declaran fundada denuncia de empresa contra el Alcalde de la Municipalidad de San Luis por presunta violación de normas referidas a la eliminación de prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia

Lima, 6 de diciembre de 1993

LA COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Visto, el informe emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, sobre la investigación iniciada a petición de parte, con base en la denuncia que presentara la empresa Best Clean S.A., por presunta violación a lo prescrito en el Decreto Legislativo N° 701, por parte del Alcalde del Concejo Distrital de San Luis;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 14 de setiembre de 1993, se completaron los elementos formales de una denuncia en contra del Alcalde del Concejo Distrital de San Luis, presentada por la empresa Best Clean S.A., por presunta infracción al Decreto Legislativo N° 701, consistente en dividir el distrito en cuatro zonas y seleccionar a cuatro empresas de fumigación para que en forma exclusiva presten sus servicios en dicha zona;

Que, la empresa Best Clean S.A., conjuntamente con su escrito de denuncia solicitó que, como medida cautelar, se suspendan los efectos del Decreto de Alcaldía N° 569-93, norma que establecía la zonificación, pedido al cual la Comisión accedió, dictando la Resolución N° 007-93-INDECOPI/CLC;

Que, a pesar de haberse notificado al Alcalde del Concejo Distrital de San Luis, de acuerdo a Ley, con los Oficios N° 111-93-CLC y 130-93-CLC, así como con la Resolución N° 007-93-INDECOPI/CLC, éste no dirigió escrito alguno, por lo que la investigación se llevó a cabo sin su participación;

Que, se ha podido determinar que el Ministerio de Salud, mediante la Resolución Directoral N° 0713109-UDSL-C, ha autorizado a la empresa denunciante, para prestar los servicios de desinfección, desinsectación y desratización de ambientes hasta el 6 de julio de 1995;

Que, obran en el expediente respectivo, documentos que prueban que, por lo menos en el mes de julio del presente año, en el distrito de San Luis existían restricciones a la libre competencia, consistente en la obligación de fumigar con determinadas empresas, en función de la «zona» en que se encuentre el local respectivo, desconociendo validez a los certificados de fumigación expedidos por la empresa denunciante;

Que, el Decreto Legislativo N° 701, establece que su ámbito de aplicación abarca a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas;

Que, de acuerdo a lo previsto en el considerando precedente, en la medida que las autoridades o funcionarios públicos desarrollen actividades económicas y su intervención pueda generar distorsiones en el mercado, éstos deberán respetar las normas de libre competencia, y su actuación será pasible de ser llevada ante la Comisión;

Que, en el proceso de investigación se ha podido determinar que a través de la zonificación y distribución de mercado, el Alcalde del Concejo Distrital de San Luis procura un beneficio económico para la Municipalidad a la cual representa;

Que, el Decreto Legislativo N° 668, decreta la libertad de comercio exterior e interior, estableciendo que queda eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, efectuada, entre otros, por cualquier organismo o institución del Estado;

Que, el Decreto Legislativo N° 701, elimina las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia, estableciendo que se encuentra prohibida toda decisión que implique reparto de mercado o de fuentes de aprovisionamiento;

Que, el Decreto Legislativo N° 720, establece que «Los Gobiernos Locales para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes sobre higiene y salubridad, ejercerán una supervisión y fiscalización que no se basará en controles previos o netamente formales, sino en forma directa y permanente durante la producción del bien o servicio, que en ningún caso irrogará costo alguno para los usuarios; con excepción de las multas a que hubiese lugar en caso de incumplimiento de las mismas;

Que, el Código Sanitario (norma especial en materia de sanidad), establece que los Concejos Municipales tienen competencia y jurisdicción sanitaria a nivel local, por intermedio de su Departamento de Sanidad (o el que haga sus veces), así como que ningún organismo del Estado podrá expedir disposiciones o tomar acciones en materia de salud pública, sin la intervención de la autoridad de salud;

Que, adicionalmente, el mismo Código Sanitario establece que la norma de salud debe ser dictada previo estudio técnico y con la intervención directa de la autoridad de salud, entendiéndose como tal, al Ministerio de Salud;

Que, la Ley Orgánica de Municipalidades establece en su artículo 63 incisos i) y 3), que es función de las municipalidades: normar y controlar actividades relacionadas con el saneamiento ambiental; y, normar y controlar el aseo, higiene y salubridad en establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos, respectivamente;

Que, la Ley Orgánica de Municipalidades, así como toda otra norma legal, debe entenderse siempre en concordancia con el resto de las normas legales vigentes, habida cuenta que ello asegura coherencia y continuidad a un sistema jurídico;

Que, la facultad normativa de las municipalidades, en materia de sanidad, debe ser ejercida expidiendo normas cuyo contenido técnico haya sido previamente coordinado con la autoridad de salud. De otra manera, toda norma en materia de saneamiento ambiental, expedida por las municipalidades, deberá entenderse como no válida;

Que, en consecuencia con las normas descritas en los considerandos precedentes, la facultad otorgada a los municipios en el artículo 660 incisos l) y 3) de la Ley Orgánica de Municipalidades, no los autoriza, en modo alguno, a dividir el mercado del servicio de fumigación entre empresas específicas, ni a imponer cobros por visación de certificados o por trabajos que no son efectivamente realizados;

Que, durante el proceso de investigación se ha podido determinar la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia, consistente en una decisión de reparto de mercado para el servicio de fumigación;

Que, el denunciado, a pesar de estar siguiéndose el presente proceso de investigación en su contra, y de habérsele notificado con la Resolución N° 007-93-INDECOPI/CLC, por medio de la cual se dispuso, como medida cautelar, que en tanto dure el proceso de investigación, se suspendan los efectos de cualquier norma que impida a Best Clean S.A., prestar los servicios de fumigación en el distrito de San Luis, ha convocado mediante avisos periodísticos, a todas las empresas de fumigación que deseen operar en el distrito, para que se presenten a un proceso de evaluación, para el que les solicitan, entre otros, que posean experiencia, material y equipos propios y cartera de clientes;

Que, asimismo, el día 20 de noviembre último, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto de Alcaldía de la Municipalidad de San Luis N° 012-93MDSL, por el que se aprueban las Normas y Procedimientos para la Prestación del «Servicio de Fumigación, Desinfección y Limpieza de Tanques Cisternas», estableciendo en su artículo 5.3 que: «el trabajo de campo será realizado por la(s) empresa(s) contratada(s) por la Municipalidad, mediante contrato de locación de servicios»; y en su artículo 2.3, que uno de sus objetivos es «recuperar el nivel de ingresos en el rubro de fumigación y otros, estableciendo los derechos a pagar por dichos servicios (...)» con lo cual, la Comisión considera, que no sólo se desconoce el texto expreso de la Resolución N° 007-93-INDECOPI/CLC, sino que se demuestra una voluntad de persistir en la práctica denunciada, utilizando diferentes modalidades;

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 70 1, y en el articulo 232 del Código Penal, aquellas personas que, en forma dolosa, intervienen en prácticas restrictivas de la libre competencia, cometen delito de Abuso de Poder Económico;

Que, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia considera importante difundir entre las autoridades y la población determinados conceptos relativos a su ámbito de competencia;

De conformidad con lo previsto en los Decretos Leyes N° 25865 y 26111, en los Decretos Legislativos N° 668, 701, 720; y, en el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI;

RESUELVE:

1.- Declarar fundada la denuncia de la empresa Best Clean S.A. en contra del Alcalde del Concejo Distrital de San Luis; y, en consecuencia, disponer que dicho funcionario público, cese en la práctica restrictiva realizada o de otras que resulten equivalentes, otorgando sin costo o condición alguna, validez a los certificados de fumigación que dicha empresa expide.

2.- Declarar que, de acuerdo a las normas vigentes sobre libre competencia, ninguna autoridad ni grupo de personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, puede establecer divisiones de mercado o zonificaciones para la prestación del servicio de fumigación.

3.- Encargar a la Secretaría Técnica verificar que el denunciado cumpla con lo dispuesto en la presente Resolución, emitiendo un informe al respecto dentro de los treinta días útiles de publicada la misma.

4.- Encargar a la Secretaría Técnica de la Comisión, dar adecuada difusión a la presente Resolución,

entre las autoridades y entidades relacionadas con el servicio de fumigación de locales comerciales.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ARMANDO CÁCERES VALDERRAMA;
LUIS MORALES BAYRO;
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN S.;
ALEJANDRO ALFAGEME R.L.

4.11. ACCESO AL MERCADO

4.11.1 Resolución N° 012-94-INDECOPI/CLC (07/06/94)

Disponen que municipalidad se abstenga de efectuar cualquier tipo de cobros por concepto de transporte de agua

COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Lima, 6 de junio de 1994

Vistos, el Informe N° 012-94-CLC, emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, sobre la investigación iniciada a petición de parte, con base en la denuncia que presentaran el señor Cirilo Echevarría y otros, contra la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa, por violación a lo previsto en el artículo 6l del Decreto Legislativo N° 776,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 12 de abril del presente año, el Señor Cirilo Echevarría Aguilar y otros formularon una denuncia contra la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa Maria de Huachipa, el Alcalde de dicho Concejo Municipal por haber transgredido lo previsto en el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 776 imponiendo a sus comerciantes tasas al margen de la Ley;

Que, asimismo se ha solicitado que mientras dure el proceso, en forma cautelar, se disponga el libre tránsito de los vehículos de transporte de agua, así como el cese en el cobro de tasas y multas ilegalmente impuestas;

Que, el Decreto Legislativo N° 776 establece en su artículo 61° que les es prohibido a las Municipalidades imponer tasas o contribuciones que graven la entrada, salida, o tránsito de personas, bienes, mercaderías, productos y animales en el territorio nacional, quedando expresamente prohibidos el cobro por pesaje, fumigación, o el cargo al usuario por el uso de vías, puentes y obras de infraestructura, o cualquier otra carga que impida el libre acceso a los mercados o la libre comercialización en el territorio nacional, estableciendo además que los afectados por tributos que contravengan dicha disposición podrán recurrir al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y al Ministerio Público;

Que, el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual, desarrollando lo previsto en el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 776, ha emitido la Directiva N° 001-TDCPI-94, mediante la cual se establecen los criterios de competencia al interior de los órganos funcionales del Instituto para conocer las denuncias relativas a infracciones a lo previsto en dicha norma legal, quedando establecido que la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia es competente para conocer las denuncias correspondientes a la imposición de tasas o contribuciones que graven el tránsito de bienes, mercaderías, productos y animales en el territorio nacional, cobros por pesaje, cobros por fumigación, y cobro de otras cargas que impidan la libre comercialización en el territorio nacional;

Que, la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa viene cobrando en forma semanal una autorización para el transporte de agua a los camiones cisternas que transportan y comercializan agua en dicha circunscripción, así como elevadas multas por el incumplimiento en el pago de dicha obligación;

Que, adicionalmente, el municipio denunciado ha establecido un tributo denominado «Calcomanía de Autorización para Transporte de Agua», conforme al cual imponen cobros, que no estarían autorizados por Ley, a todo aquel que se dedique a prestar el servicio de transporte de agua;

Que, los cobros de autorización semanal para transporte de agua y de calcomanía de autorización para transporte de agua, estarían en contradicción con lo previsto en el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, al constituirse en cargas que limitan la libre comercialización de agua en el territorio nacional;

Que, de acuerdo a lo previsto en las normas legales vigentes, las Municipalidades no tienen facultades para imponer contribuciones, tasas y cargas que graven o limiten el libre acceso al mercado y la libre comercialización en el territorio nacional;

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 del Decreto Supremo N° 002-94-JUS,,iniciado un procedimiento administrativo, la Comisión puede adoptar las medidas provisionales o precautorias que estime oportunas para asegurar la eficacia de la Resolución que expida finalmente;

Que, de acuerdo a lo establecido en el inciso l) del artículo 37 del Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI, las Comisiones de Indecopi podrán recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones;

De acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo N° 776, el Decreto Ley N° 25868, los Decretos

Supremos N° 025-93-ITINCI y 002-94-JUS, así como con la Directiva N° 00 1 -TDCPI-94;

RESUELVE:

Artículo l°.- Disponer, en forma precautoria, que la Municipalidad del Centro Poblado Menor de Santa María de Huachipa, se abstenga de efectuar cobros por concepto de constancia semanal para transporte de agua y de calcomanía o formato de inscripción para camiones de transporte de agua, así como de las multas que por dichos conceptos se hayan generado.

Artículo 2°.- Encargar a su Secretaría Técnica, notificar con la presente Resolución a la Policía Nacional del Perú, a fin que esta Institución tutelar brinde el apoyo que sea necesario para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el artículo precedente

Artículo 3°.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS MORALES BAYRO
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN
RUFINO CEBRECOS
ALEJANDRO ALFAGEME

4.12. DISTRIBUCIÓN

4.12.1 Resolución N° 020-94-INDECOPI/CLC (20/08/94)

Disponen que la Secretaría Técnica de la Comisión investigue acerca de la presunta comisión de prácticas restrictivas de la libre competencia por parte de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú

COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA

Lima, 19 de agosto de 1994

Visto, el informe del Secretario Técnico N° 020-94-CLC, en relación a la solicitud de adopción de medidas cautelares en contra de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, por presuntas violaciones a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701;

CONSIDERANDO:

Que, el 18 de agosto del presente año, la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, tomó conocimiento que la Federación de Diarios, Revistas y Loterías impedía que el Diario «La Mañana» pueda ser distribuido por un mecanismo distinto al establecido por la aludida Federación;

Que, obra en poder de la Comisión el Oficio N° 080-CEN-94, de fecha 11 de agosto por el cual la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú se dirige al Gerente General del Diario «La Mañana» manifestándole su extrañeza por el «lamentable error cometido por vuestra representada en otorgar la distribución a la distribuidora DISELPESA toda vez que nuestro gremio ha venido luchando y seguirá luchando con el fin de impedir que la distribución de los diarios se efectúe mediante una Distribuidora»;

Que, considerando que la Constitución y las leyes de la República consagran la libertad de comercio y la prohibición de prácticas monopólicas; la actitud de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, constituye una práctica restrictiva de la libre competencia, prohibida y sancionada por el Decreto Legislativo N° 701;

Que, de acuerdo a lo previsto por el Decreto Ley N° 25868, es función de Comisión Multisectorial de la Libre Competencia velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo N° 701, Ley que Elimina las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia;

Que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 del Decreto Supremo N° 002-94-JUS, la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia puede adoptar las medidas provisionales que Considere pertinentes para asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se expida;

Que, de acuerdo a lo establecido en el inciso l) del Artículo 37° del Decreto Supremo N' 025-93-ITINCI, las Comisiones de INDECOPI podrán recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus Resoluciones;

Estando a lo previsto en el Decreto Ley N° 25868, el Decreto Legislativo N° 701, y el Decreto Supremo N° 002-94-JUS;

RESUELVE:

Artículo l°.- Disponer que la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, realice un procedimiento de investigación, en contra de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, por la realización de prácticas restrictivas de la Libre Competencia, y/o de abuso de posición de dominio en el mercado de distribución y venta de diarios.

Artículo 2°.- Disponer en forma provisional, que en tanto dure el presente proceso de investigación, la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú se abstenga de impedir la libre comercialización y venta del Diario «La Mañana», permitiendo que éste sea distribuido por cualquier empresa o medio que se considere conveniente.

Artículo 3°.- Encargar a la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia, notificar con la presente Resolución a la Policía Nacional del Perú, a fin que esta Institución tutelar, brinde el apoyo que sea necesario para el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el artículo precedente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS MORALES BAYRO
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN
ALEJANDRO ALFAGEME

4.12.2. Resolución N° 028-94-INDECOPI/CLC (03/01/95)

Declaran que federación de vendedores de diarios, revistas y loterías ha incurrido en prácticas restrictivas de la libre competencia

Lima, 5 de diciembre de 1994

Visto, el informe del Secretario Técnico N° 028-94-CLC, en relación a la investigación seguida de oficio contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, por presuntas violaciones a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701;

CONSIDERANDO:

Que, en la sesión de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia correspondiente al 19 de agosto, el Secretario Técnico dio cuenta que había tomado conocimiento que la Federación Nacional de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELP), impedía que el diario «La Mañana» pueda ser distribuido por un mecanismo distinto al establecido por la aludida Federación;

Que, ante esta situación, la Comisión adoptó la Resolución N° 020-94-INDECOPI/CLC, por medio de la cual se dispuso que su Secretaría Técnica realice un procedimiento de investigación de oficio, en contra de la Federación de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, por la realización de prácticas restrictivas de la Libre Competencia, y/o de abuso de posición de dominio en el mercado de distribución y venta de diarios en la ciudad de Lima;

Que, en la misma Resolución, se dispuso en forma provisional, que en tanto dure el proceso de investigación, la Federación se abstenga de impedir la libre comercialización y venta del diario «La Mañana», permitiendo que éste sea distribuido y vendido por cualquier empresa o medio que considere conveniente;

Que, la FEVENDRELP en su escrito de descargos manifestó que en ningún momento ha impedido la distribución, circulación y venta del diario «La Mañana», basando su afirmación en que el diario sigue vendiéndose por canales alternativos al de sus afiliados;

Que, la FEVENDRELP solicitó también que a su escrito se le dé el trámite previsto en el artículo 20 de la Ley suspendiéndose el procedimiento porque «no existe ni ha existido acto alguno de nuestros agremiados y de la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú, para impedir la libre y absoluta libertad del diario La Mañana para su distribución y venta (...)»;

Que, de acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701, uno o varios agentes económicos gozan de posición de dominio en el mercado cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución;

Que, los propietarios de casi el 100% de puestos de venta de periódicos son afiliados a la FEVENDRELP, lo que genera que no se encuentren sujetos a una situación de competencia efectiva;

Que, al no estar sujeta a competencia significativa, la FEVENDRELP puede tomar sus decisiones de empresa con completa independencia del resto de agentes económicos en el mercado, por lo que se cumple con el supuesto exigido por Ley para determinar una posición de dominio en el mercado;

Que, se ha comprobado en el proceso de investigación que ante una recomendación dada por los señores Jesús Cartagena, Jorge Manrique Talattino y José Paredes Soncco, dirigentes de la FEVENDRELP, la mayor parte de los vendedores de diarios y revistas de Lima, que son afiliados a dicho gremio, se niegan a vender al público el diario «La Mañana»;

Que, la referida recomendación ha sido dada ante la intención del diario «La Mañana» de distribuir sus ejemplares a través de una empresa distinta a la FEVENDRELP, situación que es claramente demostrada por el tenor del Oficio N° 080CEN-94, suscrito por los señores Cartagena, Manrique y Paredes y dirigido al Gerente General del diario «La Mañana», en la que expresan, entre otras cosas, que «(...) con suma extrañeza hemos constatado el lamentable «error» cometido por vuestra representada en otorgar la distribución a la distribuidora Diselpesa, toda vez que nuestro gremio ha venido luchando, y seguirá luchando con el fin de impedir que la distribución de los diarios se efectúe mediante una distribuidora (...)»;

Que, por lo expresado, queda demostrado que la FEVENDRELP exige al diario «La Mañana» que le conceda el monopolio en su distribución, como condición indispensable para que sus afiliados procedan a la venta al público consumidor de los ejemplares que dicha casa editora coloca diariamente en el mercado;

Que, no existe ningún convenio entre la FEVENDRELP y el diario «La Mañana», en el que se estipule una exclusividad en el mecanismo de distribución por el que deban llegar los diarios a los canillitas o a los puntos de distribución;

Que, el artículo 5° inciso c) del Decreto Legislativo N° 701 establece que es un caso de abuso de posición de dominio: «La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación a tales contratos»;

Que, el pretender la exclusividad en la distribución, como condición para la normal venta y voceo del diario «La Mañana», constituye la imposición de una prestación suplementaria adicional a la prestación sustantiva consistente en la venta al público consumidor de diarios en la ciudad de Lima;

Que, si bien es cierto, el caso de los mecanismos de distribución de diarios en nuestro país es uno que está basado fundamentalmente en costumbres antes que en leyes, también lo es que la costumbre como fuente de derechos, tiene sus límites, siendo que no es posible admitir la vigencia de costumbres que generan derechos a algunos agentes económicos en perjuicio directo de otros agentes, y menos aún, cuando ello se opone a las normas legales vigentes;

Que, al tener la FEVENDRELP y sus afiliados una posición de dominio en el mercado de diarios y revistas de la ciudad de Lima, no pueden negarse a la venta de ningún diario, por cuanto ello implicaría un acto de abuso de posición dominante en el mercado, prohibido y sancionado por el Decreto Legislativo N° 701;

Que, la doctrina jurídica reconoce la figura del Boicot, como aquella consistente en que un grupo de comerciantes se niegue a vender, o dificulten la venta de algún producto, de forma tal que se pretenda obligar al proveedor a aceptar alguna condición de comercialización. Ello está recogido en el artículo 60 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701;

Que, de acuerdo a lo expresado precedentemente, la conducta de la FEVENDRELP y sus dirigentes se enmarca también como la de un boicot a la comercialización del diario «La Mañana»;

Que, a pesar de haber solicitado acogerse a lo previsto en el articulo 20 del Decreto Legislativo N° 701, la FEVENDRELP ha continuado obstaculizando la libre comercialización del diario «La Mañana», por lo que no se debe acceder a su solicitud, por lo que la Secretaría Técnica ha opinado por la no aceptación de dicho ofrecimiento;

Estando lo previsto en el Decreto Ley N° 25868, el Decreto Legislativo N° 701 y el Decreto Supremo N° 002-94-JUS;

RESUELVE:

Primero.- Rechazar la solicitud de suspensión del procedimiento según el Articulo 2° del Decreto Legislativo N° 701 presentado por la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELP).

Segundo.- Declarar que la FEVENDRELP, a través de sus dirigentes Jorge Manrique Talattino, Jesús Cartagena Quispe y José Paredes Soncco, ha incurrido en prácticas de abuso de posición de dominio, contempladas en el artículo 5, incisos a) y c), y en prácticas restrictivas de la libre competencia contempladas en el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701, en contra del diario «La Mañana».

Tercero.- Ordenar la cesación inmediata de cualquier conducta de la FEVENDRELP, sus dirigentes o sus afiliados, que tenga por efecto restringir o impedir la libre comercialicen, distribución y venta del diario «La Mañana», a través de los puestos de diarios y revistas o por cualquier otro mecanismo que considere conveniente, bajo apercibimiento de serles aplicada la multa más alta prevista en el Decreto Legislativo N° 701.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

LUIS MORALES BAYRO
ALEJANDRO ALFAGEME R.L
RUFINO CEBRECOS REVILLA
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN

4.13. PARALELISMO DE PRECIOS

4.13.1 Resolución N° 047-95-INDECOPI/CLC (25/11/95)

Sancionan a diversas empresas por haber concertado precios en la comercialización de harina de trigo, en infracción del D. Leg. N° 701

COMISIÓN MULTISECTORIAL DE LA LIBRE COMPETENCIA Lima, 23 de noviembre de 1995

Visto, el Informe N° 047-95-CLC de la Secretaría Técnica sobre la investigación de oficio en contra del Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y de dieciocho empresas molineras por presunta concertación de precios en la harina de trigo;

CONSIDERANDO:

Que, por Resolución N° 031-95-INDECOPI/CLC de fecha 31 de julio pasado, la Comisión de Libre Competencia decidió dar inicio a una investigación de oficio con respecto a una posible concertación de los precios del pan y de la harina de trigo, Resolución en base a la cual su Secretaría Técnica realizó investigaciones preliminares, encontrando cierto paralelismo en los precios de lista de harina de trigo de distintas empresas; conclusiones que fueron incorporadas en el Informe Técnico N° 031-95-CLC de fecha 14 de agosto de 1995;

Que, la Comisión de Libre Competencia, acogiendo el sentido del informe precitado, autorizó a su Secretaría Técnica a iniciar un procedimiento por infracción a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701, consistente en la investigación sobre una presunta concertación en el precio de la harina de trigo, en contra de las siguientes empresas y entidades:

- Alimentos Procesados S.A.
- Cía. Molinera del Centro S.A.
- Cía. Molinera del Perú S.A.
- Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A.
- Corporación Molinera S.A.
- Eugenio Cogorno Molino Excelsior S.A.
- Eugenio Cogorno Molino Trujillo S.A.
- Fábrica de Fideos Nápoli S.A.
- Industrias Teal S.A.
- Kuennen & Duanne S.R.L.
- Molinera Inca S.A.
- Molinera Iquitos S.A.
- Molinera Valencia Sucesores S.A.
- Molinera Tacna S.A.
- Molinera El Triunfo S.A.
- Molinera Nuestra Señora del Carmen S.A.
- Molino Italia S.A.
- Nicolini Hermanos S.A.
- Comité de Molinos de la Sociedad Nacional de Industrias.

Que, el Decreto Legislativo N° 701 considera la concertación de precios como una práctica restrictiva de la competencia; existiendo consenso generalizado, en la doctrina y legislación internacional, acerca de la necesidad de perseguir los acuerdos o recomendaciones dirigidos a evitar o dificultar que el libre ejercicio de la competencia sea el mecanismo que fije tanto los precios como las condiciones de producción y circulación de bienes y servicios, lo que recoge el artículo 610 de la Constitución Política del Perú, al establecer que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia;

Que, la presencia simultánea de paralelismo en los precios y de elementos indiciarios, evaluados en conjunto, puede constituir una evidencia de que se ha producido un comportamiento en el mercado ajeno a las leyes de la oferta y la demanda, lo que constituye el marco teórico de análisis de esta investigación;

Que, dentro del proceso de investigación la Secretaría solicitó a las empresas investigadas información sobre sus precios y niveles de ventas a clientes en el periodo agosto 1994-setiembre 1995, en base a la cual se analizó el comportamiento de los precios de cada una de las empresas involucradas y se reconstruyó la secuencia de los precios en el periodo investigado, a fin de confirmar o descartar los indicios de paralelismo detectados en la investigación preliminar;

Que, asimismo, se realizó entrevistas, grabadas en cinta magnetofónica, con los jefes de ventas, gerentes de comercialización o ventas o supervisores de ventas de las empresas investigadas, así como con clientes seleccionados de éstas y dueños de panaderías, según fuera el caso, con el fin de identificar la forma cómo hubiera podido ejecutarse un acuerdo de precios;

Que, según la información estadística presentada por las empresas investigadas se ha comprobado la existencia de movimientos paralelos en los precios de mercado de la harina de trigo y la reducción en la dispersión de los mismos a partir del mes de marzo de 1995; lo que es evidente en las operaciones de venta referidas al segmento de 300 a más sacos, observándose que la diferencia entre el precio máximo y mínimo se reduce sustancialmente a partir de mediados del mes de marzo de 1995;

Que, la reducción observada de la dispersión de los precios de lista y precios efectivos del trigo, resulta consistente con un comportamiento de tipo colusorio. Asimismo, se observa para las operaciones de venta superiores a 300 sacos una caída brusca de la varianza de precios de lista y precios efectivos, a

partir de la primera quincena del mes de marzo de 1995. La evidencia, sin embargo, no es clara en el segmento de 1 a 299 sacos, lo cual es indicativo de las dificultades para hacer cumplir el acuerdo de precios para operaciones de menor volumen;

Que, asimismo, se observa una reducción de la brecha entre el precio de lista y el precio efectivo de la harina de trigo en transacciones superiores a 300 sacos. La reducción de dicha brecha constituiría un mecanismo para facilitar la verificación del cumplimiento del acuerdo por parte de las empresas involucradas pues al basar la política de precios en listas de precios por todos conocidas se reduce el margen de las empresas para aplicar discrecionalmente políticas de descuentos;

Que, de la investigación realizada se ha verificado la existencia de criterios uniformes a partir del mes de marzo de 1995, por parte de las principales empresas del sector. Esto también sería compatible con la necesidad de supervisar el acuerdo, dado que una mayor uniformidad en la política de descuentos permite detectar a quienes incumplen el acuerdo;

Que, también se ha demostrado un incremento simultáneo de los precios promedio de la industria de harina de trigo a partir del mes de marzo de 1995, con anterioridad a la tendencia alcista de los precios internacionales del trigo, es decir que el precio de la harina de trigo continuó incrementándose antes que sus costos se vieran afectados por la tendencia alcista de las cotizaciones internacionales del trigo;

Que, el movimiento uniforme de precios y la reducción de las varianzas de precios de la harina de trigo demuestran un cambio en la política de precios de las empresas, a partir del mes de marzo de 1995 y ponen en evidencia la existencia de una práctica concertada por parte de las empresas involucradas;

Que, la información estadística proporcionada por las mismas empresas involucradas confirma la hipótesis de concertación, y plantea elementos probatorios adicionales consistentes con dicha hipótesis. Dicho acuerdo de precios habría tenido vigencia para las transacciones superiores a 300 sacos, por la posibilidad de controlar mejor el cumplimiento del acuerdo»

Que, ha sido reconocido por las propias empresas, y consta en la prueba instrumental que obra en el expediente, que hasta fines de 1994 existió en el mercado de harina de trigo una fuerte competencia calificada como «guerra de precios», la misma que condujo, a la mayoría de las empresas a una difícil situación financiera;

Que, según consta a fojas 229 del Libro de Actas de Directorio de la empresa Industrias Teal S.A., el día 16 marzo de 1995, la Presidenta de Directorio de dicha empresa, Sra. Alicia Lugón viuda de Brescia, sostuvo que «dado que a raíz de la venta del Complejo Industrial la Fabril a la empresa Perú Pacífico, subsidiaria del Banco de Crédito, se había llegado a un acuerdo con las firmas competidoras a fin de hacer un reajuste, elevar los precios de los productos a niveles razonables (el subrayado es nuestro), ya que el fenómeno con nuestra empresa no es un caso aislado sino que se ha reflejado en todas las compañías». Esto es concordante con lo expresado por la misma persona en la sesión de Directorio correspondiente al 24 de julio del presente año, en el sentido que «(...) las pérdidas ocasionadas durante los 4 primeros meses no se debió a la ineficiencia ni a la incapacidad del personal administrativo laboral sino a la enorme competencia que se había originado en ese tiempo producto de la incomprensión de algunas empresas similares» (el subrayado es nuestro); lo cual acredita en la existencia de un acuerdo de precios entre las empresas involucradas, así como un vínculo causal entre dicho acuerdo y el reajuste de precios experimentado;

Que, los descargos presentados por Industrias Teal S.A., en el sentido que la Presidenta de Directorio es una persona de avanzada edad sin capacidad de decisión gerencial, no desvirtúan la conclusión desarrollada en el considerando precedente, dado que a pesar de las connotaciones que podría tener el afirmar la existencia de un acuerdo de precios, ninguno de los demás asistentes a la reunión de Directorio objetó, cuestionó, o aclaró el sentido de las frases vertidas, lo que demuestra una comprensión clara por parte de los asistentes acerca de aquello que se quería decir con el término «acuerdo»;

Que, también se encuentra acreditado a fojas 284 y 285 del Libro de Actas de Directorio de la empresa Molinera Valencia Sucesores S.A. de Arequipa, en la sesión correspondiente al 27 de marzo de 1995, lo siguiente «(...) el Gerente informó que el día 23 de marzo de 1995 ha tenido una reunión con los señores empresarios molineros, que en esa oportunidad también se realizó con los señores de La Fabril S.A., se trató sobre las positivas perspectivas que se avizoran para la industria molinera a partir de este mes ya que la guerra de precios desatada por La Fabril S.A. ha terminado» (el subrayado es nuestro), lo cual, al ser coincidente en fecha con el acta de la empresa Industrias Teal S.A. resultaría una prueba adicional que sería consistente con la concertación efectivamente realizada entre las empresas involucradas;

Que, la empresa Consorcio de Alimentos La Fabril Pacífico S.A., sostiene en su descargo que sí hubo una reunión del 23 de marzo de 1995, señalando que la misma fue una «parrillada» de camaradería en la que no hubo ninguna discusión sobre precios. Sin embargo, esta afirmación carece de sustento frente a

la evidencia contenida en las actas antes señaladas. Esta última apreciación se ve reforzada ante el hecho que ninguna de las otras empresas investigadas haya mencionado la realización de dicha reunión y que, incluso el entonces Gerente General de Molinera Valencia Sucesores S.A., -quien según el Libro de Actas de Directorio de su empresa informó de los acuerdos tomados en aquella ocasión-, haya declarado, en el curso de la presente investigación, que no recordaba que se hubiera realizado alguna reunión, salvo las llevadas a cabo en el Comité de Molinos de la Sociedad Nacional de Industrias;

Que, consta en el expediente una comunicación de fecha 8 de mayo de 1995, dirigida por el Supervisor de Harinas de la empresa Molino Italia S.A. a su Gerente de Ventas, en la cual se refleja claramente el seguimiento de un acuerdo de precios y de acuerdos complementarios que viabilicen su ejecución, guardando dicho documento estricta coherencia con las actas de directorio ya citadas, y con las conclusiones del estudio económico realizado. En dicha comunicación se detalló lo siguiente:

«Nicolini: Respeta los precios.
Perú: Respeta los precios.
Santa Rosa: Respeta los precios.
Cogorno: Respeta los precios.
Triunfo: Respeta los precios, pero en algunos casos recibe cheques diferidos por las compras al contado.
Cogorno Trujillo: Sus precios son como sigue:
1 a 100 49.50 crédito
100 a + 48.40 crédito
1 a 100 48.10 contado cheque diferido 15 días
100 a + 47.40 contado cheque diferido 15 días
Inca: Respeta los precios pero a partir de 200 sacos no le cobra flete al cliente. El contado lo trabajan con cheques diferidos a una semana.
Sayón: Sus precios son como sigue:
45.20 contado sin escalas
48.20 crédito sin escalas
Finna: Respeta los precios. A partir de 200 sacos no cobra flete al cliente».

Que, en el reporte semanal de ventas al 22 de julio de 1995 de la empresa Molinera Inca S.A., (cuya entrega le fue negada a la Secretaría Técnica en el momento de su visita, en un incidente grabado en cinta magnetofónica, y cuya transcripción obra en el expediente correspondiente), se informa que «En lo que refiere a los precios, en lo que es Lima, se nos informa que los molinos Nicolini, Molitalia, Cogorno y Fabril, han hecho efectivo el aumento de precio a partir del día 24 tal como se había acordado (el subrayado es nuestro). Para Molinera Perú, Finna, Lugón y Triunfo se indica que cambiarán sus precios a partir del día 27. Para el caso de Huacho y Barranca todos los molinos en esa región han subido sus precios sin excepción no habiendo ninguna marca que halla diferido la decisión de aumentar». Esto constituye una prueba adicional de la existencia de acuerdos de precios entre las empresas investigadas, sobre todo si se tiene en consideración la coincidencia en la mención a estas empresas con la mención que se hace de las mismas en la comunicación de fecha 8 de mayo de 1995, de Molino Italia S.A., a que se hizo alusión precedentemente;

Que, como se señala en la doctrina y la jurisprudencia extranjera sobre la materia, en las investigaciones por prácticas concertadas la prueba es predominantemente indiciaria, esto es basada en un conjunto de elementos que unidos y comparados unos con otros y analizados globalmente llevan a la conclusión que la infracción se cometió. Tal medio probatorio se encuentra recogido en el artículo 276° del Código Procesal Civil, que establece que es indicio el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditado a través de los medios probatorios que adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia, el mismo que resulta de aplicación supletorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS;

Que, la diversidad en cuanto a las fuentes de donde se han obtenido las pruebas, les concede una mayor validez, pues se hace difícil imaginar la intención de las distintas empresas de perjudicar a sus competidoras si con ello se perjudican ellas mismas. Es también difícil imaginar que se trate de expresiones poco claras, atribuibles a una mala comprensión del problema por parte de alguna empresa;

Que, teniendo en consideración el conjunto de pruebas encontradas y los indicios de la existencia de una concertación que fluye de ellas, lo que además es consistente con el análisis económico, ha quedado demostrado la existencia de un periodo en que los precios fueron manejados concertadamente, lo que se inicio en el mes de marzo de 1995 y se mantuvo, con diversos niveles de incumplimiento, hasta el momento de apertura de la investigación de oficio, siendo las empresas participantes en dicho acuerdo de precios las siguientes: Nicolini Hermanos S.A., Cía. Molinera del Perú S.A., Consorcio de Alimentos Fabril Pacifico S.A., Eugenio Cogorno Molino Excelsior S.A., Molinera El Triunfo S.A., Eugenio Cogorno Molino Trujillo S.A., Industrias Teal S.A., Corporación Molinera S.A., Molino Italia S.A. y Molinera Inca S.A.;

Que, de las actas revisadas en Molinera Valencia Sucesores S.A. y el «aparente» olvido de su ex Gerente respecto a la reunión a la que asistió el 23 de marzo, se concluye que dicha empresa también participó en el acuerdo, y que su no inclusión en los dos documentos internos de las empresas antes

mencionadas se explica en el hecho de tratarse de una empresa regional, ubicada en la ciudad de Arequipa y con un mercado sólo importante en el sur del país;

Que, respecto de la empresa Alimentos Procesados S.A. ha quedado acreditado en el expediente que esta empresa no produce harina de trigo desde el mes de junio de 1994. Ello se comprueba con la comunicación que dirigiera dicha empresa a la Superintendencia Regional de Administración Tributaria, con fecha 1 de diciembre de 1994, por lo que no ha sido posible que dicha empresa participe en el acuerdo de precios;

Que, la empresa Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. presentó un Convenio de Transparencia de Mercado, solicitando acogerse a los términos del artículo 20 del Decreto Legislativo N° 701, el mismo que ha sido considerado insatisfactorio por la Secretaría Técnica, por cuanto no cumple con los requisitos del citado artículo;

Que, no se ha encontrado pruebas suficientes que atribuyan responsabilidad o participación en el acuerdo a las empresas: Cía. Molinera del Centro S.A., Fábrica de Fideos Nápoli S.A.; Kuennen & Duanne S.R.L., Molinera Iquitos S.A., Molinera Nuestra Señora del Carmen S.A. y Molinera Tacna S.A.;

Que, asimismo, no se han encontrado pruebas que involucren en esa práctica colusoria restrictiva de la libre competencia al Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias;

Que, la infracción cometida, de concertación de precios, es de carácter muy grave por el perjuicio originado al sistema de libre competencia vigente en nuestro país, al haberse evitado que los precios se formen de acuerdo al libre juego de oferta y demanda en el mercado, del principal insumo de un bien de consumo masivo, con el efecto negativo que esto significa para los consumidores y para el conjunto de la economía del Perú, teniendo además en cuenta el elevado nivel de participación de las empresas infractoras en el mercado nacional, por lo que corresponde aplicar, a cada una de éstas, el máximo de la sanción pecuniaria establecida en el Decreto Legislativo N° 701;

Que, con respecto a la investigación iniciada de oficio por presuntas prácticas colusorias restrictivas de la libre competencia en la determinación del precio del pan por parte del señor Gilberto Hinojosa Teves y de la Asociación de Industriales en Panadería, la Comisión de Libre Competencia por Resolución N° 033-95-INDECOPI-CLC del 23 de agosto de 1995, si bien aprobó el compromiso que, al amparo del artículo 20 del Decreto Legislativo N° 701, presentaron dichas personas de no efectuar recomendaciones sobre incrementos en el precio del pan decidió continuar la investigación sobre una posible concertación en el precio de ese producto;

Que, en la investigación a que se refiere el considerando anterior la Secretaría Técnica realizó un seguimiento de la evolución de precios en distintas panaderías de la ciudad de Lima, pudiendo apreciar una gran heterogeneidad en los precios de venta del pan, lo que responde a la desconcentración que existe en este mercado, siendo difícil de materializar un acuerdo de precios. En todo caso el incremento del precio del pan respondió, en un contexto de libre juego de la oferta y de la demanda, al alza en el precio de su principal insumo, la harina de trigo. La información obtenida por la Secretaría Técnica es corroborada, con los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI;

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 701, Decreto Supremo N° 002-94-JUS, Decreto Supremo N° 013-94-ITINCI;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar que las empresas Nicolini Hermanos S.A., Cía. Molinera del Perú S.A., Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A., Eugenio Cogorno Molino Excelsior S.A., Molinera El Triunfo S.A., Eugenio Cogorno Molino Trujillo S.A., Industrias Teal S.A., Corporación Molinera S.A., Molino Italia S.A., Molinera Inca S.A. y Molinera Valencia Sucesores S.A. han concertado precios en la comercialicen de harina de trigo, en infracción a lo previsto en el Articulo 6, inciso a) del Decreto Legislativo N° 701.

Artículo Segundo.- Declarar la infracción cometida como Muy Grave, y, por tanto, sancionar a cada una de las empresas investigadas Nicolini Hermanos S.A., Cía. Molinera del Perú S.A., Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A., Eugenio Cogorno Molino Excelsior S.A., Molinera El Triunfo S.A., Eugenio Cogorno Molino Trujillo S.A., Industrias Teal S.A., Corporación Molinera S.A., Molino Italia S.A., Molinera Inca S.A. y Molinera Valencia Sucesores S.A. con una multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo Tercero.- Declarar que la empresa Alimentos Procesados S.A. no ha participado del acuerdo de precios, y que no existen pruebas suficientes que atribuyan participación en el acuerdo a las empresas Cía. Molinera del Centro S.A., Fábrica de Fideos Nápoli S.A., Kuennen & Duanne S.R.L., Molinera Iquitos S.A., Molinera Nuestra Señora del Carmen S.A. y Molinera Tacna S.A., así como al Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO ALFAGEME RODRÍGUEZ LARRAÍN
LUIS MORALES BAYRO
CÉSAR GUZMÁN BARRÓN SOBREVILLA
ÍTALO MUNOZ BAZAN

4.13.2. Resolución N° 0296-1999/Indecopi

Expediente 009-98-CLC

PROCEDENCIA: COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE: ASOCIACIÓN DE GRIFOS Y ESTACIONES DE SERVICIOS DEL PERÚ-AGESP (LA ASOCIACIÓN)

DENUNCIADO: COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS SHELL PERU S.A. (SHELL) / TEXAS PETROLEUM COMPANY SUCURSAL DEL PERÚ (TEXACO)

MATERIA: LIBRE COMPETENCIA, CONCERTACIÓN DE PRECIOS, PRUEBA INDICIARIA, PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA, PARALELISMO DE PRECIOS ACTIVIDAD: HIDROCARBUROS

SUMILLA:

Se confirma la Resolución. N° 008-98-INDECOPI/CLC emitida por la Comisión de Libre Competencia mediante la cual se declaró improcedente la denuncia interpuesta por la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú–AGESP con la Compañía de Petróleos Shell Perú S.A. y Texas Petroleun Company, Sucursal del Perú, por presunta concertación en el precio relativo de los combustibles aditivados, toda vez que de la información presentada por la AGESP como sustento de su denuncia, así como de aquélla recolectada por la Comisión, esta Sala y sus respectivas Secretarías Técnicas, no se desprenden indicios razonables de prácticas restrictivas de la libre competencia entre las denunciadas en la mortalidad de concertación de precios.

Asimismo, se declara improcedente el pedido formulado por la AGESP para que esta Sala se pronuncie sobre un escrito de fecha 21 de julio de 1997 mediante el cual formuló una consulta relacionada, principalmente, a los contratos de suministro de combustible celebrados entre sus asociados y las empresas mayoristas. Ello, por cuanto no resulta una materia sobre la cual pueda pronunciarse el INDECOPI, en tanto dichos acuerdos fueron celebrados dentro de la esfera del derecho privado, sin mencionar que ese escrito fue presentado con bastante anterioridad a la denuncia interpuesta por la AGESP, por lo que no forma parte de este procedimiento.

Lima, 3 de setiembre de 1999.

I. ANTECEDENTES

El 11 de febrero de 1998, la Asociación denunció a Shell y Texaco por presunta concertación de precios relativos de los combustibles aditivados comercializados por estas empresas que se habría producido entre noviembre de 1996 y noviembre de 1997.

En su denuncia, la Asociación señaló que sus miembros habían celebrado contratos de suministro y distribución de hidrocarburos con las empresas mayoristas denunciadas en los cuales se obligaban a adquirir exclusivamente los productos distribuidos por aquéllas a los precios que oficialmente anunciarían que serían competitivos en el mercado local, conforme se estipulaba en los contratos de Shell, por ejemplo. De acuerdo a la denunciante, entre 1996 y 1997 el precio de los aditivos ofrecidos por las mayoristas habría presentado movimientos que sólo podían ser explicados por una concertación entre Mobil Oil del Perú S.A. (en adelante Mobil), Shell y Texaco, con el fin de mantener una estructura constante en los precios de los combustibles.

En mayo de 1997, Petróleos del Perú–PetroPerú lanzó al mercado un combustible aditivado comercializado a través de su distribuidor PECSA cuyo precio sena menor al comercializado por las denunciadas, a pesar de que, según la Asociación, el aditivo sería el mismo. La introducción de este producto a un precio menor no habría generado reacción alguna en los precios de los combustibles ofrecidos por las empresas denunciadas, por lo que, en palabras de la Asociación, éstos no resultaban nada competitivos, ocasionando perjuicios a los miembros de la entidad denunciante.

Según la Asociación, la negativa de las denunciadas de ajustar sus precios y la estructura constante que habrían presentado éstos, constituían un indicio de la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia en la modalidad de concertación de precios.

Para sustentar su análisis, la Asociación presentó un informe elaborado por MR Consulting denominado «Presentando la hipótesis de concertación de precios entre las transnacionales Shell, Mobil y Texaco». Según lo expresado por la denunciante, el informe demostraba la existencia de un claro paralelismo en los precios relativos de los combustibles comercializados por las empresas Shell, Mobil y Texaco y una relación de prelación invariable entre los precios de las tres marcas a partir de noviembre de 1996 hasta noviembre de 1997, lo que habría sido logrado utilizando el precio del aditivo como variable de ajuste. De acuerdo a la denunciante, los cambios en el precio de los aditivos no guardaban relación con la dinámica del mercado, ya que, al ser un producto homogéneo, no debía mostrar cambios substanciales ni significativamente diferentes entre las marcas.

Cabe señalar que, a pesar de que el análisis realizado en el informe incluía además a la empresa Mobil, ésta no fue denunciada por la Asociación.

Como parte de un estudio de mercado de hidrocarburos, la Secretaría Técnica de la Comisión, previamente, había recopilado información sobre el proceso de comercialización de combustible y, a raíz de la denuncia interpuesta por la Asociación, requirió mayor información a diversas entidades del sector con el fin de reunir elementos adicionales para determinar si correspondía dar inicio o no a un procedimiento.

Mediante Resolución N° 008-98-INDECOPI/CLC de fecha 28 de octubre de 1998, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por la Asociación, por considerar que la misma no contenía indicios razonables de la existencia de una concertación de precios en el mercado de combustibles aditivados comercializados por las empresas denunciadas.

La Comisión señaló que el precio del aditivo identificado como la variable de ajuste que permitiría mantener precios relativos constantes entre las denunciadas, no representaba el precio efectivo de dicho producto sino que en realidad constituía el margen de comercialización del mayorista que incluía diversos elementos (entre los que se encontraba el precio de aditivo) que podían variar de una empresa a otra. Por ello, resultaba natural que la variable precio del aditivo identificada por la Asociación tuviera un comportamiento heterogéneo, de acuerdo a la Comisión.

En cuanto a la relación de prelación invariable entre los precios de las mayoristas, la Comisión indicó que luego de rectificar la información sobre precios utilizada en el informe que sustentó la denuncia, los resultados obtenidos no permitían concluir que haya existido una relación de prelación invariable durante el período denunciado, en los términos expuestos por la Asociación.

Finalmente, respecto al paralelismo en los precios relativos de las mayoristas, la Comisión precisó que, sin perjuicio de las deficiencias encontradas en la metodología para la construcción de precios, debía considerarse que al constituir el precio ex-planta el principal componente de los precios de venta al «dealer», resultaba natural que las variaciones de aquél se reflejaran en éstos últimos y, por tanto, que los precios relativos de las mayoristas registraran una tendencia más o menos constante. Asimismo, agregó que la observación de precios relativos paralelos podría ser el reflejo del nivel de competencia existente en el mercado de combustibles.

El 20 de noviembre de 1998, la Asociación interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 008-98-INDECOPI/CLC, argumentando que la Comisión no había evaluado debidamente el informe presentado como sustento de su denuncia, siendo que, por el contrario, a través del Informe N° 006-98-CLC, la Secretaría Técnica de ese órgano funcional habría formulado cuestionamientos inexactos a dicho informe. Con el fin de sustentar sus argumentos, la Asociación presentó, entre otros documentos, copia de un escrito denominado «Observaciones al Informe N° 006-98-CLC de fecha 2 de octubre de 1998, emitido por Indecopi"

El 20 de enero de 1999 se llevó a cabo el informe oral solicitado por la Asociación contando con la participación de sus representantes y de la representante de Texaco.

Finalmente, para mejor resolver, la Secretaría Técnica de la Sala recolectó información de las empresas del sector, obteniendo de PetroPerú los precios ex-planta de los combustibles gasolina de 84, 90, 95, 97 octanos y diesel 2, por el periodo de setiembre de 1996 a setiembre de 1998. Esta información fue calculada en forma mensual en base al número de días del mes, sin incluir el Impuesto General a las Ventas. Asimismo, PetroPerú brindó información sobre la política de descuentos aplicada a los distribuidores mayoristas en la comercialización del combustible por el periodo antes señalado.

Relapasa remitió los precios ex-planta de los mismos combustibles por el periodo comprendido entre agosto de 1996 a setiembre de 1998. Esta información fue calculada en forma mensual en base al número de días del mes, sin incluir el Impuesto General a las Ventas.

De Shell se obtuvo una relación diaria de las operaciones de venta de los combustibles diesel 2, gasolina de 84, 90, 95 y 97 octanos a sus estaciones de servicios abanderados, realizadas durante el periodo comprendido entre enero y noviembre de 1997. De Texaco se obtuvo una similar relación diaria de las operaciones comerciales con sus estaciones de servicio abanderados, realizadas entre noviembre de 1996 y marzo de 1997.

Asimismo, se efectuaron visitas inspectivas a las oficinas de las empresas denunciadas, con el fin de revisar los comprobantes de pago emitidos por la venta del combustible a sus estaciones de servicio durante el periodo objeto de denuncia y comparar esa información con la anteriormente proporcionada. Así, el 9 de abril de 1999 funcionarios del INDECOPI visitaron las oficinas de Shell, el 13 de abril y 2 de agosto de 1999 las oficinas de Texaco y el 15 de abril de 1999 las oficinas de Mobil, tal como consta en las actas que obran en el expediente.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

De los antecedentes expuestos y del análisis efectua-

do, a criterio de esta Sala, en el presente caso, la cuestión en discusión consiste en determinar si la información presentada por la Asociación como sustento de su denuncia constituye indicio razonable de una concertación de precios relativos entre Shell y Texaco que justifique abrir un procedimiento por presunta infracción a las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 Los indicios razonables necesarios para abrir un procedimiento por la presunta realización de Prácticas restrictivas de la libre competencia.

En el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 701 se establece que podrá darse inicio a un procedimiento por presunta infracción a las normas contenidas en ese dispositivo cuando existan indicios razonables de una violación.

Para poder analizar, entonces, la materia controvertida en este caso es necesario previamente definir qué estándar de prueba indiciaria es exigible para dar inicio a un procedimiento por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701, centrando el análisis en las prácticas restrictivas de la libre competencia previstas en el inciso a) del artículo o por ser el tema objeto de la denuncia.

Un indicio es todo hecho, circunstancia, vestigio, huella y en general todo hecho cierto, conocido, debidamente comprobado que es susceptible de llevar al conocimiento de otro hecho desconocido por medio de una operación lógica. Así, un hecho, una cosa, una actitud se transforman en indicios en cuanto indican la existencia de una relación mediante la cual puede presumirse la existencia de otro hecho.

Dicho en otros términos, un indicio suministra una base de hecho cierta (hecho indicador) de la cual puede ingerirse indirectamente y mediante un razonamiento crítico-lógico un hecho desconocido (hecho indicado).

En los casos de denuncias por prácticas restrictivas de la libre competencia consideradas «per se» ilegales, como la que se encuentra bajo análisis, ni la Secretaría Técnica de la Comisión ni la propia Comisión podrían exigir para abrir un procedimiento el mismo nivel de pruebas o indicios que requerirían para imponer una sanción. No se puede exigir al denunciante que acredite la infracción para proceder a iniciar el procedimiento. Es precisamente el fin del procedimiento llevar a cabo las actuaciones y diligencias necesarias para poder acreditar que una infracción se ha cometido, complementando los esfuerzos probatorios del denunciante con las facultades de la Comisión y de su Secretaría Técnica para obtener pruebas.

Para abrir un procedimiento por la presunta comisión de este tipo de prácticas, lo que la autoridad exigirá al denunciante es que acredite la existencia de hechos o circunstancias que razonablemente hagan verosímil la existencia de esas prácticas.

Así, a diferencia de lo que ocurre con el estándar de prueba aplicable para sancionar, que implica arribar a una convicción sobre la veracidad de la imputación invocada, para abrir un procedimiento la infracción planteada debe ser verosímil, es decir, creíble al amparo de los elementos de prueba presentados, teniendo en cuenta además los juicios preliminares que la autoridad de competencia obtenga en sus actuaciones derivadas de la necesidad de calificar la denuncia.

Entonces «verosimilitud» no quiere decir certeza ni convicción sino simplemente que hayan elementos que permitan inferir razonablemente la existencia de la infracción como algo que podría estar ocurriendo.

Una investigación por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701 supone una actuación costosa y compleja de la Administración que además requiere de la participación de aquellos que se encuentran involucrados. Por ello, la ley ha querido establecer un límite a esa facultad de investigar que posee el INDECOPI. El límite es la verosimilitud de la infracción denunciada a la luz de los elementos aportados y hallados.

Es una garantía de las empresas y los ciudadanos que el INDECOPI sólo pueda hacer uso de su facultad de investigar la existencia de presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701 cuando tenga motivos razonables para ejercerla. De lo contrario, se facultaría a cualquier denunciante a imponer perjuicios y costos innecesarios a otros ciudadanos o empresas.

En ese orden de ideas, existen dos elementos que conjuntamente conforman un indicio razonable sobre la base del cual la autoridad de competencia puede dar inicio a un procedimiento por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 701:

(i) Existencia del hecho indicador. Si bien del hecho indicador se pueden presumir o inferir algunas consecuencias, ese hecho indicador no se puede presumir o suponer, sino que debe estar probado de manera fehaciente. Si el hecho indicador no existe o si no hay certeza de su existencia entonces no hay indicio, en tanto a partir de aquél a nada cierto se puede arribar.

(ii) La verosimilitud del hecho indicado. Probado el hecho indicador (su existencia) el siguiente paso es determinar si mediante un razonamiento crítico-lógico basado en normas generales de la experiencia o en conocimientos técnicos especializa-

dos, dependiendo del caso, se puede presumir o inferir a partir del mismo la existencia de la consecuencia indicada como algo posible. Esto implica que el hecho indicado debe fluir naturalmente del análisis que realice el juzgador y no de una interpretación forzada.

Así, las conclusiones a las que se llegaría mediante un esfuerzo o razonamiento excesivo a partir del hecho indicador deben ser descartadas. Para ello se deben evaluar todas las pruebas en conjunto, incluyendo los posibles contraindicios existentes. Si del razonamiento crítico-lógico que se realiza sobre la base del hecho indicador surgen explicaciones que fluyen con mucho mayor naturalidad y sin hacer razonamientos forzados, entonces las explicaciones menos lógicas deben de ser descartadas como posibles.

En este contexto, lo que se debe determinar en este caso es si al momento de calificar la denuncia interpuesta por la Asociación, se actuó adecuadamente al determinar que los elementos de prueba presentados y aquéllos obtenidos, no permiten inferir como algo posible la existencia de una concertación de precios relativos de los combustibles entre las denunciadas. Es decir, si existe o no indicios razonables de una fijación concertada de precios relativos de los combustibles entre las denunciadas que hubieran dado mérito al inicio de un procedimiento.

Para ello, se debe verificar en primer lugar, si la Asociación ha acreditado plenamente la existencia de los hechos denunciados (existencia del hecho indicador), esto es, el paralelismo de precios relativos de los combustibles, la relación de prelación invariable entre los precios de las tres marcas y las variaciones en el precio del aditivo en el periodo denunciado (noviembre de 1996 a noviembre de 1997).

Una vez realizado ello, corresponde evaluar si mediante un análisis crítico-lógico se puede inferir de manera natural, a partir del hecho indicador, Inexistencia de la infracción denunciada como algo posible, esto es, la concertación de precios relativos de los combustibles (verosimilitud del hecho indicado).

III.2. El hecho indicador invocado por la Asociación en su denuncia.

Según la denuncia de la Asociación, respaldada por el informe de MR Consulting, el hecho indicador está constituido por el paralelismo de precios relativos de los combustibles, la relación de prelación invariable entre los precios de las tres marcas y las variaciones en el precio del aditivo, como ya se indicó.

La Sala considera que la existencia del hecho indicador no ha sido acreditada, fundamentalmente porque el informe de MR Consulting, además de no estar debidamente sustentado, contiene una base de datos de precios inexacta y errores en la comparación de los precios de las empresas mayoristas.

III.3. El informe elaborado por MR Consulting presentado como sustento de la denuncia.

El informe elaborado por MR Consulting que obra a fojas 57 y siguientes del expediente, se divide en dos secciones, cada una de las cuales conduce a las siguientes conclusiones, respectivamente:

(i) A partir de noviembre de 1996, el precio relativo de los combustibles de Shell, Texaco y Mobil mantiene una estructura constante (paralelismo); y,

(ii) Pérdida de competitividad (de las estaciones de servicio abanderados a cualesquiera de estas tres cadenas) que se ha traducido en caídas más pronunciadas en las ventas a partir del lanzamiento del combustible aditivado comercializado por estaciones de servicio independientes.

Para acreditar la primera conclusión, en la primera sección del informe se presenta una evolución del precio promedio mensual de venta de combustible (P.V.D.) a las estaciones de servicio desde noviembre de 1996 a noviembre de 1997 y una evolución del precio ex-planta, del flete y del aditivo.

De acuerdo a lo indicado en el informe de MR Consulting, el P.V.D., el precio ex–planta y el costo del flete fueron, obtenidos de los representantes de las estaciones de servicio afiliadas a la Asociación denunciante. Así, el final de cada página que compone la primera sección del informe se indica textualmente «Fuente: Representantes de E/S de Shell y Texaco» y en algunos casos se agrega «Análisis MR Consulting».

Al final del informe se incluye una de anexos que contienen la información detallada que habría sido utilizada en cada sección de ese informe. En los cuatro primeros anexos se detalla el P.V.D. promedio mensual de cada una de las mayoristas denunciadas y de Mobil entre noviembre de 1996 y noviembre de 1997 por tipo de combustible. En anexos siguientes se detallan el precio ex-planta mensual por tipo de combustible durante el periodo antes indicado; el costo del flete mensual por mayorista y el precio del aditivo mensual de cada mayorista por tipo de combustible. Finalmente, en uno de los anexos se explica la metodología para el calculo del P.V.D. promedio mensual, utilizando como ejemplo la gasolina de 84 octanos vendida por Shell en el mes de noviembre de 1996.

En estos anexos, que se refieren a la primera sección del informe, se especifica que toda la información habría sido obtenida de «Representantes de E/S de Shell y Texaco», es decir de estaciones de servicio miembros de la Asociación.

Casi al final del informe técnico, antes de la sección donde obran los anexos (página N° 46), bajo el título de «Advertencia acerca de la metodología», se indica, entre otras cosas, textualmente que: «Los análisis y resultados presentados se basan en información proporcionada por las fuentes citadas y no necesariamente en información Oficial. Cualquier modificación en las fuentes de información o en las características de la muestra podrían alterar las conclusiones presentadas».

Un primer aspecto que llama la atención es el hecho de que mediante el informe presentado se pretenda también probar que Mobil estaría involucrada en una presunta coordinación ilegal, cuando no se ha obtenido información de los representantes de esa empresa ni se indica de dónde se habría obtenido la información referida a esa empresa para la elaboración de esa sección del informe. En este medio probatorio también, se realiza una evolución de los precios del combustible comercializado por Mobil y, sin embargo, no se indica de dónde se habría obtenido esa información.

Sin embargo, lo que resulta más endeble es la descripción o identificación por parte de la denunciante de la fuente que habría utilizado para sustentar el presunto paralelismo, las variaciones en el precio del aditivo y la relación de prelación invariable entre los precios de los combustibles de las tres marcas.

La Asociación indicó que para demostrar la primera hipótesis, es decir para elaborar la primera sección del informe, se utilizó la información provista por las propias estaciones de servicio involucradas: «Para cada marca (Shell, Mobil, o Texaco), se empleo información de primera mano sin necesidad de contrastar los datos entre diferentes E/S. Esto es así toda vez que la información de precios es la misma para todas las E/S de Lima y Callao afiliadas a la misma marca. Más aún, si en la búsqueda de una exactitud absoluta, se comprobara que la información de precios no es la misma para todas las EIS, los datos utilizados en el informe serían entonces el promedio más representativo». Sin embargo, la Asociación no acompañó documento alguno que permitiera sustentar su posición.

Del mismo modo, en un escrito presentado el 24 de agosto de 1998, el representante de MR Consulting señaló que para efectos de comprobar la presunta existencia de indicios de concertación de precios se emplearon facturas y cotizaciones de las diferentes mayoristas; sin embargo, no adjuntó facturas, cotizaciones ni algún otro documento que acreditara su afirmación.

En lo concerniente a la ecuación de formación de precios, la Asociación señaló que los precios ex-planta y el costo del flete utilizados fueron los proporcionados por ella misma y que el precio del aditivo lo obtuvo por diferencia matemática de la ecuación de formación de precios porque el P.V.D. era perfectamente conocido.

Finalmente, ante el requerimiento específico de la Secretaría Técnica de la Comisión para que acompañara las hojas de cálculo utilizadas para la elaboración del informe técnico, la Asociación acompañó 4 cuadros cada uno referido a un tipo de combustible en donde detallaba los P.V.D., precio ex-planta, costo del flete y el precio del aditivo de cada mayorista mensual desde noviembre de 1996 hasta noviembre de 1997. Estos cuadros contienen la misma información que los anexos a la primera sección del informe ya mencionados.

En suma, conforme se desprende de lo antes expuesto, la primera sección del informe ha sido elaborada en base al sólo dicho de la denunciante, no habiéndose acreditado la existencia de pruebas directas que la sustenten. En efecto, la información remitida por la Asociación ante el requerimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión constituye sólo una reiteración de la información contenida en el informe presentado. La denunciante no ofreció mayores alcances ni precisiones sobre la información utilizada en esa sección del informe, ni ofreció documentos que la corroboraran.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, la Sala revisó la información que sirvió de fuente para elaborar la primera sección del informe presentado y la comparó con aquélla proporcionada directamente por las empresas mayoristas y por terceros, verificando que el mencionado informe contiene errores en la comparación de precios de venta del combustible e inexactitudes en los valores de algunos componentes.

III.3.1. La comparación efectuada entre los precios de venta al «dealer».

Durante el procedimiento se ha obtenido información de Shell que acredita que el precio del combustible que comercializa esta empresa incluye el costo del flete. Por otro lado, se ha obtenido información que confirma lo señalado por la Comisión en el sentido de que Mobil y Texaco no incluyen dentro del precio de venta del combustible que comercializan el costo del flete. Este concepto, en el caso de Texaco, es facturado por separado cuando la mayorista realiza el transporte del combustible.

Sin embargo, a pesar de que sólo Shell incluye el costo del flete dentro del precio del combustible, en el informe presentado ese precio de Shell fue comparado con el precio del combustible que expenden Texaco y Mobil, sin flete y esa comparación sirvió de

sustento para argumentar el presunto paralelismo y la relación de prelación invariable.

Como se señaló en la sección antecedentes de esta resolución, como parte de la información requerida por la Secretaría Técnica de esta Sala, obra en el expediente un listado de los precios de los combustibles comercializados tanto por Shell y por Texaco en el periodo denunciado. Estos precios corresponden a transacciones de las mencionadas mayoristas con sus respectivos «dealers» o estaciones de servicio abanderados y fueron mensualizados utilizando la misma metodología que en el informe de MR Consulting.

Comparando la información de precios de venta al «dealer» del informe presentado con los precios de las dos mayoristas mencionadas, esta Sala ha verificado que efectivamente el mencionado informe ha utilizado precios no comparables entre las mayoristas, ya que sólo una de ellas incluye el flete. No consta en el mencionado informe ningún ajuste realizado a los precios de Shell para descontarle el flete y hacerlos válidamente comparables a los precios de las otras mayoristas.

Además, de la muestra analizada, esta Sala ha identificado discrepancias entre los precios de los combustibles incluidos en el informe y los precios obtenidos de las dos mayoristas, correspondientes a algunos meses del periodo denunciado. Estas discrepancias alcanzan en algunos casos, diferencias de precios de 6 y 13 centavos de sol.

La Sala considera que, aún cuando se contemplara un ajuste por el flete para hacer comparables los precios de las tres mayoristas contenidos en el informe presentado, la identificación de estas discrepancias invalida la evolución de precios relativos del informe.

Concluyendo, para esta Sala, la existencia del hecho indicador, es decir, el paralelismo de precios relativos, la relación de prelación invariable entre las tres marcas y las variaciones en el precio del aditivo, no ha quedado acreditada, fundamentalmente porque la base de datos de precios utilizada muestra inexactitudes y porque se sustenta en una construcción inválida de precios relativos al no haberse realizado ajustes por el valor del flete que diferencia los precios de una mayorista de los de otras mayoristas.

III.3.2. El Precio ex-planta del combustible

Otra incongruencia que la Sala identificó al momento de revisar la información proporcionada por la Asociación está relacionada al precio ex-planta de cada tipo de combustible.

Inicialmente, la Asociación manifestó que el precio ex-planta del combustible era el precio cobrado por ese producto en la misma refinería, por consiguiente ese precio, según la denunciante, era el mismo para las empresas mayoristas. Luego, en su escrito de apelación, la Asociación señaló que si bien en el informe de MR Consulting se consideró el precio ex-planta de sólo uno de los dos proveedores de combustible que abastecen el mercado nacional, debía tenerse en cuenta que la diferencia en los precios de venta de ambos proveedores no era relevante, siendo la mayor diferencia de 0,03540 centavos de sol»

Es importante resaltar la afirmación anterior de la denunciante por la cual reconoce que no se utilizó información de precios ex-planta de todos los proveedores de combustible, pero señala que la diferencia es irrelevante y que por esa diferencia irrelevante era suficiente utilizar el precio de uno sólo de los proveedores.

Adicionalmente, la denunciante indicó que los precios a tomar en cuenta eran los precios de lista a nivel ex-planta («precios de pizarra») y no los precios con descuentos que podían obtener las mayoristas de los proveedores, como afirmaba la Secretaría Técnica de la Comisión. Ello, porque los descuentos que las mayoristas podían obtener del precio ex-planta eran sus márgenes de comercialización y porque lo que se pretendía demostrar era la existencia de indicios de concertación en la definición del precio de venta al dealer.

En primer término, como se desprende de la documentación que obra en el expediente, se debe indicar que el precio ex-planta del producto varía en función del proveedor del combustible. Así, el precio ex-planta varía entre PetroPerú y La Pampilla (Relapasa).

Asimismo, se debe mencionar que el precio de lista a nivel ex-planta considerado en el informe de MR Consulting no coincide en varios periodos ni con el precio de lista a nivel ex-planta de PetroPerú ni con el de Relapasa, lo que demuestra inexactitud en la base de datos utilizada en ese informe.

Para la Asociación no resultaba relevante que el precio ex-planta fuera diferente para las mayoristas por los descuentos que podían obtener de una u otra refinería, por cuanto el precio a tomar en cuenta y que fue utilizado en el informe de MR Consulting fue el precio de pizarra.

La Secretaría Técnica de esta Sala ha verificado que en el mercado objeto de la denuncia, los proveedores de combustible efectuaron y efectúan una serie de descuentos a cada mayorista principalmente por el volumen de combustible que adquieren, entre otras razones que forman parte de sus políticas comerciales, hecho que origina que el precio ex-planta efectivamente pagado por la mayorista no sea el precio de pizarra o de lista, como lo consideró la Asociación.

Evidentemente, para determinar la estructura de costos de la empresa mayorista, ésta considera el

precio efectivamente pagado y no el precio que se coloca «en pizarra» pues la diferencia entre el precio de pizarra y el precio que finalmente paga no se incorpora a sus costos. Por ello, las diferencias en los descuentos obtenidos conllevan a que puedan existir diferencias en los precios que terminan cobrando las mayoristas a las estaciones de servicio. Considerar el precio de pizarra para estos efectos, implicaría utilizar un componente «ficticio» en la fórmula de precios, pues se trata de un precio que el mayorista no está pagando.

III.3.3. El componente «aditivo» incluído en la ecuación de formación de precios.

Para la Asociación, el aditivo es un producto que no tiene diferencias apreciables entre una y otra empresa y, por tanto, a su criterio, sólo una concertación, podía explicar el movimiento heterogéneo de su precio durante el periodo de la denuncia. La denunciante obtuvo el precio del aditivo por diferencia matemática entre el precio de venta al dealer y la suma del precio ex-planta y el costo del flete, como ya se mencionó.

Al haberse verificado que el precio de venta al dealer y el precio ex-planta muestran una serie de inexactitudes, el precio del aditivo por consiguiente es también un valor inexacto.

A manera de ejemplo, una de las inexactitudes por no haber utilizado el precio ex-planta correcto se puede graficar en el siguiente supuesto: si el mayorista «X» recibe un descuento de 5 centavos en el precio ex-planta sobre el llamado precio de pizarra y el mayorista «Y» recibe un descuento de 10 centavos, entonces hay una diferencia de centavos entro lo que paga uno y otro mayorista en la realidad. Si se resta el precio realmente pagado (y no el precio de pizarra) el efecto será que, aplicando la ecuación de formación de precios del informe técnico para el cálculo del «precio del aditivo», éste subirá pues se le está restando menos.

Además, esta Sala coincide con la Comisión en que en la ecuación de precios mostrada en la primera sección del informe presentado no se toman en cuenta otros factores que las empresas realmente enfrentan como: costos operativos, margen de utilidad, costos financieros, promoción y publicidad, costos administrativos, entre otros. Contrariamente, para la Asociación el precio de venta del combustible de las empresas denunciadas está compuesto únicamente por los tres elementos señalados en su ecuación.

No obstante ello, en el informe oral realizado en esta segunda instancia, el representante de MR Consulting señaló que, aún en el supuesto de que el elemento «aditivo» comprendiera otros conceptos distintos al precio de dicho producto, ello sólo implicaba definir con mayor precisión ese componente en la ecuación de precios utilizada en el informe.

Para mayor claridad, identificaremos como «factor X» al elemento denominado «aditivo» en la ecuación de precios del informe, pero que, sin embargo, en realidad incluye muchos otros factores, mientras que la denominación aditivo se utilizará para identificar únicamente a ese producto.

Contrariamente a lo indicado por la Asociación, al haberse determinado que el «factor X» incluido en la ecuación de precios como el tercer componente del P.V.D., incorpora además del precio del aditivo, el valor de una serie de elementos cuyos costos pueden variar de una empresa a otra, resultaría absolutamente razonable que dicho componente demostrara un comportamiento heterogéneo, al ser su naturaleza evidentemente heterogénea.

Es importante destacar la. contradicción de la Asociación. Inicialmente la denunciante afirma que sólo una concertación explicaría que el «factor X» tenga un comportamiento heterogéneo, porque, según la Asociación, ese «factor X» es un producto homogéneo. Pero luego reconoce que en realidad el «factor X» no sólo incluye el precio del aditivo, sino otros elementos, muchos de los cuales pueden ser bastante heterogéneos.

Asimismo, es importante destacar que ese «factor X» es un factor residual, ya que sería utilizado por cada una de las empresas para definir o perfilar su precio final. De allí que se justificaría que no sea un valor constante u homogéneo sino más bien volátil pues su valor será asignado por cada empresa dependiendo, por ejemplo, de la política de precios que adopte. Así, tampoco es de sorprender, como lo pretende la Asociación, que este «factor X» muestre variaciones irregulares entre las marcas para iguales momentos de tiempo.

Siendo que este «factor X» incluye varios componentes, ante un incremento en los precios ex-planta de los combustibles, por ejemplo, una empresa mayorista puede decidir no trasladar este incremento al consumidor o trasladarlo en parte o incluso reducir sus precios. Esa empresa jugará con el «factor X» y su decisión dependerá de muchos factores (precios de las demás mayoristas, política de la empresa, etc.) El hecho de que cada empresa tomara la decisión que mejor convenga a sus intereses en cualquier momento y ante cualquier circunstancia, puede explicar cambios irregulares en su «factor X».

Los precios de los combustibles no se determinan sólo por condiciones de oferta, es decir por los costos de producir y comercializar el producto, sino además por las condiciones de demanda del mismo. Factores

como la lealtad a una marca, la calidad de los servicios colaterales que se ofrecen, el prestigio de un proveedor, entre otros, generan variaciones o heterogeneidad en la predisposición a pagar de los consumidores.

Esto, sin duda, afecta los precios porque esta predisposición a pagar tampoco es homogénea. Uno puede consumir un plato de comida en un restaurante de lujo pagando un precio muy superior al que pagaría en otro restaurante por el mismo plato. El producto a base del cual se hace el plato de comida en ambos restaurantes puede provenir del mismo mercado y haber costado exactamente el mismo precio. Pero no es el costo del producto el único elemento importante que define el precio del plato de comida. Los consumidores pueden elegir pagar más en un determinado restaurante porque éste les inspira confianza, porque el ambiente o el servicio les resulta más agradable o confortable, porque se brindan bienes o servicios complementarios o adicionales o por cualquier otro factor que los consumidores consideren relevante.

Así, cuando uno adquiere combustible no sólo compra este producto, sino una serie de servicios y elementos adicionales que algunos consumidores valoran más que otros.

Estas preferencias se traducen indirectamente en los precios que las empresas mayoristas ofrecen a sus estaciones de servicio. De esa manera, la empresa mayorista cuyo producto y servicio son valorados en mayor medida en el mercado, incluirá en su precio de venta este reconocimiento.

III.4. El paralelismo de precios en el mercado de combustibles.

Como se ha determinado en los acápites anteriores, «el claro paralelismo en los precios relativos (de los combustibles) de las tres marcas» alegado por la Asociación que se evidenciada con la información contenida en el informe elaborado por MR Consulting, no ha quedado acreditado en el presente procedimiento.

Sin embargo, en el supuesto de que los precios relativos de los combustibles demostraran esa conducta, ello no resultaría un hecho indicador del cual verosímilmente se inferiría un acuerdo de concertación de precios entre las empresas denunciadas como algo posible.

De la explicación detallada a lo largo de la presente resolución sobre cómo se conforman los precios de los combustibles de las empresas mayoristas y de la información brindada por éstas a lo largo del procedimiento, se conoce que el principal componente es el precio ex-planta que ofrecen las refinerías. Al ser esto así, cualquier variación en el precio ex-planta podría verse reflejado en el precio de los combustibles, sin que ello lleve a presumir que ha existido un acuerdo ilegal entre los mayoristas.

La Asociación manifestó en el anexo a su recurso impugnativo que el mercado de distribución mayorista de combustibles (producto homogéneo según la denunciante) era uno oligopólico dominado por Shell, Mobil y Texaco en donde no existían alicientes para que buscaran el equilibrio de sus precios y en donde además cada uno de esos principales ofertantes contaba con un mercado cautivo, producto de las características de los contratos celebrados. Todo esto, de acuerdo a la Asociación, además de la insustituibilidad de los combustibles, constituía un escenario en el cual la implementación de prácticas restrictivas de la libre competencia se facilitaba en grados importantes.

Según la Asociación, Shell, Mobil y Texaco explicarían más de la mitad de los volúmenes comercializados de combustible, pero «por la información que se ha recabado de los «dealers» se tiene razones para pensar que Shell, Mobil y Texaco absorben en conjunto la mayor proporción del mercado local Sin embargo, no se ha recolectado información fehaciente y contundente que nos permita cuantificar con un grado de certeza aceptable la participación porcentual de cada una de las tres firmas o de las tres en su conjunto.

En primer término, se debe precisar que, además de las tres mayoristas señaladas por la denunciante, existen otras empresas que participan en la comercialización de combustibles a ese nivel y éstas son: PetroPerú -que mantiene la calidad de mayorista de acuerdo a lo estipulado por la Dirección General de hidrocarburos , Corpetrol -filial de Repsol-, Peruana de Combustibles(Pecsa), YPF y otras empresas pequeñas como Maycomsa, Amigo Oil y Corp, y Dan Cerviz. Como puede inferirse, la Asociación no ha acreditado que éste sea un mercado concentrado u oligopólico dominado por las mayoristas indicadas.

Sin perjuicio de ello, resulta relevante citar un documento preparado por el Banco Mundial y la Organización para Cooperación Económica y Desarrollo (OECD), en donde se indica lo siguiente:

«Es importante, sin embargo, distinguir entre la evidencia indirecta indicando la existencia de un cartel y evidencia de conductas paralelas conscientes en industrias concentradas. En la teoría económica, el paralelismo consciente se refiere a la uniformidad de comportamiento, ya sea en precios o en otra conducta competitiva, comúnmente mostrada por empresas en una industria oligopolística que venden un producto homogéneo. La uniformidad resulta no de acuerdos sino de que cada empresa toma en cuenta la probable reacción del rival al determinar estrategias de negocios, por ejemplo, el reconocimiento de que

una rebaja en el precio será imitado por todos los competidores, produciendo así solamente una fugaz ventaja competitiva. Tal uniformidad por sí misma no es prueba de que un cartel está operando. Los investigadores de las agencias de competencia frecuentemente encuentran evidencia de prácticas similares o prácticas idénticas que puede ser informativa pero que casi siempre es ambigua. El investigador debe mirar más allá de tal uniformidad. Potencialmente las áreas más fructíferas de investigación son cómo se han determinado los precios y cómo han cambiado».

Asumiendo para efectos del análisis que el mercado de distribución de combustibles es uno oligopólico y que dicho producto es homogéneo, la uniformidad de los precios relativos (que en este caso no ha quedado acreditada) no resulta una conducta que directamente implique una concertación entre las empresas participantes. Esa conducta puede ser producto de la propia competencia en que se encuentran las empresas involucradas y, en tal sentido, por sí misma, no es indicio de que algo ilegal pueda estar ocurriendo.

Se debe diferenciar entonces una estructura oligopólica del mercado de una conducta no competitiva. El paralelismo en precios de los combustibles no necesariamente es la consecuencia de una concertación, sino que podría ser el resultado de una fuerte competencia entre los participantes y de otros factores, como, por ejemplo, que el principal componente de ese precio tenga similar valor.

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta, como se señala en el informe técnico emitido por la Secretaría Técnica de la Comisión, lo que ocurre en el mercado de reventa del combustible al consumidor. En este mercado, las estaciones de servicio además de ofrecer combustibles de determinadas empresas mayoristas, ofrecen a su vez servicios conexos y se encuentran ubicadas de manera tal que en la mayoría de casos la distancia en ellas es mínima. Siendo esto así, existe una competencia entre las estaciones de servicio por ofrecer sus productos y servicios, hecho que probablemente es tomado en cuenta por las mayoristas al momento de ofrecer sus precios.

De existir un paralelismo entre los precios relativos de las mayoristas, hecho que no quedado acreditado, la concertación de precios relativos entre las denunciadas no resultaría algo que naturalmente se inferiría a partir de aquél, ya que existirían posibles explicaciones de tal evolución de precios relativos.

La Sala considera relevante dejar claramente establecido que si la Asociación considera que existe «un mercado cautivo» en el cual se encuentran sus miembros como producto de los contratos de distribución celebrados con las empresas denunciadas, ello no resulta una materia sobre la cual pueda pronunciarse el INDECOPI, en tanto dichos acuerdos fueron celebrados dentro de la esfera del derecho privado.

III.5. Escrito presentado fuera del Procedimiento.

Independientemente de todo lo expuesto, cabe señalar que la Asociación solicitó a esta Sala que se pronuncie sobre un escrito que presentó con fecha 21 de julio de 1997 que estaría relacionado con el presente caso y sobre el cual, señaló, omitió pronunciarse la Comisión.

De una revisión de este escrito, que obra a fojas 1 del expediente confidencial, se desprende que a través del mismo la Asociación formuló una consulta relacionada, principalmente, a los contratos de suministro de combustible celebrados entre sus asociados y las empresas mayoristas.

El objeto de esta consulta constituye un tema sobre el cual no se puede pronunciar órgano funcional alguno del INDECOPI. Los contratos de suministro de combustible, como ya se adelantó en el acápite anterior, fueron celebrados entre los asociados y las empresas mayoristas en ejercicio de la autonomía de sus voluntades dentro de la esfera del Derecho Privado. En ese sentido, cualquier consulta o desacuerdo sobre las condiciones previstas en esos contratos debe ser resuelta por el Poder Judicial o por un árbitro o Tribunal Arbitral, de haberse previsto esa posibilidad.

Ello, sin mencionar que ese escrito fue presentado con bastante anterioridad a la denuncia interpuesta por la Asociación, por lo que no forma parte de este procedimiento.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto lo siguiente:

PRIMERO: confirmar la Resolución N° 008-98-INDECOPI/CLC emitida el 28 de octubre de 1998 por la Comisión de Libre Competencia, mediante la cual se declaró improcedente la denuncia interpuesta por la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú AGESP contra Compañía de Petróleos Shell Perú S.A. y Texas Petroleum Company, Sucursal del Perú, por presunta concertación en el precio relativo de los combustibles aditivados.

SEGUNDO: declarar improcedente el pedido formulado por la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú-AGESP para que esta Sala se pronuncie sobre su escrito de fecha 21 de julio de 1997.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Gabriel Ortiz de Zevallos Madueño, Mario Pasco Cosmópolis y Liliana Ruiz de Alonso.

4.14. CUOTA DE PRODUCCIÓN/CARTELES

4.14.1 Resolución N° 276-97-TDC

Expediente N° 029-96-CLC

(Publicada el 27 de noviembre de 1997)

Denunciante: Proceso Iniciado de Oficio

Denunciados: Asociación Peruana de Avicultura y Otras (Las Empresas Avícolas)

Materia: Libre competencia, Prácticas restrictivas, Concertación de precios, Regla «Per Se», Sucedáneos de los medios probatorios, Indicios, Infracciones continuadas, Norma Aplicable, Aplicación de sanciones en el tiempo

Actividad: Agricultura, ganadería, caza y actividades de servicios conexos, cría de otros animales, elaboración de productos animales

Lima, 19 de noviembre de 1997

I. ANTECEDENTES

En el mes de marzo de 1996, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, inició una investigación preliminar sobre la comercialización de pollo carne vivo en Lima Metropolitana y el Callao.

En base a las pruebas e indicios encontrados durante esta investigación, que fueron recogidos en el Informe Técnico N° 060-96-CLC, por Resolución N° 069-96-INDECOPI/CLC de fecha 13 de setiembre de 1996, la Comisión inició de oficio un procedimiento contra entidades y empresas del sector por presunta concertación de precios en el período comprendido entre mayo de 1995 a julio de 1996; y, adicionalmente, contra algunas de estas mismas empresas, por presunta concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción, establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores, durante el período comprendido entre octubre de 1995 y julio de 1996. Posteriormente, mediante resoluciones números 071-96-INDECOPI/CLC y 072-96-INDECOPI/CLC del 20 de setiembre y 01 de octubre de 1996, respectivamente, se incluyó dentro del procedimiento a otro grupo de empresas del sector.

Iniciado el procedimiento, se corrió traslado a las entidades y empresas investigadas para que presenten sus descargos y ofrezcan los medios probatorios que consideraran pertinentes. Vencido el término probatorio y emitido el Informe N° 001-97-CLC de la Secretaría Técnica, mediante Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC del 15 de enero de 1997, la Comisión sancionó a las mencionadas entidades y empresas por considerar que habían incurrido en infracción a las normas que regulan la libre competencia, imponiéndoles las siguientes multas:

Asociación Peruana de Avicultura	100	UIT
Avícola San Fernando S.A.	1,055	UIT
Molinos Mayo S.A.	1,055	UIT
Granja Los Huertos S.A.	1,055	UIT
Corporación Ganadera S.A.	1,045	UIT
Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez	384	UIT
Alimentos Protina S.A.	348	UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	349	UIT
Agropecuaria Villavictoria S.A.	100	UIT
Redondos S.A.	248	UIT
El Palomar E.I.R.L.	60	UIT
Agropecuaria del Pilar S.A.	56	UIT
Avícola Asociadas S.A.	115	UIT
Avícola Galeb S.C.R.L.	113	UIT
Avícola Rosmar S.A.	75	UIT
Avícola El Rocío S.A.	64	UIT
Avícola del Norte S.A.	64	UIT
F. Car S.A.	37	UIT
Agropecuaria Contán S.A.	30	UIT
Granja de Reproductoras El Hatillo S.A.	10	UIT
Haidarliz S.A.	10	UIT

Con excepción de «El Hatillo» S.A. y Haidarliz S.A., los cuales interpusieron recurso de reconsideración, todas las demás entidades y empresas investigadas apelaron de la resolución. La Comisión calificó la impugnación de «El Hatillo» S.A. y Haidarliz S.A. como una apelación por considerar que no cumplía con los requisitos legales para ser calificada como reconsideración, y elevó el expediente a esta instancia. Sin embargo, recibido el expediente, la Sala declaró la nulidad del concesorio de la apelación, por considerar que el recurso de «El Hatillo» S.A. y Haidarliz S.A. sí debía considerarse como uno de reconsideración, y dispuso que la Comisión lo resuelva como tal. Devuelto el expediente, la Comisión declaró infundada la reconsideración y con la apelación presentada luego por «El Hatillo» y Haidarliz, se elevó en definitiva el expediente a la Sala el 19 de junio de 1997.

El 30 de junio de 1997, la Sala emitió la Resolución N° 166-97-TDC, por la que, en resguardo de la confidencialidad de la información presentada por las empresas avícolas, declaró la reserva del procedimiento, y la Resolución N° 167 -97-TDC, suspendiendo la ejecución de las multas impuestas en la resolución impugnada en tanto no emitiera su pronunciamiento

definitivo. Finalmente, los días 7 y 18 de julio de 1997, hicieron uso de la palabra los representantes de todas las empresas investigadas, por lo que el expediente se encuentra expedito para ser resuelto.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De la revisión del expediente, la Sala considera que, en el presente caso, se debe determinar lo siguiente:

iv. si, de acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios deben sancionarse de acuerdo a la «regla de la razón» o de acuerdo a la regla «per se». Esto es, si para que una concertación sea sancionable se requiere analizar la razonabilidad de la práctica en concreto, en función a su idoneidad para generar efectos perjudiciales en el mercado; o si, por el contrario, basta la sola concertación, independientemente de su razonabilidad, para que se configure una infracción susceptible de ser sancionada;

v. cuáles son los medios probatorios que pueden ser utilizados en los procedimientos administrativos por infracción a las normas sobre libre competencia, y en todo caso, si está permitido utilizar sucedáneos de los medios probatorios;

vi. si, del análisis y valoración de los medios probatorios que obran en el expediente puede concluirse que las empresas avícolas han incurrido en las prácticas infractorias materia del procedimiento; es decir, la presunta concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción; el establecimiento de barreras de acceso al mercado y el desarrollo de mecanismos anticompetitivos, para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores;

vii. cuál es la escala de multas aplicable en el presente caso, teniendo en cuenta que las prácticas anticompetitivas imputadas se habrían desarrollado de manera continua, durante períodos en los que estaban vigentes regulaciones distintas, con escalas de multas también diferentes. Es decir, debe determinarse si procede aplicar la escala de multas establecida originalmente en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 y el Decreto Supremo Nº 13-94-ITINCI, que permitía sancionar las concertaciones de precios con multas de hasta 50 UIT, o si, por el contrario, procede aplicar la escala de multas contenida en el mencionado artículo a partir de la modificación introducida por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807;

viii. si, conforme a lo solicitado por las empresas avícolas, corresponde declarar nula la resolución de primera instancia, en aplicación del inciso c del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por D.S. N° 02-94-JUS, por haber sido dictada prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley.

ix. si, de ser el caso, las sanciones impuestas han sido graduadas de manera adecuada; y

x. si corresponde confirmar los precedentes de observancia obligatoria aprobados en la resolución de la Comisión.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 El carácter de infracción «per se» ilegal de la concertación de precios.

Uno de los argumentos utilizados en reiteradas oportunidades por las empresas avícolas es que la Comisión y la Secretaría Técnica han cometido un error de interpretación al considerar que la concertación de precios es una práctica «per se» ilegal (es decir, una práctica que se sanciona por el solo hecho de realizarse, sin tomar en cuenta los posibles efectos anticompetitivos de la conducta en particular). En ese sentido, sostienen que la infracción debió ser analizada utilizando la llamada "regla de la razón", en virtud de la cual sólo son sancionables las concertaciones, si se demuestra que han tenido efectos perjudiciales para el mercado.

El argumento de las empresas avícolas obedece a una aplicación concordada del artículo 3 y del inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701. Las empresas sostienen que en ese contexto el artículo 3 establece que sólo están prohibidos y deben ser sancionados los actos y conductas que generen perjuicios al interés económico general. Para sustentar su argumentación, recurren a la doctrina y la jurisprudencia europea (en particular las referidas a las normas comunitarias) y argentina, las mismas que, a su entender, deben ser consideradas como fuentes históricas del Decreto Legislativo N° 701, en particular del artículo 3, por lo que, al analizar los hechos materia de investigación, la Comisión debió aplicar la llamada «regla de la razón», tal como lo hacen la jurisprudencia y la doctrina argentina respecto de su legislación.

La Sala discrepa con esta interpretación. La aplicación de la "regla de la razón" por las autoridades argentinas no responde al texto expreso de la ley argentina, sino a la interpretación que dichas autoridades y la doctrina de ese país hacen de la norma. Adicionalmente, debe tenerse presente que, si bien la redacción del artículo 3 del Decreto Legislativo Nº 701 tiene un texto similar al que tiene el artículo 1 de la Ley Nº 22.262 argentina, el resto de ambas normas, en particular la parte referida a las prácticas restrictivas de la libre competencia, que incluyen los casos de concertación, guarda notorias diferencias que permiten llegar a interpretaciones diferentes.

También hay que tener presentes las modificaciones hechas a la ley peruana desde su promulgación, en particular las introducidas por los decretos legislativos números 788 y 807, puesto que permiten analizar la evolución de la norma original y, con ello, determinar el actual sentido de sus disposiciones, que difiere claramente del invocado por las empresas avícolas.

Como es sabido, en relación a los diversos métodos de interpretación jurídica reconocidos, no existe una determinada preferencia en el uso de unos métodos en perjuicio de otros, y a los resultados que se obtengan de la aplicación de cualquiera de ellos se les atribuye similar validez; sin embargo, deberá reconocerse mayor rigor y seguridad al resultado que se obtenga del análisis conjunto de las interpretaciones obtenidas con el uso de cada uno de estos métodos.

Por eso, para esclarecer los alcances del inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, en concordancia con el artículo 3 de la misma norma, la Sala estima pertinente aplicar los distintos métodos de interpretación, comenzando con el método histórico, que es en el cual las empresas avícolas sustentan su teoría respecto de la aplicación de la regla de la razón.

III.1.1 El método de interpretación histórico.

Como ya se indicó, según la interpretación propuesta por las empresas avícolas, recogida fundamentalmente en el informe elaborado por el doctor Pinkas Flint, en aplicación del método histórico de interpretación los casos de concertación de precios deben ser analizados bajo la llamada «regla de la razón» y no en aplicación de la llamada regla «per se».

El argumento se sustenta en que los antecedentes históricos del Decreto Legislativo N° 701, es decir los cuerpos normativos de otros países en los que se inspiró la norma (sistema europeo y argentino), consagrarían la «regla de la razó» es decir, que debe acreditarse la existencia de un efecto concreto de la práctica en el mercado para que la misma sea sancionable, pues el artículo 3 de esta norma exige que tales prácticas «generen perjuicios para el interés económico general».

Sin embargo, por los motivos que se señalan a continuación, la Sala considera que la interpretación esgrimida no es la correcta.

Según Marcial Rubio, en aplicación del método histórico, la interpretación «...se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a ella [la norma], y se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicar su sentido».

Como se puede apreciar, la finalidad específica de este método de interpretación es descubrir qué quiso decir o hacer el legislador, esto es, descubrir su voluntad concreta y, por medio de ella, encontrar el significado de la norma.

En tal sentido, Rubio agrega que las normas en las que el legislador declara haberse inspirado pueden ayudar, por la vía de la comparación y el cotejo, a determinar la intención que éste tuvo; pero que también deben considerarse como antecedentes importantes las propias normas que se modificaron o derogaron, a fin de ayudar a comprender lo que se quiso decir o hacer en la nueva legislación. Sin embargo, no dejan de ser la fuente principal de interpretación auténtica las fundamentaciones expresas de los proyectos legislativos; en particular las llamadas exposiciones de motivos.

En consecuencia, para determinar la verdadera intención del legislador y poder realizar una interpretación histórica de la norma, habrá que recurrir a las llamadas fuentes directas e indirectas de la intención.

En este sentido, son consideradas fuentes directas aquellas en las que ha quedado indubitablemente explicitada la intención del legislador, en particular, las exposiciones de motivos. Las fuentes indirectas, en cambio, no contienen la intención expresa del legislador, sino que permiten deducirla por medio de una operación o razonamiento lógicos, por ejemplo a través del cotejo o comparación de los textos legislativos.

Así, recurrir a las normas de otros ordenamientos, en las que aparentemente se pudiera haber inspirado el legislador, permitiría inferir ciertas intenciones, aunque evidentemente con menor certeza de la que se consigue si dichas intenciones hubieran sido puestas de manifiesto de manera expresa y por escrito por el propio legislador.

También constituye una fuente indirecta el sentido de los cambios o derogaciones de normas anteriores. Así, la eliminación de una palabra, su sustitución por otra, o incluso la eliminación de un artículo, permitirán presumir cuál fue la intención legislativa pero, nuevamente, la intención expresa, puesta de manifiesto, contribuye de una manera más clara a comprender la intención real, y por tanto debe ser preferida sobre las intenciones deducidas o inferidas de fuentes indirectas.

Por otra parte, cuando la intención del legislador queda puesta de manifiesto (directa o indirectamente) por actos o declaraciones recientes (por ejemplo, por la última modificación de la norma), la fuerza interpretativa de dicho acto o declaración debe ser mayor que la de una declaración o acto más antiguo.

Ello porque un cambio reciente refleja una voluntad más actual y por ello tiene históricamente más valor, sobre todo a la luz de métodos de interpretación que lo complementen, como el sistemático, el literal y el lógico. El derecho es un sistema dinámico que se interrelaciona con la realidad y, por tanto, toda interpretación debe observar y respetar este carácter evolutivo, sobre todo en el caso de interpretaciones basadas en antecedentes originados en otros países o realidades.

La propuesta de interpretación histórica sugerida por las empresas avícolas acude a la llamada fuente indirecta, esto es, acude a algunas normas que, presumen, sirvieron de fuente para el Decreto Legislativo N° 701; en particular, la ley argentina y las normas comunitarias europeas.

Sin duda debe considerarse como un criterio válido, pero este valor será relativo en tanto se cuente con fuentes directas, o con otras fuentes indirectas de las cuales se pueda deducir con mayor precisión cuál fue la intención del legislador. Además, cualquier conclusión debe ser necesariamente contrastada con los resultados que se obtengan de otros métodos de interpretación, tal como se verá más adelante.

Un primer elemento a tener en cuenta es la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 788, que eliminó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701. El artículo 7 contenía los casos en los que una concertación de precios podía ser autorizada, es decir, cuándo la misma podía tener alguna justificación. Dicha justificación debía obtenerse antes de adoptar el acuerdo, decisión o recomendación correspondiente. Esta disposición fue derogada y ello permite inferir la intención del legislador en el sentido de eliminar la posibilidad de justificar dichas prácticas. En este sentido, esta modificación del Decreto Legislativo N° 701 introdujo en el sistema peruano la aplicación de la regla «per se».

Es cierto que al igual que los antecedentes normativos de otros países, ésta es una fuente indirecta de la intención del legislador, pero debe tenerse en cuenta que, al mismo tiempo, es más reciente que las mencionadas normas extranjeras, que fueron inspiradoras de la primera versión de la norma, en noviembre de 1991, mientras que el Decreto Legislativo N° 788 fue promulgado en diciembre de 1994, es decir antes del inicio del periodo investigado.

Un segundo elemento, tan o más importante, fue la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 807. Esta norma modificó el inciso a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, eliminando la palabra «injustificada». Así, mientras la redacción original hablaba de la prohibición de las concertaciones injustificadas, en la actual se ha eliminado toda referencia a una posible evaluación sobre las justificaciones que pudiese tener la concertación.

Como se explicó, el término «injustificado» hacía referencia, por contraposición, a la posibilidad que daba la versión original del Decreto Legislativo N° 701 de justificar ante la autoridad competente y de manera previa, la razonabilidad de la práctica y por esa vía sustraerse de una posible sanción.

La eliminación del citado artículo 7 por el Decreto Legislativo N° 788 dejó a las empresas sin posibilidad de justificar los acuerdos de precios, manteniendo el término «injustificado» en el inciso a) del artículo 6, pero como una palabra vacía de contenido al haber desaparecido los supuestos que permitían tal justificación.

Pero para aclarar mejor la intención del legislador vía el método histórico, es necesario recurrir a las exposiciones de motivos, que son fuentes directas de la intención del legislador.

Así, la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 807 estuvo sustentada en una Exposición de Motivos, e introdujo por tanto una fuente directa de la intención del legislador, y que como tal tiene un peso específico mayor, y debe primar sobre inferencias extraídas de fuentes indirectas de dicha intención.

Así, en la Exposición de Motivos del mencionado Decreto Legislativo N° 807, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de abril de 1996 se establece con toda claridad como razón de ser de la modificación bajo comentario lo siguiente:

«Dejar claramente establecido que la concertación de precios es *per se* ilegal, es decir, un supuesto que no admite justificación. El Decreto Legislativo N° 788 derogó el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701, que permitía a las empresas solicitar autorización para concertar. Esto constituía una posibilidad de justificación en la práctica, contraria a lo que señala no solo la doctrina jurídica, sino la doctrina económica, respecto a los perjuicios de la cartelización de la economía frente a la inexistencia de beneficios reales o potenciales generados por dicha cartelización. En otras palabras, carecía de sentido justificar la razonabilidad de la concertación. Lamentablemente, el Decreto Legislativo N° 788 omitió modificar de manera expresa el inciso a) del artículo 6 que se refería a la concertación "injustificada" de precios, dejando abierta la posibilidad de una errónea interpretación en el sentido de que podían existir concertaciones de precios justificadas. Debe interpretarse que dicha justificación era la que permitía el artículo 7 ya derogado, por lo que es pertinente aclarar ello en la norma para evitar que se creen falsas expectativas en las empresas respecto a la posibilidad de llevar a cabo

concertaciones de precios que puedan considerarse justificadas cuando éstas son en realidad *per se* ilegales».

La intención del legislador aparece bastante clara de este párrafo y permite determinar, no sólo el sentido de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 807, sino incluso la introducida por el Decreto Legislativo N° 788, teniendo en cuenta que ambas normas fueron aprobadas por el mismo Poder Ejecutivo en uso de facultades delegadas por el Congreso de la República.

Siendo una exposición de motivos una fuente directa de la intención del legislador, su peso específico como elemento interpretativo debe primar sobre aproximaciones que se basen en la interpretación efectuada por agencias administrativas de competencia de otros países, pues los antecedentes en los que pudo inspirarse el legislador para elaborar la norma son sólo fuentes indirectas de la intención de este último.

Un tercer elemento a considerarse, es la modificación que hizo el Decreto Legislativo N° 807 del inciso d) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 referido a la concertación de la calidad de los productos, añadiendo que ello es ilegal cuando «afecte negativamente al consumidor».

Esto ha sido utilizado por las empresas avícolas para sugerir que el sistema peruano recoge la «regla de la razón», pues la referencia a efectos negativos al consumidor implica un análisis de razonabilidad de la práctica. Sin embargo, las empresas avícolas al hacer sus comentarios no han advertido ni analizado el hecho de que el nuevo texto fue introducido por la misma norma que modificó el inciso a) materia de comentario, es decir por el propio Decreto Legislativo N° 807, norma que eliminó el término «injustificado» del referido inciso. Si la intención del legislador era que todos los supuestos estuvieran sujetos a la regla de la razón, todas las modificaciones efectuadas a la norma deberían orientarse en el mismo sentido, salvo que se asuma que la intención es contradictoria.

En efecto, el supuesto regulado por el literal d) del artículo 6 debe ser evaluado aplicando la regla de la razón, pero sólo este supuesto, es decir la concertación de calidad. Es evidente que la intención era diferenciar supuestos en los que la infracción es «per se» ilegal, de supuestos en los que se debe aplicar la «regla de la razón». Las concertaciones de calidad, en la doctrina, son sujetadas a la «regla de la razón» porque en ocasiones benefician a los consumidores, por eso no deben ser prohibidas siempre, sino solo cuando los afectan. Pero en otros supuestos no aparece cuáles podrían ser los beneficios para los consumidores.

El Decreto Legislativo N° 807 refleja la intención del legislador de ordenar las distintas infracciones distinguiendo las ilegales «per se» de las sujetas a la «regla de la razón». Ello explica que en un inciso se elimine la palabra «injustificado» y en otro inciso se añada el término «afecte negativamente a los consumidores», según lo explicado párrafos antes. De lo contrario, habría que aceptar que el legislador ha sido inconsistente en sus intenciones. Así, la interpretación que acoge la Sala hace que la intención del legislador aparezca como perfectamente coherente, consistente y clara.

En consecuencia la Sala llega a la convicción de que en base al método histórico, el Decreto Legislativo N° 701 ha establecido la regla «per se» para el análisis de las concertaciones de precios.

III.1.2. Los métodos de interpretación literal, lógico y sistemático.

Sin perjuicio del análisis que se ha hecho del método de interpretación histórico sugerido por las empresas avícolas, deben analizarse otras alternativas de interpretación. En particular la posición interpretativa de las empresas avícolas, que sugiere que la interpretación sistemática del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 con el artículo 6, inciso a) del mismo cuerpo legal conducen a interpretar que corresponde aplicar la «regla de la razón».

La Sala considera que incluso una interpretación literal, conjuntamente con una interpretación sistemática del Decreto Legislativo N° 701 conducen a considerar que el principio aplicable a las concertaciones de precios es la regla «per se».

Una norma que es bastante clara y que no deja margen de duda es el artículo 6 en su primer párrafo. Según dicha norma:

«Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia».

El término «puedan producir» alude a la posibilidad de sancionar prácticas que efectivamente no hayan tenido efectos, bastando para ello que exista la posibilidad de que afecten la competencia. Si la norma sólo hubiera querido que se sancionen los casos en los que se demuestre un perjuicio concreto, como sugieren las empresas avícolas, se hubiera limitado a considerar como sancionable sólo las prácticas que «produzcan» el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y no las que «puedan producir» como hace el texto vigente. La norma alude entonces a un análisis abstracto de cuando una práctica es idónea para

causar perjuicios al sistema de mercado, no a un análisis de perjuicios concretos.

Por ello, las empresas avícolas hacen un análisis incompleto de lo que debe entenderse por «regla de la razón» pues confunden la prueba de los efectos perjudiciales de la práctica, con la razonabilidad de la misma.

En realidad, la razonabilidad de una práctica es un concepto que no se identifica plenamente con el hecho de si la misma tuvo o no efectos. Por ejemplo, en la doctrina de los países que tienen control de fusiones, el análisis de éstas se sujeta a la regla de la razón y sin embargo es evidente que para desaprobar una fusión no hay que esperar que ésta genere efectos. Lo que se analiza en estos casos es si la fusión es idónea para producir efectos anticompetitivos. La confusión que contiene el informe presentado por las empresas avícolas, elaborado por el Doctor Pinkas Flint, se origina en ignorar tal diferencia. Es cierto que demostrados los efectos perjudiciales de una práctica es fácil concluir en la ilicitud de la misma bajo la "regla de la razón". Cuando una práctica produce efectos perjudiciales, será sancionada. Sin embargo, no se puede llegar válidamente a la conclusión que una práctica sea lícita, sólo porque no tuvo efectos concretos.

El análisis de razonabilidad, a diferencia de lo señalado por las empresas avícolas, está dirigido a establecer si la práctica es o no idónea para dañar la competencia, es decir si, de realizarse la práctica, esta generaría más perjuicios que beneficios. Así, la distinción entre la "regla per se" y la "regla de la razón" no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos, mientras que en el caso de la segunda si. Por el contrario, en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica en concreto.

Un claro ejemplo de ello se encuentra en las infracciones al Código de Tránsito, aspecto que será nuevamente comentado más adelante. Así, si un conductor cruza una intersección estando el semáforo en luz roja, será sancionado con una multa, independientemente de si esa persona atropelló o no a algún peatón, o si chocó o no con otro vehículo, es decir, independientemente de si la infracción tuvo o no efectos. Por lo tanto, no es necesario demostrar la existencia de un daño a las personas o a las cosas para imponer la multa; no es necesario demostrar los "efectos" de la conducta. Este sería un caso de la aplicación de la "regla per se".

Por otro lado, si un conductor cambia intempestivamente de carril en un acto que podría ser considerado "maniobra temeraria", sólo podrá ser sancionado con una multa si dadas las condiciones del tráfico vehicular en el momento de la conducta, puso en peligro, sin que existan motivos razonables, a otros conductores que se encontraban cerca de él. Se trata de analizar, aplicando la «regla de la razón» si era o no razonable cambiar bruscamente de carril en ese momento. Como se puede ver, en este supuesto tampoco es necesario que se demuestre la producción de un daño a otros vehículos o a sus conductores para imponer la sanción. Sólo basta que la conducta desarrollada, analizada en abstracto, haya sido idónea para causar un daño, es decir, si ha sido susceptible de producir «efectos» perjudiciales para la seguridad vial.

La diferencia entre la aplicación o no de la regla «per se» se deriva meramente del nivel de discrecionalidad de la autoridad a cargo de la aplicación de la ley. En los casos de la regla «per se» la definición de que la práctica es en abstracto perjudicial a la competencia ha sido hecha previamente y de manera definitiva por la ley. En cambio, cuando se aplica la «regla de la razón», si bien hay una definición preliminar de la ley, se deja a la autoridad administrativa definir en abstracto si la práctica es perjudicial. Nótese que en ambos casos se considera que la práctica es perjudicial, lo que cambia es sólo la discrecionalidad del funcionario en su calificación.

Por ello, la Sala estima que este punto no es relevante para determinar la ilegalidad de la conducta.

Basta por tanto el daño potencial, analizado en abstracto, para hacer sancionable la práctica. Como se desarrollará posteriormente, este efecto potencial es perfectamente consistente con la interpretación que se hará del artículo 3, en especial en lo concerniente a que el daño al interés económico general puede ser evaluado en abstracto, y no necesariamente en concreto.

Las empresas avícolas sugieren también que la expresión «generen perjuicios económicos para el interés general» significa que en todas las infracciones producidas al Decreto Legislativo N° 701 la sanción sólo procede cuando exista un daño demostrado a los consumidores y a la competencia. Tal interpretación, además de entrar en abierta contradicción con el primer párrafo del artículo 6 que hace referencia a que las conductas «puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia», parte de entender el interés económico general como un bien jurídico considerado en concreto, esto es, que la práctica tenga efectos directos y medibles.

La Sala considera que el error en la interpretación propuesta parte de no considerar la afectación del bien jurídico «competencia» como una afectación en abstracto, esto es como la protección de un interés que puede ser dañado sin que existan efectos perjudiciales concretos. El artículo 3 se refiere al bien jurídico protegido por la norma, lo que no implica que la

vulneración a dicho bien deba producirse necesariamente en concreto; bastando que sea una afectación abstracta.

Así, una práctica restrictiva podría haber afectado sólo a un competidor o a un consumidor concreto. Mal podría decirse entonces que se afecta un interés económico general en concreto, pero sí puede decirse que se ha afectado el principio de competencia, y con ello se afecta el interés económico general en que la competencia se desarrolle de manera sana y leal.

Para comprender mejor lo expuesto, puede recurrirse al ejemplo de dos equipos de fútbol que se ponen de acuerdo para empatar en el partido que les toca jugar, pues dicho resultado les favorece a ambos para avanzar en el campeonato; tal acuerdo es ilegal porque traiciona valores como la sana competencia, el espíritu deportivo y el respeto al público. Si durante el partido el acuerdo se frustrara, como consecuencia de un autogol accidental ocurrido al final del encuentro, ello no hace que el acto de haber concertado el resultado deje de ser ilegal o libre de sanción, a pesar que no surtió los efectos acordados.

Un acuerdo de este tipo es «*per se*» ilegal y por tanto sancionable, sin perjuicio de su efecto concreto y no admite justificación alguna, porque daña bienes jurídicos considerados en abstracto. Afecta así el interés general de que los espectadores y los deportistas que consideran que los resultados son consecuencia de una autentica competencia, y no de acuerdos que la distorsionan. Afectan, a fin de cuentas, la confianza en el sistema como uno transparente y justo.

Esto es perfectamente aplicable a las concertaciones de precios. Los consumidores confían, cuando concurren al mercado, en que los precios reflejen una competencia real, y asumen que no existirán acuerdos o intentos que la distorsionen. Por ello, la sanción «*per se*» de acciones o acuerdos que afectan o puedan afectar la confiabilidad de los agentes económicos en el mercado, evita que se perjudique el interés económico general. La traición a esa confianza constituye una afectación al interés económico general.

Así, se confunde en la posición de las empresas avícolas la regla aplicable con el bien jurídico protegido. La regla es un medio para proteger el bien jurídico, no el bien en sí mismo. Esto concuerda plenamente con el sentido del artículo 6, primer párrafo que permite sancionar por peligro potencial a la competencia. De lo contrario, no se podría explicar cómo se puede sancionar una práctica que «pueda producir» el efecto de restringir a la competencia si de acuerdo a la interpretación sugerida por las empresas avícolas sólo se puede sancionar los casos que perjudiquen el interés económico general concreto.

En la legislación administrativa sancionadora peruana se puede encontrar distintos ejemplos de normas que sancionan la afectación de intereses en abstracto, que son protegidos por reglas «*per se*», en cuanto éstas se sancionan sin perjuicio del efecto concreto, bastando el perjuicio abstracto al bien jurídico protegido.

Uno de dichos ejemplos es el Código de Tránsito y Seguridad Vial (Decreto Legislativo N° 420), que define una serie de objetivos. Por ejemplo, el artículo 3 señala como objetivo de la ley lograr la seguridad en el tránsito y la disminución de daños a las personas y bienes. Así, si bien la seguridad es concebida como el interés general protegido, ello no significa que sólo sean sancionables actos que afecten la seguridad de manera concreta.

En efecto, hay conductas que afectan potencialmente la seguridad de manera abstracta, y que se sancionan sin tomar en cuenta sus consecuencias concretas. Así, cruzar una intersección con el semáforo en luz roja es una conducta «*per se*», ilegal, frente a la cual el infractor no podrá argumentar que no hubo accidente (efecto concreto) o que en el momento en que cruzó no había ningún otro vehículo atravesando la intersección (justificación del acto). Cruzar cuando en el semáforo está encendida la luz roja afecta el interés general y abstracto «seguridad», sin perjuicio de la ausencia de consecuencias concretas (por ejemplo, un accidente de tránsito).

De la misma manera que en el ejemplo anterior, la concertación de precios afecta en abstracto la competencia, sin perjuicio de sus consecuencias en concreto.

El artículo 2 de la recientemente promulgada Ley General de Salud (Ley N° 26842), que define como fin de la ley (y por tanto bien jurídico protegido) la protección de la salud pública, es otro ejemplo en el mismo sentido.

Así, la venta de un producto sin Registro Sanitario puede no constituir un riesgo para la salud pública en concreto. El producto en cuestión podría ser en realidad perfectamente seguro y adecuado. Sin embargo, la falta de dicho registro será sancionable «*per se*», sin perjuicio de la razonabilidad del producto mismo, en atención a la afectación en abstracto de la salud pública.

Un último ejemplo, de los muchos posibles, se encuentra en el Código del Medio Ambiente que define como bien jurídico protegido el medio ambiente y por tanto la protección y conservación de los recursos naturales a fin de hacer posible el desarrollo integral de la persona humana, con una adecuada calidad de vida.

Sin embargo, no es necesario demostrar que un acto afecta en concreto el medio ambiente para que éste sea sancionable. La obligación de presentar Estudios de Impacto Ambiental no puede ser incumplida (y por tanto librarse de la sanción correspondiente) argumentando que su no presentación era indiferente, pues a fin de cuentas el impacto real de la actividad en el medio ambiente no era dañino. La afectación en abstracto del interés general protegido es evidente, sin perjuicio de que se demuestre o no una afectación en concreto.

Este concepto de afectación del interés general, que puede desprenderse de una serie de normas, es consistente con el Decreto Legislativo N° 701 y no se aprecia razones para excluir a dicho Decreto de esta interpretación.

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 debe ser analizado conjuntamente con el resto de normas de la ley peruana, especialmente con el artículo 6 y con la intención del legislador según fue analizada en el acápite anterior.

Si adicionalmente se interpretan, sistemáticamente, el artículo 3 y el artículo 6 inciso a) con otras normas del Decreto Legislativo N° 701, se verá cómo se llega a la misma conclusión. El texto del Decreto Legislativo N° 701 y sus sucesivas modificaciones han estructurado un sistema en el que es posible distinguir supuestos «*per se*» ilegales de supuestos en los que corresponde aplicar la «regla de la razón». La norma se ha cuidado de señalar cuando se aplica una regla frente a la otra.

Cuando el legislador ha querido que se haga un análisis de razonabilidad, ha incluido en la norma términos que claramente lo indican. Por el contrario, cuando el objeto ha sido tipificar infracción y sin establecer ningún requisito de análisis adicional, entonces la norma se limita a definir la infracción de manera lata y simple. Lo más interesante en este caso es que tal tipificación coincide con lo que la doctrina y jurisprudencia comparada suele considerar supuestos «per se» o supuestos sujetos a la "regla de la razón", dándole coherencia real a los supuestos en discusión, tal como se puede apreciar, en primer lugar en infracciones tipificadas en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701.

El inciso a) establece que es ilegal la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra u ofertas de venta. El término injustificado deja abierta la posibilidad de que ciertas negativas sean razonables (por ejemplo se deja de abastecer de mercadería a un cliente moroso), y por tanto queden sujetas a la "regla de la razón". Esto guarda concordancia con la doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera que considera este tipo de conducta sujeta a la regla de la razón.

El inciso b) del mismo artículo dispone que es ilegal la aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, de tal manera que se coloque a unos competidores en desventaja frente a otros. Sin embargo, no es ilegal esta conducta si ella se encuentra justificada, es decir, si es razonable llevarla a cabo. Es el mismo inciso el que señala los casos en los que se justifica el tratar diferenciadamente a unas empresas respecto de otras. Esta es una clara aplicación de la «regla de la razón».

Así, si el único proveedor de determinada maquinaria otorga descuentos a una empresa, y no a otra (ambas son competidoras) por la compra al contado del producto, la empresa que usualmente no paga al contado, y que en consecuencia no se hace acreedora a descuento alguno, no podrá alegar que existió abuso de posición de dominio, por la sola existencia de precios diferenciados.

A continuación, el inciso c) prohíbe las «cláusulas de atadura», tal como se las conoce en la doctrina. Según este inciso, es ilegal condicionar o «atar» la venta de algún producto, a que el consumidor acepte otro producto distinto del primero, que no necesariamente desea.

Por ejemplo, si existiera un único fabricante y vendedor de automóviles, este no podrá «atar» la venta del automóvil a que el consumidor compre también una motoneta, fabricada y vendida por la misma empresa. Con este procedimiento, el fabricante lograría «obligar» a los consumidores a que compren no sólo sus autos sino también sus motonetas, extendiendo su dominio en el mercado de los autos al mercado del «producto atado», es decir, el mercado de motonetas.

Sin embargo, no toda «cláusula de atadura» es sancionable. Sólo se penan aquellas conductas que no estén justificadas, aquellas ataduras que no sean razonables. Y el inciso señala que es justificado atar dos productos o servicios cuando éstos estén relacionados entre sí. Evidentemente, este tipo de prácticas comerciales no son susceptibles de perjudicar al consumidor, por tanto, están justificadas como establece la excepción contemplada en la propia norma, debiendo la autoridad evaluar si la relación es razonable y no perjudica la competencia.

Lo mismo sucede con el artículo 6, que tipifica las prácticas restrictivas de la competencia.

El inciso a), como ya se señaló, contiene una infracción que se sanciona per se, sin analizar la razonabilidad de la conducta, pues no existe ninguna palabra o enunciado que haga pensar lo contrario. El legislador no ha introducido ninguna causal o condición que

permita justificar la infracción. Sucede lo mismo con los incisos b), c), h) e i), que no aluden a justificación alguna.

Por el contrario, el ya mencionado inciso d), referido a la concertación de la calidad de bienes y servicios, sí permite justificar la infracción, pues señala que sólo es sancionable la infracción cuando afecte negativamente al consumidor, es decir, cuando se produzca un perjuicio por la reducción en el mercado de la competencia entre empresas, y por tanto de las distintas opciones que debe tener el consumidor.

Con los incisos e), f) y g) del artículo 6 ocurre lo mismo que con los incisos a), b) y c) del artículo 5 ya analizado. En todos estos casos, de la lectura de ellos se puede desprender el uso de la "regla de la razón", que queda establecida mediante diversas fórmulas gramaticales.

En algunos casos se utiliza la palabra injustificado o sinónimos de la misma, lo que revela que las normas no pretenden establecer una prohibición absoluta, existen ciertas conductas que a pesar de estar contempladas por la ley como infracciones, se permiten en supuestos señalados en las propias normas, abriendo el análisis a la discrecionalidad de la autoridad en la evaluación de los supuestos. En otros casos se incluyen expresiones como "afectar negativamente", "colocar en posición desventajosa", que aluden la racionalidad de la conducta respecto de su capacidad para causar un daño.

La Sala considera además, que sin perjuicio de las claras interpretaciones que resultan de aplicar los métodos usados (que demuestran cuál es el sistema al que se acogió en nuestra legislación), existen razones prácticas que sustentan la regla "per se" como la más adecuada para este tipo de casos, razones que se encuentran en la "ratio legis" de la norma.

Existen conductas cuyo carácter anticompetitivo es tan claro que la legislación no ha querido que las autoridades incurran en costosas y largas investigaciones para establecer su irracionalidad. En estos casos, los beneficios de la práctica para la sociedad en su conjunto no parecen claros, mientras que los costos, expresados en una reducción de rivalidad (competencia) entre las empresas como consecuencia del acuerdo resultan evidentes. Ante tales, circunstancias se declara la ilegalidad por el simple hecho de que la conducta se haya desarrollado Así, en los acuerdos de fijación de precios no existe ninguna integración productiva de la cual se pueda derivar una mayor eficiencia que implique reducción de costos para la sociedad. Pero sí existe una reducción de rivalidad evidente que afecta el derecho de los consumidores de participar en el proceso de formación de precios. De esta forma, su carácter de infracción "per se" ahorra costos y concede lógica al sistema.

Así, es correcto el uso de la regla "per se" hecho por la Comisión al emitir su pronunciamiento. Asimismo, si bien el análisis de los efectos hecho por la Comisión (que utiliza el doctor Flint en sustento de su posición) no era necesario para determinar la existencia de infracción a la norma, sí es relevante para definir su gravedad y, en virtud de ello, la sanción aplicable, tal como sucedió en el caso de la resolución apelada, cuando declara:

"En consecuencia, los acuerdos y prácticas que han sido acreditados en el expediente, han tenido como objeto o efecto limitar la competencia en el mercado del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao, impidiendo el libre juego de la oferta y la demanda perjudicando a los consumidores y otros competidores"

"...las infracciones cometidas... deben ser calificadas como muy graves, teniendo en cuenta: a) los perjuicios sufridos por los consumidores, quienes se han visto forzados a incrementar sus gastos para adquirir la carne de pollo; b) la importancia del pollo en la canasta básica de consumo - representa 7.9% del gasto total en alimentos;...d) la dimensión geográfica del mercado afectado: en el Mercado de Lima Metropolitana y el Callao se comercializa 65% de la producción nacional de pollo carne; e) el porcentaje de participación en el mercado de las empresas involucradas - aproximadamente 80% del mercado; f) los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas involucradas en base al desarrollo de prácticas restrictivas de la competencia; g) el daño causado a los competidores tanto potenciales como efectivos;...".

Estas conclusiones se sustentan en el análisis de numerosas cifras y cuadros incluidos en el Informe Técnico, y en el propio texto de éste último y de la resolución.

Por tanto, aún si se considerara que debió aplicarse la "regla de la razón" y que por tanto debió haberse tomado en cuenta el daño o perjuicio a los consumidores y al sistema de mercado en general (supuesto que la Sala no comparte), la resolución tampoco podría ser revocada por esta razón, pues en ella se realiza un examen concreto de la situación del mercado y de los efectos perjudiciales sufridos por los consumidores.

Así, la aplicación de otros métodos de interpretación conduce a una conclusión consistente con la derivada de la interpretación histórica, es decir que la concertación de precios es una práctica considerada "per se" ilegal.

Bajo tal perspectiva, los análisis y estudios elaborados por el señor Carlos Paredes que constan en el expediente, presentados para analizar los posibles efectos económicos de la concertación de precios en el mercado investigado, no aportan a la determinación de la legalidad o no de la conducta.

Así, respecto de la práctica, el señor Paredes sostiene que:

"...para sancionar el comportamiento de las empresas avícolas bajo análisis, se requiere comprobar que su comportamiento ha ido en detrimento del consumidor."

"...es evidente que una coordinación de acciones tendientes a estabilizar el precio del pollo, supuesto negado en el caso bajo estudio, no debería ser tildada de perjudicar al consumidor"

"Aún si se aceptara por un momento el supuesto que hubo intención - ingenua - de manipular los precios por parte de los productores avícolas, es importante contestar a la pregunta sobre si ¿este objetivo fue logrado? La evidencia mostrada no prueba en absoluto que la supuesta concertación haya afectado el comportamiento de los precios"

Sin embargo, la Sala considera que la posibilidad de concertar y tener éxito (dejando de perder lo que se hubiera perdido en condiciones de competencia, por ejemplo) en el corto o en el mediano plazo en un mercado como el analizado, están siempre presentes, a pesar de que en el largo plazo el mercado pueda tornar en ineficaces los acuerdos. Así lo señala Peter Pashigan, Profesor de la Escuela de Negocios de la Universidad de Chicago:

"...los persistentes esfuerzos por formar y volver a formar carteles indican que los beneficios a corto plazo de un precio por encima del competitivo son lo suficientemente grandes en algunas industrias como para justificar el esfuerzo. Las empresas pueden formar un cartel por el beneficio de monopolio a corto plazo, aunque reconocen de antemano que el acuerdo fracasaría a largo plazo"

Según ello, no sería necesariamente irracional concertar respecto de los términos de la comercialización del pollo, sin perjuicio de que esta apreciación tampoco aporta a la determinación de la legalidad o no de la práctica. Tal como se expuso anteriormente, la decisión de imponer o no una sanción debe tomarse al margen de los efectos concretos de los acuerdos adoptados o de la demostración del éxito o fracaso del cartel; sin embargo, ello sí deberá ser tomado en cuenta para determinar la cuantía de dicha sanción.

III.2 Los medios probatorios que se pueden emplear en los procedimientos administrativos por infracción a la Ley de Libre Competencia y el uso de sucedáneos de los medios probatorios.

Como fundamento de sus impugnaciones, las distintas empresas y entidades investigadas en el presente proceso han cuestionado que existan medios probatorios que acrediten las conductas que les han sido imputadas. En particular, varias de las procesadas han cuestionado que proceda el empleo de sucedáneos de los medios probatorios para estos propósitos, y otras, cuestionan la forma en que estos auxilios probatorios han sido utilizados en la resolución apelada y en el Informe Técnico en que ésta se sustenta.

Un primer aspecto que debe ser anotado es que, ni el Informe Técnico de la Secretaría, ni la resolución de la Comisión, se basan únicamente en medios sucedáneos, sino que también se sustentan en documentos y declaraciones que constituyen pruebas directas de varios de los hechos materia del procedimiento.

En lo que concierne al uso de sucedáneos de los medios probatorios, cabe señalar que las leyes que regulan la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, en particular aquéllos tramitados ante los órganos funcionales del Indecopi, permiten la actuación de pruebas instrumentales, periciales y de inspección que tengan pertinencia con la cuestión que se discute y, además, facultan a las Comisiones y Oficinas del Indecopi para requerir y actuar todo tipo de documentos, así como para citar e interrogar a las partes, sus representantes o terceras personas. Pero, adicionalmente, nuestro sistema legal permite el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios - esto es, de auxilios, establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos -, que están regulados en el Código Procesal Civil y cuya aplicación es supletoria al procedimiento administrativo en virtud de la Primera Disposición Final de dicho código.

Son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales. Para efecto del presente caso, resulta importante diferenciar los conceptos legales de indicios y presunciones, a fin de comprender cómo éstos son elementos que se complementan entre sí.

El indicio es un hecho material, mientras que la presunción es una forma determinada de razonar. En tal sentido el Profesor Devis Echandía señala que:

"La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencia que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de

donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo."

"Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, si no se le vincula a una regla de experiencia, mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquél un argumento lógico - crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica - crítica que lo valora."

"El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla..."

Los indicios pueden, en algunos casos, por sí solos, generar convicción plena sobre los hechos (indicio necesario) o, en otros casos, contribuir a alcanzar este resultado conjuntamente con otras pruebas e indicios (indicio contingente).

"Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (...) con independencia de cualquier otra prueba.

(...)

Los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento."

El indicio es pues un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una declaración, etc.). Probada la existencia del indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado). Negar la utilización de estos sucedáneos es negarle a la autoridad administrativa la posibilidad de efectuar un razonamiento lógico, posibilidad que está claramente admitida por la ley, mediante la aplicación supletoria del Código Procesal Civil.

En lo que concierne al ámbito específico de los procedimientos por infracción a las normas de Libre Competencia, los indicios y presunciones resultan ser una herramienta particularmente importante. Por lo general, las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de estas conductas, suelen desarrollarlas de la manera que haga más difícil su detección. Muchas decisiones no son colocadas por escrito o, si lo son, se usa un lenguaje del que no se puede derivar la intencionalidad o la manera cómo ocurrieron exactamente las cosas

Por otra parte, la mecánica y dinámica del mercado suelen no dejar huellas claras de cómo ocurrieron los hechos. Probar negativas verbales de venta, existencia de discriminaciones o intenciones predatorias suele ser complicado por la rapidez con la que ocurren los hechos, por la evidente conducta cautelosa y defensiva de los infractores, y por lo dificultoso que es encontrar información relevante. En este sentido, la Sala ha expresado en anteriores oportunidades, refiriéndose a este tema, que:

"...si bien no se requiere encontrar una prueba concluyente, como un acuerdo firmado o una grabación de una reunión en que se acuerdan medidas que restrinjan o limiten la competencia entre las empresas que concurren en un mercado en particular, sí es necesario que las pruebas o indicios evaluados en conjunto demuestren directa o indirectamente la existencia de tal acuerdo. Así, por ejemplo, pruebas de reuniones excepcionales entre los competidores, documentación posterior en que se vigile el cumplimiento de las condiciones pactadas, lineamientos de políticas a adoptarse elaborados por un gremio que agrupa a los competidores, entre otros, podrían constituir indicios que harían presumir la existencia de un acuerdo."

En este orden de ideas, la comprobación de la existencia de prácticas restrictivas de la competencia y de otras prácticas ilegales similares, generalmente se producirá en base a pruebas circunstanciales e indicios contingentes, que deben ser apreciados en conjunto por el juzgador para poder extraer presunciones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos investigados. Así, por ejemplo, puede darse el caso que un indicio, apreciado de manera aislada, no convenza al juzgador, pero que éste, apreciado al lado de otros indicios, lo lleven a formarse una auténtica convicción.

En el presente caso, además de apreciar y valorar las pruebas directas actuadas, deben analizarse los indicios previamente acreditados utilizando el razonamiento lógico anotado. Ello implica, también, sumergir las conclusiones obtenidas de los indicios en una "prueba ácida", constituida por un análisis contra - fáctico, es decir, buscando otras posibles conclusiones que razonablemente puedan derivarse de los indicios detectados.

La prueba indiciaria tiene, en este sentido, el mismo mérito que cualquier otro medio probatorio. Incluso mediante el uso de la prueba indiciaria podría desvirtuarse el valor probatorio de pruebas directas. Tan es así que en el proceso penal, en el que se encuentran en juego valores tan importantes como la libertad de

las personas, y en dónde los principios garantistas tienen especial valor, las pruebas de cargo que sirven para condenar a los ciudadanos suelen ser pruebas indiciarias.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en el presente caso, la Sala considera que no sólo existen indicios contingentes suficientes para presumir sin dejar lugar a dudas razonables la existencia de la práctica, sino, además, pruebas que permiten reconstruir los hechos materia de investigación en el presente proceso.

III.3 Los hechos acreditados y el análisis de las pruebas.

Antes de proceder al análisis concreto de las pruebas e indicios hallados durante la investigación en primera instancia, para luego pasar a la evaluación de los mismos a fin de determinar su valor probatorio, la Sala estima importante describir qué tipos de hechos son aquellos cuya ocurrencia debe determinar a fin de establecer si existieron o no infracciones a la ley.

El procedimiento seguido se basa en una investigación sobre la existencia de una concertación de precios. Por concertación de precios se quiere decir cualquier conducta coordinada o acordada entre las distintas entidades denunciadas dirigidas a generar determinados precios distintos a los que se presentarían en el libre juego de la oferta y la demanda. Estas conductas pueden implicar acuerdos directos sobre cuál debe ser el nivel de precio o acuerdos diferentes que tienen un objetivo análogo, como sería el caso de la distribución de mercados, restricciones de producción, destrucción o eliminación de producción para controlar la oferta, etc. Evidentemente todas estas acciones son perfectamente legítimas cuando una empresa las desarrolla por separado de las otras, en función de su propia evaluación de las condiciones de mercado. Una empresa es libre de fijar de manera independiente los niveles de precios a los cuales desea vender sus productos, o la cantidad que va a producir o el lugar donde va a vender. Lo que está penado por ley es cuando estas decisiones no son tomadas de manera independiente y por separado por cada empresa, sino que hayan sido adoptadas de manera conjunta mediante acuerdos, recomendaciones o decisiones coordinadas.

Estos acuerdos afectan directamente la libertad de elección de los consumidores y por tanto la ley ha determinado su ilegalidad per se. Las concertaciones restrictivas de la libre competencia son sancionables por sí mismas, precisamente porque restringen la producción haciendo que, por ejemplo, menos consumidores tengan acceso a los productos o que se eleven los precios, forzándolos a pagar más de lo que hubieran pagado en condiciones de normal funcionamiento de la libre oferta y demanda.

La relación entre acuerdos que reducen o aumenta la producción y la concertación de precios es evidente. Si los concertadores desean subir el precio deben hacer que disminuya la cantidad ofrecida, pues a menos cantidad ofrecida (escasez artificial) mayor será el precio. Por eso muchos acuerdos de fijación de precios tienen precisamente la forma de restricciones de producción (acuerdos sobre volúmenes a producir o eliminación de llamados excedentes o "sobreoferta", etc.).

Esto no quiere decir que sólo los acuerdos para aumentar precios son sancionables. Los acuerdos para bajarlos también lo son, pues implican una manipulación que distorsiona el normal funcionamiento del mercado. Los acuerdos para reducir precios pueden tener diversas finalidades como, por ejemplo, la finalidad de restringir la entrada de nuevos competidores, estabilizar el mercado para hacer viable una elevación posterior del precio mediante la eliminación de los excedentes existentes, o simplemente producir cambios artificialmente, pues no se deja que el precio se reduzca por decisión individual de los participantes, sino que se controla su bajada para evitar mayores pérdidas.

En el caso investigado, se encuentra presente además el tema de la concertación del peso del pollo. Dado que el pollo se vende por kilos, y no por unidad, un sobrepeso generará presiones para la baja del precio del pollo. Por ello, es necesario, para tener éxito en cualquier acuerdo en este mercado, controlar el peso promedio del pollo mismo.

Para tal efecto, las pruebas actuadas pueden arrojar conclusiones sobre el tipo de conductas descritas, por medio de las reglas de la sana crítica y el análisis lógico de los elementos de prueba e indicios acreditados en el expediente.

Como ya se ha dicho, se debe dar especial peso en el análisis a los contactos entre las empresas, que como decían Bellamy y Child, permitiría presumir un acuerdo si viene seguido de un comportamiento paralelo en los precios. Asimismo, se deben analizar con cuidado los documentos encontrados, las declaraciones de las partes, y todo otro medio probatorio pertinente, usando los criterios teóricos de valoración de la prueba y utilización de los indicios señalados con detalle en la presente resolución.

III.3.1. La restricción de la competencia en el mercado del pollo.

Se le imputa a las empresas y entidades investigadas en el presente proceso, en su mayoría integrantes del CPPC, haber acordado implementar distintas prácti-

cas destinadas a restringir la competencia en el sector avícola durante el período comprendido entre mayo de 1995 y julio de 1996.

En este lapso, según la resolución impugnada y el Informe Técnico que le sirvió de base, se habrían adoptado una serie de acuerdos que tenían la finalidad común de restringir la competencia entre las empresas, y hacer frente a distintas coyunturas que se iban presentando en el mercado, de manera conjunta e ilegal. Así, por ejemplo, en determinados momentos, los acuerdos adoptados habrían buscado amortizar o reducir las pérdidas que habían previsto que se producirían, eliminando de manera conjunta los excedentes de producción y haciendo descender concertadamente los precios para incentivar el consumo. En otros momentos, por el contrario, los acuerdos habrían estado dirigidos a restringir la oferta de pollo en el mercado (restringiendo los niveles de crianza o acordando pesos y unidades a ser colocados en el mercado), a fin de elevar los precios de este producto.

A continuación se debe determinar cuáles de las imputaciones referidas han sido acreditadas con las pruebas que obran en el presente proceso. Para ello se utilizará como marco conceptual la teoría de los indicios descrita en el punto III.2. De esta manera, se hará referencia a distintos documentos hallados por la Secretaría Técnica de la Comisión durante su investigación y a declaraciones de funcionarios de las entidades y empresas investigadas, los que servirán para probar todos los indicios relevantes (sean estos contingentes o necesarios). Una vez que éstos se consideren acreditados, se los interpretará conjuntamente, para luego realizar razonamientos deductivos basados en las reglas de la experiencia (presunciones), que llevarán a concluir la existencia o no de las imputaciones mencionadas (hechos indicados).

III.3.1.1. La comisión de estadística.

En el Acta de la sesión del CPPC del 5 de abril de 1995, se consigna que el Ingeniero Pedro Mitma (representante de Molinos Mayo):

"sugirió que a partir de las próximas sesiones, la Comisión de Trabajo de Estadísticas conformada por el Ing. Víctor Izaguirre, Señor Fernando Cáceres y el Señor Alex Campos, proporcionen los avances".

Conforme lo han reconocido los representantes de diversas de las empresas investigadas, esta Comisión efectivamente fue activada y se encargó de preparar una serie de estudios respecto de las perspectivas del sector para los siguientes meses que fueron presentados y discutidos en las siguientes sesiones del Comité. En particular, cabe destacar que los representantes de las empresas investigadas han reconocido en los informes orales llevados a cabo ante la Sala, al igual que el propio señor Izaguirre, que éste estuvo encargado de elaborar los estudios que se presentaron y discutieron en las sesiones del Comité del mes de abril de 1995.

Así, un primer tema a dilucidar es cuál era la finalidad por la que se encargó la realización de dichos estudios y cuál fue el uso que finalmente se les terminó dando.

Como se verá más adelante estos estudios contenían información y datos que podían ser utilizados como base para tomar acuerdos referidos a qué cantidad convenía producir a las empresas de manera total y cuáles eran los niveles de precio y peso comunes que podían contribuir a mejorar la situación de las empresas involucradas.

Sin embargo, este uso de la información no se deduce de la sola constitución del Comité (que constituye un indicio contingente), por lo que éste indicio debe ser interpretado junto con otros indicios y pruebas. Ello puede llevar a confirmar o descartar que la recopilación y análisis de la información, sea prueba de los comportamientos anticompetitivos imputados.

III.3.1.2. El análisis del mercado y la discusión sobre las alternativas de solución.

En el Acta de la sesión del CPPC del 13 de abril de 1995, se consigna que:

"[se] presentó a los presentes la Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo Abril de 1995 - Setiembre de 1995. Respecto a este punto el equipo de trabajo que viene elaborando estas cifras propondrá las distintas alternativas que podrá adoptar el sector" (el resaltado es nuestro).

Nótese que se hace referencia a las "alternativas que podrá adoptar el sector", es decir, alternativas conjuntas y no aisladas, pues se alude al "sector" como un todo y respecto a "adoptar" estas alternativas, es decir, a hacerlas suyas.

El documento ("Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo abril de 1995 - setiembre de 1995") y el gráfico ("Producción Real y Teórica de Pollos BB Carne") que fueran presentados en esta reunión, fueron hallados en el local de la APA y en los locales de distintas empresas. En ellos se proyectaba que la producción nacional de pollo BB carne llegaría a 22 millones en el mes de setiembre, señalándose que:

"(...) Como se puede ver en la Producción Teórica de Pollo BB a partir del mes de Marzo tiene una franca tendencia creciente. En la curva de 8 meses pasa de 17 millones en Febrero a 18 millones en Marzo, 19 millones en Abril, 20 millones en Mayo, 21 millones en Junio y sigue aumentando hasta llegar a los 22 millones en Setiembre.

Si se cumpliera esta proyección tendríamos un grave problema en el mercado, por la sobreproducción que se presentaría. El mercado absorbe sin dificultad solo unos 17.5 millones de pollos BB.

No hay que olvidar que una baja en el precio en granja de S/. 0.10 céntimos de Nuevo Sol en un mes, representa un menor ingreso de las empresas avícolas de aproximadamente US$ 1'500,000 Dólares." (el resaltado es nuestro)."

De la lectura de estos documentos se puede deducir que en este momento, las empresas integrantes del CPPC tenían conocimiento que en los meses siguientes se produciría una "sobreproducción" de pollo comercializado vivo, que conllevaría a una reducción de los precios lo que representaría para ellas un menor ingreso.

El lenguaje utilizado demuestra una preocupación común de los asistentes y una valoración conjunta de las consecuencias de la "sobreproducción" anunciada. En particular se menciona una pérdida "para las empresas avícolas de aproximadamente US$ 1'500,000". En el mismo documento se indica que "...tendríamos un grave problema...". Esta última afirmación, colocada en condicional, primera persona en plural, indica que un "problema" se avecina para todos en conjunto, y que potencialmente algo se puede hacer para evitarlo. Si bien esta parte del documento, por sí sola, no prueba la existencia de un acuerdo, si indica la identificación de un problema que constituye una clara motivación para concertar y así evitar las consecuencias de la llamada "sobreproducción". La preocupación mostrada en el documento fue asumida por los avicultores, como lo demuestra el hecho que el tema fue objeto de agenda y discusión en varias de las reuniones subsiguientes.

Hasta este punto se cuenta con elementos que hacen pensar en la existencia de una problemática común identificada por las propias empresas. Este es, pues, un indicio contingente que se suma a los anteriores.

Por otro lado, en el Acta de la sesión del CPPC del 19 de abril de 1995, se consigna que:

"Se dio (sic) un amplio informe respecto de las alternativas de solución a la sobreoferta de Pollos de Carne".

Consignar esa afirmación, en particular la referencia a "alternativas de solución" respecto de una "sobreoferta" y luego que en una reunión anterior haya quedado bastante clara la preocupación por la situación, indica la existencia de un interés común por adoptar una "solución" conjunta al problema.

En uno de los documentos encontrados dentro de los archivos del CPPC y de diversas empresas, que fuera distribuido y discutido en la sesión referida, denominado "Determinación de Excedentes de Pollos BB Carne en los próximos meses", se consigna el nivel de excedentes esperados para los meses de junio a noviembre de 1995. Dichos excedentes son los siguientes:

"DETERMINACION EXCEDENTES DE POLLOS BB CARNE EN LOS PROXIMOS MESES

MES VTA	MES NAC	CARGA POLLO BB	POLLO BB IMPORTADO MILLONES	POLLO BB EXPORTADO MILLONES	EXCEDENTE MILLONES MILLONES
MAR	ENE	17.400	(0.649)		
ABR	FEB	17.544	(0.454)		
MAY	MAR	17.903			
JUN	ABR	19.335	(0.854)	0.400	1.789
JUL	MAY	20.145			2.145
AGO	JUN	21.029			3.029
SET	JUL	21.277			3.277
OCT	AGO	21.581			3.581
NOV	SET	21.967			3.967"

En otros documentos que fueron presentados y discutidos en la reunión del 19 de abril - titulados "Crisis por Sobreproducción de Pollos BB carne (Valoración de las Alternativas de Solución)" y "Caso Hipotético de un Incremento de 290,000 Pollos BB en la Colocación Nacional"-, hallados en el local del APA y en el de distintas empresas, se analiza la curva de demanda del pollo vivo en el CADA-LM y se valoran (cuantifican) las pérdidas que representaría adoptar una serie de alternativas. El contenido de estos dos documentos da una idea bastante clara de qué es lo que en concreto se discutió como "alternativas de solución" a la "sobreoferta", tal como se menciona en el texto del Acta correspondiente ("Se dió (sic) un amplio informe respecto de las alternativas de solución a la sobreoferta de Pollos de Carne"). Dichos documentos señalaban lo siguiente:

"CASO HIPOTETICO DE UN INCREMENTO DE 290.000 POLLOS BB EN LA COLOCACION NACIONAL

VALORACION DE LAS PERDIDAS SEGUN ALTERNATIVAS. LAS PERDIDAS SE EXPRESAN EN SOLES POR MES.	S/.POR MES
VENDER POLLO VIVO = (17'300,00 + 290,000)*0.95*2.2*0.1	= 3,676,00
BENEFICIAR EL EXCESO DE POLLO = 290.000*0.95*2.2*0.65	= 394,000
ELIMINAR POLLOS BB = 290,000*0.60	= 174,000
ELIMINAR H.F. DE POLLOS BB = 290,00/0.85*0.40	= 136,00
SACAR EL EXCESO DE REPRODUCTORAS = 290,000/13*3.5*0.7	= 55.000
EXPORTAR H.F. DE POLLOS BB	=136,000
EXPORTAR POLLO BB	= 174,00
EXPORTAR POLLO BENEFICIADO	= 144.00

DISMINUIR LA IMPORTACION

REDUCIR LA CARGA

SELECCIONAR"

Del documento en cuestión se pueden obtener algunas conclusiones. La principal es que se presentaron distintas posibles alternativas de cómo enfrentar la "sobreoferta" de pollo vivo, y que cada una de las alternativas ha sido valorada (en términos del costo o pérdida que significa) para el sector en su conjunto. Es importante destacar que estas alternativas sólo tienen sentido si es que van a ser implementadas de manera conjunta. Si una sola empresa beneficia el

exceso, elimina pollos BB, elimina huevos fértiles o saca el exceso de reproductoras, las otras empresas podrían cubrir lo dejado de producir por la primera, con lo que la alternativa generará solo perjuicios para quién la ejecuta y no tendrá efectos en la llamada "sobreoferta". Para poder dar solución al "problema de la sobreoferta", todas o la mayoría de las empresas deberán seguir las alternativas de solución planteadas. Esto se deriva de un simple análisis lógico-crítico basado en las reglas de la experiencia, en particular, teniendo en cuenta cómo normalmente tomarían sus decisiones los agentes económicos ante estas propuestas. Así, las cifras son valores agregados, no cifras aplicables a una sola empresa. Son valores que ayudan a combatir la "sobreoferta", pero sólo en la medida en que las alternativas sean adoptadas por la industria en general.

Es de destacar que en el análisis que se efectúa de la primera alternativa citada (Vender Pollo Vivo), los valores indicados en la fórmula para calcular el costo total incluye la caída del precio en 10 céntimos (0.1), lo que demuestra la preocupación por el efecto de la sobreoferta en el precio. Ello coincide además con los 10 céntimos a los que se refería el documento "Proyección de la Producción de Pollito BB Carne Periodo abril de 1995-setiembre de 1995" ya citado. En consecuencia, el documento analizado guarda coherencia con la hipótesis que se desprende de los demás documentos en cuanto había una preocupación del sector ante la "sobreproducción", aparejada de una búsqueda conjunta de alternativas de solución.

Para ilustrar los pormenores de la sesión del 19 de abril de 1995, y confirmar las apreciaciones y análisis efectuados, resulta gráfico el memorándum N° 223-95, fechado el 24 de abril de 1995 por medio del cual el ingeniero Ítalo Marchand Grimaldo, gerente de comercialización en Lima de Avícola El Rocío S.A. que asistió a la reunión, informa al señor Rafael Quevedo B., director de dicha empresa, el contenido de esta reunión:

"En la última reunión del Comité de Productores de Pollo Carne, hizo una exposición el Señor Víctor Eyzaguirre (sic) sobre la crisis que puede ocurrir con la sobreproducción de Pollo BB. Carga la cual te estoy adjuntando.

Las medidas correctivas que se piensan tomar en caso que los datos de carga se verifiquen son las siguientes:

1.- Tratar de venderle huevos fértiles pollo B.B. a las Compañías que están importando, que por el momento son:

a) ROSMAR S.A. b) CORPORAC. GANADERA

c) MOLINOS MAYO d) MOLINERA SAN MARTÍN

2.- La segunda medida sería un congelamiento de pollos para aquellas integraciones cuyo promedio pase de 2.30 Kg.

3.- La eliminación de reproductoras para aquellas integraciones que se pasen del peso acordado.

Estas son las medidas que se van a discutir en la reunión del día Miércoles de (sic) los corrientes.".

Lo señalado en el documento de Ítalo Marchand permite, a la luz de los otros documentos citados, llegar a algunas conclusiones importantes. En primer lugar se hace referencia clara al Informe de "alternativas de solución" presentado por el señor Izaguirre, ya analizado. En segundo lugar se habla de "...medidas correctivas que se piensan tomar..." y que coinciden con algunas de las alternativas más baratas propuestas por el señor Izaguirre en el documento presentado por él en la reunión, en particular reducir el número de huevos fértiles, beneficiar pollo (que luego sería congelado) y eliminar reproductoras. Nótese que en el caso de eliminación de reproductoras esto se produciría para las integraciones que superaran el "peso acordado". El término "acordado" se refiere evidentemente a un consenso de voluntades para la adopción de la medida, y no a una actuación independiente de las distintas empresas. Se hace referencia a que tales medidas serían discutidas el día miércoles, lo que coincide con la fecha en la que se realizó la siguiente reunión de CPPC, es decir el 26 de abril, que fue un día miércoles.

Se ha señalado por las empresas avícolas que el memorándum mencionado es la opinión de un funcionario de una sola de las empresas y que, en consecuencia, no los puede comprometer. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que documentos internos de empresas que comprometen a otras deben ser evaluados con cuidado y tienen un valor probatorio especial.

En efecto, si dichos documentos comprometen también a la empresa que los emitió, es difícil explicar qué motivaciones pueden existir para involucrar deliberadamente a otros en un acto ilícito, si de esta manera uno mismo se inculpa, perjudicándose. Por ello, esta prueba debe analizarse conjuntamente con los otros indicios encontrados, para dilucidar si en el caso del memorándum 223-95 bajo análisis, la conclusión que se extrajo de él parte de una mentira o de una mala interpretación de quien lo escribió; o si efectivamente refleja el proceso de formación de una voluntad concertada por todos los asistentes. Así, la tesis de la mentira o el error, sostenida por las empresas avícolas, no es consistente con otros documentos citados en esta resolución que coinciden con el contenido del memorándum. Adicionalmente, en

relación a la tesis de la mentira, no se puede explicar las razones por las cuales un funcionario habría mentido en perjuicio de su propia empresa, más aún, si ninguna de las partes afectadas ha cuestionado dicho documento.

De una lectura en conjunto de los documentos presentados y discutidos en la reunión del 19 se puede deducir que las empresas agrupadas al interior del CPPC estudiaron la posibilidad de adoptar varias medidas, las mismas que sólo tenían sentido si se adoptaban por parte de todas ellas para hacer frente al problema de la llamada "sobreproducción". Adicionalmente, de la lectura de dichos documentos, conjuntamente con el memorándum del ingeniero Marchand, se concluye que, cuando menos tres de las medidas propuestas tuvieron acogida entre los asistentes a la reunión: reducir la importación de huevos fértiles de pollo BB, congelar el excedente de producción y eliminar el exceso de gallinas reproductoras.

Asimismo, una lectura integral de los documentos y del memorándum del ingeniero Marchand, permite concluir que se discutió que estas medidas tendrían que ser adoptadas por todas las empresas, en tanto en este documento se detalla la existencia de un peso "acordado" que de ser superado obligaría a las integraciones a congelar y eliminar reproductoras.

Tal como ya se ha señalado, la reunión del "día miércolesde (sic) los corrientes" a la que hace referencia el ingeniero Marchand en su memorándum, se llevó a cabo el miércoles 26 de abril de 1995. En el acta de esta reunión se consigna lo siguiente:

"4.- El Señor Héctor Pachas dió (sic) un Informe Técnico respecto a los siguientes puntos:

-Comparativo semanal
- Ventas totales a través del CADA
- Precios de mercado de carnes y otros
- Peso promedio

5.- Se dió (sic) una exposición respecto al comportamiento de los pesos promedio, tomando los siete días de la semana, hallando el rango de peso vivo, así como el promedio diario."

Los documentos materia de las exposiciones del 26 de abril fueron hallados en el local del APA y en los locales de diversas empresas. Uno consistía en gráficos que ilustraban el comportamiento del promedio y rango del peso del pollo vivo del 12 de febrero de 1995 al 23 de abril de 1995. El otro, denominado "Datos Para Elaborar el Gráfico de Control X-R del Peso del Pollo", contenía cálculos para determinar el peso promedio ideal del pollo.

Como ya se señaló, evaluando estos documentos conjuntamente con el memorándum del ingeniero Marchand, que señala que las "medidas correctivas" que se pensaban tomar, y que se discutirían nuevamente el día 26, incluían "un congelamiento de pollos para aquellas integraciones cuyo promedio pase de 2.30 Kgs" y la "eliminación de reproductoras para aquellas integraciones que se pasen del peso acordado", se concluye que los documentos presentados en esta reunión fueron diseñados como base de un acuerdo para intentar controlar el peso de venta del pollo vivo. Como se ha analizado, existe una evidente relación entre el precio y el peso del pollo, por lo que la concertación requería acuerdos sobre ambas variables.

El 28 de abril de 1995, los directivos del CPPC remitieron cartas a las distintas empresas que integraban el Comité (cuyos cargos fueron encontrados en los archivos del CPPC), solicitándoles:

"con carácter de urgencia (...) su producción de Pollo BB Carne ejecutada al mes de Abril, y la proyectada del periodo Mayo a Diciembre de '95", la cual debía ser remitida "máximo el día martes 02.05.95 a las 11 am."

Del contexto en que fueron enviadas estas cartas se puede deducir que en los días siguientes a la reunión del 26 de abril, los directivos del CPPC se dedicaron a reunir una serie de información de las empresas avícolas a fin de poder proyectar con mayor exactitud la producción de pollo BB carne para el año 1995. Así esta solicitud es perfectamente consistente con ir afinando las posibles "alternativas de solución" o "medidas correctivas" mencionadas en los diversos documentos señalados.

La proyección de la producción para el año 1995, en base a la información remitida por las empresas avícolas, se plasmó en un documento referido al mercado del pollo vivo en Lima Metropolitana y Callao (en adelante el mercado) titulado "Estimación del Mercado de Pollo Vivo en el CADA-LM Meses: Mayo - Junio 1995", manuscrito firmado por el señor Víctor Izaguirre (miembro de la Comisión de Trabajo de Estadísticas), fechado el 2 de mayo de 1995, el mismo que fue encontrado en los archivos del CPPC. En este documento, luego de hacer una estimación del volumen de excedentes en los meses siguientes, se señala lo siguiente:

"B) MEDIDAS CORRECTIVAS PARA EQUILIBRAR EL MERCADO

MES	EXCEDENTE(CADA) # POLLOS	EXCEDENTE (PERU) #POLLOS	MEDIDAS
MAYO JUNIO	208,600 516,000	695,300 1 720,00	CONGELAR + CONGELAR +"

El mismo documento fue encontrado transcrito en los archivos magnéticos del APA y habría sido creado

el 2 de mayo, es decir, el mismo día para el que se había solicitado con "carácter de urgencia" la información a las empresas. En dicho documento se introdujeron algunas modificaciones, reemplazándose "Congelar +" por "beneficiar el exceso de pollo, eliminar pollos BB, eliminar huevos fértiles de pollos BB, sacar exceso de reproducto" (sic).

Nuevamente, se debe analizar esta documentación de manera conjunta con el memorándum del ingeniero Marchand, en el cual se detallan "las medidas correctivas que se piensan tomar en caso que los datos de carga se verifiquen". Ello lleva a concluir que los cuadros que se elaboraron en base a la información requerida a las empresas avícolas, tenían por finalidad verificar la carga de pollo BB carne existente en el mercado, a fin de poder decidir al interior del CPPC si se adoptarían o no las medidas discutidas en las sesiones del mes de abril de 1995 ya citadas.

Así, todos los medios probatorios mencionados acreditan la existencia de indicios (o hechos indicadores) que analizados globalmente, permiten concluir que las empresas habían identificado un problema común y que venían discutiendo una solución común; encontrándose en proceso de recolección de información, análisis de propuestas y negociación de acuerdos que precisen y afinen las "alternativas de solución" o "medidas correctivas".

III.3.1.3. El acuerdo.

Los días 3 y 4 de mayo de 1995, los representantes de Molinos Mayo S.A., Avícola San Fernando S.A., Molinera San Martín de Porres S.A., Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez (Georbe), Avícola El Rocío S.A., Avícolas Asociadas S.A., Alimentos Protina S.A., Redondos S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., El Palomar E.I.R.L., Corporación Ganadera S.A., y Agropecuaria Contán S.A., se reunieron en el CPPC .

En el Acta de la sesión del CPPC del 3 de mayo de 1995, se consigna que "Se hizo una exposición respecto a la estimación del mercado de Pollo vivo, para los meses de Mayo y Junio". Si bien el acta no da mayor detalle, lo discutido se puede deducir del documento titulado "Estimación del Mercado de Pollo Vivo...", elaborado por el señor Izaguirre en base a la información remitida por las empresas avícolas, en el cual se verificaba "los datos de carga" que se venían discutiendo en las reuniones anteriores y respecto de los cuales se había pedido información a las empresas.

Asimismo, en el acta de la reunión del 3 de mayo se consigna que se "acordó encargar al Señor Rafael Bellido, la elaboración de un Proyecto de conformación de una empresa comercializadora de Pollos congelados". Debe notarse la relación que este acuerdo guarda con la discusión de la alternativa de beneficiar pollos y congelarlos mencionada en los distintos documentos citados, en particular en el memorándum del señor Italo Marchand. Congelar pollos era una alternativa a vender pollo vivo, que implicaba sacar el pollo del mercado vía congelamiento a fin de controlar la oferta existente. De los distintos documentos presentados por el señor Izaguirre se desprende que era una alternativa menos costosa para las empresas que vender el pollo vivo.

Nuevamente, un memorándum (N° 242-95 de fecha 03 de mayo de 1995), dirigido por el ingeniero Italo Marchand al señor Rafael Quevedo B., es útil para conocer los pormenores de esta reunión. En dicho documento se señala lo siguiente:

"En la reunión habida en el Comité de Productores de Pollos el día Miércoles 03 de los corrientes, se trataron puntos de suma importancia:

1.- Mantener un peso promedio estandarizado. Moción que fue aprobada por unanimidad.

2.- Carga Promedio mensual de Pollos de Carne que debe tener cada Integración.

El Señor Polo Suárez Fabres (sic) y el Señor Fernando Ikeda, presentaron el siguiente cuadro, que se adjunta en hoja anexa, en base a las cargas promedios de los tres (03) últimos meses.

Al ver este cuadro se hizo una votación entre todos los presentes para que eliminaran sus excedentes de Mayo que eran los más próximos, vía ahogamiento de embriones o de Pollos B.B., lo cual en una primera votación la mayoría aceptó con excepción de TAKAGAKI; que puso en consideración una serie de motivos por lo cual no podía dar una respuesta inmediata.

Por otro lado, el Señor Fabres (sic), hizo las siguientes propuestas:

1.- Reducción de la Importación de Reproductoras.

2.- Anulación de las importaciones de Pollo B.B. o Huevos Fértiles y propuso que estos se compraran a nivel nacional.

3.- Eliminación de Reproductoras.

4.- Congelación del Pollo.

A esta Medida se agregó la propuesta del Señor Bellido de formar entre todos los Integrantes del Comité de Pollo de Carne una Compañía que compraría el Pollo Congelado, lo vendería a Provincias o tratará de exportarlo. Esta Medida se ha tomado en consideración ya que el Grupo Aristía de Chile ha contratado una Planta de Mantenimiento de Congelación de Pollo, y el otro Grupo chileno ya está entran-

do a Arequipa, Cuzco y Puno; con un promedio de 60 Toneladas Semanales, a un precio de S/. 3.80 incluido IGV.

Este pollo que manejaría la nueva Compañía sería el excedente de la producción del mes de Mayo y los siguientes meses. La nueva Compañía trabajaría sin lucro para poder romper la entrada de pollo chileno. Según sus cálculos estos (sic) nos representaría una pérdida de 0.05 por kilo de pollo, suma inferior a la que resultaría de no congelar y permitir que estos grupos se acerquen cada vez más a Lima, y de las ventas del Pollo como Pollo Vivo por la consiguiente baja en los precios.

(...)

Siendo la 01.30 p.m., se pidió un cuarto intermedio hasta el día de mañana para que cada uno de los Integrantes del Comité lo piensen y en el caso especial del Señor Pedro Komatsudani que se opone a la medida haga su Flujo de Caja y vea si le conviene, ya que se opone alegando que meses atrás hemos procedido en el Comité a trabajar como una Libre empresa".

El análisis de este memorándum es de suma importancia para comprender los alcances de la reunión del 3 de mayo. En primer lugar, se menciona que se discutió mantener el peso promedio estandarizado, moción que fue "aprobada por unanimidad". El término "aprobado por unanimidad" hace clara referencia a un acuerdo para determinar un solo peso. Evidentemente no se refiere sólo a una propuesta o a una opinión sobre qué debió hacerse. En efecto, no guarda relación con la llamada "lluvia de ideas" que han sugerido las empresas avícolas como explicación. Ello sería inconsistente con el término "aprobado por unanimidad", que implica consenso. Si se entiende además la relación que se establece entre el peso y el precio de pollo, se puede comprender el alcance que este acuerdo tendría sobre el control del precio. A fin de cuentas todo acuerdo de precio lleva implícito un acuerdo de controlar la cantidad ofrecida. De la misma manera, todo acuerdo para controlar la cantidad ofrecida lleva implícito el control de precio. En este sentido, se podría decir que son "las dos caras de la misma moneda": si se fija un precio alto pero no se controla la cantidad, se tendrá excedentes de producción con las pérdidas consiguientes; mientras que el precio no podrá subir si se produce demasiado. Ello, por que los acuerdos de precios implican en el fondo la creación de una escasez artificial del producto.

Controlar la cantidad de pollo disponible pasa por controlar un peso máximo, pues el pollo se vende por kilos, no por unidad. Además, la elevación del peso es síntoma de que hay demasiado pollo, pues éste no está saliendo de las granjas al precio establecido y sigue aumentando de peso, por lo que será necesario bajarlo. En este contexto el acuerdo de estandarizar el peso del pollo es una herramienta básica de la concertación del propio precio del pollo.

Un segundo aspecto que se discutió según el memorándum fue cuál era la carga promedio mensual que debe tener cada integración. Este es un dato esencial, pues queda claro que el término "debe tener cada integración" alude a una recomendación para establecer una limitación a la oferta disponible de pollo. Incluso se hace referencia a que el cuadro fue presentado por el señor Polo Suárez Fabres y el señor Fernando Ikeda. Como se dice en el memorándum al ver los cuadros se votó para eliminar excedentes de mayo "...lo cual en una primera votación la mayoría aceptó con excepción de Takagaki..." Queda claro que se adoptó un acuerdo para eliminar excedentes, el mismo que fue descartado sólo por Takagaki (hoy Avinka S.A.)

Nuevamente se utilizó un lenguaje consistente con el de un acuerdo, sin que la Sala haya encontrado una hipótesis distinta y creíble que pueda explicar el uso del término referido, salvo la de la mentira respecto de lo dicho por el Ingeniero Marchand. Como ya se mencionó, esa explicación no resulta consistente pues implicaría que el señor Marchand mintió para involucrar a otras empresas involucrando al mismo tiempo a la empresa que él mismo representaba.

Debe destacarse además que el señor Favre (como ya se señaló, en el documento se le llama equivocadamente Fabres) realizó una serie de propuestas cuyo contenido es evidentemente contrario a las normas que consagran la libre competencia, cuando son ejecutadas en conjunto, como son la reducción de importaciones de reproductoras, anulación de las importaciones de pollo BB o huevos fértiles, eliminación de reproductoras y congelación del pollo. La formulación de estas propuestas, en una reunión gremial, es un claro indicio, sino una prueba, que acredita que se venían discutiendo alternativas restrictivas de la competencia a ser implementadas de manera conjunta.

Todas estas propuestas van dirigidas a conseguir una reducción concertada de la cantidad ofrecida con un evidente efecto en el incremento de los precios del pollo, con los consiguientes perjuicios que para los consumidores ello implica. El propio señor Favre reconoció durante el informe oral llevado a cabo frente a la Sala que él había hecho propuestas como las citadas y otras similares, dentro del ejercicio de su libertad de formular las propuestas que el estimara conveniente. Sin embargo estas propuestas, formuladas al interior de una organización gremial, denotan claramente la intención de adoptar medidas conjuntas que afecten los intereses de los consumidores en el

mercado. Esto, en particular, en una sesión en la que se venía sometiendo a votación distintos acuerdos con objetivos similares, le da a este elemento un alto valor probatorio sobre la construcción de una concertación.

A esta medida se añadió, según el ingeniero Italo Marchand, la propuesta del señor Bellido de crear una empresa para comprar pollo congelado y que permita manejar los excedentes de pollo vivo. Esto es consistente con lo que indica la propia Acta de la reunión que expresamente menciona el encargo al señor Bellido de elaborar un Proyecto de comercializadora de pollos congelados. Debe destacarse que el memorándum señala que el señor Bellido hizo la sugerencia en relación a sacar el excedente de pollo de Lima, reconociendo que si bien había una pérdida, ésta era menor a vender pollo vivo por la consecuencia que esta última venta tendría en la caída del precio.

Al concluir el memorándum, el ingeniero Marchand informa que se pidió un cuarto intermedio para que cada una de las empresas lo piense, en particular el señor Komatsudani (representante de Takagaki) por que "...meses atrás hemos procedido en el Comité a trabajar como una Libre empresa." Es claro que se refiere "a la medida", es decir a uno de los acuerdos. Comparando el último párrafo con el párrafo que se refiere a que hubo mayoría salvo Takagaki para acordar la carga promedio, resulta bastante claro que se refiere sólo a ese aspecto y no al acuerdo de peso estandarizado. Pero, adicionalmente, la referencia de la actuación de Takagaki como una "libre empresa", implica que la medida a adoptarse entraba en contradicción con éste concepto, lo cual es compatible con la hipótesis de una concertación de precios. Esto queda más claro cuando en la siguiente sesión (del 4 de mayo de 1995) el señor Komatsudani renuncia a la Presidencia de la CPPC.

A manera de conclusión sobre este punto, la Sala considera que se puede concluir a partir de los medios probatorios e indicios conjuntamente valorados, que en la reunión del CPPC del 3 de mayo de 1995, las avícolas asistentes, con excepción de Takagaki (hoy Avinka S.A.), acordaron hacer frente al problema que representaría para sus empresas la "sobreproducción" que habían confirmado que se produciría en base a la información recopilada a fines del mes de abril y trabajada por el señor Izaguirre. Para tal efecto, dichas empresas adoptaron una serie de medidas restrictivas de la competencia diseñadas para ser implementadas en forma conjunta y simultánea. Las medidas acordadas en estas reuniones fueron la disminución de los niveles de crianza (por ejemplo, reduciendo la importación de huevos fértiles, exportando huevos fértiles de manera conjunta y/o eliminando huevos fértiles y embriones) la estandarización del peso del pollo, así como el manejo conjunto de excedentes a través de su congelado y venta fuera del mercado de Lima. Para esto último, el señor Rafael Bellido, representante de Corporación Ganadera S.A., sugirió formar una empresa que se encargaría de vender los excedentes de producción - esto es, el pollo que se congelaría - en otros mercados, principalmente en provincias (Cuzco y Puno, lugares donde, a diferencia de Lima, se comercializa principalmente congelado) y a instituciones (por ejemplo, la Marina de Guerra del Perú). Dicha sugerencia fue aceptada, encargándose al señor Bellido elaborar un proyecto para la conformación de la nueva empresa.

Para arribar a tal conclusión, se ha analizado conjuntamente la conformación de una comisión de estadística que preparó una serie de informes referidos a un problema calificado por las empresas como una "sobreoferta" de pollo, problema que preocupaba precisamente por su efecto en la caída de los niveles de precios. Estos informes planteaban como alternativas de solución medidas que sólo pueden ser consideradas como correctivas de la situación si es que son adoptadas conjuntamente, lo que concuerda con el hecho de haber sido discutidas en una serie de reuniones gremiales. El proceso de formación del acuerdo y su concreción final se desprende de la secuencia de los hechos descritos, del contenido de los informes elaborados por el propio señor Izaguirre y de los memorandums del ingeniero Italo Marchand que expresamente aluden a votaciones y acuerdos que en su esencia afectan las reglas de la libre competencia al influir de manera indebida en los niveles de precios.

Las explicaciones brindadas a esta secuencia de hechos por parte de las empresas avícolas no han sido satisfactorias. Se han limitado a señalar que los informes preparados por el señor Izaguirre eran simple información, aunque no queda claro como las alternativas de solución planteadas podían ser implementadas por las empresas por separado, menos aún respecto de un problema identificado claramente como común por las empresas. El contenido de los memorandums del Ingeniero Italo Marchand es también bastante claro y consistente con la interpretación lógica de los demás indicios y medios probatorios. La explicación de la mentira o del error no sólo es débil por que no se puede explicar qué razones lo llevarían a mentir ni como ocurrió el error de confundir simples intercambios de opiniones con votaciones dirigidas a adoptar acuerdos, sino que los demás hechos concuerdan y son consistentes con lo que el ingeniero Italo Marchand señala. Así, lo dicho por el ingeniero Marchand en los memorándums guarda coherencia con las propuestas que venía elaborando el ingeniero Izaguirre, con el uso lógico que podía darse a la información recabada y organi-

zada por dicho ingeniero y con los hechos posteriores que se analizan a continuación.

III.3.1.4. La participación de F. CAR S.A.

En el Acta de la sesión del CPPC del 4 de mayo de 1995, se consigna que "Se encargó al Señor Rafael Bellido elaborar para la próxima reunión del Comité, el proyecto de conformación de una empresa comercializadora". Así se confirma el encargo recibido en el Acta del 3 de mayo sobre el particular. Debe notarse que este encargo se da en el contexto en el que repetidas veces se había mencionado en diversos documentos como alternativa beneficiar pollo y congelarlo a fin de eliminar o reducir excedentes. Esto aparece claramente en la explicación que el ingeniero Italo Marchand hace en su memorándum N° 242-95 ya citado.

En el Acta de la reunión del CPPC del 10 de mayo de 1995, se señala que:

«El Señor Rafael Bellido distribuyó entre los asistentes el proyecto de formación de Empresa "X" S.A.».

Copias del proyecto fueron halladas en los locales de diversas empresas. En dicho proyecto se señala lo siguiente:

CONCEPTO

La Empresa "X" S.A. es responsable de ubicar mercados para los excedentes de pollo BB vivo, congelado y/o huevos fértiles. Asimismo, comprar a los productores dichos excedentes dentro de las reglas sanitarias, de calidad y estandarización que se pacte. Los productores (sic) son responsables de entregar sus productos bajo estas pautas; y la Empresa "X" S.A., podrá rechazarlos si no cumplen con las pautas acordadas.

Una vez recibidos y aceptados los productos por la Empresa "X" S.A., será de su responsabilidad el manejo que le de a los productos.

SOBRE EL POLLO REFRIGERADO

Conocida la Sobreoferta, se procederá a beneficiar el pollo y se comercializará fuera del mercado Barranca-Ica. Esta fórmula es difícil de aplicar, pero sería la ideal para colocar los excedentes, y así no acostumbrar al consumidor al pollo congelado.

(...)

ACCIONISTAS

Los accionistas deben ser Productores; teniendo el mismo porcentaje de acciones, derechos y obligaciones; no importando el volumen de crianza.

(...)

Dejará de ser accionista cualquier grupo que deje de producir pollos o incurra en rebeldía a los acuerdos a que llegue el Directorio de la Empresa (...).

SOBRE EL POLLO CONGELADO

Se deberá producir un pollo congelado con las características estándares para la exportación; sabiendo la Empresa, con 30 días de anticipación, que va a tener que procesar un determinado volumen de pollo, deberá coordinar con los productores y compradores toda la logística necesaria. Si el pollo congelado no se lograra exportar a un precio y plazo aceptado por el Comité ejecutivo, se procederá a comercializarlo en el mercado interno, fuera de Barranca-Ica.

Mediante el memorándum N° 251-95, el ingeniero Italo Marchand explicó al señor Rafael Quevedo B. lo tratado en la reunión del CPPC del 10 de mayo, en los siguientes términos:

"Adjunto al presente encontrarás el Pre - Proyecto de la empresa que te comenté que se quiere hacer para exportar Huevos Fértiles o Pollo BB, y luego congelar el excedente de Pollo grande para ser igualmente exportado.

Este proyecto ha sido suministrado para que cada integración dé su opinión. En la parte de accionistas ya hubieron discrepancias y la mayoría ha sugerido que el porcentaje de acciones sea de acuerdo a la crianza de cada Integración y en la votación de la Mesa de Directorio tenga igual fuerza el que tiene una acción que el que tiene 1,000 acciones. Esto ha quedado por definirse la próxima semana. Por lo que mucho te agradeceré me envíes por escrito tu opinión".

Nótese que el fin primordial de la Empresa "X" S.A. es sacar pollo del mercado de Lima (que para estos efectos abarca de Barranca a Ica, lo que coincide con la definición de mercado relevante efectuada por la Comisión) por la vía del congelamiento y comercialización en mercados distintos. Se ve pues la intención de eliminar los excedentes que produce la llamada "sobreoferta" y así evitar caídas del precio, perjudicando al consumidor con menos pollo a precios mayores. Nótese además que se habla de sancionar a los accionistas (que son las empresas "que se muestran rebeldes" a los acuerdos del Directorio) con la expulsión de la empresa.

Por otro lado, en la reunión del 10 de mayo se acordó que las empresas que integraban ese Comité le reportasen a éste, de manera semanal, su producción de pollito BB carne, para lo cual luego se elaboró un formato. Este hecho se encuentra refrendado por la Circular/053/95 del CPPC de fecha 11 de mayo de 1995, y por la carta GER.037.95 fechada 24 de mayo

de 1995, encontradas en el local del CPPC, que fueran remitidas por vía facsímil a las empresas que conformaban el Comité. En la circular mencionada, se señala lo siguiente:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con el propósito de manifestarle nuestra más seria preocupación, debido a que no se viene contando oportunamente con la información de producción de Pollito BB Carne de su empresa.

Conforme lo acordado en Comité de fecha 10.05.95, las empresas deberán enviar su información de manera semanal. Esto contribuirá a poder tomar las decisiones más inteligentes y en el momento más oportuno."

Por otro lado, en la carta GER.037.95 fechada 24 de mayo de 1995 se señalaba lo siguiente:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con el propósito de adjuntarle a la presente, el Formato que conforme lo acordado en Comité del día de hoy, deberá de ser llenado de manera semanal y enviada vía fax a nuestras oficinas.

Para tal efecto, se tomará como fecha de inicio, el día Lunes 01.05.95."

Del contexto en que se presenta este acuerdo de proporcionar información, se puede concluir que ésta era necesaria para supervisar o llevar un mejor control del acuerdo de restricción de competencia celebrado entre las avícolas investigadas. La referencia sobre decisiones "inteligentes y oportunas", derivadas de un acuerdo en el Comité (se refiere al CPPC) tomado el 10 de mayo, en el contexto en el que se hace, permite presumir la necesidad de la información para poder ejecutar acuerdos y acciones conjuntas.

En las siguientes sesiones del CPPC se continuó trabajando y discutiendo el proyecto de la Empresa "X" S.A.. Así, por ejemplo, en el Acta de la sesión del 24 de mayo de 1995 se señala que "Se intercambiaron opiniones respecto a la puesta en marcha de la Empresa "X" S.A., en tal sentido, se nombró una Comisión conformada por los señores: Rafael Bellido, Pedro Mitma, Carlos Quirós y Julio Favre, quienes revisarán los objetivos de la mencionada empresa, así como su conformación, participación, etc." En el Acta de la sesión del 31 de mayo de 1995, se consigna que el Ingeniero Pedro Mitma "Informó que se ha estado en la búsqueda de un profesional que se haga cargo de la Empresa "X" S.A."

En el Acta de la sesión del 9 de junio de 1995 se señala que "se acordó reactivar la Comisión que conforman los señores Pedro Mitma, Carlos Quirós, Julio Favre y Rafael Bellido para la Constitución (sic) de la Empresa "X" S.A.". Respecto a lo discutido en esta reunión, en un cuaderno de apuntes hallado en el local de la empresa Avícola San Fernando S.A., se anotó lo siguiente:

09/6

En reunión celebrada en CADA se vio la posibilidad de bajar el precio del pollo, ya que los pesos promedios se seguirán incrementando y el programa de pollo congelado estaba muy lento, carente de interés de algunas integraciones x cumplir con el acuerdo. Hubo negativa de modificar el precio a cambio de acelerar el programa de congelado, hecho que fue confirmado con el aumento de solicitudes de varios productores que pedían que se les congele pollos".

Es importante notar que nuevamente, por parte de una persona distinta y perteneciente a otro grupo de empresas (Grupo San Fernando), se hace referencia a un "acuerdo", esta vez referido a congelar pollo. Es de destacar, nuevamente, la relación que los propios empresarios hacen entre el precio y el peso, y entre el programa de congelado (que venía siendo lento) y la caída del precio. Se señala así mismo que "hubo negativa de modificar el precio a cambio de acelerar el programa de congelado" lo que indica dos cosas (1) que efectivamente se discute entre las empresas los precios a fijarse, y (2) que el congelado de pollo es una alternativa a la fijación directa de los precios, lo que refleja su efecto e intención restrictiva de la competencia.

En este mismo cuaderno, se anotaron los siguientes comentarios el 10 de junio:

"10/6

COMENTARIOS EN LOS CENTROS DE ACOPIO:

En San Martín y Acho los vendedores siguen ofreciendo pollo barato, dicen que no quieren congelar y que prefieren venderlo vivo ya que ellos necesitan liquidez y prefieren baratear el producto."

En el Acta de la sesión del 14 de junio de 1995 se consigna, por un lado, que "La Comisión nombrada para constituir la empresa "X" S.A., se reunirá la próxima semana". Por otro lado se señala que "El Señor Fernando Cáceres dió (sic) el informe del avance del pollo congelado" y que "se acordó conformar la Comisión Técnica de Pollo Congelado" conformada por Julio Vidal Vidal, José Vera y Luis Peralta.

A partir de mediados del mes de junio, mientras al interior del CPPC se continuaba evaluando la posibilidad de constituir la empresa "X" S.A., se comenzó a beneficiar y congelar el excedente de producción de pollo carne a través de la empresa F. CAR. S.A. de

propiedad de Fernando Cáceres, Gerente General del APA.

Según lo ha reconocido uno de los representantes de las avícolas investigadas en los informes orales llevados a cabo ante la Sala, la empresa F. CAR S.A. tomó el lugar de la empresa "X" S.A. Este hecho ha sido además reconocido por la propia empresa F. CAR. S.A. en su escrito de descargo, en el cual señala lo siguiente:

C. (...) en el seno del Comité de Productores de Pollo Carne (...) se trató la posibilidad de constituir entre los productores una empresa comercializadora del pollo congelado (...)

(...)

E. Es en esas circunstancias que el entonces Gerente General del APA manifestó que tenía una empresa ya constituida denominada F. CAR. S.A., y que debido al interés personal que tenía en ingresar en un futuro a la avicultura, ofrecía que la comercialización se efectué a través de dicha empresa, tal como finalmente ocurrió."

Esta identidad entre la Empresa "X" S.A. y F. CAR S.A. permite presumir la identidad de los objetivos y forma de funcionamiento incluido en el proyecto que elaborara y distribuyera el señor Bellido en la sesión del 10 de mayo, y que coincidiera además con la propia propuesta que el señor Bellido hiciera en la sesión del 3 de mayo según lo dicho en el memorándum que sobre el particular escribiera el ingeniero Italo Marchand. Esta empresa perseguía así eliminar excedentes de pollo en el mercado Barranca - Ica (es decir, Lima Metropolitana, Callao y zonas cercanas). Estos objetivos y forma de funcionamiento tenían, evidentemente, efectos e intenciones anticompetitivas, al buscar manipular el precio en el mercado referido por la vía de sacar concertadamente excedentes de pollo fuera de Lima Metropolitana, Callao y zonas cercanas.

En el Acta de la sesión del Directorio de la empresa Alimentos Protina S.A. del día 12 de junio de 1995, figura que:

"El Ing° Raúl Ramos Buzaglo, comunicó respecto al acuerdo tomado recientemente en el Comité de Productores de pollos, manifestando la inminente decisión de beneficiar y congelar pollos a fin de evitar que los precios bajen. Sostuvo finalmente que la Empresa que logre nivelar su peso promedio en 2.200 Kg. o menos, no se verá afectada con el acuerdo de beneficio y congelamiento".

En el Acta de la sesión de Directorio de la empresa Alimentos Protina S.A. del 19 de junio de 1995 se consigna que:

El Señor Luis Valverde, comunicó que se ha procesado en el camal de San Fernando 14,105 pollos con un peso de 30,425 Kg. Asimismo, se señala que: "De mantenerse los pesos promedios en menos de 2.300 por pollo, no tendremos que seguir beneficiando para congelar".

Estas dos pruebas son especialmente relevantes. Reflejan lo discutido en un cuerpo colegiado como es un Directorio, el que es además el máximo órgano de administración de una empresa. Sostener que hubo un error o una mentira se torna aún más improbable que en el caso de los memorándums del Ingeniero Italo Marchand. En las actas claramente se indica que existía un "acuerdo tomado" en el CPPC que implicaba beneficiar y congelar pollo, dejando explícita como intención evitar que los precios bajen. Se establece asimismo que las empresas que cumplan con el peso de 2.200 Kg. (que de acuerdo a una serie de documentos ya mencionados sería el peso acordado que debía cumplir cada integración) no tenían que congelar. Cuando se le preguntó al señor Ramos durante los informes orales que había querido decir con la existencia de un acuerdo tomado en el CPPC este no pudo dar una explicación satisfactoria y entró, por el contrario, en una serie de contradicciones inconsistentes con el tenor del documento.

En el acta correspondiente a la sesión del 19 de junio se hace referencia a una cantidad de pollo beneficiado, indicando que de mantenerse el peso en 2.300, ya no será necesario beneficiar para congelar. La lectura conjunta de ambas actas conduce a la conclusión que el acuerdo se adoptó, elevándose el peso que obligaba a congelar en 100 gramos. Los 2.300 que se mencionan en la segunda acta, coinciden además con el peso que señalara Italo Marchand en uno de sus memorándums, como un acuerdo adoptado, lo que hace aún más consistente las pruebas de la existencia del referido acuerdo entre los productores.

Adicionalmente, en el Acta N° 11 del Consejo Directivo del APA, correspondiente a la reunión del 20 de junio de 1995, se consigna que "el proceso de congelamiento de pollo de carne se encuentra en plena marcha".

En el Acta de la sesión del CPPC del 21 de junio, se señala que "El Señor Fernando Cáceres conjuntamente con el Señor Luis Peralta, dieron un amplio informe respecto a lo avanzado con el programa del pollo" y que "Se recordó a las empresas, que por acuerdo de Comité, deben de presentar su producción de Pollito BB de manera semanal". Por otro lado, en el Acta de la sesión del CPPC del 28 de junio de 1995, se consigna que "Se dió (sic) un amplio informe respecto al Programa de Congelamiento de Pollos, incluyendo la parte de comercialización, encargada al Señor José Vera" y que "se acordó

encargarle al Grupo de Trabajo de Estadística, realizar diversas simulaciones con respecto a los precios de producción de Pollito BB de Carne".

Una apreciación en conjunto de la documentación antes detallada permite reconstruir cuándo se acordó constituir una empresa para manejar de manera conjunta los excedentes de producción de pollo, a través de su beneficiado y congelado, y cómo esta idea fue puesta en marcha. Así, ha quedado fehacientemente acreditado que en las sesiones llevadas a cabo el 3 y el 4 de mayo de 1995, las empresas asistentes acordaron, entre otras cosas, analizar la constitución de una empresa que se encargaría de beneficiar, congelar y comercializar fuera del mercado de Lima y Callao el excedente de producción de pollo. Esta propuesta fue formulada por el señor Rafael Bellido de Corporación Ganadera S.A., a quien se le encargó presentar un proyecto para tal efecto el 10 de mayo de 1995. El proyecto de "X" S.A. fue preparado y luego discutido conforme lo acordado. Durante el resto del mes de mayo, se continuó analizando y discutiendo la posibilidad de constituir la empresa "X" S.A. y, al parecer, existieron dificultades iniciales al momento de implementar el sistema de beneficio y congelamiento, debido a que algunas integraciones preferían "baratear" el producto por problemas de liquidez que debían enfrentar, tal como se desprende de las anotaciones citadas del cuaderno de apuntes hallado en los locales del grupo San Fernando. Hacia mediados del mes de junio de 1995, se descarta la posibilidad de constituir una nueva empresa y se comienza a canalizar el excedente de producción a través de la empresa F. CAR. S.A., originalmente de propiedad del señor Fernando Cáceres, quien en ese momento era Gerente General del APA. Conforme se observa en el acta de la sesión del Consejo Directivo del APA celebrada el 20 de junio de 1995, dicha empresa operó en el local del APA, es decir, en el local de la entidad gremial que agrupa a las empresas avícolas. De esta manera, a fines del mes de junio de 1995, el plan de beneficiado y congelamiento estaba ejecutándose y supervisándose como parte del "acuerdo tomado recientemente en el Comité de Productores de Pollos", como se lee en las actas de Directorio de Alimentos Protina S.A.

III.3.1.5 El manejo conjunto de excedentes: La implementación del acuerdo de beneficio y congelamiento y la participación de Avícola Rosmar S.A.

El 5 de julio de 1995 se llevó a cabo una nueva reunión del CPPC a la cual, según se desprende del Acta de Control de Asistencia de dicha sesión, no asistieron los representantes de Avícola Rosmar S.A. y Agropecuaria Contán S.A. En las visitas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión a Avícola Rosmar S.A. se hallaron tres cuadros remitidos por vía facsímil desde el APA la tarde del 5 de julio. En el primer cuadro, titulado "Stock de Pollo Congelado", se señala la cantidad de pollo congelado hasta ese momento por las empresas Alimentos Protina S.A., Corporación Ganadera S.A., Molinos Mayo, Avícola Rosmar S.A., Avícola Redondos, Georbe, Avícola Galeb S.C.R.L. y Molinera San Martín.

A continuación se transcribe el segundo de los cuadros encontrados:

	PROMEDIO					%
MOLINOS MAYO	199,604	199,604	288,019	307,044	272,224	40.18%
MOLINOS SAN MARTIN	46,892	46,631	36,812	34,472	44,896	6.37%
ASOCIADAS	16,704	19,358	4,496	14,385	13,485	1.93%
GEORBE	39,218	30,651	52,312	54,779	44,240	6.30%
PROTINA	34,476	21,946	29,959	32,083	29,616	4.24%
PALOMAR	17,287	17,036	21,070	23,823	19,804	2.82%
GALEB	38,604	39,208	30,628	16,363	30,923	4.40%
REDONDOS	62,809	80,075	49,897	39,807	55,647	7.87%
CORPORACION GANADERA	148,002	132,034	147,923	159,022	148,995	27.06%
ROSMAR	21,149	34,125	30,071	41,611	31,739	4.65%
	613,645	704,672	711,716	764,605	696,635	100.00%

Conforme se puede contrastar con los cuadros de ventas por periodos semanales según grupos de producción que periódicamente son elaborados en el APA, las cuatro primeras columnas del primer listado de empresas, corresponden a las ventas que dichas empresas reportaron para las semanas del 6, 13, 20 y 27 de junio de 1995. En el caso específico de Molinos Mayo S.A., dichas cifras aparentemente corresponden a las ventas de Molinos Mayo Lima. En la quinta columna se consigna el promedio aritmético de las cuatro semanas y en la última la participación porcentual de cada empresa en el total de ventas. En el segundo listado de empresas se calcula una cantidad de pollo en base a la participación porcentual de cada empresa sobre un total de 160,000 pollos.

MOLINOS MAYO	64,283
MOLINOS SAN MARTIN	10,199
ASOCIADAS	3,088
GEORBE	10,132
PROTINA	6,783
PALOMAR	4,690
GALEB	7,082
REDONDOS	12,744
CORPORACION GANADERA	33,665
ROSMAR	7,335
	160,000

Finalmente, en el tercer cuadro remitido el 5 de julio a Avícola Rosmar S.A., se establece un cronograma que reproduce las cantidades redondeadas de pollo consignadas al final del cuadro reseñado en el párrafo anterior, conforme se transcribe a continuación:

EMPRESA	LUNES 10	MARTES 11	MIERC. 12	JUEVES 13	VIERNES 14	SABADO 15	DOMINGO 16	LUNES 17	TOTAL
MOLINOS MAYO	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	8,000	64,000
MOLINOS SAN MARTIN									10,200
ASOCIADAS									3,085
GEORBE	4,000	4,000	3,000						10,132
PROTINA									6,783
PALOMAR									4,690
GALEB									7,082
REDONDOS									12,744
CORPORACION GANADERA	8,000	8,000	8,000	4,000	4,000				33,665
ROSMAR									7,335

El 6 de julio de 1995, Fernando Cáceres Rosell, en su calidad de Gerente General del CPPC del APA, remitió a todas las empresas listadas en los cuadros anteriores, cartas comunicándoles los montos con los que participarían en el programa de "saca para beneficio y congelado" de pollo. La carta remitida tenía el siguiente texto:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, conforme lo acordado en la reunión de Comité celebrada el día 05.07.95, para adjuntarle fotocopia del Programa de saca para beneficio y congelado de 160,000 pollos, en el cual su empresa participa con (X CANTIDAD) (54) pollos.

Sobre el particular, mucho le agradeceremos a usted, se sirva enviar a más tardar el día Viernes 07.07.95, las órdenes de recojo respectivas a nombre de la Asociación Peruana de Avicultura."(El resaltado es nuestro).

Adjunto a esta comunicación se remitió un nuevo cronograma de congelamiento diario (del 10 al 17 de julio), similar al mencionado anteriormente, con las cuotas de participación redondeadas y en el cual se especificaba el lugar en el que cada empresa tendría que beneficiar y congelar la cuota establecida (Surquillo, Huaral o Chancay).

Las empresas investigadas en el presente proceso han reconocido en todo momento la existencia del programa de saca para beneficio y congelado de pollo carne a través de la empresa F. CAR S.A., no obstante han expresado que cada una era libre de congelar la cantidad de pollo que deseara, no respondiendo este hecho a un acuerdo determinado. Sin embargo, una apreciación en conjunto de la documentación antes reseñada permite concluir lo contrario. En efecto, de estos documentos se desprende con claridad que en la sesión del 5 de julio, a la cual no asistió Avícola Rosmar S.A., se planificó la eliminación del llamado mercado Barranca - Ica de 160,000 unidades de pollo como un mecanismo concertado para las empresas integrantes del acuerdo, tomando como base la participación porcentual de las ventas de dichas empresas en el mercado y no lo que cada una decidiera unilateralmente congelar. Como se verá más adelante, el mecanismo para determinar la cantidad de pollo a congelarse por empresa que operó durante los ocho días del mes de julio reseñados en la documentación antes analizada, fue repetido en diversas oportunidades subsiguientes. Asimismo, de esta documentación se deduce que la empresa Avícola Rosmar S.A., pese a no haber asistido a las reuniones celebradas en el CPPC los días 3 y 4 de mayo de 1995 ni a la del 5 de julio de 1995, se adhirió al acuerdo de eliminación conjunta de excedentes, motivo por el cual se le remitieron vía facsímil los cuadros antes reseñados y las cartas estableciendo sus cuotas de congelamiento obligatorio; siendo además que existe evidencia que demuestra que posteriormente procedió a congelar el producto.

Abundando en lo señalado anteriormente, las empresas investigadas han sostenido que el mecanismo de congelamiento no respondía a una voluntad concertada sino que, por el contrario, cada empresa era libre de congelar la cantidad de pollo que deseara, siendo que las cartas remitidas eran simples recordatorios de las cantidades a las que cada una se había comprometido (55). Este argumento no resiste un simple análisis crítico, pues es inconcebible imaginar que, coincidentemente, cada empresa ofreció "libremente" congelar una cantidad de pollo que coincidía exactamente con el porcentaje que representa su participación en el mercado, respecto del total de las ventas del sector. Por el contrario, tal hecho es perfectamente consistente con los incentivos que tienen las empresas que participan en una concertación para mantener intactos sus porcentajes de participación en el mercado.

Debe notarse que las cartas en las que se comunicaba cuanto le correspondía congelar a cada empresa se hacía expresa referencia a "...lo acordado en la reunión de Comité..." (refiriéndose a CPPC) y que las comunicaciones estaban escritas en papel membretado de la CPPC. Así, la conducta posterior es plenamente consistente con un acuerdo de eliminación de excedentes de pollo vía congelamiento entre las empresas avícolas.

Existen pruebas adicionales que ratifican lo señalado anteriormente, tal como el memorándum fechado el 12 de agosto de 1995 que fuera encontrado dentro de los archivos de Alimentos Protina S.A., dirigido por el señor Raúl Ramos a los señores Roberto y Guillermo Vidal, de Molinera San Martín de Porres S.A., en el cual se señala lo siguiente:

alimentos protina

MEMORANDUM

Fecha: 12 - Agosto

Asunto: Beneficio y Congelación Avicos

Estamos programando la saca de 64 000 Aves.
A las 4:00 de esta mañana 64 000 Aves, 300 unidades, Calibre 2.300 a 2.300 Kgs.
Coordinar con el Jefe Luis Angeles Telf. Chancay 91 3268
Atte.

De este documento se deduce que en el mes de agosto se planificó "según el acuerdo" retirar del mercado una cantidad de aproximadamente 60,000 aves de un peso promedio de 2.2 kilogramos. Asimismo, la frase "a Uds. les toca (...) 3500 unidades", confirma que existían cuotas que cada empresa debía cumplir con congelar.

Adicionalmente existe abundante documentación de la empresa F. CAR S.A., tal como registros de compra y venta de pollo congelado, comunicaciones internas y externas con las empresas investigadas y registros de ingreso y salida de productos de los almacenes, que demuestran que las avícolas integrantes del acuerdo beneficiaron y congelaron, en mayor o menor medida, pollo hasta el verano de 1996. Asimismo, existe evidencia que otras empresas ajenas al acuerdo también congelaron pollo en F. CAR. Sin embargo, en el caso de estas últimas, no se han encontrado pruebas que acrediten que este hecho respondió a la ejecución de una conducta concertada entre competidores.

Finalmente, se debe mencionar que, tal como lo confirmó el señor Apolonio Suárez en los informes orales rendidos ante la Sala, en los archivos magnéticos de la computadora utilizada por el señor Fernando Cáceres en el APA cuando era Gerente General de la asociación, se encontró un documento titulado "F. CAR S.A.", en el que se reseñan las labores, logros y beneficio obtenidos por dicha empresa y por las empresas miembros del CPPC, con el programa de saca para beneficio y congelamiento de pollo, de la siguiente manera:

"1.- Facturación Total S/. 6'132,000 (...)

2.- Lo mismo daba incinerar 1'000,000 de pollos. EL NEGOCIO era sacar esa masa de carne del mercado (Pollo en Pie).

3.- Con el congelamiento de 2,000 TM de pollo, el sector dejó de perder S/. 10'000,000 el año 1995 y mantuvo un precio estable en el mercado de pollo vivo (....).

6.- Ganador de 5 licitaciones en la Marina de Guerra (mercado cautivo por 3 años de pollo congelado americano).

Se ha podido lograr gran aceptación del pollo nacional, habiendo ofrecido abiertamente el Director de Abastecimiento de dicho organismo, comprar siempre pollo nacional vendido por F. CAR S.A.

TM Vendido: 260,000 Kg. S/. : 950,000

7.- La empresa NACE vendiendo pollo congelado de origen nacional.

8.- Posibilitó la venta de pollo congelado que era una necesidad vital para el sector, ya que, de acuerdo a las leyes de Libre Competencia, no lo hubiera podido lograr formando una empresa con Accionariado de los Productores (Ver nota Delito de Monopolio). (...)

10.- Desplazó al pollo chileno de las zonas en las zonas de Cusco, Puno y Juliaca. (...)

14.- No voy a haber formado una Compañía para que lucren ustedes y yo no (De Ripley)".

Este documento contiene alguna información importante. Hace referencia a cual era el "NEGOCIO", es decir sacar el pollo de Lima. No es pues vender el pollo congelado, sino sacar el pollo vivo de Lima para evitar que los precios bajen, "(Pollo en Pie)" precisa el documento. Además explica que la alternativa de F. CAR S.A. permitió cumplir una necesidad vital para el sector, pues no se hubiera podido formar una empresa con accionariado de los productores, atendiendo a las connotaciones que tal hecho tendría a la luz de la legislación antimonopolios. Ello explica la referencia a "Ver nota Delito de Monopolio", así como la conciencia que existía sobre la necesidad de utilizar F. CAR S.A. para ocultar una infracción a la ley que, de lo contrario hubiera sido evidente, toda vez que se concebía como un sistema de comercialización conjunto dirigido a manipular y controlar el precio.

El 11 de marzo de 1996 el señor Fernando Cáceres, junto con los otros dos accionistas minoritarios de F. CAR. S.A., remitieron una comunicación al Doctor Alejandro Daly Aramburú, asesor legal del APA, señalando lo siguiente:

"Tenemos el agrado de dirigirnos a Ud., con el propósito de solicitarle en nuestra calidad de accionistas de la empresa F. CAR S.A., poner de conocimiento de los Señores Avicultores a quienes representa, la intención de transferirles la totalidad de las acciones las que valorizamos en US$ 20,000 (VEINTE MIL DÓLARES AMERICANOS). (...)"

En el Libro de Actas de la empresa F. CAR S.A. figura que en la Junta General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 19 de abril de 1996, el 100% de las acciones de dicha empresa fueron transferidas a los señores Luis Valverde Monteverde (Gerente de Comercialización Alimentos Protina S.A.), Mario Romero Loly (Granjas Avi Vet Integración Germán Orbezo Suárez) y Jorge Beleván Franco (Gerente de Comercialización de Avícola San Fernando S.A.). Esta transferencia buscaba mantener el control del proceso de congelado, ante los planteamientos hechos por el señor Fernando Cáceres.

III.3.1.6. La disminución de los niveles de crianza: Incremento en la exportación y reducción en la importación de huevos fértiles.

En el acta N° 010.95 de la sesión del Consejo Directivo de la APA del 06 de junio de 1995, se consigna que el señor Fernando Ikeda, en su calidad de representante del Comité de Aves de Reproducción y/o Incubación, señaló lo siguiente:

"Indicó que conforme las estadísticas lo señalaban en el mes de agosto se registrará una sobre producción de pollito BB para la cual se ha invitado a todas aquellas empresas que tengan excedentes de huevo fértil con el fin de formar un pull (sic) de exportación"

Cabe recordar que una de las "alternativas de solución" discutidas en el mes de abril de 1995 al interior del CPPC y posteriormente concertadas en el mes de mayo del mismo año, consistía en controlar la cantidad de huevos fértiles existentes en el mercado nacional.

Adicionalmente, cabe destacar la información pública proporcionada por Aduanas a la Comisión que sirvió de base para elaborar tanto el Informe de la Secretaría Técnica como la resolución impugnada. Esta información demuestra un desproporcionado aumento en las exportaciones de huevos fértiles a partir del segundo semestre del año 1995, en relación a años anteriores. Tal como se desprende del Gráfico 6 del Informe Técnico de la Secretaría Técnica de la Comisión, durante el año 1995 se produjo un incremento en las exportaciones de huevos fértiles de 698% con relación al año 1994.

La información proporcionada por Aduanas también demuestra que las empresas, Corporación Ganadera S.A. y Molinera San Martín S.A. prácticamente dejaron de importar huevos fértiles a partir del mes de mayo y agosto de 1995. Este hecho debe ser apreciado recordando que en el memorándum N° 223-95 de Avícola El Rocío S.A. (del 24 de abril de 1995), el ingeniero Marchand comunica que, en caso se verificaran "los datos de carga" -ésto es, la futura sobreproducción- una de las "medidas correctivas" a tomar sería:

"(...) Tratar de venderle huevos fértiles pollo BB a las compañías que están importando, que por el momento son:

a) Rosmar S.A. b) Molinos Mayo

c) Corporac. Ganadera d) Molinera San Martín"

En el caso específico de Avícola Rosmar S.A., la información de Aduanas demuestra que esta empresa incrementó sus volúmenes de importación a partir del mes de junio de 1995. Este hecho debe ser apreciado en conjunto con las declaraciones dadas por el ingeniero Marchand a la Secretaría Técnica de la Comisión en el sentido que Avícola Rosmar S.A. fue una de las empresas que opuso mayores resistencias a la propuesta de reducir o eliminar la importación de huevos fértiles de pollo BB carne.

En opinión de la Sala, una valoración en conjunto de estos medios probatorios e indicios, a la luz de los hechos anteriormente acreditados, revela el intento de implementar el acuerdo celebrado en el mes de mayo de 1995 en lo que concierne a la disminución en los niveles de crianza (aumentando la exportación de huevos fértiles y disminuyendo su importación), con ello caería la cantidad ofertada, lo que elevaría o al menos mantendría el precio, por encima de los niveles que arrojaría la competencia. Asimismo, la documentación demuestra que Avícola Rosmar S.A. no acató el acuerdo en lo referido a la disminución de la importación de huevos fértiles. Si bien, como se ha señalado anteriormente, no se requiere demostrar que un acuerdo de precios efectivamente haya sido ejecutado, los indicios sobre su implementación no hacen más que reafirmar su existencia.

III.3.1.7. El control de los precios, la estandarización del peso y los ajustes hechos durante el proceso.

En el documento titulado "Circular N° 01", encontrado en el local del CADA-LMC, se señala lo siguiente:

"De la evaluación realizada en los diferentes mercados de Lima Metropolitana y Callao el precio del pollo pelado y eviscerado con menudencia es de: S/. 4.25 Kg. Incluido IGV.

Por lo que sugerimos "NO DEBERÍA PAGAR MAS DE ESTE PRECIO".

21 de setiembre de 1995"

La fecha consignada en este documento coincide con una disminución producida en el precio del pollo en granja ocurrida durante el mes de setiembre de 1995. En la semana anterior (esto es, entre los días 13 y 20 de setiembre de 1995), se llevaron a cabo tres (3) reuniones del CPPC (los días 13, 16 y 20 de setiembre).

Otro documento que obra en el expediente es el informe sobre la evolución de los precios presentado el 22 de setiembre de 1995 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual, luego de referirse al precio de venta del pollo en granja así como las fechas de su variación se consigna como comentario lo siguiente:

"La variación de precio es constante ya que cada integración esta ofertando internamente, para sacar su producto. Esta disminución se mantendrá durante las próximas semanas."

La evolución de los precios en los días posteriores a las reuniones referidas son totalmente consistentes con la existencia de un acuerdo para bajar los precios, mostrándose coincidencias extraordinarias en el comportamiento de los mismos. Así, por ejemplo, tal como se muestra en el Cuadro 1 de la presente resolución, del 28 al 29 de setiembre las empresas que comercializan pollo e involucradas en el presente procedimiento bajaron sus precios en porcentajes bastante similares. Es importante señalar que nueve de esas empresas bajaron, al centavo, exactamente al mismo precio en el mismo día, fijando el precio en S/. 2.08.

El inusual número de reuniones llevadas a cabo en un período tan corto, además de la circular, el informe antes transcrito y el comportamiento paralelo de los precios que llegó incluso a coincidencias notables entre las empresas involucradas, permiten inferir que la reducción del precio del pollo BB carne en el mes de setiembre fue acordada, para acelerar el proceso de eliminación de excedentes de pollo BB carne y así reducir las pérdidas consecuencia del exceso de oferta.

Cabe señalar que el paralelismo observado en los precios, en un mismo día , dadas las características del proceso de comercialización del pollo vivo en el CADA, sólo sería posible mediante la concertación previa de los mismos, por parte de las empresas.

El precio que se menciona, y cuyos niveles fueron obtenidos por la Sala, en base a la información proporcionada por la propia APA, es el precio en granja, no el precio en centros de acopio. Ese precio se establece el día anterior a la comercialización del pollo en el centro de acopio, es decir antes que el pollo abandone la granja. El nivel de precios es por tanto comunicado a la APA, a través del CADA, recién un día después de que el precio se ha formado. En consecuencia no es explicable la hipótesis de que es un precio similar porque refleja la reacción de las empresas a la información existente en el mercado. Así, de un análisis contrafáctico, se desprende que la coincidencia en los precios puede responder sólo a un acuerdo o intercambio de información previo entre las empresas o a una coincidencia extraordinaria. La segunda hipótesis (la de las coincidencias), se irá debilitando según los episodios de coincidencia se repitan con más frecuencia y según el número de empresas que coinciden en el mismo precio sea mayor, pues la coincidencia accidental se torna en una explicación cada vez menos razonable, y el comportamiento paralelo se torna en un indicio mucho más sólido para probar la existencia de una concertación. Los Cuadros números 1, 2 y 3, adjuntos a esta resolución, muestran los episodios de aumentos o disminuciones diarias en precios, cuyo nivel al centavo resultante, es igual para un grupo importante de las empresas investigadas. En estos episodios resulta importante distinguir tanto la dirección y magnitud de estas variaciones, como el número de empresas en las que se observan coincidencias.

Otro documento hallado en los archivos de Avícola El Rocío S.A. es el memorándum N° 506/95, del 12 de octubre de 1995, mediante el cual el ingeniero Italo Marchand informa al señor Rafael Quevedo los temas tratados en la reunión del CPPC del 11 de octubre de 1995. En dicho documento se señala lo siguiente:

"(...) De lo conversado por teléfono sobre el congelamiento del pollo, el día de mañana va a ver [sic] una reunión para tratar este asunto. Según los porcentajes de participación en el mercado éstas serían las Compañías que tendrían que congelar:

	POR DIA DE MATANZA	POR 25 DIAS	PARTICIPACION %
CORPORACION GANADERA	7,717	192,926	16.08
CONTAN	2,315	53,878	4.82
PROTINA	2,278	69,453	5.79
GEORBE	3,473	86,817	7.23
REDONDOS	2,778	69,453	5.79
PALOMAR	1,466	36,656	3.05
ROSMAR	1,543	38,585	3.22
AVICOLAS ASOCIADAS	1,312	32,797	2.73
GALEB	1,003	25,080	2.09
MOLINO SAN MARTIN	2,701	67,524	5.63
MOLINO MAYO	18,135	453,376	37.78
MOLINOS TAKAGAKI	2,778	69,453	5.79

Sobre este cuadro es que va a tratar la reunión. La idea de Fernando Ikeda, y me la ha comunicado es que apoye la bajada al 2.20 (Kg. x pollo). Esto quiere decir que él que esté por encima de 2.20 tendría que congelar más pollo que lo que figura en este cuadro, en caso no venda rápido

Sobre el resultado de la reunión de mañana ya te estaré informando."

La "reunión de mañana" a la que se refiere el ingeniero Marchand se trataría de la sesión de CPPC del 13 de octubre, realizándose posteriormente dos reuniones más los días 16 y 18 de octubre de 1995.

Merece destacarse el hecho que a partir del 18 de octubre de 1995, el precio del pollo BB carne en granja experimentó un alza y coincidentemente el peso promedio de pollo comercializado vivo se redujo a menos de 2.20 Kg. Nuevamente, el inusual número de reuniones celebradas en un período tan reducido, así como el comportamiento del mercado que coincide con el texto del memorándum del ingeniero Marchand, lleva a concluir que en estas reuniones se acordó elevar el precio del pollo, estandarizando el peso del producto en 2.20 Kg., y de esta

manera restringiendo los volúmenes ofrecidos en el mercado, a iniciativa del señor Fernando Ikeda del Grupo San Fernando. Asimismo, este acuerdo habría inicialmente previsto que las empresas participantes retirasen nuevamente del mercado una cantidad de pollo en proporción a su participación en el mismo (mecanismo similar al empleado en el mes de julio de 1995, como se ha explicado anteriormente), así como toda cantidad adicional que excediera el peso concertado.

Debe notarse que en la segunda quincena de octubre, y en especial luego de las reuniones del 16 y 18 de octubre, se produjeron no sólo alzas simultáneas de las empresas involucradas, sino nuevamente coincidencias al centavo en los nuevos precios del pollo en granja entre varias de las empresas, tal como se aprecia en el Cuadro 1 que forma parte de la presente resolución. Así, del 18 al 19 de octubre cinco empresas subieron sus precios a exactamente S/. 2.42, sin perjuicio de que las demás empresas subieron a precios muy cercanos, con una variación promedio de más del 20% (61). Si bien es de esperar que el mercado genere precios similares, la simultaneidad, la magnitud y rapidez del alza luego de un conjunto de reuniones entre las empresas son un claro indicio de la existencia del acuerdo. Pero las coincidencias no culminaron el 19 de octubre. Del 21 al 22 de octubre, ocho empresas subieron exactamente a S/. 2.54, sin perjuicio que las demás empresas subieron a un precio similar, tal como se aprecia en el Cuadro 1. Sólo una semana después, del 30 al 31 de octubre de 1995, siete empresas subieron exactamente a S/. 2.71, sin perjuicio de aumentos similares en las demás. Nuevamente, tratándose del precio en granja, generado un día antes de que el pollo llegue al centro de acopio, la explicación de que la información estandarizó el precio no resiste un análisis que le dé verosimilitud, sobre todo al lado de los demás indicios existentes.

En particular, el alza de precios del 18 de octubre coincide además con lo señalado en el informe sobre la evolución de los precios presentado el 23 de octubre de 1995 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el que se consigna como comentario lo siguiente:

"El 18/10/95 el Precio se recuperó. En el mercado aún no se Puede Observar la demanda del producto, ya que depende del precio promedio del pollo y el acuerdo que tomen el grupo de granjeros."

Este documento utiliza nuevamente el término "acuerdo" que, de conformidad a lo afirmado por las empresas avícolas, habría sido una mala interpretación del autor del documento. Sin embargo, esta hipótesis del error implicaría que varias personas vinculadas a la industria avícola cometen continuamente el error de interpretar opiniones individuales o simples propuestas como acuerdos. La hipótesis del error se diluye según la cantidad de veces que palabras como "acuerdo", "votación" u otras similares, se utilizan en diversas oportunidades, en diferentes documentos y por distintas personas. Nuevamente este documento deja en evidencia que en los días siguientes se celebraría un nuevo acuerdo sobre el precio del pollo.

Lo señalado en el párrafo precedente debe ser evaluado en conjunto con el memorándum N° 162/95-Vtas encontrado en Corporación Ganadera S.A., de fecha 13 de noviembre de 1995, referido al programa de ventas y cobranzas de dicha empresa para los meses de noviembre y diciembre. En este documento se describe la situación del mercado de la siguiente manera:

"Precios Inestables, vemos cómo el día miércoles bajaron el precio de S/. 3.20 a S/. 3.10 y hay integraciones que están colocando pollos debajo del precio sugerido y aumentando sus pesos promedios."

La referencia a "precio sugerido" permite mostrar la existencia de "alguien" que sugería un precio estándar, y que de acuerdo a los elementos de prueba enumerados hasta este punto sería el propio CPPC. A este documento se adjuntaba el siguiente cuadro:

Programa de Producción C.G.

	Fecha	Prod.	Vta.	Stock	Peso	Precio APA
Trébol	13.11 - 19.11	411	270	141	2.30	3.10
PH. Santa Rosa	20.11 - 26.11	325	300	166	2.40	3.00
Santa Rosa	27.11 - 03.12	326	320	172	2.50	3.00
San Graciano	04.12 - 10.10	275	320	125	2.40	3.20
Huaral	17.12 - 17.12	247	360	24	2.30	3.20
Celosa Chincha	18.12 - 24.12	296+40	360	0.0	2.40	3.25

Precio APA pero, tenemos pollo descarte en las dos primeras semanas por lo que creo el precio será a 2.85

En las siguientes semanas ya no hay descarte".

Se hace así referencia a un "Precio APA". Una hipótesis sobre el significado de esta denominación es que se trata del precio acordado o fijado dentro de la APA. Según la explicación dada por el señor Rafael Bellido (Corporación Ganadera S.A.) en los informes orales desarrollados frente a la Sala el "Precio APA" es un precio del día, determinado por el mercado, que uno puede obtener llamando telefónicamente a la APA. No sería pues de acuerdo a dicha explicación, un precio fijado por el APA, sino un precio recogido como información del mercado y puesto a disposición de los agremiados día a día. Dicho precio respondería, según la explicación que se dio a la Sala, a

las condiciones de mercado de cada día. Sin embargo, el señor Bellido no pudo dar una explicación satisfactoria de como se podía saber el 13 de noviembre de 1995, fecha del documento, cual iba a ser el precio APA en fechas posteriores, tal como se indica en el cuadro. Algunas de esas fechas se dan más de mes y medio luego de la fecha de la elaboración del documento, lo que desvirtúa la explicación de que el precio APA era un precio que reflejaba las condiciones de oferta y demanda de cada día y deja la hipótesis de un precio fijado como la única explicación razonable. Esto se confirma con la referencia que se hace al inicio del mismo documento de la existencia de un "precio sugerido" respecto del cual algunas integraciones estarían estableciendo precios inferiores, dando a entender la existencia de incumplimientos del acuerdo, lo que también se refleja en pesos superiores. La referencia a "precio sugerido" y "precio APA", lleva a concluir que se trataba de un precio sugerido por el APA o en el APA.

Finalmente, otro documento que debe ser evaluado en conjunto con los anteriores es el informe sobre la evolución de los precios presentado el 23 de noviembre por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual se hace referencia al precio de venta del pollo en granja así como a las fechas de su variación (S/. 3.20 el 30 de octubre y S/. 3.10 el 9 de noviembre), para luego señalar como comentario lo siguiente:

"El precio de S/.3.10. Se está manteniendo debido a que todos los integraciones (sic) han bajado su producción por acuerdo ya que el mercado necesita estabilizarse".

Los documentos antes mencionados indicarían la existencia de un acuerdo para mantener el precio del pollo a S/. 3.10, el cual habría sido adoptado en los primeros días del mes de noviembre de 1995 (posiblemente en la sesión del 8 de noviembre), y posteriormente a S/. 3.00 a partir del 20 de noviembre hasta por lo menos el 2 de diciembre, para luego proceder al alza paulatina de los precios. Nuevamente aparece el término "acuerdo" referido a un control de producción para controlar el precio, lo que sigue desvirtuando la ya citada teoría de que existe un error, continuo y repetido, en el uso del término "acuerdo" o de otros términos similares vinculados a la existencia de un acuerdo, por parte de diferentes personas, en diversos momentos y en documentos distintos.

En el local de Corporación Ganadera S.A., se encontró otro documento que resume los asuntos tratados en una reunión llevada a cabo con, por lo menos, los representantes del grupo San Fernando, que, por referencias puntuales en su texto, fue celebrada antes del 19 de diciembre de 1995. En este documento se señala lo siguiente:

"Comentarios de Alberto Ikeda:

1.- Para Enero de 1996 se tendrá un excedente de 1'500,000 pollos.

2.- La crisis actual es similar a la 1976.

3.- Es probable que el precio caiga a S/. 1.50 por Kg.

4.- El nuevo peso acordado es de 2.400 Kg. (...)".

La referencia que se hace en este documento a que "el nuevo peso acordado es de 2.400 Kg.", lleva a concluir que el acuerdo de reducción y posterior aumento de precios celebrado a inicios de noviembre fue modificado hacia finales de ese mes (antes de producirse el alza prevista para la semana del 4 de diciembre de 1995). Esta afirmación se hace en el contexto de expresiones que reflejan una clara preocupación sobre la existencia de una "sobreoferta" de pollo que llevará a una denominada crisis que hará caer los precios. Nótese que otra persona vuelve a usar un término referido a un acuerdo ("acordado"), desvirtuando una vez más la tesis del error. Nuevamente estos documentos son perfectamente consistentes y refuerzan el sentido de las demás pruebas e indicios indicados anteriormente y aportan en desvirtuar la tesis sobre un supuesto error en el uso del término, alegada por las empresas avícolas.

Adicionalmente a los indicios y pruebas mencionadas, es importante destacar que siguen existiendo coincidencias precisas en los precios a los que sube el pollo en días determinados por parte de una serie de empresas; así, del 5 al 6 de enero de 1996, ocho empresas suben exactamente a S/. 2.54, sin perjuicio de los aumentos similares en ese mismo día de otras empresas (ver Cuadro 2). Del 26 al 27 de enero, siete empresas subieron a S/. 2.64 sin perjuicio de que las demás subieron a precios muy semejantes (ver Cuadro 2). En febrero las coincidencias continuaron. Es especialmente notoria la ocurrida el 9 de febrero de 1996, en la que diez empresas subieron exactamente a S/. 2.98 sin perjuicio de que las variaciones de las demás empresas fueron a S/. 2.97 (Cuadro 2).

Por otro lado, obra en el expediente el informe presentado el 22 de enero de 1996 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual se consigna el siguiente comentario:

"El precio del pollo se mantiene aún, ya que no todas las integraciones presentan su producto en su promedio de 2.4".

La referencia a "su promedio de 2.4", apreciada conjuntamente con el documento que hace referencia a los comentarios del señor Ikeda, reafirma que existía un peso acordado (de 2.4 kilogramos). Nue-

vamente, estos documentos son perfectamente consistentes y refuerzan el sentido probatorio de las demás pruebas e indicios indicados anteriormente.

Durante la segunda mitad del mes de diciembre, tuvieron lugar 4 reuniones del CPPC, tres de las cuales fueron celebradas en fechas inusualmente cercanas (13, 14 y 18). En alguna o algunas de estas reuniones se discutió el documento titulado "Curva de Demanda del Pollo Vivo en el CADA-LMC y su Relación con el Ingreso de Pollos BB a Nivel Nacional", el cual fue encontrado en Avícola Rosmar S.A. y que, según se desprende de su texto, fue elaborado el 10 de diciembre de 1995. En este documento se señala lo siguiente:

"Curva de Demanda del Pollo Vivo en el CADA LM y su Relación con el Ingreso de Pollos BB a Nivel Nacional

Precio con IGV (S/Kg.)	Demanda en CADA Kg/Día	Ingreso de Pollos BB Carne Según el Peso (Millones)				
		2100	2200	2300	2400	2500
2.00	444 949					
2.10	438 224	21.6	20.6	19.7	18.9	18.1
2.20	431 954	21.3	20.3	19.4	18.6	17.9
2.30	425 638	21.0	20.0	19.1	18.3	17.6
2.40	419 413	20.6	19.7	18.9	18.1	17.3
2.50	413 142	20.3	19.4	18.6	17.8	17.1
2.60	406 872	20.0	19.1	18.3	17.5	16.8
2.70	400 602	19.7	18.8	18.0	17.3	16.6
2.80	394 331	19.4	18.5	17.7	17.0	16.3
2.90	388 061	19.1	18.3	17.5	16.7	16.1
3.00	381 790	18.8	18.0	17.2	16.5	15.8
3.10	375 520	18.5	17.7	16.9	16.2	15.6
3.20	369 250	18.2	17.4	16.6	15.9	15.3
3.30	362 979	17.8	17.1	16.4	15.7	15.0
3.40	356 709	17.6	16.8	16.1	15.4	14.8
3.50	350 438	17.3	16.5	15.8	15.1	14.5
		17.0	16.2	15.5	14.9	14.3

La información contenida en el cuadro antes transcrito permite proyectar cómo se comportaría el precio del pollo dependiendo de los niveles de crianza y los pesos del mismo. Esta información es consistente con la evaluación y distribución de información necesaria para adoptar un acuerdo de precios, pesos y volúmenes de producción.

Un documento que debe ser evaluado conjuntamente con el cuadro transcrito anteriormente es el informe presentado el 22 de febrero de 1996 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, en el cual se consigna el siguiente comentario:

"Durante este mes la variación y recuperación del precio ha sido constante debido a que los granjeros han disminuido su encasetamiento, ya que el costo del kilo de pollos se ha elevado y se necesita tener más capital para aumentar o mantener las cantidades que se vendió (sic) anteriormente, por el aumento habido en los insumos para la fabricación de alimentos balanceados".

Cabe recordar que la cantidad final de pollos BB carne comercializados en el mercado depende del encasetamiento del pollito BB que, debido al proceso de crianza y engorde del ave, dura aproximadamente siete semanas y media. Ello quiere decir que el alza de precios producida en el mes de febrero guarda relación con el nivel de encasetamiento de pollitos BB carne de mediados del mes de diciembre de 1995, fecha que coincide con las reuniones llevadas a cabo en el CPPC en las cuales se discutió el cuadro "Curva de Demanda...". Este hecho se aprecia en el Gráfico 8 del informe de la Secretaría Técnica de la Comisión en el cual se observa que las empresas investigadas redujeron sus niveles de crianza en relación al mes anterior. La determinación del precio final, además del encasetamiento depende del peso del ave, pudiendo observarse igualmente del Gráfico 11 del Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión que las empresas investigadas empezaron a reducir el peso del pollo que colocaban en el mercado a partir de la primera semana de febrero de 1996. En opinión de la Sala, esta serie de "coincidencias" que determinaron el alza del precio del pollo BB carne en el mes de febrero, no puede explicarse sino por la existencia de un comportamiento concertado entre los competidores en este mercado atendiendo además a la conducta repetida de concertación demostrada en los meses anteriores con las pruebas indicadas.

III.3.1.8. La continuación del manejo conjunto de los precios.

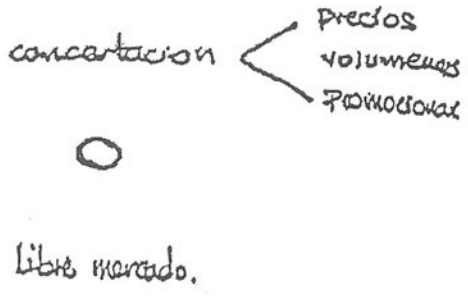
En el informe presentado el 23 de abril de 1996 por Molinera San Martín de Porres S.A. al INEI, se consigna el siguiente comentario:

"El precio se ha mantenido hasta la fecha, pero se observó en el período que aumento la producción. Así como la competencia y se refleja en el peso promedio 2.50 Ave. Por lo tanto se presenta una oferta en las próximas semanas".

Este comentario revela que, por lo menos a la fecha de elaboración de dicho documento, ya se percibía que los precios alcanzados en los meses de febrero y marzo de 1996 podían disminuir como consecuencia del aumento de volumen de crianza (que se desprenden de los Gráficos 8 y 12 del Informe de la Secretaría Técnica de la Comisión), así como de un episodio de competencia de precios como resultado de dicho aumento de volumen.

Conforme se desprende del acta de la sesión del CPPC del 24 de abril de 1996, recabada durante la investigación, las empresas asistentes acordaron reactivar las campañas publicitarias realizadas anteriormente para motivar el consumo del pollo, a propuesta del señor Héctor Bellido. En esta reunión se distribuyó y discutió un informe elaborado por el CADA-LMC titulado "ABASTECIMIENTO SEMANA DEL 16 AL 22.04.96". Un ejemplar de este documento, de propiedad del señor José Barba tal como fue reconocido por un representante de las empresas avícolas y señalado por el Secretario Técni-

co de la Comisión durante el Informe Oral rendido ante la Sala, fue encontrado en los archivos de Avícola Rosmar S.A., con las siguientes anotaciones manuscritas:



En relación a la promoción denominada "pollo con premio", la Sala concuerda con el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Comisión en el inciso b) del punto sétimo de la parte resolutiva de su pronunciamiento, en cuanto establece que no constituyen prácticas restrictivas, los acuerdos para realizar publicidad en común. Asimismo, coincide en que estos acuerdos podrán ser ilegales si son usados para facilitar la ejecución de un acuerdo de precios de cualquier otra práctica restrictiva.

Sin embargo, la Sala no coincide con la Comisión cuando sostiene que la publicidad hecha por las empresas en forma conjunta es, por si misma, una práctica ilícita. Al analizar este hecho, tanto la resolución como el informe técnico sugieren que se ha ocasionado graves perjuicios económicos a los productores a quienes no se permitió participar en la promoción. Por el contrario, la Sala considera que campañas de promoción como la que ha sido materia de este procedimiento, constituye una práctica legítima que no puede ser cuestionada y sólo puede ser considerada como prueba de los niveles de contacto existentes entre las empresas.

Siendo una promoción dirigida a fomentar el consumo; y pudiendo llevarse a cabo de manera totalmente independiente de un acuerdo de precios, no puede concluirse, necesariamente, que la promoción sirvió de apoyo, sustento o complemento para restringir la competencia. Las empresas deben de ser libres de acordar con otras empresas su incorporación a una campaña de promoción, como son libres de no incorporar a otra empresa. La inclusión en si misma no dice nada sobre una restricción de la competencia, menos aún si los excluidos pueden libremente llevar a cabo campañas similares, para competir en términos semejantes.

En tal sentido, la Sala ha determinado que en este periodo la práctica ilegal es sólo la concertación de precios con el objeto de bajarlos y subirlos de manera conjunta, pero no considera que la campaña publicitaria y de promoción en si misma pueda ser calificada como una práctica ilegal, al no haberse demostrado que sirvió de sustento para llevar a cabo la concertación.

Por otra parte, varias de las empresas avícolas han señalado que si ellas han sido incluidas en la investigación debió incluirse a Avinka S.A. (antes Molinos Takagaki). En relación a ello, debe señalarse que la Sala no puede pronunciarse sobre la participación de Avinka S.A. en los hechos materia del procedimiento, toda vez que al haber sido excluida en primera instancia del proceso investigatorio no obran en el expediente pruebas respecto de su participación, ni corresponde realizar dicha investigación en esta instancia, puesto que ello implicaría pronunciarse sobre un tema no controvertido en el procedimiento, vulnerando así los derechos del administrado.

III.3.2. La participación de empresas vinculadas.

Existe un grupo de empresas investigadas y sancionadas en el presente proceso, vinculadas económicamente a algunas de las empresas que participaron en la concertación producida al interior del CPPC, que, a diferencia de estas últimas, no se dedican a la crianza y comercialización de pollo carne, sino más bien a la crianza y comercialización de reproductoras, o a la producción y comercialización de huevos fértiles. Estas empresas son Agropecuaria del Pilar S.A., Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A..

La responsabilidad de las empresas enunciadas en el párrafo precedente ha sido determinada en la resolución de primera instancia, principalmente por su vinculación económica con otro grupo de empresas que directamente concertaron al interior del CPPC, en tanto se ha considerado que una serie de acuerdos (como la eliminación de reproductoras o la exportación de huevos fértiles y la reducción de importación de huevos fértiles) no se habría podido producir sin su participación.

La Sala reconoce que la vinculación económica que hay entre algunas de las empresas dedicadas a la cría y comercialización de reproductoras y/o a la producción y comercialización de huevos fértiles, con empresas que concertaron al interior del CPPC, constituye un indicio de la posible participación de las primeras en el cartel sancionado. Asimismo, la Sala reconoce que de no contarse con mecanismos eficaces para controlar la producción, sería sumamente difícil ejecutar los acuerdos descritos en los puntos

anteriores. Sin embargo, la Sala estima que no existen pruebas ni indicios adicionales que, apreciados con el hecho de la vinculación económica, permitan concluir fuera de toda duda razonable que las empresas vinculadas a aquellas agrupadas en el CPPC, efectivamente hayan participado en el acuerdo. Por esta razón, en opinión de la Sala, corresponde liberar de responsabilidad en el presente proceso a Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A., Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A..

Sin embargo, en el caso concreto de Agropecuaria El Pilar S.A., las razones expuestas en el párrafo anterior no son aplicables para exonerarla de responsabilidad, puesto que si bien no integra la APA, ni asistió a las reuniones en las que se adoptaron los acuerdos de concertación, durante el período materia de investigación registró ventas directas de pollo vivo, con las mismas características de las ventas realizadas por las demás empresas infractoras.

III.3.3 El "Intento de Fusión Avícola" (IFA).

A partir del segundo semestre del año 1995 las empresas integrantes del Grupo Ikeda, (Molinos Mayo y Avícola San Fernando S.A.) Molinera San Martín de Porres S.A., Corporación Ganadera S.A., Alimentos Protina S.A. y Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, adoptaron una serie de acuerdos a nivel de producción, comercialización, adquisición de insumos, entre otros, que dieron lugar a la conformación de la llamada "Alianza Estratégica Avícola" (AEA), nombre posteriormente modificado por el de "Intento de Fusión Avícola" (IFA).

Las empresas que conforman la IFA han reconocido la conformación y funcionamiento de dicho grupo , cuando menos a partir de octubre de 1995, al igual que la coordinación permanente entre las mismas en lo referido a comercialización y producción, así como en cuanto a la adquisición de insumos. Del mismo modo han admitido expresamente que conformaron grupos o equipos de trabajo encargados de cada una de dichas materias, a efectos de facilitar la coordinación.

Sin embargo, estas empresas han sostenido que dichos acuerdos y coordinaciones se enmarcan dentro de un proceso de fusión, por lo que su actuación no constituiría un acuerdo restrictivo de la competencia sancionable en virtud del Decreto Legislativo N° 701, toda vez que respondía a un proceso de integración, que afectaba las estructuras de las empresas (un "traspaso de empresa"), sustentado en razones económicas

En relación a ello, en un primer momento sostuvieron que se trataba de una fusión en términos legales. Sin embargo, luego manifestaron que se trataba de una integración sin unificación de las personalidades jurídicas de sus integrantes y que, en realidad, la palabra fusión había sido utilizada en términos económicos y no en términos legales.

La Sala considera que las eventuales infracciones que pudieran haberse producido al interior de la AEA o IFA se habrían producido en forma simultánea a la concertación de precios, condiciones y restricciones de producción que involucra a todas las empresas investigadas.

En este sentido, en todo caso, cualquier acuerdo restrictivo de la competencia adoptado al interior de la AEA o IFA, se habría yuxtapuesto a los acuerdos y conductas generados en el marco de una concertación mayor y por ello debe ser considerado como parte de los actos de concertación que involucran a las demás empresas.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente el análisis contenido en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución N° 206-97-TDC, referido a la diferencia que existe entre las operaciones de concentración bajo cualquier modalidad (como por ejemplo, la fusión), de los acuerdos entre empresas no vinculadas e independientes dirigidos a restringir la competencia entre ellas o coordinar su actividad competitiva.

En principio, la principal diferencia entre las operaciones de concentración y los acuerdos restrictivos de la competencia es que éstos últimos no necesariamente resultan en una modificación permanente de la estructura de las empresas. La modificación de las estructuras de las empresas puede implicar una reducción de costos y una mayor eficiencia productiva. En cambio un simple acuerdo de precios reduce rivalidad entre las empresas sin generar ninguna reducción real de costos ni mayores eficiencias pues no existe una integración que la genere.

Como se ha señalado anteriormente, los acuerdos o concertaciones para restringir competencia son per se ilegales, conforme a las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 788 y el Decreto Legislativo N° 807. En cambio, nuestra legislación, a diferencia de la de muchos otros países, no prevé un control previo (ni posterior) de fusiones, pudiendo, en principio, las empresas libremente celebrar acuerdos de concentración empresarial.

No obstante, la Sala considera necesario hacer algunas precisiones sobre el tema de la concentración empresarial. En particular, la Sala estima conveniente dejar claramente sentado que cualquier modalidad de concentración empresarial que en la realidad no conlleve una modificación permanente de las estructuras de las empresas involucradas, siendo por el

contrario una mera simulación o "careta" para ocultar una restricción de competencia entre los agentes económicos, debe ser sancionada como cualquier otra concertación - esto es, será considerada una práctica per se ilegal-.

Asimismo, considera que las coordinaciones dirigidas a establecer niveles de precios comunes, controles de volúmenes de producción, u otras prácticas que restrinjan la competencia antes de que la integración efectiva se haya dado entre las empresas, constituyen prácticas ilegales en tanto los beneficios y eficiencias que pudieran derivarse de la integración referida no se estarían produciendo, siendo durante dicho periodo un simple acuerdo y no una real integración. Así la coordinación de conductas prohibidas por el Decreto Legislativo N° 701 no podrá tener como excusa para evitar la sanción que las mismas se llevaron a cabo en la perspectiva de consolidar un futuro proceso de integración. Sólo luego de la integración real es que estas conductas podrán salir de la esfera de las prácticas ilegales.

Como ya se indicó, la yuxtaposición de las prácticas restrictivas probadas y descritas en los puntos anteriores y las que hubieran podido desarrollarse al interior de la AEA o IFA, hacen que carezca de sentido considerar tal concertación como una práctica independiente y por tanto sancionable de manera distinta. En todo caso, lo que pudo haber existido es un acuerdo para llevar una posición común a la negociación de la concertación mayor.

En cuanto a la creación de barreras de acceso al mercado según lo que se desprende del proyecto de conformación de la AEA, cabe destacar que no existen pruebas suficientes que demuestren que los referidos acuerdos llegaran a adoptarse. En consecuencia, en el extremo de la creación de barreras, corresponde también liberar de responsabilidad a las empresas investigadas.

III.4 La sanción aplicable.

III.4.1 Los límites de la potestad sancionadora de la administración pública.

Dado que en el caso materia de este pronunciamiento están presentes una serie de conductas desarrolladas de manera sucesiva durante un lapso determinado, pero vinculadas por una intencionalidad común -esto es, restringir la competencia entre las empresas que concurren en el mercado de pollo vivo comercializado en Lima y el Callao-, es importante establecer cómo este hecho condiciona la aplicación de las normas referidas a las sanciones imponibles. En particular, hay que establecer si corresponde imponer una sola sanción, o acumular (sumar) una serie de sanciones por cada acto cometido.

Como ha señalado la Sala en anteriores oportunidades, en el ordenamiento legal peruano el poder punitivo del Estado es único y se manifiesta a través de dos potestades sancionadoras paralelas: la penal y la administrativa. Como consecuencia de ello, las sanciones administrativas y penales son sustancialmente parecidas: ambas son manifestaciones del poder punitivo del Estado. Sobre este particular, sin embargo, el doctor Jorge Danós explica que nuestro sistema jurídico "...carece de un cuerpo legal que trace con carácter general las líneas maestras del ordenamiento sancionador, es decir, que establezca expresamente principios comunes extensivos a los distintos campos de la actividad administrativa".

Ante la falta de una legislación como la descrita en el texto anteriormente citado, estudiosos de la materia y reconocidos tribunales internacionales (por ejemplo, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han considerado que la potestad sancionadora de la administración pública debe sujetarse a los principios que inspiran el ordenamiento penal. En este mismo orden de ideas, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha señalado en anteriores oportunidades que:

"...los límites de la potestad punitiva de los distintos órganos funcionales del Indecopi, como integrantes de la Administración Pública, se deben sujetar, en principio, a la aplicación de los principios garantistas que informan al Derecho Penal, en particular aquellos que tienen consagración constitucional. Ello constituye una garantía para los administrados."

En el presente caso, las empresas procesadas han desarrollado una serie de conductas que, individualmente consideradas, podrían merecer igual cantidad de sanciones -esto es, una sanción por cada infracción-. Nuestro ordenamiento punitivo, sin embargo, a diferencia de, por ejemplo, el anglosajón, no contempla la posibilidad de sumar penas o sanciones. Ello, como se explicará más adelante, constituye una garantía para el administrado.

III.4.2 Los argumentos de las empresas investigadas.

Como sustento de los diversos recursos de apelación presentados se señala que la escala de multa impuesta -esto es, la escala modificada por el Decreto Legislativo N° 807- es nula en tanto se aplicó retroactivamente para sancionar infracciones cometidas antes de la vigencia del mencionado Decreto. De esta manera, las recurrentes expresan que las infracciones sancionadas merecían, en todo caso, la aplicación de las multas vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 807 -esto es, hasta 50 UIT-. Por otra parte, señalan que de existir

un conflicto de leyes punitivas en el tiempo, se les debió aplicar la más favorable. Finalmente, las recurrentes argumentan que la institución del delito continuado no era aplicable al caso.

En opinión de la Sala, los argumentos esbozados confunden dos instituciones distintas del Derecho Penal. La aplicación de la ley penal en el tiempo (o conflicto de leyes en el tiempo) y la pluralidad de delitos y acciones (o concurso de leyes y de delitos), como se explicará a continuación.

III.4.3 La aplicación de la ley penal en el tiempo.

La aplicación de la ley penal en el tiempo se rige por el principio de legalidad. Ello significa que la ley penal es aplicable a los actos cometidos durante su vigencia o, en otras palabras, que éstos sólo pueden ser sancionados cuando exista una ley vigente con anterioridad a la comisión de los mismos.

La excepción a esta regla es la retroactividad benigna, que en el caso más extremo (la despenalización de conductas) produce la ineficacia de una sanción que corresponda a un acto cometido bajo la vigencia de la ley derogada, cuando la nueva ley no prevé sanción alguna para el mismo acto. Este sería el caso, por ejemplo, de una nueva ley que derogue las sanciones aplicables a las concertaciones de precios cuando ya se encuentra en marcha un procedimiento administrativo en el que se investiga una concertación producida con anterioridad a esta nueva ley. La retroactividad benigna haría que se purguen todas las infracciones cometidas bajo el imperio de la ley antigua, sin que se pueda sancionar a los infractores, a pesar de haber cometido una infracción en el momento en que estaba sancionada. Este supuesto, sin embargo, es evidentemente ajeno al presente caso.

Fuera de esa excepción, la retroactividad en materia penal no está permitida. En opinión de la Sala, estos dos aspectos (irretroactividad como principio y retroactividad benigna como excepción) se aplican por igual al Derecho administrativo sancionador y al Derecho penal, -al ser ambos manifestaciones del poder punitivo del Estado-, siempre y cuando no medie ley en contrario que excluya de estas garantías a determinados procedimientos administrativos .

III.4.4 La pluralidad de acciones y delitos: el delito continuado.

El informe legal del señor Pinkas Flint acompañado a los diversos recursos de apelación presentados, sustenta la nulidad de la resolución de la Comisión señalando que la institución del delito continuado era inaplicable al caso concreto, y que en todo caso, la norma aplicada por la Comisión no contiene ni prevé esta institución, sino que se refiere a un tema distinto. De esta manera se señala que:

"el supuesto de la ley [se refiere al artículo 49 del Código Penal, aplicado por la Comisión] está expresamente destinado a determinar qué sanción o pena debe aplicarse a aquél que comete delito en varias ocasiones configurando varios delitos con diversas penas. El dispositivo sanciona que la pena más grave que contemple la legislación vigente al momento en que los hechos sucedieron, siempre y cuando no haya conflicto de leyes en el tiempo... " (el resaltado es nuestro)

Lo trascrito contiene un error conceptual, pues señala que el artículo 49 se refiere en verdad a lo que en doctrina se llama concurso real de delitos, regulado en el artículo 50 del Código Penal ("....aquél que comete delito en varias ocasiones configurando varios delitos con diversas penas..."). En el caso del concurso real, el sistema adoptado tiene como base el principio de la absorción, según el cual la pena más grave impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las infracciones más leves. Tal sería el caso de quien comete violación y homicidio, con lo que se configura el tipo penal del asesinato (que tiene un tratamiento propio) y es procesado por estos tres delitos independientes unos de otros. En este supuesto, sólo se aplica la sanción más grave, es decir, pena privativa de la libertad por 25 años, que corresponde al asesinato regulado en el artículo 173 del Código Penal. Ello es así para evitar la acumulación de las penas, es decir 53 años resultantes de acumular ocho años por la violación, 25 por el asesinato y 20 por el homicidio. La finalidad implícita en la norma, de favorecer al procesado es evidente.

Por el contrario, la doctrina señala que la característica del delito continuado es que cada una de las acciones cometidas constituye por sí sola un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito, en tanto responden a un mismo plan preconcebido o a una única voluntad o resolución delictiva. A manera de ejemplo, tal sería el caso de un cajero que se propone sustraer un millón de dólares del banco en el que labora y realiza su propósito en cinco días diferentes, mediante cinco apoderamientos parciales distintos; o de la esposa que intenta asesinar a su marido mediante el empleo de un veneno en tres dosis, cada una de ellas insuficientes para lograr su propósito (meras tentativas), pero que en su conjunto son idóneas para tal fin.

En el delito continuado, a diferencia del concurso real de delitos, no se castigan los distintos actos ejecutivos (ver caso del cajero antes explicado, en el que el agente hurta de a pocos), sino el resultado en su conjunto (todo el resultado), razón por la cual se aplica una sola sanción global. En este supuesto se considera que sólo hay un delito que merece una pena unitaria. De esta manera, se trata de una solución favorable al procesado porque no se acumulan

las sanciones que corresponderían a cada acto ejecutivo.

El delito continuado está previsto en el referido artículo 49 del Código Penal, que señala que:

"Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal serán considerados como un solo delito continuado y se sancionará con la pena correspondiente a éste."

Para la verificación del delito continuado se requiere la presencia de distintos elementos objetivos, que se describen a continuación:

a. Varias violaciones de la misma ley. Esto es, homogeneidad en la calificación jurídica de las infracciones.

b. Dichas violaciones deberán ser realizadas mediante diversos actos ejecutivos, esto es, mediante una pluralidad de actos que irán poco a poco ampliando el mismo contenido del injusto (caso del cajero de un Banco que va robando de a pocos el dinero que le ha sido confiado. El delito de hurto -contenido de injusto- será el mismo, pero la magnitud del perjuicio causado al Banco se incrementará con cada acto particular).

c. Estos hechos deben darse en el mismo momento de la acción o en momentos diversos. Esto se refiere al factor temporal, que puede ser más estrecho o más amplio.

Por otro lado, en el delito continuado existe un elemento subjetivo que le da coherencia al tratamiento unitario: los hechos realizados deben provenir de la misma resolución criminal. Esto se refiere a que el agente debe haber obrado en realización del mismo plan, móvil o empresa delictiva .

La Sala considera que en el presente caso concurren todos los elementos objetivos y subjetivos para la configuración de una infracción asimilable al delito continuado.

Así, tal como se ha podido concluir en el punto III.3. de la presente resolución, las empresas procesadas han venido tomando y ejecutando diversos acuerdos destinados a restringir la competencia en el mercado del pollo, acuerdos que individualmente considerados constituyen varias violaciones de la misma ley, en este caso, de lo establecido por el artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo Nº 701, artículo que como ya se explicó, contiene una infracción "per se" ilegal.

Dichas violaciones se verificaron en distintos momentos, a lo largo de todo un periodo, y como parte de un mismo plan o estrategia (que se inicia con la conformación del Comité de Estadística). Este plan consistió en la fijación conjunta de precios para afrontar una posible crisis. Estos móviles, elemento subjetivo indispensable para la configuración del delito continuado, han sido largamente explicados al analizar las pruebas.

III.4.5 La aplicación de la ley penal en el tiempo en el caso de delitos continuados.

Como se ha concluido que en el presente caso se ha configurado una infracción que debe ser tratada como un delito continuado, la Sala debe ahora determinar qué ley resulta aplicable al existir un posible conflicto de normas punitivas en el tiempo.

Para nuestro propósito, no debe perderse de vista que el delito continuado se considera una unidad de acción esto es, como un solo delito-, y que tal unidad se verifica cuando cesa la continuidad y se consuma el delito (por ejemplo, cuando el agente cesa su accionar porque ha logrado su propósito o es detectado). De esta manera corresponde aplicar la ley vigente al momento de la consumación del acto (o del delito único), al igual que en el caso de cualquier otro hecho punible, tal como si se tratara de un delito instantáneo como el homicidio.

Una vez establecido que en el caso del delito continuado corresponde aplicar de manera inmediata la ley vigente en el momento de la comisión del delito -esto es, en el momento de la consumación-, la discusión en torno a si la ley aplicable es más favorable o más gravosa que la anterior y que la multa es retroactiva, resulta manifiestamente inoportuna.

Aun cuando no existe coincidencia con la gravedad de las infracciones cometidas en el presente caso, y sólo desde el punto de vista conceptual, en una situación similar estarían los líderes de una agrupación subversiva que ha cometido actos de violencia en reiteradas oportunidades a lo largo de un lapso prolongado en el que la pena máxima por delito de terrorismo era de 15 años, persistiendo en su accionar delictivo pese a que la sanción ha sido elevada a cadena perpetua. La posición defendida por las recurrentes equivale a sostener que los cabecillas de esta agrupación subversiva que continua desarrollando actividades terroristas no podrían ser sancionados con cadena perpetua pues ello constituiría una aplicación retroactiva de una norma menos favorable para el inculpado. Si luego de agravadas las penas los cabecillas persisten en violar la ley, es evidente que corresponde aplicar las nuevas penas, pues se estaría desafiando la elevación de éstas.

Existe un marcado consenso doctrinario sobre este aspecto. Así, por ejemplo, autores como Welzel, Zaffaroni, Rodríguez de Vesa y Fernández Carrasquilla, señalan lo siguiente:

III.5.2 La presunta aplicación retroactiva de las facultades de investigación.

En el informe elaborado por el doctor Pinkas Flint, presentado por las distintas empresas y entidades procesadas como sustento de sus apelaciones, se señala que las facultades de investigación contenidas en el Decreto Legislativo N° 807 han sido aplicadas retroactivamente, esto es, que se han utilizado para indagar sobre hechos ocurridos antes de la vigencia de esta norma. En ese sentido, se sostiene que tal "aplicación retroactiva" sería un vicio de procedimiento que generaría la nulidad de éste.

Los artículos 1 a 10 del Decreto Legislativo N° 807 y 14 del Decreto Legislativo N° 701 (modificado) -es decir, las disposiciones legales que contienen las facultades de investigación de la Comisión- son normas de carácter procesal, mas no de carácter sustancial o material. En opinión de la Sala, sostener una aplicación retroactiva de las facultades de investigación en el presente caso es confundir estos dos planos -es decir, el plano procesal y el plano material-. Así, el profesor Monroy Gálvez señala:

"...nos parece que una norma procesal no puede ser retroactiva atendiendo a que, por su natural aplicación en el tiempo, no puede afectar actos procesales que ya ocurrieron. Tal vez la tesis...de la retroactividad de la norma procesal se sustenta en un equívoco. Se considera que la norma es aplicable a hechos materiales ocurridos antes de la vigencia de la nueva norma procesal. Si así fuera, esta vigencia es absolutamente normal, sin que se deba considerar que se ha producido una aplicación retroactiva. Esta sólo se produciría cuando se pretenda que la nueva norma procesal afecte hechos procesales ya ocurridos, situación que...es absolutamente antijurídica".

Para explicar la diferencia entre un hecho material y uno procesal, en relación a la aplicación de la norma procesal, Carnelutti propone el siguiente ejemplo:

"Suponiendo, por ejemplo, que una nueva norma procesal cambie la forma de la demanda judicial, esta norma se aplicará incluso si el litigio se refiere a hechos acaecidos antes de que la nueva norma entrase en vigor; en cambio, no se aplica si el hecho procesal, o sea la propia demanda, se ha realizado antes de que la nueva norma haya comenzado a regir."

En el presente caso, la Comisión aplicó las normas procesales vigentes al momento del inicio del procedimiento. No modificó ninguna situación procesal anterior ni aplicó las normas vigentes para atribuir sus efectos a hechos procesales que ya habían surtido efecto. En otras palabras, la Comisión aplicó las consecuencias de la normas procesales vigentes a hechos materiales ocurridos antes, es decir, investigó hoy lo que había acontecido ayer. Ello, conforme se ha explicado, no constituye una aplicación retroactiva de las normas procesales.

Por ello, a criterio de la Sala, no corresponde declarar la nulidad del procedimiento en base a estas alegaciones.

III.5.3 El derecho de defensa.

Las recurrentes señalan que en el procedimiento se ha violado su derecho de defensa. En particular, afirman que la Comisión no puso a su disposición las pruebas que servían de base de la acusación, limitando su derecho a presentar las pruebas de descargo pertinentes.

Antes de pasar a desarrollar lo referido al Debido Proceso y la supuesta violación del mismo, resulta pertinente realizar una explicación general de lo que se entiende por "prueba" y la clasificación de la misma en "prueba de cargo" y de "descargo".

La prueba, atendiendo a su objeto, se clasifica en prueba de cargo y prueba de descargo. La primera es la que tiende a acreditar la existencia del delito o de un hecho vinculado al mismo, mientras que la segunda busca demostrar lo contrario -esto es, la inexistencia del delito o del hecho vinculado con el mismo-

En este sentido, las empresas avícolas sostienen que al no tener conocimiento de cuales eran las pruebas base de la acusación no pudieron presentar las pruebas de descargo sobre las mismas.

Como se sabe, el Debido Proceso es un derecho que se hace tangible y cobra posibilidad de realización efectiva a través de las garantías constitucionales cuyo objeto es permitir que se administre justicia en cada proceso que se lleve a cabo. Es así que, el Debido Proceso constituye la medida para determinar cuando la aplicación de las garantías no se está produciendo en grado suficiente que permita alcanzar la justicia a través del proceso.

Uno de los elementos mínimos que se deben observar para verificar la existencia de un Debido Proceso, es la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de la pretensión invocada. Esta garantía consiste, en la posibilidad de la persona de utilizar todos los medios adecuados para probar los hechos que alega. Así, se lesiona el debido proceso cuando se niega la utilización de un medio probatorio o cuando se le obliga al uso de otro que no resulte adecuado para probar el mismo. En el presente caso, sin embargo, no existe evidencia alguna que acredite tal comportamiento por parte de la Comisión o su Secretaría Técnica, habiendo las empresas y entidades sujetas al presente procedimiento presentado todo tipo de medios probatorios permitidos en la ley.

Desde la perspectiva del acusado, la prueba constituye un elemento esencial de su defensa en tanto le permite desvirtuar las acusaciones que le hacen demostrando lo que afirma a la vez que ofrece nuevos elementos de juicio al juzgador respecto de los casos en discusión.

Al respecto, Augusto Morello sostiene:

"No caben dudas (y menos en el fuero penal): la garantía de la defensa en juicio comprende la oportunidad de toda persona sometida a proceso, de ser oída, de conocer los cargos que se formulan en su contra y de producir pruebas en su favor."

Así, aparte de la posibilidad de presentar los medios probatorios que estime pertinente, los acusados tienen el derecho a conocer la imputación que se les hace, lo que también es conocido como intimación; resulta obvio que nadie puede defenderse de algo que no conoce. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 123 del Código Procesal Penal, que va mas allá y establece que el Fiscal informará al acusado no sólo los cargos que se le imputan sino también las pruebas que existen en su contra.

En el presente caso, la Comisión cumplió en poner en conocimiento de las empresas investigadas los cargos que se le imputaban al momento de dar inicio al proceso. Asimismo, está claramente establecido y probado en el expediente que todos los medios probatorios que no tenían carácter de confidencial y que fueron empleados como sustento de la resolución impugnada, inclusive registros magnéticos y cintas de audio y video, fueron oportunamente puestos a disposición de las procesadas, quienes recabaron copias de toda la información que consideraron pertinente

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario señalar que las empresas avícolas tuvieron la oportunidad de presentar un recurso de reconsideración ante la primera instancia, momento en el que pudieron ofrecer otras pruebas de descargo que consideraran pertinente. Nótese la diferencia que existe en este punto con el proceso judicial, en el que no existe posibilidad de reconsideración precisamente porque en la dinámica del procedimiento administrativo se quiere dar una oportunidad adicional para discutir y contradecir las pruebas y la interpretación que se ha hecho de ellas.

Así, la reconsideración se justificaba precisamente por que dada las diferencias con el procedimiento judicial, en el que la actuación de las pruebas es mas flexible, es necesario dar al administrado la oportunidad de rebatir, si lo desea, ante la misma instancia, las pruebas que se han usado para sancionarlo. Sin embargo, sólo dos empresas plantearon reconsideración. Así, no debe confundirse el no ejercicio del derecho de defensa por parte de los administrados con la violación de éste derecho por parte de la administración.

Por lo expuesto, resulta infundada la nulidad referida a una supuesta violación del debido proceso.

III.6 La graduación de la sanción.

Esta Sala considera que lo expuesto en los puntos anteriores amerita una evaluación de la sanción impuesta por la Comisión. En el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701 se establece que para la graduación de la sanción se debe atender a la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas. La Sala coincide con la Comisión en que está plenamente acreditada la comisión de la infracción así como que la misma reviste especial gravedad en atención a los criterios expuestos en la resolución apelada.

La Sala concuerda así con la Comisión en tanto considera que los perjuicios sufridos por los consumidores, la importancia del pollo en la canasta básica de consumo, la modalidad de las prácticas restrictivas desarrolladas, la dimensión geográfica del mercado afectado, el porcentaje de participación en el mercado de las empresas involucradas, los beneficios extraordinarios obtenidos por las empresas involucradas en el desarrollo de dichas prácticas, el daño causado a los competidores tanto potenciales como efectivos y la duración de las prácticas restrictivas, constituyen circunstancias agravantes que deben ser merituadas al momento de graduar la sanción.

Sin embargo, adicionalmente la Sala considera que, como atenuante, debe tenerse presente que entre los meses de mayo de 1995 y abril de 1996 la ley preveía una sanción máxima de 50 UIT por infracciones al Decreto Legislativo N° 701. Si bien como se ha señalado anteriormente, esta escala de multas no es la aplicable al presente caso por tratarse de una infracción continuada consumada cuando ya había operado la modificación legislativa que elevó la escala de multas correspondiente, la Sala estima que las sanciones deben ser calculadas teniendo esta reforma legal en cuenta.

Si bien los perjuicios ocasionados al consumidor por las prácticas son importantes, durante 12 meses del periodo investigado este elemento se encontraba limitado por la multa máxima prevista en la versión originaria del Decreto Legislativo N° 701. Así, si bien los perjuicios a los consumidores existieron y fueron

importantes, durante una buena parte del periodo investigado los perjuicios ocasionados al consumidor han sido superiores a la multa que podría imponerse.

Durante todo ese periodo las empresas avícolas eran conscientes de que la multa aplicable era menor a la prevista actualmente en la legislación. Si bien de acuerdo a los principios que regulan el delito continuado, corresponde aplicar la sanción prevista para el último periodo, no puede dejar de reconocerse que buena parte de las acciones ejecutivas de la infracción se desarrollaron bajo la vigencia de una ley menos gravosa.

Este criterio debe considerarse a fin de aplicar una sanción equitativa, en atención a los perjuicios causados a los consumidores. No le cabe a duda a la Sala de que éstos últimos han sido significativos, pero a su vez considera que el cambio de normativa tiene que ser analizado y considerado a fin de dar a los administrados un trato equitativo que considere el rol de promoción y difusión de una autentica cultura de la competencia y que es una de las funciones básicas que le corresponde desarrollar al Indecopi.

En tal sentido, si bien la Comisión ha interpretado correctamente la ley respecto a cuál es la escala de multas aplicable, razones de equidad conducen a reducir el monto en proporción al periodo en el que la ley establecía un monto menor a 50 UIT.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la Sala no ha encontrado responsabilidad por el desarrollo en común de la promoción "Pollo con Premio" en lo concerniente a la exclusión de otras empresas de la posibilidad de participar en la promoción aludida, y que en el caso de AEA o IFA se ha considerado que de haber existido prácticas restrictivas estas se yuxtaponen a las llevadas a cabo por las demás empresas. Adicionalmente, no ha quedado acreditada la celebración efectiva de acuerdos para la creación de barreras de acceso al mercado por parte del grupo de empresas involucradas en dicha alianza.

Finalmente, además de los fundamentos expuestos por la Sala, y sin perjuicio de las razones esgrimidas por la Comisión para fijar una multa menos elevada de la que realmente correspondería a la gravedad de los hechos objeto del procedimiento, debe tenerse en cuenta la relativa novedad de la legislación antimonopolios peruana, además de la necesidad de que la cultura de mercado y de la competitividad se vaya consolidando a través del rol promotor que le corresponde desarrollar al Indecopi. Por todo lo anterior, corresponde fijar la multa de manera ejemplificadora pero a su vez equitativa y comprensiva de la existencia de una cultura de la competitividad en vías de consolidación.

No obstante, en opinión de la Sala las infracciones cometidas son muy graves y, contrariamente a las hipótesis defendidas por los informes económicos presentados por varias de las empresas y entidades sujetas a este procedimiento, referidas a que el mercado del pollo vivo no reúne las condiciones para celebrar concertaciones y que no han existido perjuicios ni daños a los consumidores, la Sala considera que tal concertación y los perjuicios por ella generados están plenamente acreditados .

En relación a ello, los estudios de los señores Paredes y Parodi, han planteado una serie de objeciones y críticas al análisis económico del mercado de pollo, presentado en el Informe N° 001-97-CLC. Todas ellas apuntan a concluir que las condiciones mismas de este mercado hacen bastante difícil, sino imposible, la concertación de precios. En particular, se afirma que la definición del mercado relevante no es correcta, tanto en lo concerniente a su configuración geográfica como a las características de la demanda (especialmente, debido la presencia de bienes sustitutos cercanos del pollo). También se mencionan otras características del mercado como su alta volatilidad y el elevado número de empresas que intervienen en el mercado, que limitarían aún más la capacidad de concertación por parte de los productores de pollo. En resumen, afirman que de haber existido concertación, durante el período de análisis, ésta no habría sido exitosa.

Estos trabajos se centran fundamentalmente en la existencia o inexistencia de condiciones favorables a una concertación. Sin embargo, en estricto no concluyen si en la práctica tal concertación no existió o, de haber existido, no tuvo efectos; la discusión está centrada en ciertas condiciones que existirían en el mercado analizado y que, según los autores, harían muy difícil que se haga efectiva la concertación. Existen, sin embargo, indicios ya discutidos (como el frecuente movimiento conjunto de precios) que sobrepasan la discusión sobre a la existencia de la concertación, referidos a su implementación. De cualquier manera, cabe discutir la validez de los planteamientos hechos en los documentos mencionados.

Con respecto a la definición del mercado relevante, en primer lugar, es importante subrayar que, si bien el Informe N° 001-97-CLC, hace alusión a prácticas que se desarrollan a lo largo de toda la cadena de producción de pollo, involucrando las fases de incubación, importación de pollo BB, etc.; éstas son mencionadas, en tanto forman parte del proceso de producción de pollo vivo, comercializado en Lima y Callao, siendo esta última la configuración geográfica correspondiente al mercado relevante. La alusión a prácticas desarrolladas a lo largo de toda la cadena productiva tiende a reforzar la conclusión de que, en este sector,

existe un alto grado de integración y/o control vertical que, entre otros aspectos, permite limitar o restringir el acceso la competencia en el mercado de pollo vivo, comercializado en Lima y Callao.

En lo que se refiere a la configuración geográfica del mercado, si bien la presencia de importaciones de pollo BB o de pollo de congelado sugiere que el mercado relevante para estos productos es el internacional, no se puede afirmar lo mismo para el caso del pollo vivo comercializado en Lima y Callao. De las las propias declaraciones de los representantes de las empresas avícolas y de la cercanía existente entre la mayor parte de las granjas de engorde que abastecen este mercado, es posible concluir que los costos de transporte limitan significativamente la posibilidad de competencia desde regiones más alejadas.

En cuanto a la presencia de bienes sustitutos cercanos, es importante resaltar el carácter relativo de los resultados provenientes de los estudios econométricos que buscan estimar elasticidades precio y cruzadas de la demanda para cualquier tipo de bien y servicio. Los resultados econométricos son altamente sensibles a las series de tiempo que se escojan, las técnicas que se utilicen para su pre - procesamiento (detección del tipo de tendencia, grado de integración, empleo de series nominales o reales, etc..), los errores de medición que las mismas series pueden incorporar, entre otros. Frente a ello, conviene señalar que tanto los resultados presentados por el propio informe técnico como por la defensa, no son concluyentes.

Así, por ejemplo, el estudio del señor Paredes estima que la demanda por pollos es elástica. Sin embargo, tanto las estimaciones presentadas en el informe, como en el estudio realizado por Julio Velarde, al que se remite el señor Parodi, indican que tal demanda es inelástica. Asimismo, las propias ecuaciones de demanda elaboradas por el señor Izaguirre, asesor de la APA, implícitamente corroboran el carácter inelástico de la demanda por pollos. En contraste, las declaraciones rendidas a la Sala en el informe oral por los propios productores, en cuanto a las características de la demanda de pollo vivo y a la importancia de este producto como uno de los principales componentes de la canasta de consumo en los estratos económicos más bajos (que consumen más intensivamente pollo vivo), sugieren que, en estos mercados, no existiría un alto grado de sustitución entre el pollo vivo y otros alimentos, incluyendo el pollo congelado. El propio señor Apolonio Suárez señaló categóricamente frente a la Sala que el mercado de pollo estaba segmentado, siendo que el pollo vivo no podía tener como sustituto el pollo congelado, por los costos que implicaría comercializar el segundo entre la población de bajos ingresos.

Lo mencionado anteriormente permite a la Sala concluir que, para efectos del presente caso, el mercado relevante es el mercado de pollo vivo comercializado en Lima y Callao.

En lo que se refiere al alto grado de volatilidad de los precios en el mercado, dicha volatilidad por sí sola no constituye un impedimento para la realización de concertaciones. Períodos de alta volatilidad de precios pueden estar asociados a crisis transitorias en un cártel o a períodos de ajuste, en mercados competitivos (por ejemplo, frente a la entrada de nuevos competidores). Por otro lado, la experiencia internacional muestra que la alta volatilidad de los mercados de commodities, como el petróleo, no ha sido impedimento para la concentración concertada de productores.

En cuanto al elevado número de productores, esta característica del mercado no necesariamente limita la capacidad de las empresas para concertar precios. La capacidad de concertación viene dada más bien por el desarrollo de mecanismos eficaces de coordinación entre los productores que les permitan, entre otros aspectos, intercambiar información con gran rapidez y planificar acciones en forma conjunta. Las reuniones periódicas de las empresas implicadas, en los locales del APA, tal como se demuestra en el presente informe, jugaron un rol importante en el diseño de las estrategias conjuntas de concertación de precios, estandarización de pesos y regulación de la oferta.

Asimismo, la elaboración de informes acerca de las tendencias del mercado, que se distribuían a los integrantes de dicho Comité así como la distribución diaria de información de precios por empresa, a cada uno de los integrantes del Comité, tal como se demuestra en la presente resolución; habría facilitado las labores de coordinación por parte de las empresas investigadas.

Un claro ejemplo de que el número de productores no constituye un impedimento para la realización de prácticas de concertación de precios y producción, lo constituye una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, del 24 de agosto de 1990 que declara comprobada la existencia de prácticas concertadas de fijación de precios y de producción por parte de cuarentinueve empresas avícolas.

Finalmente, en cuanto al éxito de la presunta estrategia de concertación de precios por parte de las empresas, el notorio paralelismo observado a lo largo de todo el período y que destaca especialmente durante los dieciséis episodios señalados en los cuadros 1, 2 y 3, constituye un importante elemento de prueba de que dicha estrategia habría sido exitosa.

Así, estando acreditadas la concertación y la existencia de los perjuicios por ella generada, la Sala conside-

ra que para graduar las sanciones debe tomarse en cuenta la participación de cada una de las infractoras en la formación, ejecución y cumplimiento de los acuerdos objeto de sanción, así como su participación en el mercado considerando sus volúmenes de ventas, tal como lo ha establecido la Comisión en la resolución impugnada.

En el caso de la APA, la Sala considera que, sin perjuicio de que las prácticas anticompetitivas imputadas desarrolladas en el seno de la APA han quedado acreditadas, es necesario pronunciarse sobre lo argumentado a lo largo del proceso por dicha asociación, en el sentido de que no es jurídicamente posible que ésta se vea sujeta a la posibilidad de recibir una sanción. Lo planteado por la APA en su apelación y en su informe oral respecto de este punto, se resume en lo siguiente:

i. los ochenta asociados que conforman la APA no pueden ser hechos responsables por los actos de dieciséis de ellos;

ii. la persona jurídica tiene existencia independiente de sus miembros, a tenor de lo dispuesto en el artículo 78 del Código Civil. El estatuto de la APA establece cuando debe considerarse que un acuerdo determinado corresponde la voluntad expresada por un órgano de la asociación y que en consecuencia compromete a la dicha asociación. En el presente caso, los acuerdos habrían sido adoptados por cada empresa a título individual; y

iii. sancionar a la APA porque el CPPC no puede ser sancionado al no tener personalidad jurídica, es lo mismo que sancionar a un primo o a un hermano del culpable sólo porque no se puede sancionar a este último.

Antes de hacer una referencia expresa a los puntos que argumentan los denunciados, debe aclararse que el CPPC (Comité de Productores de Pollo Carne) es un órgano integrante de la APA y es en su seno donde se discutieron y llevaron a cabo muchas de las prácticas y acuerdos objeto de sanción, tal como ha quedado acreditado y ha sido explicado de manera detallada a lo largo de la presente resolución. Como organización gremial, acogió y promovió los actos que son objeto de las infracciones señaladas. Incluso, ha quedado descartada la teoría sostenida de que se trataron de acuerdos independientes de las distintas empresas involucradas.

Respecto del primer punto o agravio que se expresa, la Sala considera que el hecho de que los actos de dieciséis de sus asociados (que integraban el CPPC) sean imputables a la APA, no implica que se esté sancionando a los demás miembros de esta asociación, es decir, a los sesenticuatro restantes. Tampoco implica que se esté sancionando a la APA por las violaciones a la ley cometidas por algunos de sus miembros. Se ha considerado sancionar a la APA por su propia participación activa en los acuerdos, por haber servido como instrumento idóneo para consumar las infracciones, tal como se explicará más adelante. De la misma manera como las sanciones impuestas a una empresa repercuten en los beneficios que los accionistas pudieron recibir, y no por ello se va a exonerar de responsabilidad a la sociedad, los actos de la APA son sancionados como actos de la propia entidad gremial y no como actos de sus integrantes.

Es evidente que la carga económica de una multa afecta a los miembros de la asociación. Sin embargo, lo único que podrán hacer estos miembros es reclamar internamente que existió una mala gestión por parte del órgano de administración, esto es, gerentes y directores, o que otros miembros cometieron actos contrarios a la ley o al estatuto. Eventualmente, la asociación, representada por la mayoría de sus miembros, podría también pretender una indemnización de daños y perjuicios contra los administradores o los miembros infractores del estatuto. Sin embargo, estos son aspectos que nada tienen que ver con la infracción al Decreto Legislativo N° 701, son aspectos que no trascienden la esfera de la asociación, son aspectos internos.

Por todo lo anterior, la Sala considera que no deben confundirse las responsabilidades externas de la asociación para con la sociedad (responsabilidades que incluyen el estricto cumplimiento de las normas jurídicas vigentes, incluido el Decreto Legislativo N° 701, y que dependen de quienes tienen poder de decisión al interior de la asociación) con las responsabilidades internas existentes en el seno de ésta (es decir, las que corresponden a unos miembros respecto de otros, o a los administradores respecto de los miembros).

Respecto del segundo punto, la Sala considera que la separación entre la persona jurídica y sus miembros en nada perjudica la posibilidad de sancionar a la persona jurídica cuando ésta sirve de instrumento para la comisión de una infracción administrativa. No se está sancionando, como ya se explicó, a la persona jurídica por actos de sus miembros, se la está sancionando por sus propios actos de participación en la infracción, actos que provienen de una fuente distinta a la conducta de las distintas empresas denunciadas.

En ese sentido, lo importante es que las decisiones de aquellos que tienen poder de decisión y sanción al interior de la persona jurídica, quienes, en el mejor de los casos, no evitaron que la asociación se convirtiera en un instrumento idóneo para la comisión de la infracción.

Respecto del tercer agravio, la Sala considera pertinente proponer una metáfora distinta que refleje mejor la razón de la sanción impuesta: sancionar a la APA por los actos del CPPC, es como sancionar a una empresa por los actos de su Gerente o de su Directorio. Así, el CPPC es un órgano de la APA y como tal puede generar responsabilidad de la entidad de la cual es integrante. No existe, por tanto, ninguna irregularidad en imponer la sanción señalada.

Como conclusión, la Sala cree pertinente destacar que es el propio Decreto Legislativo Nº 701 el que reconoce la posibilidad de sancionar a entidades distintas a las propias empresas involucradas. Según el artículo 23 de dicha norma, de acuerdo al texto modificado por el Decreto Legislativo Nº 807, es posible multar a entidades que no realicen directamente la actividad económica, industrial o comercial. Nótese que esta posibilidad queda clara si se atiende al empleo de la palabra "entidad" por el legislador. Es evidente que la citada norma, al referirse a una entidad, se refiere a aquellos sujetos que no tienen fin de lucro, como es el caso de una asociación. Esta figura difiere de lo que se entiende por empresa, que si tiene finalidad económica, industrial o comercial.

En tal sentido, los gremios deben asumir la responsabilidad que les corresponde por su participación en una concertación de precios por medio de actos que incentiven, apoyen o respalden dicha infracción. Por lo tanto, la sanción a la APA se encuentra plenamente justificada, y tiene por finalidad que ésta asociación se aparte de aquellas políticas gremiales que tengan por finalidad la promoción y desarrollo de prácticas contrarias a la libre competencia.

Incluso en la jurisprudencia de otros países está plenamente reconocida la responsabilidad de entidades gremiales que asocien empresas. En España, en un caso de concertación de precios del pollo, se sancionó también a la entidad gremial correspondiente, tal como se señala a continuación:

"En la elaboración y ejecución de anteriores acuerdos participan la 'Asociación Nacional de Productores de Pollo' (ANPP) y la 'Asociación Española de Mataderos Industriales de Aves' (AMIAVE) en cuyas sedes respectivas en Madrid tuvieron lugar la mayoría de las reuniones ... Entre las actividades acordadas en estas reuniones de empresarios del sector de producción de pollos para carne en las fechas expresadas, destacan las dirigidas a fijar los precios haciendo obligatorio el cumplimiento de lo acordado semanalmente.

(...)

La participación de ANNP no ofrece dudas. Todas las actividades de reducción de la oferta en el sector de producción de pollos para carne fueron dirigidas y puestas en práctica por esta Asociación ... Muchas de las reuniones en que se tomaron estos acuerdos lo fueron en la sede en Madrid..."

Así, en el caso citado, la sanción se impuso tomando en consideración, como factor de atribución de responsabilidad, el hecho de que las reuniones en las que se tomaron los acuerdos (prácticas por las que evidentemente se sancionó a las empresas) se llevaron a cabo bajo el auspicio y en el local de la entidad gremial, de manera idéntica a como ocurrió en el presente caso.

En atención a ello, y a las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala considera que sí es jurídicamente posible sancionar a la APA como sujeto activo de la infracción. En ese sentido, la Sala considera que en el presente caso, y de acuerdo a las consideraciones expuestas (referidas a los atenuantes genéricos aplicables a todas las empresas, y el grado de participación de la APA), debe reducirse la multa impuesta a la APA a 50 UIT.

En el caso de las empresas Molinos Mayo y Avícola San Fernando S.A., integrantes del llamado Grupo Ikeda, éstas tuvieron un especial liderazgo en la organización y desarrollo de los acuerdos y prácticas objeto del presente procedimiento, tal como ha quedado acreditado con las distintas pruebas mencionadas a lo largo de la resolución. A ello hay que añadir que las ventas de este grupo son, por una notable diferencia, las más altas de todas las empresas involucradas, y por ello sus actos generaron mayores perjuicios a los consumidores. Por ello, la Sala considera que cada una de las dos empresas debe ser multada, individualmente, con 450 UIT.

En cuanto a Corporación Ganadera S.A., esta empresa también tuvo un rol importante en la elaboración y propuesta de los acuerdos, siendo además el segundo grupo en importancia entre las empresas sancionadas, en lo que a volumen de ventas se refiere. Por ello, la sanción a dicha empresa se establece en 340 UIT.

La Sala estima que dada la participación activa de Molinera San Martín de Porres en los acuerdos y el nivel de sus ventas, que la coloca como la tercera entre las empresas sancionadas, debe imponérsele una multa de 220 UIT.

Respecto de las empresas Georbe (Grupo Orbezo Suarez) y Alimentos Protina S.A., cuya participación en los acuerdos y cuyas ventas son similares como grupo, la Sala considera que a la primera, es decir a Georbe se le debe imponer una multa de 140 UIT y a Alimentos Protina S.A. una multa de 130 UIT

En el caso de la empresa Redondos, tuvo un nivel de participación similar al de las empresas nombradas en el párrafo anterior, debiendo prestarse atención

además a su nivel de ventas, la Sala considera que una multa de 100 UIT es la adecuada.

En cuanto a F. Car S.A., dada su participación demostrada en el programa de pollo congelado dirigido a sacar pollo del mercado de Lima a fin de evitar la caída de los precios, la Sala estima como adecuada una multa de 15 UIT.

En relación a las empresas Avícolas Asociadas S.A., El Palomar E.I.R.L., Avícola Galeb S.C.R.L, Agropecuaria El Pilar S.A. y Avícola El Rocío S.A. la Sala estima que éstas tuvieron un nivel de participación similar en los acuerdos adoptados, por lo que corresponde hacer diferencias en las multas sólo en función a los niveles de ventas correspondientes, estableciéndose dichas sanciones en 50 UIT, 20 UIT, 50 UIT, 25 UIT, 30 UIT, respectivamente.

En cuanto a la empresa Agropecuaria Contán S.A., a pesar de haber registrado niveles de ventas similares a las empresas arriba mencionadas, dado que sólo se comprobó su participación en los acuerdos, durante el período marzo 1995-abril 1996, la Sala estima que le corresponde una multa de 20 UIT. Respecto a la empresa Avícola Rosmar S.A., dado su menor grado de participación en los acuerdos, en especial, aquellos adoptados durante el período de control de la oferta y eliminación de excedentes en el segundo y tercer trimestre de 1995, la Sala considera que le corresponde una multa de 30 UIT. En atención a ello se establecen las siguientes multas:

Asociación Peruana de Avicultura (APA)	50 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	20 UIT
Agropecuaria El Pilar	25 UIT
Alimentos Protina S.A.	130 UIT
Avícola El Rocío S.A.	30 UIT
Avícola Galeb S.C.R.L.	50 UIT
Avícola Rosmar S.A.	30 UIT
Avícola San Fernando S.A.	450 UIT
Avícolas Asociadas S.A.	50 UIT
Corporación Ganadera S.A.	340 UIT
El Palomar E.I.R.L.	20 UIT
F.Car S.A.	15 UIT
Germán Orbezo Suárez	140 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	220 UIT
Molinos Mayo S.A.	450 UIT
Redondos S.A.	100 UIT

III.7 Los precedentes aprobados por la Comisión.

La Sala, luego de analizar los precedentes aprobados por la Comisión en la resolución apelada, concuerda en principio con ellos. Sin embargo, el segundo supuesto del literal b) del punto séptimo de la parte resolutiva se refiere a la colaboración entre empresas para exportar, aspecto que no ha sido materia de análisis en el presente caso, por lo que no cabe pronunciarse sobre el particular en el presente procedimiento. En consecuencia, corresponde ratificar los precedentes aprobados por la Comisión en la resolución apelada, con la excepción antes mencionada, quedando éstos redactados en los términos señalados en la parte resolutiva de la presente resolución.

III.8 La difusión de la presente resolución.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación de los principios que se enuncian en la parte resolutiva. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano.

IV Resolución DE LA SALA

PRIMERO: Confirmar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en la parte que declara fundado el proceso seguido de oficio contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA), Agropecuaria Contán S.A., Alimentos Protina S.A., Avícola El Rocío S.A., Avícola Galeb S.C.R.L., Avícola Rosmar S.A., Avícola San Fernando S.A., Avícolas Asociadas S.A., Corporación Ganadera S.A., El Palomar E.I.R.L., F.Car S.A., Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A., Molinos Mayo S.A., Agropecuaria El Pilar S.A. y Redondos S.A., por infracción al artículo 6 incisos a), c), d) y h) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

SEGUNDO: Revocar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en la parte que declara fundado el proceso seguido de oficio contra Alimentos Protina S.A., Avícola San Fernando S.A., Corporación Ganadera S.A., Granjas Avivet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez, Molinera San Martín de Porres S.A. y Molinos Mayo S.A. por haber concertado prácticas restrictivas de la competencia al interior de la autodenominada Alianza Estratégica Avícola (AEA) o Intento de Fusión Avícola (IFA), declarando, en consecuencia infundada la acción en este extremo.

TERCERO: Revocar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en la parte que declara fundado el proceso seguido de oficio contra Agropecuaria Villa Victoria S.A., Avícola del Norte S.A., Granjas de Reproductoras El Hatillo S.A. y Haidarliz S.A. y Granja Los Huertos S.A. por infracción al artículo 6 incisos a), c), d) y h) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701, modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

CUARTO: Confirmar la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, en los extremos que no se en-

cuentren comprendidos dentro de los alcances de los puntos Primero, Segundo y Tercero precedentes, modificando las multas impuestas por las siguientes:

Asociación Peruana de Avicultura (APA)	50 UIT
Agropecuaria Contán S.A.	20 UIT
Agropecuaria El Pilar S.A.	25 UIT
Alimentos Protina S.A.	130 UIT
Avícola El Rocío S.A.	30 UIT
Avícola Galeb S.C.R.L.	50 UIT
Avícola Rosmar S.A.	30 UIT
Avícola San Fernando S.A.	450 UIT
Avícolas Asociadas S.A.	50 UIT
Corporación Ganadera S.A.	340 UIT
El Palomar E.I.R.L.	20 UIT
F.Car S.A.	15 UIT
Germán Orbezo Suárez	140 UIT
Molinera San Martín de Porres S.A.	220 UIT
Molinos Mayo S.A.	450 UIT
Redondos S.A.	100 UIT

QUINTO: Ratificar los criterios contenidos en los Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Ind. aprobados por la Comisión de Libre Competencia en la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC, con las modificaciones que se recogen en el siguiente texto:

5.1. "Las asociaciones gremiales y el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701: Las entidades gremiales se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701 en tanto su actuación incide - directa o indirectamente - en el desarrollo de las actividades económicas de sus agremiados. En tal sentido, se encuentran obligadas a respetar las normas que regulan el ejercicio de la libre competencia.

Si bien dichas entidades pueden tener dentro de sus fines el recolectar y difundir entre sus miembros diversa información sobre el sector al que pertenecen así como realizar estudios de mercado, pueden incurrir en una restricción de la competencia, prohibida por los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo N° 701, si limitan la libertad de acción de sus miembros o realizan recomendaciones o establecen conclusiones anticipadas, de forma que provoquen un comportamiento uniforme de sus agremiados en el mercado.

Igualmente, pueden incurrir en prácticas prohibidas por los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo N° 701 cuando, de cualquier modo, instrumentan, divulgan, notifican, controlan, realizan o financian cualquier actividad tendente a la materialización de un acuerdo o decisión anticompetitivos adoptados en su interior por las empresas miembros del gremio."

5.2. Acuerdos de cooperación entre empresas que no restringen la competencia: Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, la colaboración entre empresas puede resultar económicamente favorable y podrá considerarse que los acuerdos adoptados para tal fin no restringen necesariamente la competencia, en los siguientes casos:

i) cuando tengan como único objeto conseguir en común informaciones que las empresas requieren para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado. Sin embargo, si el comportamiento en el mercado de las empresas se coordina - directa o indirectamente - o la libertad de éstas queda limitada, puede configurarse una restricción a la competencia. Por otro lado, el intercambio y la difusión de información a través de organizaciones gremiales, referente a producción y ventas, no presenta objeción alguna si se trata de cifras agregadas donde no se identifica a las empresas y se encuentran a disposición de todas las empresas del sector y publico en general

ii) cuando tengan como único objeto la realización de publicidad en común sobre determinados productos de una rama o identificados por una marca común. Sin embargo, puede existir una restricción de la competencia cuando constituye un mecanismo para facilitar la puesta en práctica de acuerdos de fijación de precios o de otras prácticas restrictivas, o cuando se impida a las empresas llevar a cabo individualmente su propia publicidad o cuando se les impongan otras restricciones.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, considerar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, en la aplicación de los siguientes principios:

5.3. «De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla 'per se'. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados».

SEXTO: Disponer que la Secretaría Técnica remita copia de la presente resolución, así como de la resolución de primera instancia, al Directorio del Indecopi para su publicación en el diario oficial El Peruano de acuerdo a los términos establecidos en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro y José Antonio Payet Puccio.

4.14.2. Resolución N° 0166-1997/TDC-Indecopi

Expediente 029-96-CLC
Procedencia: Comisión de Libre Competencia
Proceso Iniciado de Oficio
Denunciado: Asociación Peruana de Avicultura y Otros
Materia: Reserva del Proceso

Se resuelve mantener la reserva del proceso decretada por la Comisión de Libre Competencia en la resolución N° 069- 96-Indecopi/CLC por considerar que es responsabilidad de la Sala tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de aquella información que pudiese ser confidencial, a fin de no vulnerar el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas en el presente procedimiento.

Lima, 30 de junio de 1997

I. ANTECEDENTES

Por resolución N° 069-96-Indecopi/CLC de fecha 13 de setiembre de 1996, la Comisión de Libre Competencia inició un procedimiento de oficio contra algunas entidades y empresas del sector avícola por presunta concertación de precios en el mercado de pollo carne comercializado vivo en Lima Metropolitana y Callao, durante el período comprendido entre mayo de 1995 a julio de 1996; y, adicionalmente, contra algunas de estas mismas empresas, por presunta concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción, establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores, durante el período comprendido entre octubre de 1995 y julio de 1996. Posteriormente, mediante resoluciones N° 071-96-Indecopi/CLC y 072-96-Indecopi/CLC del 20 de setiembre y 01 de octubre de 1996, respectivamente, se incluyó dentro del procedimiento a otro grupo de empresas del sector avícola. Cabe igualmente destacar que en la resolución N° 069-96-Indecopi/CLC, la Comisión declaró en reserva el presente proceso.

Mediante Resolución N° 001-97-Indecopi/CLC del 15 de enero de 1997, la Comisión declaró fundado el procedimiento, sancionando a las entidades y empresas investigadas en el mismo. El día 19 de junio de 1997, el expediente ha sido elevado a esta Sala en apelación.

Estando pendiente que la Sala resuelva los recursos de apelación interpuestos por las empresas investigadas en el presente proceso, algunas de éstas han solicitado tener acceso a los escritos y documentos presentados por las otras procesadas y a la documentación confidencial recabada en los locales de estas últimas -lo que, tácitamente equivale a solicitar que se levante la reserva decretada por la Comisión-, en tanto consideran que tal documentación les es necesaria para preparar sus defensas.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

De la revisión del expediente, y conforme se desprende de los hechos expuestos, esta Sala debe determinar si procede levantar la reserva del presente proceso, conforme a lo dispuesto en los artículos 6 del Decreto Legislativo N° 807 y 37 inciso j) del Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

En el artículo 37 inciso j) del Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI se establece que las Comisiones del Indecopi tienen la atribución de calificar como reservados o confidenciales determinados documentos o procesos sometidos a su conocimiento, en caso de que pudiera verse vulnerado el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas.

Adicionalmente, en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 807 se establece que la información recibida por un órgano funcional del Indecopi que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso, la norma agrega que el órgano funcional correspondiente tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad .

---

* Artículo 6 del Decreto Legislativo N° 807:
«La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialdiad de la información, bajo responsabilidad.
Únicamente tendrá acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio».

Durante la investigación realizada en primera instancia, la Comisión recabó una serie de documentación de las distintas empresas y entidades procesadas. Parte de esta documentación fue calificada como confidencial, conforme a las atribuciones mencionadas en los párrafos precedentes. De igual manera, los escritos y recursos presentados por la entidades y empresas investigadas han sido considerados confidenciales en tanto contienen información que únicamente le compete conocer a quienes los han presentado.

La documentación restante -esto es, la que no ha sido calificada como confidencial- fue agrupada en los tomos de pruebas de cargo que conforman el expediente, los mismos que contienen todos los medios probatorios que han sido empleados por la Comisión para resolver el presente proceso en primera instancia. La Sala considera pertinente enfatizar que ninguna documentación considerada confidencial ha sido empleada para sustentar la resolución materia de impugnación.

Cada una de las entidades y empresas investigadas ha tenido acceso en primera instancia a toda la documentación que no fue considerada como reservada por la Comisión. Igualmente, cada una de las entidades y empresas investigadas ha tenido acceso en primera instancia a los tomos del expediente que contienen su propia documentación confidencial. Cabe destacar que esta documentación continua a disposición de las procesadas en las oficinas de la Secretaría Técnica de la Sala.

En atención a lo expuesto, y considerando adicionalmente que es responsabilidad de la Sala tomar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva de aquella información que pudiese ser confidencial, a fin de no vulnerar el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas, esta Sala considera que no procede levantar la reserva decretada en el presente procedimiento. Ello, sin embargo, no limita el derecho de cualquiera de las partes involucradas a autorizar de manera expresa que alguna de las otras empresas o entidades investigadas tenga acceso a la documentación que ha sido declarada reservada en salvaguarda de las primeras.

IV Resolución DE LA SALA

Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto mantener la reserva del proceso decretada por la Comisión de Libre Competencia.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre de Sante, Jorge Vega Castro y José Antonio Payet Puccio,

4.14.3. Resolución N° 0167-1997/TDC-Indecopi

Expediente 029-96-CLC

Procedencia: Comisión de Libre Competencia

Proceso: Iniciado de Oficio

Denunciado: Asociación Peruana de Avicultura y Otros

Materia: Suspensión de Efectos de Resolución

Se suspende la ejecución de las multas impuestas mediante Resolución N° 001-97-Indecopi/CLC de la Comisión de Libre Competencia, en tanto esta Sala no resuelva de manera definitiva los recursos de apelación interpuestos, por considerar que la ejecución inmediata de las mismas podría, eventualmente, derivar en un daño innecesario de darse el caso que fuera variada la apreciación de la Comisión, en cuanto a los hechos comprobados y las pruebas existentes en el Expediente.

Lima, 30 de junio de 1997

I. ANTECEDENTES

Mediante resolución N° 001-97-Indecopi-CLC del 15 de enero de 1997, la Comisión de Libre Competencia declaró fundado el proceso iniciado de oficio contra diversas empresas del sector avícola por presunta concertación de precios en el período de abril de 1995 a julio de 1996; y, adicionalmente, contra algunas de estas mismas empresas, por presunta concertación de precios, condiciones de comercialización y volúmenes de producción, establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores, durante el período comprendido entre octubre de 1995 y julio de 1996. Estas empresas fueron sancionadas con las siguientes multas:

1. Asociación Peruana de Avicultura	100	UIT
2. Avícola San Fernando S.A.	1,055	UIT
3. Molinos Mayo S.A.	1,055	UIT
4. Granja Los Huertos S.A.	1,055	UIT
5. Corporación Ganadera S.A.	1,045	UIT
6. Granjas Avi Vet Integración Avícola Germán Orbezo Suárez	384	UIT
7. Alimentos Protina S.A.	348	UIT
8. Molinera San Martín de Porres S.A.	349	UIT
9. Agropecuaria Villavictoria S.A.	100	UIT
10. Redondos S.A.	248	UIT
11. El Palomar E.I.R.L.	60	UIT
12. Agropecuaria del Pilar S.A.	56	UIT
13. Avícolas Asociadas S.A.	115	UIT
14. Avícola Galeb S.C.R.L.	113	UIT
15. Avícola Rosmar S.A.	75	UIT
16. Avícola El Rocío S.A.	64	UIT
17. Avícola del Norte S.A.	64	UIT
18. F. CAR S.A.	37	UIT
19. Agropecuaria Contán S.A.	30	UIT
20.Granja de Reproductoras El Hatillo S.A.	10	UIT
21.Haidarliz S.A.	10	UIT

La resolución N° 001-97-Indecopi-CLC fue apelada por las distintas empresas investigadas y, en consecuencia, el expediente fue elevado a esta Sala el día 19 de junio. A la fecha, estas empresas (con excepción de El Palomar E.I.R.L. y Agropecuaria del Pilar S.A.) han solicitado la suspensión de la ejecución de las multas impuestas.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

De la revisión del expediente y conforme se desprende de los antecedentes expuestos, esta Sala debe determinar si procede ordenar la suspensión de la Resolución N° 001-97-Indecopi/CLC, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 104° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

En el artículo 104° del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 002-94-JUS, se establece que: «La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero la autoridad a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o instancia de parte, la ejecución de la Resolución recurrida si existen razones atendibles para ello».

En el segundo párrafo del artículo 17° del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, se establece que: «Las resoluciones emitidas por las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnatorios que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por algún órgano funcional del Indecopi cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Corte Suprema del Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la Resolución impugnada.»

En el presente caso, la Sala considera que existen motivos excepcionales que justificarían suspender los efectos de la resolución impugnada en tanto no se resuelvan de manera definitiva los recursos de apelación interpuestos por las entidades y empresas investigadas. En particular, la Sala estima que los montos

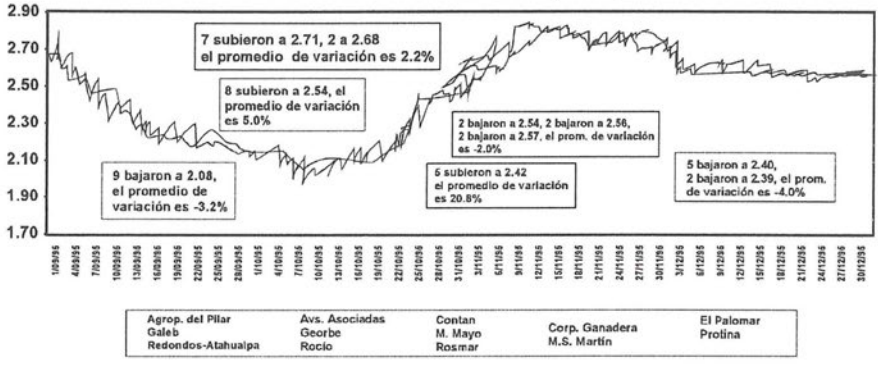
de las sanciones impuestas por la Comisión a algunas de las partes involucradas no son comunes en nuestro medio, razón por la cual la ejecución inmediata de las mismas podrían eventualmente derivar en un daño innecesario de darse el caso que en esta segunda instancia fuera variada la apreciación de la Comisión en cuanto a los hechos comprobados y las pruebas existentes en el expediente. Por otra parte, en lo que concierne a las empresas y entidades que han sido sancionadas con multas de menores montos, esta Sala considera pertinente que también se suspenda la ejecución de estas últimas por razones de equidad.

IV. Resolución DE LA SALA

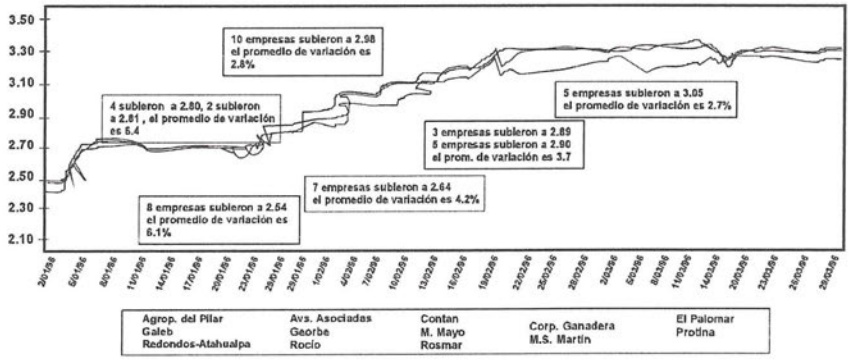
Por los argumentos expuestos, esta Sala ha resuelto suspender la ejecución de las multas impuestas mediante Resolución N° 001-97-Indecopi-CLC de la Comisión de Libre Competencia, en tanto esta Sala no resuelva de manera definitiva los recursos de apelación interpuestos.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre del Sante, Jorge Vega Castro y José Antonio Payet Puccio.

Cuadro 1
Precio del Pollo carne por Kg., empresas investigadas
Setiembre -Diciembre 1995 (soles)



Cuadro 2
Precio del Pollo carne por Kg., empresas investigadas
Enero - Marzo 1996 (soles)



Cuadro 3
Precio del Pollo Carne por Kg., empresas investigadas,
Abril - Julio 1996 (soles)

Cuadro 4
Abril 1995 - Julio 1996 (soles)
Promedio ponderado

CAPÍTULO V
EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL SIGLO XXI

5.1. LAS ECONOMÍAS DE RED Y LOS EFECTOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

El presente capítulo versa sobre el impacto de la revolución tecnológica en la regulación de la libre competencia.

Como producto del avance tecnológico en la robótica y en las telecomunicaciones, el mundo viene experimentando un aceleramiento del ritmo de los acontecimientos, entrando en una nueva etapa la que se denomina sociedad del conocimiento. Dejando atrás la era nuclear y espacial, el hombre del siglo XXI vive en lo que conocemos como la aldea global. Un mundo pequeño, entrelazado por el proceso de globalización y la creciente expansión de las empresas, que buscan ya no un territorio regional o nacional, sino global.

El personaje central es la empresa global, la que participa en el mercado con reglas muy diferentes a las que motivaron las normas antimonopólicas del siglo XIX en los Estados Unidos.

La empresa global

La empresa global es la respuesta a los cambios que se presentan a fines del siglo XX y principios del siglo XXI. Entre ellos tenemos:

- La creciente semejanza en las preferencias de compra de los consumidores en diversos países.
- Un aumento de la capacidad adquisitiva de los consumidores y un mayor deseo de obtener productos ofrecidos mundialmente, gustos que tienen a estandarizarse.
- La reducción de barreras arancelarias y no arancelarias.
- La política de bloques comerciales y el uso del modelo neo-liberal en el comercio mundial.
- Las inversiones en tecnología se han vuelto demasiados costosas para amortizarlas en un solo país.
- Debido a la constante competencia es cada vez más difícil innovar. Se afirma que el ritmo de innovación es tan veloz que cada 5 años se duplicará el conocimiento humano adquirido a la fecha.

- El rol de los competidores está cambiando la naturaleza de la rivalidad, de nacional país a global, lo que obliga a las empresas multinacionales a competir globalmente.

El fenómeno de la globalización se generaliza y acentúa. No debemos olvidar que toda industria tiene aspectos globales o potencialmente globales. Una industria es global en la medida que tenga conexiones entre países. Una estrategia es global en el grado en que esté integrada entre diversos países. La estrategia global no se debe comparar con ningún elemento particular, como productos estandarizados o un mercado mundial, sino más bien como la combinación de varios elementos interrelacionados.

Desde el punto de vista empresarial existen varias razones para adoptar una estrategia global, entre ellas:

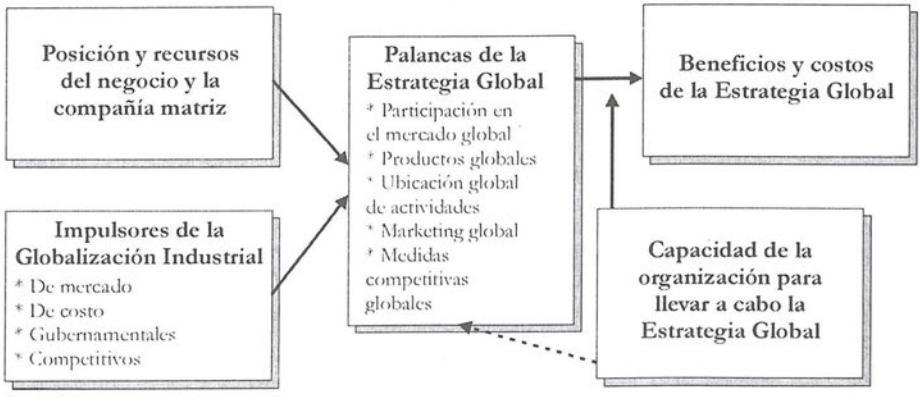
- Las trabas al comercio mundial se están derrumbando.
- Se presenta un aumento de las adquisiciones de empresas locales por extranjeras.
- Existe un aumento de lugares viables y competitivos en el mundo que permiten operar con bajos costos (Vietnam, Tailandia) o con alta satisfacción (Hong Kong, Singapur).
- El rol de los nuevos competidores globales, como Japón, determina la necesidad de variar el estilo y comportamiento gerencial.
- A esto debemos agregar la revolución en las comunicaciones y la informática.

Cabe preguntarnos: ¿Cuáles son las claves de un estrategia global?

En primer lugar, el desarrollar la estrategia básica – base de una ventaja sostenible. Esta se desarrolla en el país sede y significa que antes de competir mundialmente tenemos que tener una sólida base en el país de origen. Luego pasamos al segundo paso, esto es, internacionalizar la estrategia básica mediante la expansión de actividades y la adaptación de la estrategia básica a varios países. Finalmente pasamos a la tercera etapa, la de globalizar la estrategia internacional lo que significa integrar la estrategia para todos los países.

La estrategia global se puede graficar del modo siguiente:

Marco de referencia para la estrategia global



Fuente: YIP, George S. *Globalización* (adaptado de YIP, 1989) , p. 5.

En el siguiente cuadro explicamos los pasos de desarrollo de la estrategia global:

DESARROLLO DE UNA ESTRATEGIA MERCANTIL BASICA	-Tipo de producto o servicio que ofrece el negocio -Tipos de clientes a quienes sirve. -Mercados que sirve -Fuentes de ventaja competitiva sostenible -Actitud competitiva -Estrategia de inversion
DESARROLLO DE UNA ESTRATEGIA INTERNACIONAL	-Selección de mercados meta. -Anallisis de barreras al comercio -Diferencias en entorno legal -Diferencias culturales. -La internacionalización implica estrategias que tienen muchas Diferencias de país en país..
DESARROLLO DE UNA ESTRATEGIA DE GLOBALIZACION	-Aspectos de la estrategia a globalizar -Tomar en cuenta: * Los impulsores de la globalizacion industrial * Condiciones de la industria y de la economia del negocio

Fuente: Yip, George S. *Op. cit.*, pp. 6-10.

Existen varios beneficios para la empresa que utiliza una estrategia global. Entre estos encontramos:

1. La reducción de costos por efecto de economía de escala.
2. Una calidad mejorada de productos y programas.
3. Mayor preferencia de los clientes y mayor eficacia competitiva.

Pero también existen desventajas en la implementación de una estrategia global, tales como:

- Gastos administrativos cuantiosos por aumento de la coordinación y por la necesidad de informar, así como el aumento de personal.
- Reducir la eficacia de la administración de cada país por alta concentración.
- Sobre la participación de mercado al adquirir compromisos prematuros o muy grandes.
- La estandarización puede dejar clientes insatisfechos.

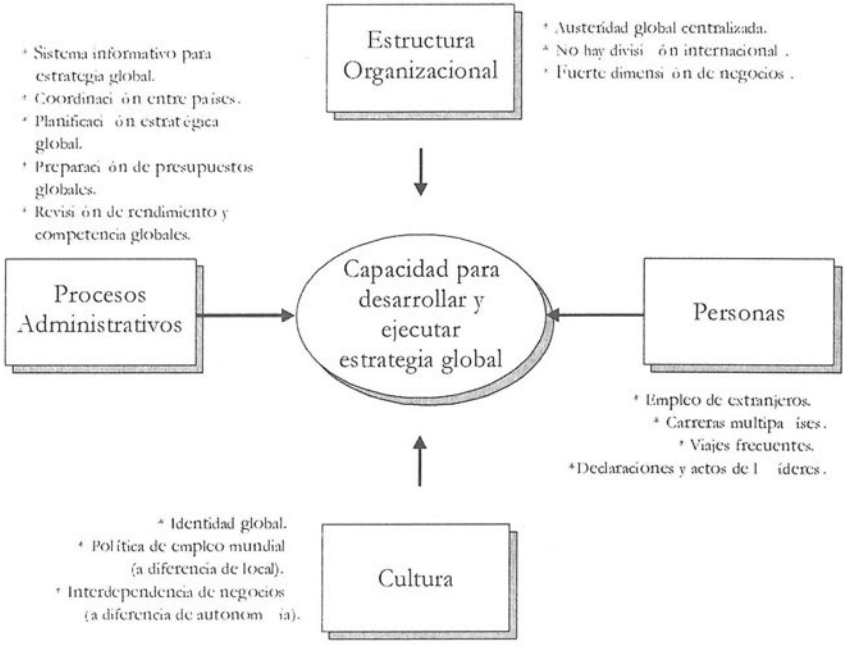
Habiendo analizado en forma breve las ventajas y desventajas de la estrategia global procedamos a descubrir los factores administrativos y organizacionales que afectan a la estrategia global. La capacidad para desarrollar o no una estrategia global se ilustra a continuación:

Factores administrativos y organizacionales que afectan a la estrategia global

Fuente: YIP, George S. *Op. cit.*, p. 31.

En tanto que los elementos de la organización global son:

Elementos de la organización global



Fuente: YIP, George S. *Op. cit.*, (adaptado de YIP, LOEWE y YOSHINO 1988), p. 200.

Para analizar cómo lograr beneficios en el proceso de globalización tenemos que considerar las palancas de la estrategia global, a saber:

Como lograr beneficios de globalización
Las palancas de la estrategia global

Palancas de Estrategia Global	Beneficios				Principales desventajas
	Reducción de costos	Calidad mejorada	Más presencia de los clientes	Eficacia competitiva	Todas las palancas causan costos de coordinación, etc.
Participación de mercado global	Mayor volumen con economías de escala.	Por atención a clientes exigentes y por competidores innovadores.	Por globalización de disponibilidad, serviciabilidad global y reconocimiento global.	Ventaja de entrar temprano. Ofrece más puntos de ataque y contataque, rehén conducta.	Compromiso prematuro o más grande de los que merece determinado mercado.
Productos globales	Reduce duplicación de esfuerzos de desarrollo. Reduce costos de compras, de producción y de inventario.	Concentra recursos de desarrollo y administrativos.	Les permite a los consumidores usar productos familiares estando en el exterior. Les permite a las organizaciones usar los mismos productos en todos los países y regiones.	Base para invasión de mercados a bajo costo. Contrarresta desventaja de baja participación de mercado.	Menos sensibilidad a las necesidades locales
Localización global de actividades	Reduce duplicación de actividades. Ayuda a explotar economía a escala. Explota diferencia de costos de factores entre países. La concentración parcial de flexibilidad frente a fluctuaciones de cambio y frente a negociadores.	Concentra habilidades y recursos. Permite un control de calidad más uniforme.	-----	Permite sostener la ventaja de costos independientemente de las condiciones locales. Da flexibilidad para decidir en qué basar la ventaja competitiva.	Aparta el cliente de las actividades. Aumenta riesgos por fluctuaciones de divisas. Aumenta el riesgo de crear competidores. Más difícil de manejar la cadena de valor.
Marketing global	Reduce costos de diseño y de producción de programas de marketing	Concentra habilidades y recursos. Refuerza buenas ideas escasas.	Refuerza los mensajes de marketing llevando a los clientes a la misma mezcla en los diferentes países.	-----	Reduce adaptación al comportamiento del cliente local y al ambiente de marketing
Medidas competitivas globales	-----	-----	-----	Magnifica los recursos disponibles para cualquier .país. Proporciona más opciones y más poder de ataque y defensa.	Se podría sacrificar al competitividad local.

Fuente: Yip, George S. *Op. cit.*, p. 22.

¿Cuáles son las características organizacionales deseables para diversos tipos de negocios?

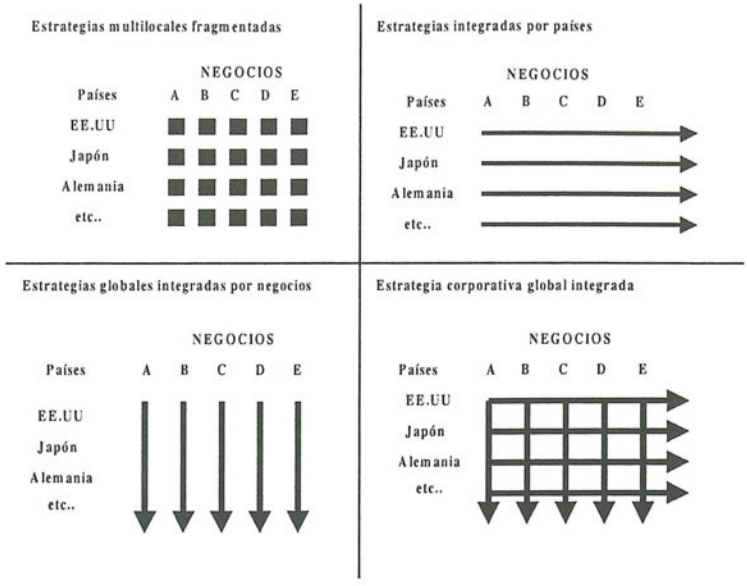
Como lograr beneficios de globalización
Las palancas de la estrategia global

Espacio geográfico	Estructura organizacional	Procesos administrativos	Personal	Cultura
Global	Autoridad central globalizada. No hay separación nacional-internacional. Fuerte dimensión de negocio con respecto a geografía y función.	Extensos procesos de coordinación. Tecnología compartida globalmente. Sistema global de información. La planificación estratégica, presupuestos, revisión del desempeño y las compensaciones son globales.	Carreras multipaíses. Extranjeros empleados en país sede y terceros países. Viajes frecuentes.	Identidad global. Interdependencia.
Multilocal	Autoridad nacional dispersa. No hay separación nacional-internacional. Fuerte dimensión geográfica con respecto a negocios y función.	Transferencia de tecnología desde la sede. Sistemas nacionales de información. Planificación estratégica presupuestos, revisión del desempeño y compensaciones nacionales.	Profesionales expatriados. Nacionales manejan negocios locales. Viajes limitados.	Identidad multinacional. Autonomía.
Basado en exportación	Control centralizado en país sede.	Dirección, no coordinación. Flujo de información en un solo sentido hacia la oficina central. No hay transferencia de tecnología.	Nacionales del país de origen manejan subsidiarias locales de marketing	Cultura del país sede.

Fuente: YIP, George S. *Op. cit.*, p. 202.

Se presentan diversos enfoques corporativos en la estrategia mundial:

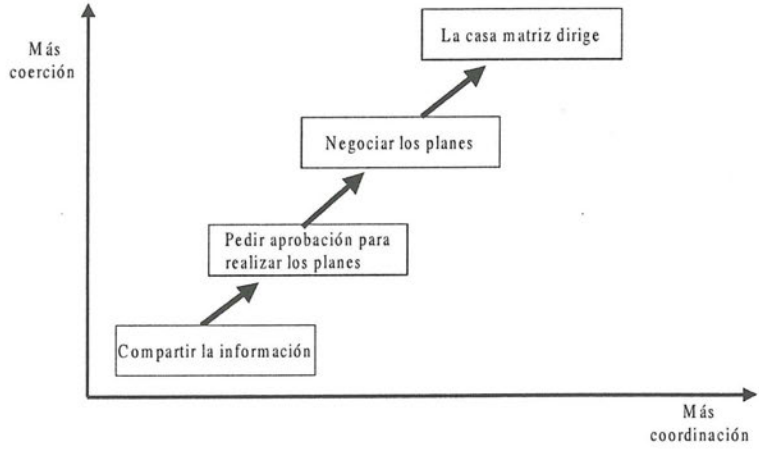
DIVERSOS ENFOQUES CORPORATIVOS DE ESTRATEGIA MUNDIAL



Fuente: YIP, George S. *Op. cit.*, p. 209.

Al aumentar los niveles de coordinación entre países se presenta una creciente centralización tal como lo demuestra el siguiente cuadro:

NIVELES DE COORDINACION ENTRE PAISES



Fuente: YIP, George S. *Op. cit.*, p. 216.

Procedamos a enumerar[1446] algunas reglas para lograr la organización global. Para crear la organización global los administradores deben tener presente las siguientes reglas:

- Una estrategia global no puede tener éxito si existen barreras y resistencia en la organización.
- Distintos aspectos de la organización —trátese de estructura, de procedimientos administrativos, de personal o de cultura, serán más difíciles de globalizar según la historia y las circunstancias de la compañía. Puede ser preferible trabajar primero en los aspectos más fáciles de cambiar, a fin de preparar el camino para los cambios más difíciles.
- Lo mismo que los elementos de la estrategia global, los distintos aspectos de la organización pueden tener distintos niveles de globalización.
- Pero la globalización no funcionará completamente hasta que todos los aspectos de la organización se complementen entre sí para sustentar la deseada estrategia global.
- Cambiar la organización, especialmente hacia la globalización, puede ser cuestión de muy largo tiempo. La alta administración debe infundir un sentido de urgencia para impulsar los cambios deseados.

¿Cómo afecta este proceso de globalización al análisis de la legislación de control de la libre competencia?

Es evidente que la empresa global actúa en el mundo como si fuera un solo mercado. Su estrategia comprende el manejo de varios mercados nacionales usando subsidios cruzados con un balance consolidado. Conforme se derrumban las medidas arancelarias y para arancelarias a nivel internacional, el libre tráfico de productos y el costo decreciente de su transporte alteran el concepto de mercado relevante y con ello conceptos vinculados como el abuso de posición de dominio. Los procesos de concentración mundial y la competencia global por la facilidad del transporte obliga a repensar gran parte de la teoría de la legislación antimonopólica. Sin embargo, es en el tema del comercio electrónico donde se esta produciendo la mayor revolución y por ello es objeto central de nuestro análisis en el presente capítulo.

Harry Davis cita al Comisionado de Comercio Federal Orson Swindeler[1447], quien señala que el comercio electrónico se está convirtiendo en el mayor mercado del mundo y que desde 1998 sobrepasa la enorme cifra de 300 billones de dólares, superando al sector energía (230 billones) y al de telecomunicaciones (270 billones).

No sorprende que con este crecimiento exponencial surjan temas propios del *antitrust* que debemos distinguir y cualificar. La velocidad con la cual se crean las empresas en Internet y su versatilidad no las hacen inmunes a las leyes *antitrust* y por ello es conveniente comparar las semejanzas y diferencias con la metodología usada hasta el presente para empresas más tradicionales.

[1446] YIP, Goerge S. *Globalización. Estrategias para obtener una ventaja competitiva internacional.* Colombia: Editorial Norma, Marzo 1996, p. 241.

[1447] BALTO, David. *Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce. In Distribution Practices: Antitrust Counseling in the Millenium.* Columbus, Ohio: November 12, 1999.

Una primera realidad que notamos es el mayor flujo de tráfico comercial entre empresas. Aquello que en inglés se denomina *B 2 B Ventures*. Entre estas destacan las industrias de automóviles, aeroespacial, la industria de defensa, la industria hotelera. Como resultado de esto más que una época de clara competencia vivimos en una época de «competencia cooperativa o de alianzas». Ello nos lleva a varios temas propios del *antitrust*. La primera pregunta que debemos formularnos es: ¿Qué tan amplia debe ser esta cooperación? Si como resultado de la cooperación quedan pocos competidores esto puede resultar en una reducción de la eficiencia que motivó la alianza en primer lugar. De otro lado, muchos competidores puede resultar en un monopsonio (demasiado poder de los compradores). Por último, si la alianza crece a tal punto que la alianza de cualquier potencial competidor es un requisito para que participe en un mercado determinado, admitiendo algunos pero excluyendo otros, esta política puede llegar a constituir un boicot de grupo, el que es una variante de restricción horizontal.

Otro tema de interés propio del nuevo entorno que vivimos es determinar qué información estará disponible en el *site* de Internet y a quien se le dará acceso. Si bien es cierto que cierto nivel de transparencia se anticipa en este tipo de intercambio, dando lugar a eficiencias procompetitivas también lo es el que los competidores, a través de este mecanismo, están señalizando precios y generando con ello oportunidades de colusión. De allí que debe controlarse la finalidad y alcance del *site*.

Dentro de esta nueva tónica es valioso el aporte del Departamento de Justicia Americana[1448] el cual ha publicado un documento denominado «*Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors*». Estos lineamientos están diseñados para proveer una dirección general a la comunidad empresarial sobre cómo un regulador de la libre competencia procederá a interpretar las varias formas de colaboración empresarial que se presentan entre los competidores. Actualmente estos lineamientos definen la «colaboración de un competidor» como uno o más acuerdos, distintos a la fusión, entre competidores para desarrollar una actividad económica conjunta y la actividad económica resultante del acuerdo.

Esta colaboración puede adoptar varias modalidades tales como el *joint venture*, alianzas estratégicas, acuerdos de licencia o asociaciones profesionales. Las empresas celebran estos arreglos porque a través de estos pueden: a) combinar en forma complementaria sus experiencias y habilidades, b) Compartir los riesgos de desarrollo de nuevos mercados, c) Lograr economías de escala y alcance que ninguna de las firmas hubiera podido lograr individualmente, d) Penetrar mercados distantes[1449].

Todas y cada una de estas razones son procompetitivas y por ende válidas dentro de la legislación protectora de la libre competencia.

Reconociendo la existencia de un mercado global y el auge del comercio mundial, los entes reguladores de la libre competencia tratan de equilibrar dos políticas: Alentar las prácticas de negocio eficientes (procompetitivas) y desalentar las colusiones anticompetitivas. Una de las formas es establecer lineamientos sobre este tema que brindan dos zonas seguras a los competidores.

[1448] *Ibidem*

[1449] *Ibidem*

La primera zona de seguridad que se detalla en los lineamientos del Departamento de Justicia nos permite estar seguros de no estar infringiendo normas propias de la libre competencia. Esta se presenta cuando los acuerdos de colaboración involucran empresas con menos del 20% del mercado relevante y la conducta de colaboración bajo estudio no involucra un tipo de conducta que podría considerarse *per se* ilegal (como la fijación horizontal de precios o el reparto de mercado). Como la mayoría de los convenios de colaboración involucran empresas que en su conjunto no superan el 20% de participación de mercado podemos afirmar que todos estos acuerdos caen en la primera zona de seguridad creada por el *Department of Justice Guidelines.*

La segunda zona de seguridad está referida a los acuerdos de colaboración en el área de investigación y desarrollo. Esta zona de seguridad se presenta cuando las empresas colaboran entre sí siendo conscientes que contribuyen en el desarrollo de un mercado nuevo e innovativo, siempre y cuando existan al menos otros tres esfuerzos de investigación independientes que compitan con la alianza.

Pese a lo importante que son los *Antitrust Guidelines for Collaboration among Competitors* estos no cubren todas las posibles consecuencias de la revolución comercial y tecnológica que se vive en el siglo XXI, ni los cuestionamientos que se presentan a la metodología tradicional de análisis de casos de *antitrust.* Por ello debemos tratar con más detalle sus características.

El primer tema que abordaremos es el referido al problema del boicot horizontal (*horizontal group boycott*). Este se define como el esfuerzo conjunto de dos o más firmas competidoras para perjudicar a otro competidor negándole insumos o impidiendo que participe en algún aspecto importante del mercado. (Los boicots son conocidos también como acuerdos colectivos de negación a contratar). Los acuerdos que son calificados como boicot son *per se* ilegales cuando: 1) El efecto del boicot es cortar el acceso al suministro, infraestructura o mercado, necesario para que la firma boicoteada compita. 2) Las firmas boicoteantes poseen una posición dominante en un mercado relevante y 3) No hay un argumento razonable, pausible o coherente que defienda que el boicot fue hecho con la intención de aumentar la eficiencia global del mercado y con ello hacer a este más competitivo.

Un caso que ejemplifica este tipo de conducta en el Internet se presentó en octubre de 1998[1450]. La *Federal Trade Commision* abrió proceso contra cinco distribuidores de Chrysler ubicados en la costa noreste de los Estados Unidos por cuanto estas firmas habían acordado un boicot contra un distribuidor que vendía a precios rebajados, vía Internet. El grupo estableció un «sistema de cuotas justas» y amenazó con dejar de vender ciertos modelos y limitar la garantía post venta si Chrysler no aceptaba reducir la cuota de autos a favor de este distribuidor que utilizaba Internet. Chrysler, en vez de aceptar esta presión de grupo, denunció el hecho al FTC, la cual, luego de una rápida investigación, encontró culpables a los distribuidores de violar las normas de libre competencia.

En otros casos donde se presentan alianzas en Internet las firmas pueden realizar esfuerzos para negar el acceso a la competencia a importantes fuentes de información, productos u otros aspectos necesarios para competir.

[1450] Caso C-3832, «www.ftc.gov/os/1998/9810/9710065».

El efecto red (*network*)

El efecto red (*network*) surge cuando el efecto neto de una acción (consumir un bien o suscribirse a un servicio telefónico) es afectado por el número de personas que han adoptado la misma decisión[1451].

En estas circunstancias el valor de la red (*network*) crece en proporción directa al número de usuarios. Con una masa crítica de usuarios la red puede volverse rápidamente dominante. Ejemplo de esto son las empresas de teléfonos (Telefónica, ATT) los servicios eléctricos, tarjetas de crédito (AMEX, Mastercard), cajeros automáticos, VHS y el sistema Windows de Microsoft.

Conforme más y más personas usan el producto se incrementa el valor de la red (un sólo teléfono no tiene valor pero una red telefónica si es valiosa). El Internet en sí mismo es una red de computadoras, servidores y páginas web, las que deben trabajar juntas para que tengan valor. Por ello el Internet y mucho del *e-commerce* está sujeto al fenómeno red o *network*.

La legislación abocada a la protección de la libre competencia (*antitrust*) manifiesta preocupación frente al efecto red. Esto es así porque el efecto red (*network*) podría permitir que algunos competidores que ingresen al principio en un mercado logren el dominio del mismo, comenzando antes y construyendo una amplia base de usuarios. Con cada nuevo miembro que integra la red aumenta el valor de la posición de este primer competidor. A esto se le conoce como «la ventaja del primero en entrar». El efecto de la red y la ventaja del primero puede llevar a incurrir en altos costos de transacción por cualquier cambio que deseara realizar el usuario, lo que impide el desarrollo de cualquier rival.

Así, tomemos el ejemplo de los discos compactos. Vemos que existe en la actualidad una enorme masa de usuarios y de tocadiscos, por lo que aún con la tecnología actual lista para reemplazarlos por un producto mejor el costo de hacerlo, es decir, el costo de transacción, es tan alto, por el efecto red, que la barrera de ingreso es alta, por lo menos hasta que se halla desarrollado otra red de usuarios de tecnología alterna.

Más aún, debemos ser conscientes de un problema adicional que genera el efecto red. Los consumidores no estarán dispuestos a cambiar su posición actual por una nueva tecnología sino se les garantiza una amplia gama de opciones (biblioteca de música o videos en DVD) mientras que los distribuidores de música o videos no estarán dispuestos a usar la nueva tecnología sino se les garantiza una base amplia de consumidores que compren el nuevo formato.

Si bien el efecto red puede crear barreras al ingreso también puede ser un factor de eficiencia e innovación. Por ello los entes reguladores deben estudiar cada situación bajo la regla de la razón observando con cuidado aquellos casos en los cuales puede predominar un efecto anticompetitivo.

Se han presentado casos recientes en los cuales el factor predominantemente anticompetitivo ha dado lugar a procedimientos judiciales por parte del Departamento de Justicia

---

[1451] LIEBOWITZ, S. J. y MARGOLIS, S. E. «Network Externality an Uncommon Tragedy». En: *Journal Economic Perspectives*, 1994, Vol. 8, No. 2, p. 35.

Norteamericano. El más famoso es el de los Estados Unidos contra Microsoft. La acusación del gobierno americano es que el efecto red del sistema operativo Windows crea una barrera significativa al desarrollo de sistemas alternativos. Los hallazgos de la Corte en la etapa de investigación concluyen que Microsoft posee un poder monopólico en el mercado y que Microsoft ha abusado de este poder impidiendo que los usuarios tengan la oportunidad de usar otros buscadores (como el Suns Java o el Netscape Navigator). El resultado de la investigación, aún en apelación, es una orden administrativa que ordena dividir la empresa Microsoft.

Otro caso de interés reciente es el de Estados Unidos vs. Realty Multilist Inc. En este caso un grupo de corredores de bienes raíces de Georgia, USA, conformaron una lista en virtud de la cual los participantes tenían acceso a información que detallaba las propiedades ofrecidas por ellos. Los corredores involucrados negaron a los demás competidores el acceso a estas listas, esto es, unirse al servicio. Esto debilitaba enormemente a la competencia en cuanto su habilidad de competir, al no tener acceso a esta fuente de información común de propiedades en venta. El Departamento de Justicia ordenó que todos los corredores podían usar la red y tener derecho a ser miembros de la misma.

David Balto nos narra el caso de AT&T[1452]. Esta firma fue obligada a desinvertir de la telefonía local al negarse a dar acceso a su red a la competencia (MCI, Sprint y otros). Luego del proceso de desinversión las líneas locales permitieron que varias de estas empresas se interconecten con ellas.

Alan Weinschel mantiene una posición interesante. Según este autor:

> «No hay reglas especiales de *antitrust* que traten sobre Internet. El Internet es simplemente otro canal de distribución y debe ser tratado como tal. La naturaleza del Internet, sin embargo, hace que el poder de mercado se presente raramente por cuanto el ingreso es fácil y la habilidad de cobrar precios supra competitivos es extremadamente rara. Obviamente hay potenciales cuellos de botella donde el poder de mercado puede ejercerse (Microsoft) pero son raros y no un tema cotidiano»[1453].

Sin embargo, al llevar adelante el comercio electrónico uno puede incurrir en violaciones propias del *antitrust* y por ello debemos tener en cuenta principios fundamentales.

El propósito de toda la legislación *antitrust* es proteger y promover la competencia. La teoría es que a mayor competencia (mayor número de jugadores en un mercado), mayor calidad de los bienes y servicios que se proveen a un menor precio en beneficio para el consumidor.

El primer concepto que debe llamarnos la atención en la actualidad es el concepto de mercado relevante. El impacto de una restricción debe calcularse en el contexto de un mercado relevante para un producto o para un área geográfica. El Internet no crea necesariamente un mercado relevante para un producto y para casi todo propósito el mercado geográfico es irrelevante para el Internet. Los elementos fundamentales para determinar un mercado relevante para un producto son:

[1452] U.S. vs. ATT 522 F. Supp 131 (DDC 1982).

[1453] WEINSCHEL, Alan. *Antitrust Section. ABA, Antitrust Section Weill.* New York: Gothsal & Manges.

1. Sustituibilidad funcional
2. Elasticidad cruzada de precios y demanda. En otras palabras, el incremento de precio de un producto determina que los clientes sustituyan este por otro producto similar.

Stephen Ross nos dice:

«La definición del mercado es un proceso que consiste en identificar aquellos vendedores que están en una posición tal que pueden mantener sus precios bajos, expandir su producción y mantener la calidad de sus productos a fin de evitar que un competidor pueda exitosamente aumentar su precio, bajar su producción o reducir la calidad de su producto. A pesar que usualmente pensamos en mercados en términos de productos (un mercado de cerveza) o áreas geográficas (local, regional o nacional) la clave se halla en la investigación de potenciales rivales que aseguren que la competencia se mantenga.

Tres categorías de empresas crean el riesgo competitivo que evita la conducta monopolística. La primera categoría incluye firmas cuyos productos compiten con aquellos que vende la empresa bajo investigación. Si esta firma tratara de ejercer su poder económico, por ejemplo (elevando el precio), los consumidores podrían volverse hacia estos competidores y comprar sus productos. Una segunda categoría consiste en aquellas empresas que venden en otras áreas geográficas. Si los consumidores están dispuestos a comprender estas áreas geográficas en lugar del de la empresa investigada, el área del mercado relevante debe ampliarse e incluirlos. Una tercera categoría incluye vendedores que no están actualmente compitiendo con el investigado pero que son potenciales competidores. Si esta firma trata de explotar a sus consumidores, estos vendedores, pueden desplazarse al área geográfica y producir o vender en el área»[1454].

El concepto requiere de profunda reflexión en vista de las nuevas formas de hacer negocio. Hoy en día es posible visitar virtualmente las galerías Lafayette de Paris y ejercer nuestra opción de compra contra tarjetas de crédito y remisión por DHL ó Federal Express. Por otro lado si todavía nos preocupa el impacto de las aduanas pensemos en las compras de bienes inmateriales como programas o textos que pueden ser enviados de máquina a máquina. Lo mismo ocurre con bienes como películas o información estadística. Las super tiendas de Amazon.com, Barnes and Nobles, Borders, etc. complementan sus servicios con entregas a domicilio lo que determina que la distancia no tenga importancia.

De allí el cuestionamiento de cuál es el real valor de un mercado local. Conforme un consumidor puede acceder a compras a nivel mundial y las firmas gozar de desgravaciones arancelarias y para-arancelarias tendientes a cero las firmas locales deberán reflexionar sobre su verdadero poder en un mercado local.

Como vemos la revolución del comercio electrónico cuestiona las formas tradicionales de análisis de la legislación protectora de la libre competencia. Pese a ello Alan Weinschel insiste que la metodología como tal no sufre variaciones pese a que el objeto de estudio o modalidad ha cambiado. Veamos otros temas propios de la era del Internet.

[1454] Ross, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. University Textbook Series, p. 144.

Temas de especial interés para la legislación antimonopólica en la era del *Internet*[1455]

Si consideramos los temas propios del comercio electrónico y del Internet y si estos se tienen que analizar a través de los principios y metodología del *antitrust* clásico, entonces debemos concluir que el objeto y sujeto de estudio han variado sustancialmente y que unos temas tendrán más posibilidad de aparecer que otros. Así, los nuevos temas a estudiar son la fijación vertical de precios, la selección de clientes y la restricción vertical diferentes al precio, la discriminación en función de precios y los esfuerzos conjuntos de los distribuidores tradicionales contra aquellos que usan y se sirven de la red.

La fijación de precios a nivel vertical

Como sabemos es ilegal *per se* que un fabricante u otro vendedor determine los precios de reventa de un comprador a sus clientes finales. Esto incluye productos re-vendidos a través de la red o en *Internet sites*. Un fabricante no puede solicitar a su vendedor de Internet que venda a un precio predeterminado mínimo.

Sin embargo, el vendedor puede unilateralmente dejar de comerciar con el cliente sin verse obligado a dar razón alguna. En este contexto unilateralmente significa que si bien es un derecho no tratar comercialmente con un tercero, una empresa no puede dejar de hacerlo al mismo tiempo que otras personas o distribuidores. Se puede inferir una conspiración si varios fabricantes dejan simultáneamente de vender a un distribuidor. No si un fabricante deja de vender a un distribuidor ante la queja de otros distribuidores.

Relación con los clientes y restricciones verticales diferentes al precio

- Es legal escoger como clientes a distribuidores específicos, en función de una decisión unilateral del proveedor basada en que cierta imagen le es deseable y otra no.
- Es ilegal establecer ciertas restricciones verticales diferentes a restricción sobre el precio (como cláusulas que determinan áreas o ubicación, restricciones territoriales y/o de clientes). Todas estas restricciones deben ser analizadas en función de la regla de la razón.
- Cualquier relación de competencia entre marcas. Como producto tales acuerdos deben ser evaluados en función de los efectos procompetitivos de la competencia entre marcas.
- Si no hay efectos en la competencia intermarca es permisible para un vendedor prohibir a distribuidores convencionales vender en *sites* distintos a los que ha contratado. Bajo estos criterios la prohibición de vender por Internet también es defendible.

[1455] Monsanto Co. vs. Spray Rite Service Corp., 465 vs. 752 / Business Electronics Corp vs. Sharp Electronics Corp., 485 vs. 717.

La discusión de precios

El hecho que las ventas se efectúen a través de diferentes canales de distribución, o la industria reconozca diferentes tipos de negocios, no lo hace inmune a la fiscalización de la legislación *antitrust*. En cierto modo los distribuidores compiten por los mismos clientes y por ello las políticas de precios y promociones deben cumplir con normas, sin olvidar que los niveles de costos variarán en función del alcance y escala del vendedor.

El hecho que los vendedores, vía Internet, tengan costos mucho menores no implica precios predatorios. No olvidemos que el sistema permite un ahorro considerable. Pese a ello la industria editorial demandó a *Barnes and Nobles* y *Amazon.com*, así como las tiendas de video música a las cadenas de tiendas de video a *Blockbuster* y en el caso de las farmacias las tiendas tradicionales a los fabricantes de fármacos que venden por Internet.

Finalmente debemos referirnos al caso del boicot o acciones colectivas de distribuidores para eliminar a los distribuidores y usuarios del sistema. El caso de Chysler ya fue comentado.

David Balto[1456] en su interesante artículo «Emerging Antitrust Issues in Electronic Commerce» complementa y amplía varias de las ideas expuestas. Este autor nos introduce en la revolución que significa el comercio electrónico. Como ya señalamos el volumen de las transacciones es realmente asombroso y se afirma que para finales de 1999 los ingresos por Internet totalizaron un monto superior a los 500 billones de dólares de los cuales 35% al 40% corresponden a convenios electrónicos.

Balto comenta:

> «Estamos en la mitad de una revolución en el comercio, una que tendrá enormes consecuencias en la forma en la cual se hacen los negocios y en la forma en la cual los recursos de la sociedad son asignados entre negocios y consumidores».

Si bien los mercados evolucionan rápidamente el número de competidores y el volumen de comercio crece a pasos agigantados. Pese a ello, señala el autor, el marco de análisis del *antitrust* aún guarda vigencia. Los órganos reguladores continúan en su labor de salvaguardar la transparencia de las reglas de juego y que el juego competitivo permanezca como tal.

Se desea que el proceso innovativo del comercio electrónico no quede comprometido con barreras artificiales de entrada, erigidas por competidores o por mandato imperativo. Asimismo que las fuerzas privadas generadas por los competidores actuales no impidan en forma colectiva o unilateral la participación de terceros restando eficiencia al mercado.

El comercio electrónico es un medio alternativo de efectuar transacciones comerciales. Sin embargo, como involucra empresas de alta tecnología el foco de análisis es distinto. Por ello se deben desarrollar nuevos métodos de protección para privilegiar el proceso innovativo que provee el estímulo para el crecimiento económico y el bienestar del consumidor.

[1456] Balto (1999). *Op. cit.*

David Balto[1457] trata estos aspectos a través de una pregunta fundamental que citamos textualmente: ¿En qué es diferente el comercio electrónico de otras formas de comercio?

Se dice frecuentemente que el *antitrust* es una construcción analítica que se aplica igualmente, en forma positiva, a cualquier industria o mercado. Esto es potencialmente cierto. El análisis *antitrust* podría usar los «principios generales» pues estos principios deben ser usados en el contexto de un entorno, esto es, de un mercado particular. Si el comercio electrónico es diferente, la primera pregunta que debemos responder es. ¿En qué es diferente? Hay varias razones por las cuales el comercio electrónico puede diferir del tipo de actividades definidas como industrias de «ladrillo y mortero». Estas razones nos son familiares porque muchas de estas diferencias se aplican igualmente a las industrias de alta tecnología. Así, la experiencia de la Comisión del Departamento de Justicia en la aplicación de normas de libre competencia en la industria de computadoras, telecomunicaciones, fármacos y demás se vuelve fundamental para abordar el tema del comercio electrónico.

Algunas características de este mercado incluyen:

1. El predominio del consumidor y el rol de los intermediarios

El más importante aspecto del Internet, desde la perspectiva del consumidor, es el incremento que este goza de opciones y alternativas y especialmente en la cantidad de información sobre productos y servicios que el consumidor puede obtener.

Hace apenas una generación un consumidor tenía un rango limitado de opciones, de por ejemplo, bancos locales (regionales o nacionales), unas pocas agencias de viaje, unos pocos agentes de bolsa, varias aseguradoras y unas pocas tiendas de departamentos. Ahora el consumidor puede escoger entre cientos de bancos (en línea), muchos intermediarios para sus viajes (hoteles, operadores de tours, líneas aéreas) contactar directamente con cuántas docenas de agentes de bolsa y distintas compañías de seguro desee.

Tan importante como la ruptura de las fronteras es el incremento asombroso de alternativas competitivas y el enorme número de intermediarios, de tal forma que el consumidor tiene ahora una enorme ayuda asistido de todo tipo de información.

Muchos de estos intermediarios crean nuevos servicios y mercados. En otros casos sustituyen a los actuales competidores o compiten con los más tradicionales. Así, es una alternativa del consumidor del siglo XXI comprar en una librería tradicional o pedir textos vía Amazon.com, llamar a una empresa de seguros o usar intermediarios que, además, brindan información valiosa adicional, vía creación de alternativas. Es un axioma que la información es vital para la competitividad del mercado. Una explosión de información nos lleva a más informados consumidores y a una mayor competencia.

Sin embargo este dominio de los consumidores puede también generar problemas a la libre competencia. Es inevitable que muchas firmas serán perjudicadas por estas nuevas tecnologías y tendrán reacciones ilegales. Ya analizamos el caso de los distribuidores de Chrysler. Otro caso que merece la pena comentar se presentó con un servicio de listado

[1457] *Ibidem.*

múltiple en un sistema de reserva por computadora. Aquí la queja fue que el sistema prefería dos ó tres aerolíneas no permitiendo realmente una oportunidad a las demás aerolíneas para competir. En otras palabras si, por ejemplo, todas las líneas aéreas ofrecen sus vuelos para reserva de los agentes de viaje pero aparece primero, en pantalla, los vuelos de American Airlines con numerosas frecuencias a cada ciudad. Esta información desplaza a las otras líneas porque el agente reserva un espacio en las primeras líneas que aparezcan y tengan cupo. Esta es una forma de eliminar a la competencia mediante el dominio del sistema global de reservas de pasajes. La denuncia de los perjudicados fue objeto de intervención del departamento de transporte aéreo.

2. El rápido crecimiento del mercado del comercio electrónico

A diferencia de las industrias del acero, petróleo, automóviles, que son industrias propias del siglo XIX y XX, el comercio electrónico ha crecido virtualmente de la nada para convertirse en un peso pesado en menos de una década.

Ello nos obliga a reflexionar sobre varios aspectos, tal como sucede en otras industrias de alta tecnología. El rápido crecimiento determina que el mercado no pueda ser dominado por una sola firma. La creciente demanda y la constante introducción de nuevos productos hace cada vez más difícil, para una sola firma, mantener su participación de mercado año tras año.

Esta fue la razón por la cual el Departamento de Comercio cesó sus acciones contra IBM, pues pudo comprobar que a través del tiempo IBM había declinado su poder de mercado en tanto que sus competidores habían aprovechado el explosivo crecimiento de la industria a costa de ella. Este mismo crecimiento destruyó el poder inicial que tenía la empresa Atari en la industria de los juegos por computadora. Sin embargo, hay excepciones como es el caso de un permanente dominio cuyo mejor exponente es el de Microsoft. Cuando firmas, como Intel o Microsoft, mantienen su poder a lo largo del tiempo son objeto de cercano escrutinio y seguimiento por parte de las entidades reguladoras para verificar su conducta, sobre todo si esta puede tornarse en contra de los consumidores.

Otra consecuencia del rápido crecimiento del comercio electrónico es la política de fusiones la cual es cada vez más importante. En una industria no madura donde la participación de los mercados es volátil conviene evitar la acumulación de poder de mercado a través de la adquisición horizontal de los competidores.

Un buen ejemplo es el ATM Network. Una flexible política de fusiones en la década de los 80' dio lugar a varias redes dominantes. Parte de la razón por la cual se aprobaron estas fusiones fue porque se consideró que el mercado se desarrollaba rápidamente. Ahora somos conscientes que se puede sobreestimar el desarrollo de los mercados y terminar frente a conductas exclusionarias. Un mercado cambiante puede llevar a que las firmas amenazadas por el cambio empleen su poder residual para destruir la estabilidad de ese mercado.

Barreras a la entrada[1458]

El concepto de barrera de entrada es crítico en todo análisis del *antitrust*. Uno debería esperar que los nuevos y crecientes mercados, donde no existen firmas dominantes deban tener barreras de ingreso bajas. El dramático incremento de firmas y competidores en Internet sugiere igualmente que las barreras deben ser bajas.

Como sabemos, crear páginas web o portales es relativamente barato. El costo del capital parece modesto y el recurso humano es primordial, comparado con el impacto en recursos físicos y de capital que se necesitan para empresas tradicionales.

Esta intuición inicial no parece ser cierta. No todos los *sites* de Internet son exitosos y en todo caso cualquier inversión que se haga y no tenga éxito deviene en costo hundido, esto es, no recuperable. Entrar al Internet es fácil, ser un éxito no, por ello no es fácil competir con Amazon.com o Barnes and Nobles. Si fuera fácil ¿por qué habría que invertir fortunas adquiriendo *sites* en vez de crearlos? No todos los *sites* son iguales y los consumidores exigen un óptimo nivel de servicio.

Otros segmentos del comercio electrónico tienen sustanciales barreras de ingreso. Tal como explicamos con anterioridad los pioneros o *first movers*, por ejemplo, *Internet Service Providers* (ISP) pueden retener un poder de mercado aún frente al intento de ingreso de productos superiores. La base de su poder radica en la amplia base de suscriptores iniciales donde concentran capital humano, propiedad intelectual, relaciones contractuales, sistemas operativos y distribuidores electrónicos.

Más aún, potenciales competidores del ISP deben competir en una serie de niveles con lo cual la dificultad o barrera de ingreso es muy alta. Los altos costos de publicidad y reconocimiento de marca le dan a las firmas involucradas una ventaja crítica al vender a los consumidores. Los consumidores pueden mostrarse recelosos de cambiar sus ISP pues tendrían que asumir el costo de cambiar de dirección a sus numerosas relaciones comerciales. Es difícil para las nuevas firmas romper estas lealtades y penetrar estos mercados.

La barrera de ingreso es pues complicada. Cada mercado debe ser analizado separadamente. Cuando se presentan estos casos no podemos cegarnos pensando que el crecimiento del mercado y sus bajos costos son suficientes para regular el ingreso de terceros.

El efecto red

Ya hemos definido lo que los economistas llaman el efecto red en virtud del cual el valor de cada producto se incrementa conforme más gente usa el producto. En toda red se puede encontrar este principio sea en teléfonos, faxes, correos electrónicos o en una red virtual como la de software de computadoras la que es cada vez más valiosa cuanto más usuarios tenga. La primacía de Windows y antes del DOS hizo que IBM predominará sobre Apple, pues al tener un sistema prevalente también eran más los programadores que programaban en este sistema. Al encontrar más programas en un sistema que en el otro los usuarios lo preferían creándose un círculo virtuoso en detrimento de Apple por su falta de compatibilidad.

[1458] *Antitrust Bulletin* No. 42, 1998, p. 798.

Las redes pueden ser eficientes al juntar a muchos usuarios para crear nuevos productos y mercados donde antes no los había. Sin embargo, la misma existencia de la red puede promover el dominio de una firma una vez que esta se estabiliza y consolida. Ejemplo de ello lo tenemos en Microsoft y sus sistemas operativos. Una vez que la red fue dominante los consumidores encontraron muy difícil variar al sistema operativo de Apple. Como vemos las consecuencias pueden ser contradictorias.

Fijación de estándares

Vinculado al punto anterior está el de la fijación de estándares. En muchas industrias de alta tecnología la colaboración es necesaria para compartir los riesgos de la innovación y combinar productos y tecnología que pueden ser complementarios.

Desde un punto de vista técnico, si no existieran acuerdos de colaboración técnica en cuanto interfases no podrían «conversar» los sistemas, esto es, actuar en forma compatible y la red sería imposible. No podría existir comercio electrónico sin *routers* compatibles con el ISP.

Hay varias posibilidades de organizar el comercio electrónico en los mercados. La primera es que una firma que monopoliza un mercado fije de facto los estándares de la interoperación. Una segunda posibilidad es que el gobierno fije los estándares y que requiera a todos los fabricantes que produzcan productos compatibles con esos estándares. Finalmente los competidores podrían acordar los estándares que deben lograr, preservando la competencia dentro de la red.

En el escenario privado de fijación de estándares, las eficiencias potenciales de la red pueden vincularse a la conducta de colaboración entre competidores para fijar estándares con los cuales competir.

La dificultad, desde el punto de vista del *antitrust*, se presenta en la posibilidad que los competidores fijen los estándares. Tradicionalmente estas decisiones conjuntas entre competidores deben ser analizadas con sumo cuidado. Por un lado pueden ser acuerdos procompetitivos que promueven la eficiencia y la innovación y por otro son una fuerte tentación para crear distorsiones que son la razón de ser y la acción de la legislación protectora de la libre competencia.

En el mercado del Internet se requiere estándares que de no fijarse por los competidores terminarán siendo fijados por un monopolista de facto. El problema radica en si estos estándares permitirán el ingreso a todos los miembros de la industria. El negar acceso a un proceso de estandarización a cualquier nuevo integrante equivale a un boicot grupal, sobre todo si las firmas boicoteantes tienen el control de mercado o una posición dominante en un mercado relevante. Este mismo efecto anticompetitivo puede surgir también cuando una o más firmas manipulan el proceso para ilegalmente adquirir un mayor poder de mercado.

Aquí debemos detenernos para compartir con David Balto[1459] algunas reflexiones. Este autor nos señala que no es la primera vez que los mercados minoristas han sufrido pro-

[1459] *Ibidem*, p. 798.

fundos cambios. Una revolución de grandes alcances ocurrió con el paso de las pequeñas tiendas individuales a las grandes tiendas de departamentos y supermarkets, los centros comerciales y la venta por catálogo. Cada uno de estos grandes cambios dio origen a numerosos juicios de *antitrust*.

Las participaciones de unas firmas u otras en el mercado cambiaron y con ello el poder de mercado que estas tenían el que, de un día al otro, se diluyó, se adquirió o se acrecentó. Los dueños de los locales independientes plantearon, en su época, docenas de acciones contra los grandes supermercados señalando que estos recurrían a precios predatorios para eliminarlos del mercado. De otro lado las tiendas ancla solicitaban restricciones sobre cuales tiendas podían integrar a los centros comerciales y cuales no, creando un veto efectivo sobre el acceso al centro comercial.

El rol de las agencias de control de la libre competencia ante los nuevos mercados es distinto al rol que le toca desempeñar usualmente. Ante la avalancha de acciones que se presentan en los mercados en proceso de cambio, los organismos deben recordar que su rol es la defensa de la competencia y no de los competidores. Reconociendo que la innovación es una fuerza positiva uno debe ser cuidadoso de no detenerla por el uso excesivo de normas de control. Por ello lo más conveniente es dar un paso atrás y observar si del desarrollo mismo del mercado se pueden presentar anomalías o no. El desarrollo de nuevas formas de comercio debe comprender el análisis no sólo del incremento de precios sino de las conductas anticompetitivas y comprobar si estas demorarán la tasa de reducción en los precios.

Observemos cuáles son los patrones que pueden presentarse en el desarrollo de la industria del comercio electrónico y el tipo de análisis de *antitrust* que debe llevarse a cabo.

Boicots horizontales

Quizás la conducta más común que debe ser objeto de análisis es la denominada colusión o acuerdo horizontal para boicotear una nueva forma de competencia.

En el conocido caso de Estados Unidos vs. General Motors Corp. 384 vs. 127 (1966) la Corte Suprema de los Estados Unidos determinó que distribuidores debidamente coordinados por General Motors habían incurrido en una clara violación de la sección 1 del Sherman Act. Los hechos son los siguientes. Algunos distribuidores que trabajaban en tiendas de descuento adquirían vehículos de distribuidores que representaban directamente a General Motors y los vendían al mercado de consumidores finales. Cuando los distribuidores directos se dieron cuenta de este tipo de transacción se quejaron a la General Motors y ésta última forzó a los distribuidores finales de descuento que transfieran sus carros. Se obligó a vender a los terceros que vendían más barato y se procedió a recomprar todos los vehículos. De este modo se eliminó una forma novedosa de competencia en el mercado.

Cuando surge una nueva forma de competencia igualmente son los distribuidores los que ven perjudicados su posición a lo largo de la cadena de distribución y se organizan para ejercer presión grupal e impedir la nueva modalidad de competencia. Los distribuidores tradicionales también trataron de ejercer presión sobre Chrysler para que esta denegara

sus productos al distribuidor que vendía por Internet. Este caso no es un tema complejo desde la perspectiva del *antitrust* porque es *per se* ilegal.

No olvidemos que las firmas violan la legislación antimonopolio cuando persiguen desalentar a los competidores cortándoles el acceso a insumos o mercados que les permitan competir.

El caso más reciente se conoce como el *Fair Allocation System* o FAS (Sistema de cuotas o repartos). En este caso 25 distribuidores enfrentaron a un distribuidor que vendía vehículos por Internet a precios fijos sin regateo. El Internet le permitía vender en un área geográfica enorme la que comprendía el Este de Washington, Idaho y Western Montana. Los distribuidores en respuesta a esto crearon el FAS (*Fair Allocation System*) y amenazaron con dejar de vender ciertos modelos de carros y limitar la garantía post venta salvo que Chrysler limitara el número de vehículos que vendía por Internet.

FAS se conformó con 25 distribuidores lo que significaba un porcentaje importante en un mercado relevante. En vez de colocar los carros en función de ventas, FAS exigía a Chrysler que los distribuya en función al número esperado de ventas por zona, con lo cual hubiera reducido inmediatamente el número de carros al vendedor por Internet.

El acuerdo de boicotear a Chrysler dio origen a una investigación por parte del Departamento de Justicia y determinó la violación de la sección 5 del *FTC Act* por lo que se ordenó el cese de toda amenaza de boicot y de negarse a tratar con fabricantes o consumidores.

El control del acceso al *Internet*

Tanto los fabricantes como los distribuidores tienen numerosos medios de acceder al Internet a fin de iniciarse en el comercio electrónico. Pero de otro lado el acceso del consumidor depende de la posibilidad de este de conectarse con un proveedor de Internet. Esta conexión a su vez depende de la habilidad del proveedor (IPS) de acceder al computador doméstico a través de la línea telefónica o cables dedicados. Este acceso constituye la llave para que nuevos competidores ingresen en el mercado.

Este problema se presentó cuando se trató la fusión de Time Warner y Turner Broadcasting System, dos de los más grandes programadores de cable y distribuidores. Los operadores del servicio por cable encontraban que tanto Time Warner como Turner favorecían sus propios sistemas de distribución, dificultando a los rivales del debido acceso. La Comisión, para mantener la competencia en ambos mercados, requirió a TCI (un accionista minoritario de Timer Warner) desinvertir en Time Warner y cancelar sus contratos con Turner y de esa manera evitar consolidar a HBO, CNN, TNT y WTBS en un solo paquete.

También se prohibió a Time Warner impedir a sus rivales acceso a los sistemas de distribución. Estos mercados fueron ideados para mantener el acceso a los competidores, tanto a la programación como al mercado de distribución. Igualmente pueden presentarse temas de libre competencia cuando hablamos del acceso al Internet, incluyendo en ciertos casos lo que se denomina una instalación esencial. El acceso al canal de información de los

consumidores es objeto de tenaz lucha entre las empresas de telefonía y los proveedores de cable.

No olvidemos que el sistema de cable puede llevar más información que la vía telefónica y por ello son las empresas telefónicas las que están demandando se les permita el acceso a las bandas contratadas por los proveedores de cable. Actualmente la Comisión sostiene que no se trata de un monopolio el mercado de acceso de alta velocidad por cable, porque compite con las líneas telefónicas, el DSL y el sistema satelital.

Ya se han presentado demandas al respecto como la de GTE contra ATT y su subsidiaria TCI. El argumento persigue que se abra las bandas para todos los competidores pues si bien el consumidor puede usar las líneas telefónicas para gozar de un servicio de cable debemos pagar doble. Por ahora la Comisión lo considera una lucha propia del mercado.

Fusiones en *Internet*

En un mercado en expansión, rápido y cambiante, las fusiones no son un problema, pero como la consolidación es inevitable y con ello el crecimiento se vuelve más lento, se debe prever la acumulación de poder de mercado y por ello este es un tema que debe controlarse. En algunos casos de concentración como el de MCI y World Com, tanto el departamento de justicia como la FCC y la Unión Europea, alegaron que tal fusión dañaría la competencia y obligaron a desinvertir a MCI.

La adquisición de un competidor por otro en el mercado tradicional del Internet puede traer consecuencias anticompetitivas. Un caso importante es el de Primestar[1460]. En este caso los dueños del *joint venture* Primestar, que incluía 5 de los más grandes operadores de sistema de cable, quisieron adquirir el sistema DBS (*Direct Broodcast System*) activos de New Corp. y MCI.

El Departamento de Justicia demandó a las firmas para evitar la fusión, alegando que los operadores de cable no usarían estos activos para competir más agresivamente con su propio sistema de cable y por ello subirían las tarifas de cable, habría menos innovación y menor calidad en los mercados de cable. El intento de fusión se paralizó.

Como vemos, se debe estar atento en los mercados del Internet a fin que los competidores no busquen eliminar la competencia a través de adquisiciones.

Surgen preguntas fundamentales:

- ¿Pueden las ventas en Internet ser un indicador de un mercado relevante desde el punto de vista del producto?
- ¿Puede un monopolista hipotético de Internet subir 5 ó 10% sus precios en el mercado? ó
- ¿Prevenir que los precios caigan en ese porcentaje?

[1460] US vs. Primestar Civ. N. 198 CV01193. La Fusión fue Abandonada. En RUBENGOLD, Daniel. «The Primestar caso». *Review of Industrial Organization.*

Tomemos el ejemplo de Amazon.com, Barnes and Noble y Borders. Si Amazon.com adquiere la operación de Internet de uno de los otros dos, será ésta una posición de dominio equivalente al famoso caso de Staples y Office Depot o existirán otros vendedores de texto que compensen la concentración en la categoría. La definición de mercado en el Internet, en cuanto fusiones, es un asunto difícil que aún no tiene respuesta clara.

Discriminación de precios

Otro tema de interés es el impacto que sufre la competencia frente a la habilidad de discriminar precios en Internet. Los mercados de *antitrust* son tradicionalmente definidos por la habilidad de un hipotético monopolista para elevar sus precios en forma no transitiva. En cualquier mercado ante una subida de precios algunos consumidores saldrán del mercado pero si suficientes competidores permanecen frente al incremento, el mercado queda deprimido. El monopolista no conoce por adelantado cuántos competidores saldrán del mercado ante su ajuste del precio y la demanda total de los consumidores.

Como sabemos, ciertos aspectos del comercio electrónico hacen de los mercados y su definición un tema más difícil porque estos permiten al monopolista la habilidad de discriminar entre diferentes grupos de consumidores. Un número de factores incluye la habilidad de las firmas para diseñar sus precios y promociones para calzar con la disponibilidad y voluntad de pago de los consumidores. La increíble sofisticación de la información y su relativa facilidad de ordenamiento permite a los vendedores determinar curvas de demanda de compradores potenciales, la cantidad de productos que potenciales compradores pueden comprar y a qué precio y aún la cantidad y tipo de accesorios y complementos para los productos recién comprados. Un fabricante de ropa y equipos de bicicleta puede averiguar cuantos han comprado recientemente una bicicleta, cuánto les costó, qué ingreso tienen y que tipo de productos se están vendiendo en el área. El vendedor a partir de esta información puede crear listas de precios diferenciados para diferentes consumidores en función a la curva de demanda esperada.

Los problemas de *antitrust* son claros. Un hipotético monopolista podría cargar un 5% no transitorio a algunos consumidores y a otros no. Mercados relevantes por producto han sido definidos por la habilidad de discriminar y esto amerita una mayor profundización.

A fin de resaltar el tipo de revolución que se produce con el auge de la tecnología debemos citar al Profesor Shlomo Maital quien nos dice que los *joint venture*s, las alianzas estratégicas y otras formas de colaboración entre competidores son elementos esenciales y por ende componentes importantes del emergente mercado del comercio electrónico.

Hay varias razones por las cuales encontramos estos acuerdos. La colaboración permite que firmas que tienen experiencias y habilidades complementarias las usen en beneficio mutuo. Estos acuerdos les permiten asumir riesgos para el desarrollo de nuevos mercados. Los acuerdos permiten lograr economías de alcance y escala que ninguna podría lograr en forma exclusiva.

Las normas regulatorias se plasman en los mencionados *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors*. ¿Cómo ayudan estas normas en el contexto del mercado electrónico?

1. Proveen como hemos señalado un área de seguridad al señalar que cualquier acuerdo que no sea ilegal *per se* celebrado entre empresas que no son objeto de investigación ni oposición por parte de los órganos regulatorios.
2. Tampoco los acuerdos que no impliquen una integración total. Estos recibirán el beneficio de un análisis bajo la regla de la razón, esto es, se medirá el efecto procompetitivo o no del acuerdo antes de establecer cualquier sanción.
3. Cuando se aplique la regla de la razón se analizará primordialmente si las medidas tienen efectos anticompetitivos.

Aún en estos casos si el *joint venture* celebrado entre las empresas retiene el incentivo y la habilidad de competir (el concepto denominado competencia interna) la acción no prosperará.

Lo expuesto no significa que los *joint ventures* no puedan ser diseñados para eliminar la competencia. No olvidemos el caso expuesto de Time Warner TCI con DBS. Lo mismo ocurrió con Visa y Mastercard cuando estas empresas se asociaron para crear Entree a mediados de la década de los 80. Abandonaron el intento cuando se les emplazó administrativamente señalando que su alianza tenía por objeto destruir a la competencia que usaba cargos electrónicos diferentes a la tarjeta de crédito. También los competidores tradicionales pueden colaborar para impedir la entrada o expansión de un tercero elevando sus costos de ingreso[1461].

Los tratos o negocios exclusivos en el *Internet*

Los acuerdos de exclusividad en las relaciones comerciales entre empresas se deben analizar bajo la regla de la razón. La regla de la razón predomina en todo análisis del Internet. Salvo que una gran parte del mercado quede bloqueada a los competidores por un contrato de exclusividad este no tendrá efectos anticompetitivos.

Amazon.com tiene, por ejemplo, varios acuerdos de exclusividad con diversos ISP para vender textos por Internet. El número de prohibiciones a otros libreros para vender por Internet no levanta aún recelos anticompetitivos aún si las ventas de Internet puede considerarse un mercado relevante.

Si a raíz de acuerdos de exclusividad partes importantes del mercado quedan excluidas, los contratos de exclusividad se volverán un problema de libre competencia. A diferencia de los libros, algunos productos tienen valor exclusivamente en los mercados de Internet y si son prohibidos en éste los consumidores tendrán menos opciones. Más aún, cuando se evalúa el grado de negación o prohibición, es importante reconocer que no todos los competidores de Internet son iguales. Algunos ISP, por ejemplo, serán mucho más importantes para una efectiva competencia que otros. Así, es concebible pensar que se presenten acuerdos de exclusividad con algunos de los más grandes ISP's y que esto implique un riesgo a la libre competencia.

[1461] US vs. Microsoft Corp. 1998. US Dist Lexis 14231 (se sugiere en este caso que 40% de área bloqueada puede ser suficiente).

Restricciones de naturaleza distinta al precio al nivel del fabricante en la distribución de Internet

La legislación del *antitrust* permite a los fabricantes un amplio margen para establecer sistemas de distribución. Las restricciones, distintas al precio tales como territorios, publicidad compartida y venta por correo, se analizan bajo el imperio de la regla de la razón. Igualmente, un fabricante puede reservarse el derecho de vender a ciertos clientes por su naturaleza, esto es, por ser clientes de alto volumen. También hemos comenzado a verificar varias restricciones como de la firma Tupperware que prohíbe las ventas por Internet a sus distribuidores porque considera que las demostraciones personales son esenciales para su negocio. Levi Strauss, por un tiempo, reservó las ventas de Internet para sí misma y Nike ha nombrado a Fogdog Sports como su vendedor exclusivo de Internet, a cambio de una participación en su accionariado.

Un fabricante puede defender las restricciones de Internet en dos niveles. La primera es el derecho unilateral del fabricante de tratar con los distribuidores que desee. Esto surge del caso Colgate[1462]. En segundo lugar un fabricante puede mostrar que los contratos restrictivos, diferentes a precio, que tiene con los distribuidores son pro-competitivos porque fomentan la competencia de las marcas (GTE Silvani Inc. vs Continental TB Inc. 433 US 36 (1977)).

Así, las razones de Apple Computer esgrimió para rechazar el suministro de computadoras a aquellos distribuidores que venden por correo, en vez de puntos de venta (tiendas) con servicio técnico post venta, fue que era necesario proteger su marca y evitar el «*Free Riding*». Este mismo argumento se puede aplicar a la venta vía Internet.

En resumen, en tanto los distribuidores tengan poder de mercado surgirán los problemas propios del *antitrust.*

Restricciones del fabricante en cuanto precio en la distribución vía *Internet*

Si bien el fabricante retiene el derecho de no contratar o entrar en negocios con cualquier distribuidor que no desee, no puede celebrar con éste acuerdos sobre cuánto debe cobrar.

Cualquier acuerdo para mantener un precio mínimo de reventa es *per se* ilegal. El Internet genera diferentes tipos de problemas económicos.

Consideramos el *free riding* como una justificación importante del fabricante para mantener el precio de reventa. Los fabricantes se preocupaban siempre que aquellos que vendían por catálogo se beneficiaran de la publicidad efectuada por las tiendas convencionales a través de sus salones de exposición. Esto sigue siendo cierto hoy. Un vendedor de Internet puede tomar órdenes de clientes que ha visitado locales y tiendas donde puede examinar físicamente el producto. Pero también sucede lo contrario. Conforme los lugares de venta electrónicos se vuelven más grandes y completos, los vendedores pueden ir en busca de información y luego ir a la tienda y comprar.

[1462] United States vs. Colgate Co. 250 US 300 1919.

Otro elemento a tomar en cuenta es el precio mínimo anunciado o MAP (*Minimun Advertised Price*). Los fabricantes ofrecen compartir la publicidad con sus distribuidores bajo ciertos precios mínimos los que deben ser respetados.

Actualmente la Comisión considera pro-competitivo o neutral la promoción conjunta. El tema es motivo de problemas cuando se presentan casos donde los integrantes no pueden cobrar precios por debajo del MAP.

Otro tema de interés es que la legislación de libre competencia obliga a tratar a los consumidores en forma igualitaria sin discriminar entre ellos, salvo razón justificada. Como hemos visto, el Internet permite cobrar diferentes precios a compradores en diferentes partes del país o del mundo, considerando que los que están ubicados cerca o lejos no tiene relevancia alguna pues el Internet es ajeno al concepto geográfico.

Robert Pitofsky[1463] en un documento denominado *Antitrust Analisys in High Tech Industries: A Nineteen Century Discipline Addresses 21st Century Problems*, publicado por el American Bar Association en febrero de 1999, señala que uno de los temas más interesantes es la aplicación de las leyes *antitrust* a las industrias de alta tecnología.

La aplicación de la legislación *antitrust* se presenta en industrias tan diversas como la industria farmacéutica, biotecnología, telecomunicaciones, finanzas internacionales, cine y televisión, etc.

Estas son las industrias del futuro y como tal no se tiene una enorme experiencia en su manejo, razón por la cual hay que ser cuidadoso en no aplicar la legislación *antitrust* en forma estricta, de tal forma que comprometa la innovación y el desarrollo.

No por ello se debe dejar de monitorear el desarrollo de éstas industrias para evitar el surgimiento de distorsiones propias de industrias más tradicionales.

¿Cuáles son las diferencias que se presentan en éstas industrias que ameritan ajustes en el tratamiento del *antitrust*? Señalaremos algunas.

1. Aspectos técnicos: Muchas industrias de alta tecnología involucran un gran desafío para abogados y jueces que carecen del conocimiento técnico suficiente. Por ejemplo, ¿cómo se define un mercado relevante? Esto implica el proceso de identificar aquellas firmas que compiten tan estrechamente entre ellas que pueden influir sustancialmente el ejercicio del poder del mercado. Esto es siempre difícil pero se ha vuelto mucho más difícil en el caso de las industrias de alta tecnología, como la biotecnología, cuyos productos pueden recortar el poder del mercado de una firma dominante que aún no existe, pero que llegará al mercado dentro de algunos años, o de la industria del cable donde la pregunta es, sí la transmisión por satélite será una fuerza competitiva real, o con las telecomunicaciones, cuyo sector de mercado parece que enfrentará la competencia de los proveedores de servicios públicos, como las compañías eléctricas, pues se podrá transmitir información a través de los cables de electricidad a los aparatos domésticos de cada casa. Como vemos, las preguntas técnicas en ciencia y tecnología dificultan la determinación de temas tan importantes como el mercado relevante.

1463 PITOFSKY, Robert. *Statement of the Federal Commision. In Mergers and Corporate Consolidation in the New Economy.* Washington D.C.: Junio 16, 1998.

2. La velocidad de la transición del mercado: Las nuevas generaciones de productos restarán el poder actual del mercado y aparecerán más frecuentemente en industrias de alta tecnología que en las industrias maduras. Si bien en la primera mitad del siglo XX, el acero, el petróleo, el aluminio permanecieron dominantes por generaciones, esto no sucede en las industrias de alta tecnología. El ejemplo más citado es el de IBM que en 1969 ocupaba una posición monopólica y en sólo 13 años perdió tanto poder que las acciones administrativas y judiciales del gobierno contra ella se suspendieron.

3. La necesidad de actividades de colaboración: En industrias de alta tecnología, la investigación y el desarrollo conjunto es esencial para compartir los riesgos de la innovación y combinar tecnologías complementarias. La colaboración y coordinación de los estándares es esencial para permitir que los productos funcionen. Como resultado de ello existen fuertes presiones para relajar la política del *antitrust* con referencia a los convenios de cooperación.

4. Barreras de ingreso: Desde que la competencia en industrias de alta tecnología dependen de la implementación de ideas y las ideas tienen poco respeto por las fronteras geográficas o el poder de mercado, se puede predecir que éste puede ser transitorio. En otras palabras, el mercado estará autoregulándose rápidamente mediante la introducción de nuevos productos.

5. Producción y efecto en los precios: El perfil tradicional de un monopolista es el de una firma que reduce su producción para elevar precios. Este modelo no tiene sentido en los mercados de alta tecnología. La razón es que las inversiones iniciales para el desarrollo de nuevas tecnologías son tan grandes que el costo marginal de realizar copias adicionales o más productos es tan modesto que las firmas fijarán sus precios de introducción en forma baja y agresiva para poder capturar el mercado, esto es, una posición de dominio y tomar a través de ello ventajas propias de una economía de escala. También se presentan enormes eficiencias en la reducción de costos, como producto de la curva de experiencia.

6. Eficiencias de red: Uno de los temas más complejos desde el punto de vista del *antitrust* es cómo tratar las eficiencias logradas a través de la red. Estas eficiencias ocurren cuando el valor de un producto o servicio está positivamente correlacionado con el número de individuos que usan el producto o servicio. Esto puede ocurrir directamente cuando el valor del producto se determina por el número de usuarios en la red. Ocurre indirectamente cuando un producto logra el dominio y para los productores se vuelve un complemento esencial (por ejemplo, la elaboración de software en una plataforma dominante como Windows o Excel). Si bien por un lado los *networks* son eficientes e inevitables, del otro aumentan la posibilidad que una firma una vez lograda una masa crítica, domine un mercado o retenga el poder de mercado por un extenso período.

Como podemos ver, debido a éstas y otras diferencias, algunos autores pueden argumentar que permitir que firmas con poder de mercado en industrias de alta tecnología exploten éste mercado, es el precio que se debe pagar por una economía innovadora.

Cabe preguntarse si el rol de control del *antitrust* en defensa de los principios pro competitivos debe ser abandonado por innecesario y contraproducente o debe ser modi-

ficado para adecuarlo a las características de las industrias de alta tecnología en la nueva economía.

Robert Pitofsky[1464] sostiene que no solamente deben continuar aplicándose las normas del *antitrust* sino que, en esencia, ninguna de las empresas de alta tecnología justifica un cambio de la filosofía o metodología. En otras palabras, funcionarios y jueces deben entender las nuevas tecnologías y no abandonar la propia. Si bien la tasa de cambio en las industrias de alta tecnología es impresionante, éstas ocurren en los límites de la industria en tanto que las enormes firmas pueden obtener y mantener posiciones de dominio y extraer rentas monopólicas por largos períodos de tiempo. Si bien los esfuerzos de colaboración empresarial son frecuentemente esenciales, el mismo *antitrust* tiene una visión bastante flexible con respecto a ellos en lo que respecta a investigación y desarrollo e inclusive producción.

Otro punto importante a considerarse es que las empresas de alta tecnología generalmente trabajan bajo normas del derecho de propiedad industrial. Estas normas pueden aislar a una firma dominante en forma legítima, detrás de una barricada de cientos y miles de sistemas de protección intelectual.

Si bien es cierto que, dados los altos costos de desarrollo y la necesidad de alcanzar economías de escala, es usual que las firmas lancen productos a bajo costo, no es necesariamente cierto que dos firmas que se alíen apunten siempre a los más bajos precios o a los niveles más altos de innovación. También es preocupante el que una firma que alcance una posición dominante conforme madura un mercado, pueda elevar sus precios.

Una pregunta fundamental en esta área es la siguiente. ¿Qué hacer con firmas que alcanzan una posición dominante en un mercado al cual defienden legalmente y mantienen esa posición por un extenso período, como resultado del efecto red? Este es uno de los temas más complicados de *antitrust* en el siglo XXI. ¿Es eficiente que una sola firma se vuelva el único suministrador de ciertos productos o servicios? Sin embargo, cuando ello ocurre, los consumidores están presos dentro de ésta red debido a los costos hundidos. Los suministradores de productos complementarios diseñarán sus bienes para aquellos que están en la red, evitando crear productos para aquellos que la desafíen. Cuando esto sucede, el poder de mercado, lejos de ser transitorio, puede ser mantenido por una firma por un largo período.

El hecho que algunas firmas presenten monopolios en red no las hace invulnerables. Ocasionalmente una tecnología puede saltar la posición de mercado y atraer clientes y proveedores rápidamente. Un ejemplo es SEGA que con una tecnología de 16 bit superó al Nintendo de 8 bit. Sin embargo, los que desafían deben invertir fuertemente porque una vez que un monopolio en red está ubicado, es fácil rechazar a los retadores.

La fórmula de defensa es simple. Consiste en la habilidad del monopolista de crear generación tras generación de productos y servicios innovadores a nivel incremental permitiendo que los nuevos servicios se vayan conectando a la red. De ésta forma incluso mejores productos no pueden vencer la barrera y los desafiantes pierden interés.

[1464] *Ibidem.*

¿Cuál es el rol del *antitrust* frente a ésta nueva modalidad?

La primera actitud podría ser ordenar que se rompa la red. Si asumimos que esto no es posible por las anti-economías y el daño al consumidor que se crea debemos explorar otras opciones. Otra posibilidad es ordenar el acceso a todos aquellos proveedores calificados (clientes y competidores), en términos no discriminatorios, razonables y justos.

¿Cuándo imponer un acceso obligatorio y cuándo no?

Debemos contestar dos preguntas sobre los pros y contras. Primero tenemos que distinguir cuándo una red es productiva y cuándo anticompetitiva. Si se niega el acceso obligatorio, ello puede generar incentivos para crear una red propia o juntarse con otros rivales en red para desafiar a la red principal. Sin embargo, ello no es posible cuando la primera red es totalmente dominante en el mercado.

El segundo aspecto es que las utilidades de la red deben reconocer un adecuado retorno por la inversión realizada en innovación y fomentar que ésta innovación continúe. Obligar el ingreso a la red de aquellos que llegan después luce como un premio a favor de las firmas más pasivas y menos enérgicas, razón por la cual es justo que paguen regalías y un premio a favor de aquellas que crearon la red.

El tercer aspecto a considerar es el de la coordinación. Si no se supervisa el acceso, encontraremos términos injustos y discriminatorios. Finalmente queda la pregunta sí el ordenar un acceso no es una forma de confiscación de propiedad.

Por éstas razones los órganos regulatorios deben proceder con cautela y monitorear el efecto de la red la que debe ser creada a través de habilidades superiores, visión y trabajo.

Los criterios en virtud de los cuales el órgano regulador debe considerar el acceso obligatorio como medida de reparación, es cuándo éste es esencial para la existencia de la competencia. Si los solicitantes pueden inventar un mecanismo en torno a la red, establecer su propia red o unirse con terceros, no será necesario el ingreso obligado.

El segundo concepto es el propósito e intento

Se debe cuestionar las razones por las cuales aquellas firmas que controlan la red rechazaron a terceros. Si se muestra eficiencia y que no existe un propósito de exclusión, entonces no se tendrá porqué obligarles a aceptar nuevos integrantes en la red. En caso se les excluya injustificadamente tendrán que explicarse el por qué y si esta acción no vulnera la eficiencia del mercado en su conjunto.

Robert Pitofsky en un documento denominado *Mergers and Corporate Consolidations in the New Economy*[1465], señala que las fusiones actuales están motivadas por cambios fundamentales en la cambiante economía mundial. Entre los varios factores que determinan las fusiones encontramos los siguientes:

1. Globalización de la competencia: Muchos de los más grandes e importantes productos que consumen los americanos han devenido globales en su alcance (automóviles, computadoras, fármacos, aviones, etc.). Una fusión incrementa la habilidad de la firma para

[1465] *Ibidem.*

competir en los mercados globales permitiendo acceso a los sistemas de distribución, conocimiento de mercados locales, economía de escala y productos complementarios.

2. Desregulación: Las fusiones se están presentando en aquellas industrias bajo desregulación como la del gas, electricidad, telecomunicaciones y banca. La desregulación facilita la entrada a los mercados tradicionales y por otro lado permite complementar líneas que antes no se ofrecían.

3. Reducción de la industria y consolidación: Un número de fusiones se producen por el achicamiento de la industria y a través de la fusión se procede a racionalizar la capacidad instalada. Este caso se presenta sobre todo en la industria de la salud, armamento y otras donde se están produciendo cambios estructurales.

4. Cambios tecnológicos: El progreso económico es generalmente empujado por la innovación y tecnología. Las fusiones son una respuesta al cambio, porque permiten a la firma adquirir tecnología y capacidades para entrar en un nuevo mercado o ser un competidor más fuerte.

5. Fusiones estratégicas: Muchas fusiones involucran consideraciones estratégicas y pueden tener como meta aumentar la participación de mercado, eliminar a un competidor o tener acceso a un suministro importante. Estos son el tipo de fusiones que requieren control.

6. Condiciones de los mercados financieros: Las bajas tasas de interés combinada con la baja inflación determina que cada vez sean menos las fusiones que se financian con efectivo o deuda, prefiriéndose el canje de acciones.

5.1.1. El Comportamiento de los agentes económicos en el siglo XXI - Cooperar Compitiendo[1466]

La mayoría de los economistas podrían resumir el mensaje principal de su disciplina en los siguientes términos: Una intensa competencia del mercado abierto genera empresas eficientes, produce estupendos productos y propicia buenos precios. La lucha por la supervivencia que tiene lugar entre las empresas competidoras y entre sus productos así como la lucha por los corazones y mentes de los consumidores hace que las mejores empresas y los mejores productos sobrevivan, mientras que los otros languidecen o perecen[1467].

Nosotros pensamos que esta escuela de economistas puede estar equivocadas totalmente bajo los parámetros de la nueva economía global. La afirmación que la riqueza y los beneficios vienen de la «mano invisible» de la competencia necesita una completa actualización y una revisión que afecta los cimientos de la normatividad *antitrust*. No es la competencia, sino la cooperación y la colaboración, la principal fuente de los beneficios de las

---

1466 MAITAL, Shlomo. *Coste. Precio. Valor.* España: Editorial Deusto S.A., 1995, pp. 292-318.

1467 Hay estrechos lazos entre este modelo y el modelo biológico de Charles Darwin que explica el origen de los varios millones de especies que hay sobre la Tierra. En El origen de las especies, Darwin escribió, «multiplicarse, varias, que los más fuertes vivan y los más débiles mueran». Estaba hablando de especies, pero en la actualidad se podría sustituir fácilmente con «empresas» o «productos». Al parecer, Darwin se inspiró en el famoso ensayo de Malthus que escribió que las personas también luchan por sobrevivir cuando la población no tiene suficiente suministro de alimentos.

empresas y del bienestar de la sociedad, colaboración que puede ser horizontal o vertical. Ofrecer a una persona un producto o servicio de alta calidad, lejos de ser un acto de codicia, es una expresión de interés y sensibilidad hacia los demás, interés del que en última instancia, la sociedad extrae su riqueza y los individuos así como las empresas, grandes y pequeñas, obtienen su sustento.

Recapacitemos sobre los siguientes dos ejemplos proporcionados por Shlomo Maital sobre empresas del sector de los servicios financieros: GE Capital y Donaldson, Lufkin & Jenrette. GE Capital, filial de General Electric, es una de las mayores instituciones financieras no bancarias de Estados Unidos. Realiza operaciones rentables organizando coaliciones de socios mercantiles. Parte de la actividad de GE Capital consiste en arrendar aviones. El ejemplo del profesor Shlomo Maital es el siguiente.

La empresa GE Capital había arrendado unos aviones a Eastern Airlines. Cuando esta empresa quebró, GE se encontró con varios Boeing 757 parados con los que no sabía qué hacer. Descubrió que USAir quería los Boeing 757, pero esta última empresas tenía unos Mc-Donnell-Douglas MD-80 alquilados por GE. GE procedió a triangular una operación internacional. Arrendó los 757 a USAir, recuperó sus MD-80 y se los arrendó a una compañía china. La operación estaba claramente motivada por el ánimo de lucro. Sin embargo, los acuerdos comerciales se realizaron porque beneficiaban a todos los participantes. GE estableció una coalición entre las líneas aéreas y pudo satisfacer todas sus necesidades. Se puede discutir sobre la legalidad de la coordinación entre los competidores pero es difícil negar que GE obtuvo beneficios, prestando servicios de calidad a sus clientes[1468].

Otro ejemplo de competencia mediante la colaboración es el de Donaldson, Lufkin & Jenrette (DLJ). En los años sesenta, DLJ alcanzó una posición destacada en el mercado de valores estadounidense. En cinco o seis años, la empresa ascendió hasta el séptimo lugar entre las agencias de Wall Street, y fue la primera firma de Wall Street que vendió acciones al público.

DLJ se dio cuenta que los denominados «inversores institucionales» —los fondos de pensiones, las compañías de seguros, los fondos de inversión— eran cada vez más importantes, a medida que aumentaba el número de personas que canalizaba sus ahorros a través de ellos en vez de invertirlos directamente en el mercado de capitales. DLJ redefinió sus actividades, pasando a colaborar con estos «nuevos capitalistas» mediante la prestación de servicios financieros, de asesoramiento y de gestión[1469].

No olvidemos la nueva concepción de empresas se refiere a sistemas abiertos en los cuales la compañía realiza alianzas con proveedores y clientes para alcanzar máxima competitividad. La idea central es que los ejecutivos que mejor cooperan son los que mejor compiten. Competir mediante la cooperación significa que los ejecutivos se pregunten constantemente: ¿cómo puedo entrar en contacto con quienes tengan los mismos intereses y objetivos que yo a fin de alcanzarlos juntos? Los ejecutivos pueden conseguir que sus empresas sean más competitivas explorando la manera de crear coaliciones con aquellos que comparten un interés común, trabajadores, ejecutivos, proveedores, clientes, incluso rivales encarnizados. Esta es la esencia de la competencia en el siglo XXI.

[1468] *International Business Week*, 8 de marzo de 1993, p. 40.

[1469] DRUCKER, Peter. *Management: Tasks, Responsibilities, Practices.* Nueva York: Harper and Row, 1974, p. 87.

Hay tres razones para que la competencia mediante la colaboración sea cada vez más importante a la hora de tomar decisiones empresariales. Vamos a enumerarlos presentando en lo posible un ejemplo de aplicación.

1. En muchos sectores, las principales empresas no compiten exclusivamente en mercados locales o nacionales. El campo de juego ha pasado a ser mundial. Tal como hemos analizado en el acápite precedente incluso los competidores puramente nacionales se están encontrando con la competencia planteada por las importaciones. Conseguir suficientes recursos, dimensiones y fuerza para competir al nivel internacional supone que hasta las mayores empresas necesiten aliados. Maital afirma que pocas empresas industriales son mayores que General Motors. Aún así, GM descubrió que era sensato aliarse con su rival Toyota para su planta de NIEMI, en California. Las empresas conjuntas —formadas por dos o más empresas que quieren ampliar sus actividades— son una de las formas de colaboración. Cada vez más, se trata de uniones informales que no tienen un capital social asignado en Estados Unidos hubo menos de 100 empresas conjuntas a lo largo de toda la década de los 60. En los años 80 y 90, según la Cambridge Corp. de Boston, se formaron, por término medio, más de 200 al año, muchas de ellas con socios extranjeros[1470].

2. Los productos y servicios se basan cada vez más en la información y el conocimiento. Los productos de la sociedad del conocimiento, propia del siglo XXI surgen mejor en un medio colaborativo en el que todos los miembros se comunican los conocimientos que en un medio celosamente competitivo. Un ejemplo importante es el de la «*mecatrónica*», combinación de la ingeniería mecánica y la electrónica. La maquinaria moderna depende básicamente de la electrónica. Ambas ramas del saber, la ingeniería mecánica y la electrónica, son complejas. Para combinarlas con acierto hace falta una estrecha colaboración entre los expertos y las empresas. Las empresas que quieren ser más competitivas mediante la «*mecatrónica*» sólo podrán lograrlo iniciando y manteniendo un elevado nivel de colaboración, tanto en su interior (entre sus ingenieros mecánicos y electrónicos) como en el exterior, con otras empresas que tengan las necesarias técnicas.

3. Los nuevos productos y servicios incluyen una amplia cartera de tecnologías, no una sola. Pocas firmas cuentan con suficiente experiencia como para poder enfrentar por sí solas todas las tecnologías necesarias. La mayoría necesita la colaboración externa para manejar por lo menos algunas de esas tecnologías. Tal vez la excepción que prueba la regla sea el DC-3, del que se ha dicho que es el mejor avión jamás construido. El prototipo del DC-3 se fabricó en 1936. La investigación, desarrollo, evaluación y pruebas costaron sólo 130.000 dólares. En precios actuales, esa cantidad sería equivalente a un millón de dólares, aproximadamente una cienmilésima parte del costo de desarrollo del Lockheed Tristar, por ejemplo, o el Boeing 767. El DC-3 incorporó más de treinta importantes avances tecnológicos. Todos se conocían con anterioridad y se habían aplicado (el tren de aterrizaje retráctil y las hélices de inclinación variable), pero el DC-3 los reunió por primera vez. El día que apareció dejó completamente anticuados a todos los competidores. No era el más rápido, ni el más barato, ni el más grande, ni el más largo; simplemente era el mejor. Prácticamente la mitad de los DC-3 que se fabricaron

[1470] MAITAL (1995). *Op. cit.*

siguen volando en la actualidad. Ningún DC-3 tuvo nunca un accidente causado por deficiencias estructurales. De un golpe, el nuevo aparato redujo el costo del pasajero-kilómetro a un quinto del de sus competidores. Dio a Douglas Aircraft Corp. una importante ventaja sobre sus competidores, ventaja que se mantuvo durante décadas.

Douglas pudo manejar los treinta importantes avances tecnológicos, pero en la actualidad, lo más probable es que tuviese que recurrir por lo menos a un aliado estratégico. Han pasado setenta y cinco años desde que despegó el primer DC-3. En la actualidad, los nuevos productos, que incorporan e integran muchas mejoras tecnológicas diferentes, —aviones incluidos—, requieren grandes conocimientos de gestión para orquestar los diferentes talentos necesarios. En la actualidad esta integración constituye la norma, no la excepción. El resultado es que es más sensato buscar asociados expertos que puedan ahorrar tiempo y dinero. En la actualidad no es posible desarrollar toda la tecnología que se requiere para competir globalmente. En algunos casos se deberá comprar, en otros licenciar y en la mayoría celebrar convenios de alianzas para uso compartido.

El resultado de estas tres fuerzas —mercado mundial, productos basados en el conocimiento, cartera de tecnologías— es una paradoja. Cadà vez es más frecuente que las empresas que mejor compiten sean aquellas que encuentran la manera de cooperar y colaborar, incluso con sus más enconados rivales. Un claro ejemplo de ello son empresas como IBM, Apple y Motorola que han celebrado alianzas para crear un nuevo y potente procesador llamado «Power PC».

Un resultado de toda esta cooperación internacional ha sido que buena parte de la legislación protectora de la libre competencia en los Estados Unidos concebida hace un siglo (Ley Sherman de 1890) en la era de los enormes cárteles y monopolios, ha quedado obsoleta. Por ejemplo, cuando un pequeño grupo industrial llamado National Intergroup, que ocupaba casi la última posición de la lista de las 1,000 mayores empresas estadounidenses, trató de vender parte de su participación en National Steel al gigante U.S. Steel, el Departamento de Justicia impidió la operación, afirmando que limitaría la competencia. Sin dejarse amilanar, National Intergroup creó una empresa internacional conjunta entre National Steel y el fabricante de acero japonés Nippon Kokan. El Departamento de Justicia aceptó la operación con dificultades. Gracias a la operación, National se mantuvo en el negocio del acero y el acero estadounidense se hizo más competitivo a escala internacional.

La estrategia de la cooperación

Etimológicamente la palabra «estrategia» se compone de dos palabras griegas que quieren decir «ejército» (*stratós*) y «dirigir» (*agéin*). *Strategós* significa en griego «general del ejército». De la misma manera que los generales dirigen a los ejércitos, los ejecutivos dirigen las empresas. Lo hacen estableciendo una visión clara del lugar en el que deberían estar sus empresas en un plazo de cinco o diez años, y después muestran la manera de llegar allí.

En su conocido libro sobre estrategia competitiva, el catedrático de Harvard Michael Porter muestra cómo hay que analizar la estructura competitiva de un sector, estudiando las relaciones de las empresas con otras cuatro colectividades: clientes, proveedores, com-

petidores potenciales y competidores actuales[1471]. Una lectura detenida de la teoría de Porter revela que la esencia de la estrategia competitiva es el desarrollo de vínculos de colaboración con esos cuatro grupos. Si bien el modelo de Michael Porter muestra una visión relativamente estructural de la competencia, la empresa debe ser dinámica y proactiva en su desempeño competitivo.

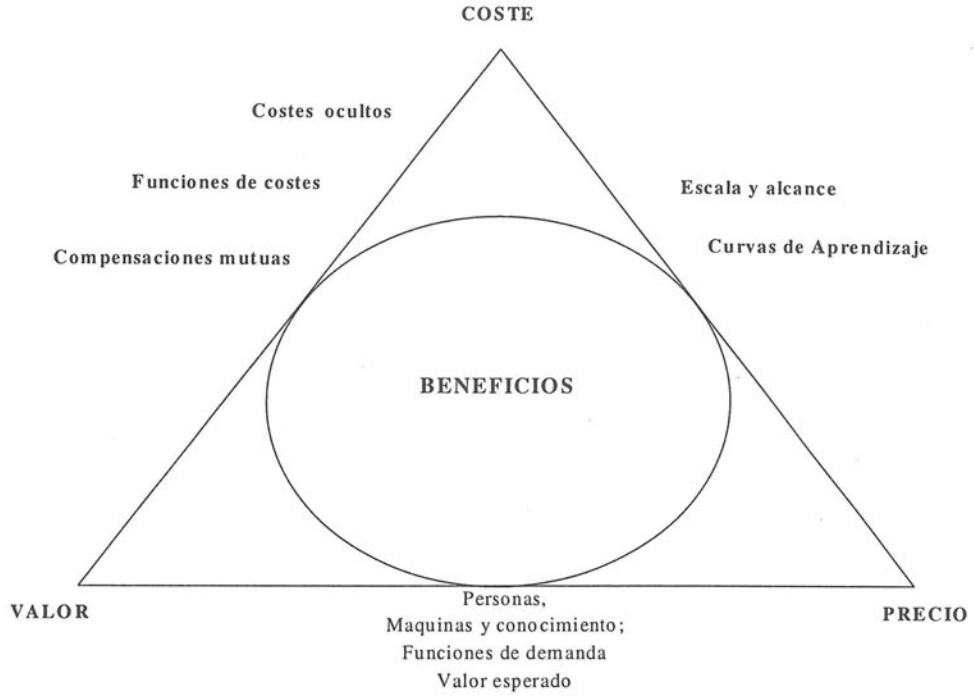
Las empresas colaboran con los clientes descubriendo sus necesidades y satisfaciéndolas. Cooperan con los proveedores integrándolos en el proceso de producción y distribución desde las primeras etapas del ciclo vital del producto, empezando por el diseño. Las empresas colaboran incluso con los competidores, potenciales y reales. Las empresas compiten/ cooperan con los potenciales participantes en sus mercados haciendo que los precios sean suficientemente bajos para que la penetración en el mercado no resulte atractiva, y por lo tanto, evitando las guerras de precios que derivan del «exceso de población» en mercados reducidos. Esta es la teoría que se conoce como teoría de los mercados disputados, iniciada por el economista William Baumol, según esta teoría, aunque la empresa domine un sector, debe actuar como si tuviese competencia, porque si eleva los precios y las utilidades, pronto tendrá competidores[1472]. Las firmas llegan incluso a colaborar con la competencia, legalmente, haciendo que sus productos se diferencien lo suficiente como para crear mercados diferentes, tener clientes fieles y generar demanda, con lo que se consigue disminuir la competencia.

Al desarrollar una estrategia de cooperación, los ejecutivos tienen que encontrar respuestas adecuadas a las siguientes preguntas: ¿En qué medio y mercado compite mi empresa?, ¿en qué negocio estoy?, ¿qué recursos tengo para mantener a mi empresa?, ¿quiénes son mis competidores?, ¿qué conocimientos y recursos tienen?, ¿qué resultados obtienen mis productos en comparación con los de la competencia?, ¿quiénes son mis colaboradores?, ¿con quién puedo colaborar de manera rentable?, ¿qué va a hacer que mi empresa disfrute de una ventaja sostenible sobre mis competidores en la lucha por las ventas y la participación en el mercado?, ¿cómo vamos a sobrevivir, resistir y prosperar?

1471 PORTER, Michael. *Competitive Strategy*. Nueva York: The Free Press, 1980.

1472 BAUMOL, William. «Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure». *American Economic Review*, marzo de 1982, pp. 1-15.

El siguiente gráfico ilustra los métodos propuestos por el economista Shlomo Maital para competir colaborando.



Instrumento No. 1: Costo-precio-valor

El rápido crecimiento económico oculta defectos que al final acaban saliendo a la luz. Durante los años ochenta, época en la que se experimentó un aumento de la producción, el gasto y el empleo en Estados Unidos, Europa y Asia, los consumidores impacientes, que tenían dinero y deseos de gastarlo, hicieron que muchas empresas debilitasen los vínculos existentes entre sus precios, sus costos y el valor que producían para sus clientes. La recesión estadounidense de 1990 y la posterior recesión europea hicieron que los consumidores se resintiesen. Las empresas volvieron a sus fueros, al dar a los consumidores productos de calidad por buen precio a costos que permitiesen obtener beneficios razonables. Ha vuelto a aparecer con gran fuerza el contrato social entre el comprador y el vendedor, al que muchas empresas no habían hecho caso durante los años ochenta. Este contrato afirma que el vendedor ofrecerá al comprador un buen producto a buen precio, y el comprador, por su parte, será un fiel cliente del vendedor. Los directivos pueden hacer múltiples variaciones con los costos y los precios, pero si no tienen presente el concepto de colaboración para la creación de valor, las vinculaciones entre costos, precios y beneficios serán incompletas. McDonald's ofrece un claro ejemplo de lo expuesto. Su vicepresidente y director financiero, Jack Greenburg, admite que su propio éxito acabó echándolos a perder. McDonald's aumentó demasiado sus precios con lo cual perdió ventas y beneficios. Los ejecutivos atacaron el problema con un triple plan de costo-precio-valor. Los precios se redujeron drásticamente. Pero esta medida aislada no solucionaba el problema; una reducción de precios, sin otras estrategias, hubiese significado un descenso de las

utilidades[1473]. McDonald's ofreció junto a esos precios reducidos un mayor valor a los que llamó los «platos super-valor», los que eran combinaciones (hamburguesa, patatas fritas y refresco) que costaban menos que la suma de sus ingredientes. A la vez, se ocupó de los costos, que mostraban una preocupante tendencia al alza, ya que los costos de instalación de los restaurantes habían aumentado en un 60% en cinco años. De este problema se ocuparon aprendiendo de los operadores de franquicias europeos. En Europa el espacio es escaso y costoso, por lo que el aprovechamiento del terreno es esencial. McDonald's aprendió de los europeos la manera de montar restaurantes de 200 metros cuadrados con módulos prefabricados. En la actualidad, McDonald's obtiene un espectacular margen de beneficios: el 20%. El secreto de su éxito fue su deseo de competir creando vínculos de colaboración, en primer lugar con sus clientes, y después, con los gestores de franquicias extranjeros[1474]. Crear y aumentar el valor es uno de los actos de colaboración más importantes, porque exige que los productores de un bien o servicio estén en contacto con quienes hacen el producto, trabajadores y proveedores y con los que lo consumen, compradores, en un esfuerzo por aumentar el valor a la vez que se reduce el costo y el precio.

Instrumentos No. 2 y 3: Intercambios, costos ocultos y ventaja comparativa (costo y valor)

El ejemplo tradicional de individualismo exacerbado en el campo empresarial es el del empresario innovador que se atreve a poner en peligro su reputación y fortuna creando una empresa pequeña para competir con empresas bien establecidas. Incluso entre los emprendedores, en su toma de decisiones iniciales, la colaboración es esencial. Hay intercambios y costos ocultos que se pueden identificar y manejar mejor mediante alianzas cooperativas[1475].

Los directivos sólo deben tratar de introducir un nuevo producto o un producto renovado si es singular o especial en algún sentido, si sólo el innovador puede hacerlo y si siente un deseo ardiente de hacerlo. Son tres condiciones necesarias para crear triángulos atractivos de costo-precio-valor, que tengan unos beneficios sustanciales ubicadas justo en el medio del triángulo.

Crear nuevos productos es un elemento importante de la estrategia competitiva. A la innovación se la ha llamado la «ventaja del atacante». Se basa en desarrollar nuevos productos en forma veloz y sacarlos al mercado. No obstante, no se puede exagerar la velocidad pues con ello se consigue un diseño defectuoso, una baja calidad de producción y un marketing mal concebido. ¿Qué es «demasiado rápido»?, ¿de qué manera se puede mejorar la combinación velocidad-calidad?

Un estudio estadístico, realizado por Thomas M. Hout, vicepresidente del Boston Consulting Group, analizó a 553 fabricantes de escala mundial. Descubrió que a los fabri-

---

1473 Un recorte de precio de un solo dólar en cada uno de los 700 servicios que McDonald's vende a diario puede suponer un descenso de 2,500 millones de dólares al año en beneficios antes de impuestos. BUFFETT, Warren, citado en *Fortune*. 29 de noviembre de 1993, p. 11.

1474 «Look who learned about value». En: *Fortune*. 18 de octubre de 1993, pp. 39-40.

1475 ROBERTS, Edward, experto en nuevas empresas de alta tecnología, ha mostrado que las empresas de reciente creación formadas por tres fundadores que tienen conocimiento significativamente mayores que las empresas fundadas por una sola persona. Véase su *Entrepreneurs in high technology: Lesson from MIT and beyond*. Nueva York: Oxford University Press, 1991.

cantes japoneses sólo les cuesta 17 meses lanzar un nuevo producto, contra los 19 meses que necesitan las empresas estadounidenses. La diferencia de dos meses es más importante de lo que cabría esperar, puesto que como Hout indica, la velocidad en el desarrollo de nuevos productos es el factor que más define la participación en el mercado y su ritmo de crecimiento. La pregunta que nos podemos plantear es: ¿De qué manera se puede acelerar la introducción de nuevos productos sin que ello suponga incurrir en perjudiciales aumentos de costos? Hout cree que la respuesta radica en la cooperación y la colaboración. «Las empresas rápidas e innovadoras tienen un mejor balance de personal, lo que parece indicar una mayor relación entre las funciones durante el proceso de desarrollo, en el que el ingeniero de diseño recibiría más aportaciones y apoyo por parte de las otras funciones. Tal relación aumenta las probabilidades de que el producto vaya a resultar, a venderse y a producir beneficioso»[1476]. Hout descubrió que este tipo de cooperación depende menos de la forma concreta de organización que de lo adecuada que sea la dirección de ésta.

Una de las consecuencias importantes del análisis de los intercambios es la idea de la ventaja comparativa. Howard Head utilizó esta herramienta de manera muy fructífera. Creó dos empresas de gran éxito, Head Ski, que hizo los primeros esquíes de aluminio, y Prince Manufacturing, que innovó en el campo de las raquetas de tenis de aluminio de grandes dimensiones, y lo hizo de una manera que puso de manifiesto que la cooperación con los proveedores puede ser un factor esencial del éxito. En vez de tratar de fabricar él mismo las raquetas, Prince cerró un acuerdo con una empresa de Taiwán, Kunnan Lo —que tenía experiencia en tubos de aleación de aluminio de gran resistencia— para la producción de las raquetas. Esta asociación permitió a Prince concentrarse en el marketing y la distribución, y dejó que Kunnan Lo se ocupase de los complejos problemas de producción relacionados con la «corrosión por tensión». Head había llegado anteriormente a un acuerdo similar con Maark, empresa experta en la fabricación de aluminio, para la fabricación de los esquíes de aluminio y las primeras raquetas de aluminio Prince. Era una aplicación en el mundo real del principio de la ventaja comparativa en la que Prince, Maark y Kunnan Lo se centraban en lo que mejor hacían, para beneficio de todos[1477]. Al final, los accionistas de todas las empresas colaboradoras se beneficiaron de la sinergia que hizo que los esquíes de Head y las raquetas de tenis de Prince fuesen muy competitivos.

Uno de los mayores «costos ocultos» es el costo del capital aportado por los accionistas. En el caso de Coca Cola se decidió que las divisiones de producción debían cobrarse entre ellas un 16% de interés sobre su propio capital, para cubrir los costos de oportunidad, con lo que todos los costos quedarían reflejados y se tomarían las decisiones correctas en relación con el empleo del capital.

Un ejemplo curioso, que tiene un profundo efecto sobre los mercados mundiales, es el de Rusia y su capital «sin costo» y «sin dueño». Rusia es una importante potencia industrial, con una gran capacidad de producción de materiales como el cobre, el acero, el aluminio y el petróleo. Tiene inmensas cantidades de capital dedicadas a la elaboración de estos productos. No obstante, nadie sabe quiénes son los accionistas. ¿A quién pertenece el capital?, ¿cuál es el costo de oportunidad? Con el paso de la economía planificada a la economía de

---

[1476] Hout, Thomas M. *International new product development survey: Review of findings.* Boston, Massachusetts: Boston Consulting Group, 1993, p. 2.

[1477] Howard Head and Prince Manufacturing Co. Caso 9-388-079 de la Escuela de Negocios de Harvard, 1988.

mercado, las fábricas de propiedad estatal se están privatizando, aunque el proceso es largo y complicado. Mientras tanto, millones de rusos trabajan en fábricas cuya propiedad se encuentra en una extraña tierra de nadie, entre el Estado y la propiedad privada. Para sobrevivir los directivos de las fábricas están vendiendo sus productos en los mercados mundiales a precios predatorios porque en ellos no incluyen los costos de utilización del capital, factor que grava considerablemente a las empresas occidentales que requieren de intenso capital. A consecuencia de las considerables ventas rusas, en el mercado mundial el precio actual del aluminio se encuentra en un mínimo histórico (descontando la inflación, 49 centavos la libra). Los productores estadounidenses de aluminio han reducido las planillas de empleados y obreros debido a la caída en la producción en un 20%. El problema no se limita al aluminio. Se calcula que un tercio de la producción industrial actual de Rusia no es rentable, si se toman en cuenta los verdaderos costos de mano de obra y capital y se eliminan las subvenciones. Los productos rusos se están vendiendo a su costo variable, o incluso por debajo de él, prescindiendo del costo fijo de oportunidad del capital. Es como si las enormes reservas de materias primas y la gran capacidad industrial rusas estuviesen esperando a ver qué pasa; aun cuando no pase nada, la simple posibilidad que pueda pasar algo hace que los mercados estén agitados e inestables. De acuerdo con ciertos cálculos, si toda la producción de petróleo, gas, oro, hierro y otros metales rusos se exportase a los precios imperantes en los mercados mundiales, la renta per cápita rusa se duplicaría. La ventaja rusa en costos y precios no sólo se basa en el capital «gratuito», sino también en los precios irrazonablemente bajos que tiene la energía en ese país (tal vez la mitad de los que rigen en países occidentales)[1478].

La guerra de precios competitiva que está prescindiendo de los costos ocultos del aluminio y otros productos puede beneficiar a los consumidores a corto plazo, haciendo que los automóviles, que ahora contienen 100 kilogramos de aluminio por término medio, sean más baratos, por ejemplo, pero a la larga hace que el sector del aluminio sea más inestable. El mismo fenómeno de guerra de precios que se dio entre las líneas aéreas, ha hecho que las tarifas varíen mucho. Una solución podría ser el acuerdo cooperativo entre productores occidentales y rusos que se está negociando en la actualidad. Aunque los consumidores celebren en ocasiones cuando estalla una guerra de precios entre los productores, más de una vez acaban descubriendo que las víctimas de la guerra son numerosas, y que las empresas supervivientes elevan sus precios para recuperar las pérdidas experimentadas durante la guerra. En tales guerras suele haber pocos vencedores, si es que hay alguno[1479].

Instrumento No. 4: Funciones de costos (costo y valor)

Las empresas occidentales se encuentran en una situación opuesta a la que enfrentan de las rusas. En vez de pasar por alto los costos fijos, cada vez son más las empresas que tratan desesperadamente de reducir costos, sea cual sea su naturaleza. Los costos de investigación y desarrollo se encuentran entre los que más han aumentado en los últimos años. Más y más empresas están buscando la forma de reducir los costos de investigación y desarrollo compartiendo estos con otras empresas a través de colaboraciones internacionales. Estas asociaciones son el resultado, más que la causa, de la creciente competencia interna-

[1478] «Russia's value gap». En: *The Economist*, 24 de octubre de 1992, p. 69.

[1479] «Aluminum everywhere». En: *International Business Week*, 25 de octubre de 1993.

cional. En el entorno competitivo actual la supervivencia de los mejores significa ahora supervivencia con los mejores. El objetivo consiste en reducir los elevados y crecientes costos fijos relacionados con la investigación y desarrollo, compartiéndolos entre los socios colaboradores.

¿En qué ocasiones debería participar una empresa en tales proyectos?, ¿en qué área, investigación y desarrollo, marketing, producción?, ¿debe el socio, extranjero o nacional, público o privado ser grande o pequeño? Sobre todo, ¿funcionan las asociaciones de colaboración? Recientes estudios ofrecen respuestas útiles a estas preguntas.

Los crecientes costos y los elevados riesgos de la investigación básica y aplicada, señalan que esta área es la candidata natural a la formación de empresas conjuntas. Deepak Sinha y Michael Cusumano, de la Sloan School of Management, del MIT, desarrollaron un modelo teórico de empresas conjuntas de investigación (ECI). Una ECI debería ofrecer dos ventajas esenciales, a saber:

- Complementariedad. La investigación conjunta realizada por varias firmas que tienen capacidades de investigación básicamente similares ofrece pocas ventajas sobre la rivalidad abierta. Hay que buscar empresas cuyas capacidades sean complementarias, no réplicas exactas. No olvidemos que lo que une a las empresas no son sus semejanzas sino sus diferencias. En ellas radica el potencial de ganancias conjuntas.

- Costo. Una ECI debería hacer que la investigación fuese más económica para sus participantes, ya fuese por medio de economías de escala o por medio del reparto de los costos de una instalación entre una gama más amplia de proyectos[1480].

Sinha y Cusumano muestran que la cooperación entre las empresas es más probable y deseable cuando la tecnología en cuestión es «apropiable», es decir, cuando la firma innovadora puede proteger y conservar los beneficios de su creación. Chesterton dijo una vez que la competencia consiste en plagiar ferozmente. La investigación sólo resultará rentable en aquellos casos en los que esta se pueda proteger de la imitación.

La mayor parte de las colaboraciones que han resultado bien como por ejemplo los japoneses, se han desarrollado en el área de la investigación aplicada (no en investigación básica) y en ellas han participado grandes empresas. Es una falacia que las pequeñas empresas obtengan más beneficios a través de la colaboración. Las empresas grandes están en mejor situación para aplicar los resultados de la investigación y, por lo tanto, pueden conseguir más beneficios de la colaboración con sus rivales. No es probable que la política oficial estadounidense, que parece fomentar las ECI, entre las pequeñas empresas, vaya a dar muy buenos resultados.

Algunas ECI fracasan porque a las grandes empresas les gusta unirse a otras más pequeñas, para limitar las ventajas y los beneficios que puedan extraer. Esta estrategia está equivocada. Hay varios estudios que muestran que las uniones dispares entre empresas grandes y pequeñas acaban en fracaso.

[1480] SINHA, Deepak y CUSUMANO, Michael. Documento de trabajo de la Escuela Sloan de Gestión del MIT, 1992.

Sinha y Cusumano apuntan que, como consecuencia de las rivalidades entre las empresas, la investigación y desarrollo cooperativo no suele ser «la mejor forma de asociación de investigación». Mejor que ese tipo de colaboración, afirman, es la cooperación con universidades, instituciones de investigación sin ánimo de lucro o empresas de otros sectores.

Otra forma de cooperación en el campo de la investigación y desarrollo es la del «comercio informal del conocimiento», mediante el cual los ingenieros de una empresa intercambian información acerca de los procesos de producción con los de otra empresa, incluso con los de una rival. Un estudio realizado por Eric von Hippel examinó a 11 firmas del sector de las miniacerías compactas de Estados Unidos (Las miniacerías compactas son instalaciones que funden chatarra de acero en hornos de arco eléctrico y después lo moldean y lo estampan con diversas formas. Suelen ser pequeñas y su construcción es barata, y las mejores miniacerías de Estados Unidos suelen tener costos menores que sus competidoras japonesas). En el estudio se puso de manifiesto que muchas de las pequeñas empresas intercambiaban conocimientos exclusivos sobre procesos de manera habitual, en ocasiones con rivales. De una manera informal, concluye von Hippel, «los participantes se esfuerzan por mantener un equilibrio entre el valor de lo que se da y lo que se recibe». El intercambio de conocimiento es adecuado, porque ambas partes se benefician, cada parte obtiene un conocimiento que en otro caso no habría conseguido. Hay más estudios que indican que el mercado informal del conocimiento también existe en otros sectores, y en ocasiones se remonta hasta el siglo XIX[1481]. El papel fundamental desarrollado por tal colaboración, incluso entre rivales, contrasta acusadamente con los modelos de capitalismo sin límites que tanto alaban algunos economistas. Frecuentemente. es esta cooperación, más que la competencia, la que crea oportunidades de reducir costos pese a que estas modalidades pueden ser objeto de estrecho escrutinio por efecto de las normas protectoras de la libre competencia.

Instrumentos N° 5 y 7: Las curvas de aprendizaje y su efecto en el costo y precio y el mérito de las personas, las máquinas y los conocimientos (valor y precio)

La fuerza de la competencia colaborativa a la hora de reducir rápidamente los precios es en ocasiones fenomenal. Pensemos en el primer computador personal IBM, presentado en agosto de 1981. Tenía 64 KB de memoria RAM, una disquetera para discos de 160 KB y un monitor monocromo. Costaba 2.600 dólares. En la actualidad, esos 2.600 dólares serían equivalentes a 4.600 dólares, y con ellos se podría adquirir un ordenador cientos de veces más potente que el IBM PC original. En una época, la potencia de cálculo de los ordenadores se vio severamente limitada por la escasez de memoria. En 1973, el costo de la memoria dinámica RAM era, aproximadamente, de un centavo por bit, en chips de 1 K. Para 1986, había chips de 256 KB RAM y el costo por bit de la memoria se había reducido a una milésima parte de su costo en 1983.

Las curvas de aprendizaje del PC ofrecen una lección importante. Aunque IBM fue el principal innovador en el campo de los ordenadores personales, no consiguió la mayor parte de los beneficios, que fueron a parar a sus imitadores. La evolución empresarial requiere no sólo que los innovadores creen algún tipo de mejora, grande o pequeña, en los productos existentes, sino también que aprendan a aprovecharlas en beneficio propio con

[1481] VON HIPPEL, Eric. *The Sources of Invention.* Nueva York: Oxford University Press, 1988, pp. 76-84.

velocidad y presteza. Uno de los principales problemas de IBM fue que las otras divisiones de la empresa no creían que la unidad de computadores personales fuese un compañero serio, y no aprendieron de sus aciertos y logros. Los innovadores de la división de PCs podrían haber sido estupendos aliados de las otras divisiones, pero se les trataba como a los primeros Volkswagen, solución, que ahora nos parece clara, habría sido una mejor y mayor colaboración.

Las curvas de aprendizaje no siempre son efectivas, sobre todo cuando las series de producción no son suficientemente grandes. Airbus Industries, el consorcio europeo, ha diseñado y producido siete modelos diferentes. Aunque estos aviones comparten algunas piezas, difieren mucho en cuanto a tamaño, capacidad y diseño. En total, Airbus ha vendido más de 2.000 aviones. Eso hace un total de unos 285 aviones de cada modelo. Esta producción media relativamente reducida no es suficientemente grande para permitir ahorros mediante efectos de curva de aprendizaje. Por lo tanto, no resulta sorprendente que hasta los dos últimos años, después de dos décadas de funcionamiento, Airbus no hubiese conseguido obtener beneficios. Los gobiernos europeos soportaron las pérdidas que se acumularon hasta ese momento, puesto que si no lo hubiesen hecho, Airbus habría desaparecido hace muchos años. Los crecientes costos de desarrollo de nuevos aparatos están consiguiendo que competidores tan descarnados como Boeing y Airbus negocien la realización de empresas conjuntas: Cuando la supervivencia depende de la cooperación, hasta los más enconados enemigos pueden convertirse en estrechos aliados lo cual tiene profundas connotaciones en el ámbito del *antitrust* toda vez que debido a la concentración industrial en los mercados globales son cada vez menos las empresas que compiten.

No todas las empresas están dispuestas a aprender y mejorar. En ocasiones las curvas de aprendizaje pueden ser amenazadoras, porque los ahorros de costos y las mejoras de eficiencia que aportan pueden poner en peligro los puestos de trabajo de algunas personas.

5.1.2. El Concepto de Escala Vs. Alcance

Instrumento No. 6: Escala y alcance (costo y precio)

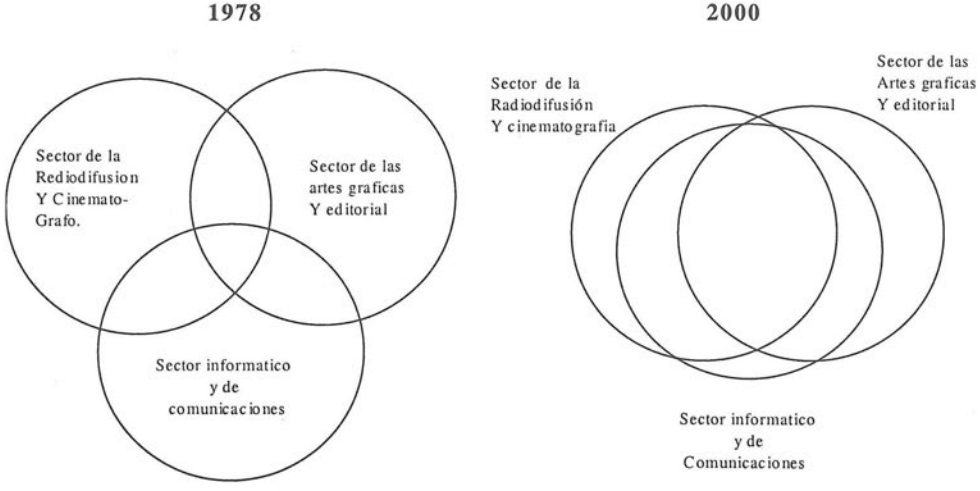
El mercado más moderno de la actualidad es el de «los medios digitales», sector potencialmente enorme que podría alcanzar en breve un volumen de cientos de miles de millones de dólares anuales en ventas. Los medios digitales transmiten grandes cantidades de imágenes, sonidos y textos en forma digital, por líneas telefónicas y por satélite. Ofrecen a las personas, en su propia casa, una televisión interactiva (televisión que pueden modificar o a la que pueden responder), compras desde casa, películas de vídeo, información procedente de bases de datos, y una amplia variedad de servicios que todavía se tienen que inventar.

Los medios digitales están, por su propia naturaleza, desarrollados en torno a economías de alcance: una vez que las conexiones de teléfono o cable llegan a un hogar, los costos marginales de otro canal de televisión u otro servicio de compra desde casa son muy reducidos. Se trata de un sector que sólo se puede crear mediante la estrecha colaboración de grandes empresas, puesto que es una combinación de empresas que hasta el momento trabajaban de manera independiente, radiodifusión y cinematografía, artes gráfi-

cas y edición, informática y comunicaciones[1482]. Su nacimiento fue previsto hace más de un decenio por un académico visionario, llamado Nicholas Negroponte.

A finales de los años setenta, Negroponte propuso la creación de lo que él llamó Laboratorio de Medios del MIT. Para recaudar fondos entre la industria internacional, Negroponte mostraba un diagrama con el que defendía el interés de su laboratorio. En el diagrama se mostraban tres sectores, el de la informática, el del esparcimiento y el de las artes gráficas, que en la época tenían unas relaciones muy vagas entre sí, pero que funcionaban como entidades separadas. Para el año 2000, profetizó Negroponte, los tres círculos serían casi coincidentes[1483].

La Confluencia de Diversos Sectores



El laboratorio que proponía se centraría en la investigación de los procesos —tecnologías, productos, ideas, innovaciones— que podrían hacer que esos tres círculos coincidiesen. Los tres sectores se están uniendo rápidamente. La fusión de las tecnologías viene acompañada por revolucionarias fusiones de grandes empresas, la última de las cuales ha sido el intento frustrado de fusión de Bell Atlantic, empresa de telecomunicaciones, y TCI, gran empresa de televisión por cable. Se trata de un nuevo sector cuyo nacimiento depende de un increíble conjunto de socios, entre los que se encuentran los principales participantes en el campo de la informática, electrónica doméstica, comunicaciones, televisión y medios de difusión. Entre los participantes que colaboran están: TCI, Bell Atlantic, AT &T, Matsushita, Motorola, Philips, Sony, Apple, Toshiba, IBM, Sears, Time Warner y Columbia.

Negroponte consiguió financiación y creó el Media Lab. Algunas de sus investigaciones futuristas pueden llegar a convertirse un día en nuevos productos digitales. En cuanto a los círculos coincidentes de Negroponte, tienen equivalentes en prácticamente todos los

[1482] «Digital Media Business takes form as a Battle of Complex Alliances». En: *The Wall Street Journal*, 15 de julio de 1993. p. 1.

[1483] BRAND, Stewart. *The MIT media lab.* Nueva York: Viking Penguin, 1987.

demás sectores, puesto que la innovación demanda cada vez con más frecuencia la conexión de diferentes tecnologías y experiencias.

Los sectores que se basan en el alcance de los productos y servicios requieren alcance en experiencia e instalaciones, lo que a su vez hace que los ejecutivos tengan que buscar socios dispuestos con los que colaborar. La innovación mediante la cooperación en sectores recién nacidos, como los medios digitales no sólo es la mejor manera de competir; probablemente es la única.

Instrumento No. 8: Mercados y demanda (precio y valor)

El interés en la cooperación y la preocupación por los demás como base del beneficio, en perjuicio de la competencia y el egoísmo, no casa bien con la economía convencional. Piense en la permanentemente citada frase de Adam Smith de que «no esperamos que nuestra cena provenga de la benevolencia del carnicero, el cervecero o el panadero, sino de su preocupación por su interés personal». En realidad sí que cenamos por la benevolencia del carnicero, porque de su benevolencia (buen producto a buen precio) depende lo bien que vaya a cenar él.

Las empresas que tienen éxito crean valor porque conocen las necesidades de sus clientes y las satisfacen. Sea cual sea el motivo del negocio, el objetivo no consiste únicamente en ayudarse a uno mismo, sino en ayudar a la vez a los demás, a los clientes. Las recompensas que se obtienen en un sistema de mercado son proporcionales al éxito que consigan las empresas en ese cometido. Esto es cierto incluso en sectores, como el de los servicios financieros, en los que el producto o servicio central, soportar o vender riesgos, resiste tozudamente cualquier intento de cuantificarlo de manera exacta.

Instrumento No. 9: Valor esperado (valor y precio)

Uno de los sectores más importantes de Estados Unidos es el que se dedica a mediar entre los que tienen capital —ahorradores individuales y quienes los representan, como fondos de pensiones y compañías de seguros— y los que quieren tomarlo prestado, como las empresas y los organismos públicos. Durante el trienio 1990-1993, los tipos de interés cayeron en Estados Unidos. El resultado fue un recorte radical de los ingresos de quienes vivían total o parcialmente de sus ahorros.

Una de las respuestas que han dado los estadounidenses ha sido tratar de buscar mayor rentabilidad, pasando de invertir en títulos de bajo riesgo como los bonos, a invertir en títulos de más riesgo (y mayor rentabilidad) como las acciones, o los fondos de inversión, que son conjuntos variados de diferentes acciones. Los estadounidenses tienen casi dos tercios de su patrimonio personal en activos financieros y una creciente proporción de ellos se están desviando hacia las acciones, básicamente a través de fondos de inversión gestionados por inversores profesionales.

¿Es sensato este cambio? Esta pregunta tiene que ver con el valor esperado. La respuesta está relacionada, en parte, con la cuestión de la colaboración. ¿Está compensado el aumento de riesgo que entrañan las acciones por el aumento del valor esperado de su rentabilidad? Los intermediarios, corredores y bancos de inversión, ¿se preocupan verdaderamente de los intereses de sus clientes, atendiendo a su deseo de una mayor rentabilidad, y reconociendo los riesgos adicionales que tal decisión entraña en la curva de

intercambios financieros? ¿Están valorando adecuadamente los estadounidenses el riesgo adicional en el que incurren? ¿O no se está teniendo en cuenta el aumento del riesgo?

En realidad parece que el reciente desplazamiento hacia las acciones está corrigiendo la tradicional e injustificada animadversión hacia ellas. Como han señalado los expertos, a la larga, desde 1926, los títulos de renta fija han producido una rentabilidad anual del 1 %, mientras que las acciones, por término medio, han producido un beneficio del 8%. La diferencia entre ellos es demasiado grande para justificar la proporción relativamente escasa de las .inversiones que los estadounidenses tienen en acciones (directamente, sólo un 20% de los activos financieros en poder de las economías domésticas). Uno de los problemas de los mercados de capital es que su verdadero producto, o servicio, el correr con un riesgo, es muy diferente de sus productos visibles, acciones, bonos, opciones, divisa extranjera y demás, y los atributos del riesgo son frecuentemente muy difíciles de valorar[1484].

Para hacer buenas valoraciones de costo valor en condiciones de incertidumbre hace falta que los ejecutivos hagan valoraciones exactas del riesgo, valoraciones, que pueden desafiar todo lo que digan los expertos y asesores. Este es un instrumento en el que la advertencia adjunta, úsese con mucho cuidado, es tan importante como el propio instrumento, el valor esperado. La colaboración con los expertos es importante, pero en este caso, los ejecutivos han de tener en cuenta que los expertos, que han aconsejado que una cartera mixta y diversificada es más deseable, pueden haber estado colectivamente equivocados desde hace muchos años.

El capitalismo estadounidense

Las sociedades modernas están construidas en torno a personas que se preocupan unas de otras, que trabajan en equipo, que hablan entre sí, que crean grupos duraderos y evitan que se desintegren y que hacen coaliciones en las circunstancias más adversas para conseguir beneficios mutuos. Compiten colaborando. Esto es especialmente cierto en las economías basadas en el conocimiento. El conocimiento, a diferencia del trabajo, los productos, la riqueza o el capital, se amplía cuando se comparte o se regala. Las sociedades en que mejor se comparte el conocimiento tendrán, a la larga, mejores resultados que sus rivales más avariciosas. .

En *La riqueza de las naciones* Adam Smith hablaba de cómo las personas están impulsadas por dos fuerzas, la pasión y el interés. La competencia está impulsada por la pasión. La cooperación se ve reforzada por el interés. Yo me atrevería a decir que la intensidad del pensamiento y el esfuerzo realizado por personas que trabajan juntas para alcanzar «intereses comunes» es, en general, un instrumento más eficaz y controlable por parte de los ejecutivos que la pasión generada por la necesidad o el deseo de hacerlo mejor que un rival.

Aunque una buena parte del mundo está empeñada en aprender e imitar el sistema de libre empresa estadounidense basado en la competencia, y en ese medio mundo se encuentra la Europa oriental, la antigua Unión Soviética y puede que hasta cierto punto China, es

1484 *The Economist*, 9 de octubre de 1993. p. 88. BENARTZI, S.. *Documento de trabajo.* Universidad de Cornell, 1993.

posible que la versión estadounidense del capitalismo, desarrollada en tomo a leyes y valores que destacan la competencia y que fueron muy útiles en la anterior era industrial, sea cada vez menos adecuada en el entorno empresarial mundial de la era postindustrial. El destino, económico de Estados Unidos podría ser similar al de Gran Bretaña, que palideció al final del siglo pasado, porque no se adaptó al cambio de las circunstancias.

El historiador Alfred D. Chandler Jr. indica las grandes diferencias que hay entre el funcionamiento del capitalismo en Estados Unidos, Gran Bretaña y Alemania[1485]. Estados Unidos, indica Chandler, practica un «capitalismo de gestión competitiva», en el que las empresas dirigidas por una casta gestora profesional compiten denodadamente entre sí para conseguir participación en el mercado tanto nacional como extranjero. En Gran Bretaña, la denominación es «capitalismo personal», en el que un pequeño número de personas de clase alta, que frecuentemente eran miembros de la familia fundadora de las empresas, dominaban las principales sociedades, y que no solían estar ni preparados ni capacitados para hacerlo, desentendiéndose de la realización de inversiones, de la contratación de ejecutivos y del desarrollo de las capacidades necesarias para obtener y conservar participación en el mercado. Alemania tiene un tercer sistema: «capitalismo de gestión cooperativa». Aunque en Estados Unidos los dirigentes industriales actúan como si participasen en una carrera de demolición, en la que los coches buenos hacen papilla a los malos, en Alemania, indica Chandler, «casi siempre prefieren negociar entre ellos para mantener la participación de mercado en el interior y en algunos casos en el extranjero».

Alemania en su versión del capitalismo, compartida por Japón, Singapur e incluso Francia, parece mucho más adecuada para obtener el éxito en los mercados mundiales. Fijémonos en Toyota, por ejemplo. Durante décadas, Toyota ha desarrollado un círculo de casi veinte aliados empresariales en diferentes sectores industriales y media docena de países, con los que desarrolla, distribuye y comercializa productos innovadores. Estos aliados están ayudando a Toyota a capear el actual temporal de dificultades económicas y mercados estancados que se padece en Japón[1486].

El argumento que la capacidad para competir de una empresa depende más de su aptitud para colaborar que de sus humores competitivos es una creencia generalizada entre la mayoría de los más respetados ideólogos de la gestión. Cada uno utiliza una expresión para referirse a la cooperación. Peter Drucker habla de empresas que son «orquestas sinfónicas» en las que el director gerente es el que lleva la batuta. Quinn Mills habla de «agrupaciones», Robert Waterman, de «*adhocracias*». Mel Horwich, de «empresa conectada en red». Jon Katzenbach, de la «empresa horizontal». Todas estas ideas se refieren a organizaciones creadas para fomentar la comunicación, el trabajo en equipo, la integración y la cooperación.

Un nuevo estudio realizado por los consultores de gestión Charles Hampden-Tumer y Alfons Trompenaars (*The seven cultures of capitalism*) ofrece pruebas materiales de la verdadera identidad del capitalismo individualista estadounidense, con su excesivo interés por la competitividad. Hampden-Tumer, asesor de gestión de Chicago, y Trompenaars, director del Centro de Estudios Empresariales Internacionales holandés, afirman que la creación de

---

[1485] CHANDLER, Alfred D. Jr. *Scale and scope: the dynamics of industrial capitalism. Belknap.* Cambridge. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.

[1486] «How Toshiba makes alliances work». En: *Fortune.* 4 de octubre de 1993. pp. 40-43.

riqueza, objetivo. sagrado de los directivos y prueba de fuego de un sistema económico, se deriva de los valores morales, que son «el fundamento de la identidad nacional y la fuente de fortalezas y debilidades económicas». Para comparar y contrastar tales valores, entrevistaron a 15.000 directivos de siete países: Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Suecia y Países Bajos. Descubrieron que los estadounidenses se diferencian mucho de sus colegas de otros países. Los estadounidenses son mucho más individualistas que los directivos de Japón e incluso que los franceses.

- Dos terceras partes de los directivos norteamericanos creen que si se deja cooperar a las empresas entre sí, normalmente se concertarán en contra de los intereses de los consumidores y de la sociedad en general. Por el contrario, menos de una cuarta parte de los japoneses y sólo un 41% de los alemanes lo creen. La mayoría de los japoneses y alemanes cree que las empresas que cooperan entre sí transmitirán a sus clientes una mayor eficacia y economías de explotación.

- El 92% de los directivos estadounidenses, cuando se les preguntó si a la hora de contratar a un trabajador importa más que «encaje en el grupo», o que tenga los «conocimientos, capacidades y credenciales necesarios para llevar a cabo el trabajo», se inclinaron por lo segundo. Menos de la mitad de los japoneses y sólo el 57% de los franceses optaron por la capacidad personal.

Los directivos japoneses, alemanes y franceses, dicen Hampden-Tumer y Trompenaars, «fundamentan su sistema de valores primero en el bienestar del grupo y después, sólo después de que se hayan satisfecho las necesidades del grupo, prestan atención a las necesidades individuales. Otros directivos, sobre todo, los norteamericanos, británicos, holandeses y suecos fundamentan su sistema de valores en el bienestar del individuo y después, y sólo después, procuran que estas personas formen grupos eficaces»[1487].

¿Es el capitalismo estadounidense un dínamo, como indican sobre todo quienes están ansiosos por imitarlo? ¿O es en realidad un dinosaurio, basado exclusivamente en principios de competencia darwiniana que ya no son válidos? La respuesta depende de la alta dirección, de su capacidad para imitar a los sistemas cooperativos que aparentemente se adaptan mejor al entorno actual. Los ejecutivos estadounidenses pueden aprender y cambiar, truco que los brontosaurios nunca llegaron a dominar, con fatales consecuencias para ellos[1488].

Telecomunicaciones y libre competencia en una economía global

El mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones es un mercado que se rige por la libre competencia, pero al mismo tiempo, es un mercado regulado por las características propias que le son inherentes más aún por tratarse de servicios públicos. El organismo

---

1487 HAMPDEN-TURNER, Charles y Alfons TROMPENAARS. *The seven cultures of capitalism. Currency*. Nueva York: Double day, 1993, pp. 4 y 13.

1488 Una indicación inicial del cambio viene de la meca de la competencia empresarial. El nuevo programa reformado de maestría en administración de empresas de la Escuela de Negocios de Harvard. Hasta una carta parte de los trabajos exigidos en el programa requieren la colaboración en equipo. En el programa anterior, en cambio, se estimulaba a los estudiantes a que compitiesen individualmente entre ellos. Véase *International Business Week*. 15 de noviembre de 1993, p. 33.

regulador tiene la potestad de adoptar determinadas decisiones cuyo denominador común es la vigilancia del mercado *ex-ante*. Por otro lado, como organismo encargado de velar por la libre y leal competencia, debe aplicar la normativa sancionando las conductas que atenten contra la libre y leal competencia, esto es, *ex-post*.

En tal sentido, en lo que se refiere a la interconexión, no se aplican las normas sobre libre y leal competencia, sino el marco regulatorio específico. Obviamente, si se suscita algún conflicto que no se encuentre previsto en dicho marco, las normas generales de libre y leal competencia son de aplicación. En este punto, es necesario destacar que aunque la tendencia a la desregulación es una política clara y definida, existen materias fundamentales como es el caso de la interconexión que, aunque haya una plena competencia (efectiva y sostenible), con ausencia de posiciones de dominio, siempre requerirá de medidas regulatorias.

Nos interesa en el presente acápite desarrollar ciertos aspectos en los cuales se relaciona el marco regulatorio sobre interconexión con las normas generales de libre competencia. Evaluaremos dos escenarios que consideramos preponderantes en el tema bajo análisis.

El primer escenario se ubica en la esfera de las decisiones regulatorias que se adopten considerando si la empresa de telecomunicaciones es dominante o no. Si es dominante, se establecerá la denominada «regulación asimétrica»; regulación que impondrá parámetros más estrictos a las empresas que gocen de posición de dominio. Para estos efectos, la definición de posición de dominio y los criterios utilizados en las normas generales de libre competencia coadyuvan a establecer la existencia o no de dicha posición dominante en el mercado de las telecomunicaciones.

En Estados Unidos, para los fines de la actividad regulatoria, la clasificación de un portador (conocidos como *carrier*) entre dominante o no dominante tiene importantes implicancias regulatorias, pues al dominante se le impondrán condiciones más estrictas que a los no dominantes (es decir, «regulación asimétrica»). Respecto a la determinación de la posición de dominio, la *Federal Communications Comission* —en cuanto a los *carriers* internacionales— basa su distinción en la noción de sustituibilidad de la oferta y demanda y elasticidad cruzada entre servicios. Para definir el mercado de producto, se reconocen como criterios dos factores: (i) La sustituibilidad de la demanda y (ii) La sustituibilidad de la oferta. El mercado geográfico es definido como la posibilidad de proveer servicios en un área y la posibilidad de los consumidores de recibir dichos servicios. El poder de mercado se define como el poder de controlar precios o de excluir a la competencia[1489].

La Ley General de Telecomunicaciones de España —Ley 11/1998, del 24 de abril— establece que tendrán la consideración de operador dominante, en el ámbito municipal, autonómico, estatal o en otro ámbito territorial determinado, el operador u operadores de redes o servicios que hayan obtenido en dicho ámbito y en el año inmediatamente anterior, una cuota de mercado superior al veinticinco (25) por ciento de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios. No obstante lo anterior, se faculta a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones defi-

[1489] Kennedy, Charles H. y Pastor, M. Verónica. *An introduction to international telecommunications law*. Boston: Artech House Telecommunications Library, 1996, pp. 104-105.

nir —por resolución motivada— que no se cuenta con posición dominante aunque se tenga dicha cuota de mercado atendiendo a otros factores, del mismo modo, podrá determinar la posición dominante si es que otros factores configuran la posición dominante aunque no se haya alcanzado dicha cuota de mercado.

En el Perú, la Ley de Telecomunicaciones no ha definido la posición dominante en el sector, y se remite a la definición de posición de dominio que se encuentra contenida en el Decreto Legislativo 701, Ley de Libre Competencia. En el artículo 4 de dicha norma se establece que: «se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de la empresa en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.» La posición de dominio se determina: (i) con base en un «mercado relevante» de un producto o servicio, identificando a sus sustitutos cercanos, así como al área geográfica en que las condiciones de competencia son similares a los competidores de dicho producto o servicio y (ii) el grado de concentración del referido mercado[1490].

No obstante, en un sector dinámico como el de las telecomunicaciones, influido de manera constante por el avance sostenido de la tecnología, con presencia de «instalaciones esenciales» para el acceso a la competencia y globalizado en una red integral de telecomunicaciones a nivel mundial, la determinación de posiciones de dominio es relativamente simple, aunque en algunos casos y de acuerdo a la normativa del sector, se prohíben determinadas prácticas aunque no se haya constituido, en estricto, una posición dominante[1491].

Una temática sumamente interesante en el sector de las telecomunicaciones, así como en el sector de energía o transportes, son las «instalaciones o facilidades esenciales» (*essencial facilities*). De acuerdo a esta doctrina, la posición de dominio se establece con base en el dominio que se ejerce sobre cualquier recurso o activo (instalación esencial) que sea necesario para la competencia. La empresa dominante se encuentra obligada a compartir dicho recurso esencial con sus competidores, ofreciéndoles condiciones de igualdad y de no discriminación. Resulta ilustrativo, a efectos de entender esta doctrina, la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas en el asunto «*Sealink*» en la cual indicó que: «una empresa dominante que posee o controla y utiliza un recurso esencial, esto es, una instalación o infraestructura sin acceso a la cual sus competidores no pueden prestar servicios a sus propios clientes, y que niega a sus competidores acceso a dicha instalación o les permite acceder a aquélla en

---

1490 Lo anterior expone de una manera sumamente reducida, los criterios que acertadamente ha desarrollado INDECOPI para la definición de posición de dominio, por lo que remitimos al lector a las respectivas Resoluciones publicadas por dicho organismo y que son de conocimiento general. Se recomienda además: BELLAMY y CHILD (1992). *Op. cit.*, pp. 505-556. Asimismo, VILA COSTA, Blanca. *El abuso de la posición dominante en la C.E.E.* Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1979.

1491 Obsérvese que la instalación esencial se define porque no puede ser sustituida en lo económico o en lo técnico. Podrían existir tres empresas que puedan proveer al operador que desea la interconexión la parte de red que le resulta necesaria, pero sólo una red tiene los requerimientos técnicos necesarios que hacen factible la interconexión (como por ejemplo, una determinado señalización). Es calor que esa empresa cuenta con posición dominante sobre la instalación esencial.

términos menos favorables que los que se aplica a sí misma, de manera que sitúa a sus competidores en una situación de desventaja competitiva, infringe el artículo 86 del Tratado[1492].

5.1.3. La Interconexión y el efecto red

En el ámbito de la interconexión, las instalaciones esenciales son definidas en el artículo 6 del Reglamento de Interconexión como: «toda parte de una red o servicio público de transporte de telecomunicaciones que (i) sea suministrada exclusivamente o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores y (ii) cuya sustitución con miras al suministro del servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico».

Lo que caracteriza a las instalaciones esenciales en telecomunicaciones es el carácter desagregable de la red. Se entiende por desagregación el proceso que consiste en identificar o separar los componentes físicos o lógicos de una red, servicio o facilidad, en una serie de infraestructuras, componentes o funciones, de modo que puedan ser ofrecidos, tarifados y facturados individualmente, con el objeto de que el operador que solicita la interconexión pueda elegir la o las infraestructuras, funciones o componentes que requiere de la red del operador al que solicita la interconexión.

En los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones se ha establecido que se considerarán instalaciones esenciales a efectos de la interconexión (i) la terminación de llamada que incluye la conmutación y señalización necesarias[1493]; (ii) el transporte, en cuanto al circuito de interconexión y equipos necesarios que enlazan las redes a ser interconectadas en la misma localidad[1494]; y (iii) servicios auxiliares tales como guía telefónica y la información necesaria para poder facturar, y otros servicios auxiliares que cumplan con la definición de instalación esencial.

De acuerdo a lo anterior, el sustento de la obligación de «compartir» la instalación esencial es la primacía del interés público sobre el interés privado. El interés público no puede permitir que no exista generación de mayor riqueza y bienestar de la sociedad en su conjunto porque unos pocos privilegian sus excesivas ganancias en desmedro de todos. En tal sentido, se impone la obligación de compartir lo que, precisamente, implica cualquier interconexión[1495].

Un segundo escenario se ubica en la configuración de prácticas abusivas. En efecto, las nuevas empresas que ingresen al mercado se encontrarán en una situación de dependencia

---

1492 Para un análisis más detallado, confróntese: Peñal Ver Remon, J. y Buitrago Montoro, A. «La posición del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de las telecomunicaciones». En: *Derecho de las Telecomunicaciones*. Javier Cremades (Coordinador). Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, p. 855-857.

1493 De acuerdo a los Lineamientos, la terminación de llamada supone la posibilidad de completar las llamadas originadas desde y hacia la red del solicitante de la interconexión hacia y desde la red del operador al que se le solicita la interconexión en el área local donde ambos tengan infraestructura propia instalada.

1494 De acuerdo a los Lineamientos, el transporte consiste en el circuito de interconexión que enlaza las redes de distintos operadores concesionario a ser interconectadas en la misma localidad y aplica también entre operadores locales con operadores de larga distancia en la misma localidad.

1495 Si bien no se trata de empresas competidoras, llama la atención la posible aplicabilidad de la doctrina de los recursos esenciales cuando se trata de dos empresas (con líneas de negocio diferentes) pero que una de ellas goza de posición de dominio sobre un recurso esencial que requiere la otra empresas para poder competir.

con respecto al operador establecido pues necesitarán interconectarse con éste (con su red) para poder brindar sus servicios. Por ejemplo, las empresas que proyectan suministrar servicios de larga distancia internacional a los usuarios de telefonía fija deberán interconectarse con la empresa dominante que presta el servicio de telefonía fija para llegar a los usuarios de ésta y, en consecuencia, brindarles servicios. En el caso que la empresa de telefonía fija también preste servicios de larga distancia internacional (integración vertical), verá disminuido su tráfico (por su red de larga distancia) y sus ingresos. En otros términos, las nuevas empresas serán competidoras del operador establecido y éste no tendrá, por decir lo menos, disposición para ofrecer a los nuevos competidores acceso a sus redes o intentará negociar condiciones desfavorables o discriminatorias de manera tal que anule la competencia efectiva.

Sobre el particular, se ha sostenido que es la competencia la que incrementa significativamente las dificultades para lograr acuerdos de interconexión. Sin competencia, los operadores interconectados lograrán acuerdos porque se necesitan mutuamente para lograr que los usuarios de uno accedan a los usuarios del otro. Con competencia, los nuevos entrantes querrán interconectarse de manera tal que aprovecharán en su beneficio el tráfico que antes se cursaba por la red del operador establecido. Por ello, el operador establecido tratará de prevenirse ofreciendo condiciones que son incompatibles con una efectiva competencia[1496].

Es claro que la competencia es lucha. Precisamente, el objetivo de establecer un marco de competencia es que las empresas de telecomunicaciones compitan entre sí por atraer a los usuarios mediante el ofrecimiento de mejores prestaciones empresariales. Como en cualquier otra actividad económica, es previsible la existencia de distorsiones —no deseadas y nocivas para el sistema económico en general— como actos de competencia desleal, prácticas colusorias y prácticas abusivas.

Sin embargo, en el sistema de interconexión se encuentran involucrados principios que van más allá del sistema de protección general en materia de libre y leal competencia. Al respecto, resulta pertinente lo sostenido por David Lewin y Malcom Kitchen en el sentido de que lo que se trata en la interconexión es transformar esta natural tendencia humana de competir en una fuerza para la cooperación[1497]. En otros términos, la naturaleza esencial de la interconexión hace que se establezca como: (i) responsabilidad primordial de las empresas (y condición esencial de las concesiones para la explotación de servicios públicos) respetar las reglas de interconexión más allá de sus propios intereses, sin que ello implique renuncia o afectación a sus derechos económicos; (ii) la intervención del regulador en cuanto a la aprobación de los contratos de interconexión (negociación supervisada) y los mandatos de interconexión; y, (iii) en caso de controversias entre empresas que ya gozan de una relación de interconexión, la solución de dichos conflictos a través del sistema de controversias a cargo del regulador.

De ello se desprende claramente que en interconexión las normas sobre libre y leal competencia se aplican supletoriamente, siendo las normas del sector de las telecomunicaciones las que se aplican en primer término; por tanto, se ingresa a un mecanismo de ac-

---

[1496] LEWIN, David y KEE, Richard. *Interconnect. A global guide to effective telecommunications.* Londres: Ovum, 1997, pp. 37-38.

[1497] LEWIN, David y KITCHEN, Malcom. *Interconnect: The key to effective competition.* Londres: Ovum, 1994, p. 5.

tuación directa del Estado con el objeto de impedir —oportunamente— que una eventual práctica abusiva afecte a los usuarios de servicios de telecomunicaciones. Por ejemplo, si una empresa que goza de una posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones niega —injustificadamente— la interconexión, se verá obligada a establecerla en cumplimiento del mandato de interconexión que emita OSIPTEL y, si incumple el referido mandato se encuentra sujeta a las sanciones correspondientes (que incluso puede ser la revocación de la concesión). El período de negociación de 60 días calendario para celebrar acuerdos de interconexión y la facultad del regulador para que, en defecto del acuerdo entre empresas, expida el mandato correspondiente, pretenden evitar que la dominante obtenga los beneficios que espera y cause perjuicios a los competidores, y por ende, a los usuarios.

Otra hipótesis consiste en que una empresa dominante establezca condiciones de interconexión discriminatorias entre una empresa y otra —injustificadamente— y ésta discriminación se encuentre contenida en los contratos de interconexión. En este caso, el regulador —que cuenta con un Registro de los Contratos de Interconexión— no podría aprobar dichos contratos; sin embargo, y a través de condiciones discriminatorias no escritas (lo más probable) es factible que se configure prácticas discriminatorias o, que surjan problemas en la calidad de servicio, entre otros, que configuren claramente una práctica abusiva[1498].La interconexión es la piedra angular de la competencia, y sin actuación del Estado en esta materia, no se establecerá un mercado competitivo de telecomunicaciones.

En el proceso de desarrollo de las telecomunicaciones se requiere, por un lado, la cooperación de las empresas —establecidas y entrantes— en varios aspectos tales como el cabal conocimiento de la misión encomendada a las entidades reguladores; misión que no es ajena, ni podría serlo, a los legítimos intereses empresariales pues, de otro modo, se desnaturalizaría la promoción de la inversión y la captación de mayores recursos. Por ende la entrega de información relevante al regulador obligación a cargo de las empresas —tanto legal como contractualmente pactada— no tiene otro objetivo que posibilitar decisiones reguladores que, precisamente, beneficien a todos los participantes del tráfico económico, a los consumidores, y al sistema económico en general. Deben ser las propias empresas las más interesadas y resueltas en cautelar la adecuada observancia de los principios fundamentales que involucra el sistema de interconexión y de las normas regulatorias en particular.

Las empresas deberían negociar con verdadera voluntad de concretar acuerdos. Ello parte de consideraciones de: (i) eficiencia económica y (ii) que potencialmente, son las empresas quienes se encuentran en mejor aptitud de llegar a acuerdos que impliquen un

---

[1498] Sobre este punto, resulta pertinente lo sostenido por LÓPEZ LOZANO, Miguel Angel, en el sentido que: «La apertura de los mercados a la competencia, obliga a compatibilizar la posición de los operadores tradicionales con el interés público que subyace en los servicios de telecomunicaciones, así como con el deseo de los nuevos operadores de conseguir una cuota de mercado. Estos tienen derecho a acceder a la red pública en condiciones de igualdad, sin sufrir abusos de posición dominante por parte de la operadora de la red pública. En consecuencia, un operador de red que goza de una posición dominante no podría impedir a otra parte la prestación de servicios rehusando la interconexión, y tampoco podría restringir la capacidad de elección de los usuarios de los servicios imponiéndoles cargas injustificadas. Debe permitirse el uso de los recursos del operador dominante en condiciones no discriminatorias, de acuerdo con las reglas de la competencia». Cfr. «La Liberación de la Infraestructuras». En: *Derecho de la Telecomunicaciones*. Javier Cremades (Coordinador). Madrid: La Ley-Actualidad, 1997, p. 986.

mejor uso de recursos y un mayor bienestar social. No debe perderse de vista que la ausencia de acuerdo entre las partes habilita al órgano regulador a intervenir directamente y establecer las reglas pertinentes para efecto de la interconexión.

Es pertinente consignar los lineamientos generales para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones que fueron consignadas en la Resolución del Consejo Directivo No.003-2000-CD/OSIPTEL la que a la letra dice:

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
No. 03-2000-CD/OSIPTEL

Aprueban lineamientos generales para la aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones

Lima, 31 de enero de 2000

Publicado en El Peruano: 8/02/2000

Visto:

El Proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones presentado por su Gerencia General;

Considerando:

Que, el inciso 1) del Artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que es función fundamental de OSIPTEL el mantener y promover una competencia efectiva entre los servicios portadores, finales, de difusión y de valor añadido;

Que, el numeral 114 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones señala que OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro;

Que, el mismo numeral establece que los lineamientos que dicte OSIPTEL, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son referenciales;

Que, el proyecto de Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones fue publicado en el Diario Oficial El Peruano para recoger las contribuciones que realicen los agentes involucrados en la prestación de estos servicios, recogiéndose valiosos aportes de los mismos;

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N°.....;

Se Resuelve:

Artículo 1°.- Aprobar los «Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones», los mismos que forman parte integrante de la presente resolución.

Artículo 2°.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Comuníquese, publíquese y archívese.

JORGE KUNIGAMI K.
PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO

5.2. LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES

5.2.1. Introducción

Los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, de fecha 4 de agosto de 1998, facultan a OSIPTEL a dictar lineamientos generales y referenciales sobre libre y leal competencia que, sin tener carácter vinculante, orienten a los agentes económicos sobre los criterios de interpretación y aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Ello tiene por finalidad hacer predecibles las decisiones de la autoridad y de esa manera contribuir con la seguridad jurídica y con la creación de un marco que brinde garantías a la inversión privada. Es dentro de tal marco que OSIPTEL dicta los presentes lineamientos generales para la aplicación de las normas de libre competencia en el ámbito de las telecomunicaciones.

Estos lineamientos al no tener carácter vinculante, no implican un prejuzgamiento sobre las controversias que se presenten a consideración de OSIPTEL. En este sentido, es importante tener en cuenta que la experiencia en la aplicación de los principios de libre competencia en el sector de las telecomunicaciones es bastante reciente en el caso del Perú. Por esta razón, los lineamientos que se proponen, recogen, de manera general, el consenso de las agencias de competencia y los académicos en el ámbito mundial, y han sido adaptados a las exigencias particulares de una economía en desarrollo como la peruana. De allí que constituyan el punto de partida para el análisis que OSIPTEL hará en cada caso concreto, pudiendo apartarse de ellos cuando las circunstancias así lo ameriten.

Es importante anotar que el ordenamiento económico peruano se desarrolla en un régimen de libre competencia al que no es ajeno el mercado de las telecomunicaciones. Este mercado, en gran medida regulado, tiene características especiales originadas por la velocidad de los cambios tecnológicos que obligan a que la labor del Estado tenga diferencias con la labor de preservar y promover un régimen de libre competencia que desarrolla en otros mercados. Sin embargo, resulta necesario que la labor de OSIPTEL en el sector de las telecomunicaciones sea congruente con la que desarrollan otros organismos del Estado en sus respectivos sectores. Por esta razón, para la elaboración de los presentes lineamientos, se ha considerado no sólo la doctrina y jurisprudencia extranjera, sino que se ha tenido especial cuidado en recopilar la experiencia de las autoridades peruanas de competencia en la aplicación e interpretación de las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 701, en especial en lo referido a prácticas anticompetitivas.

Es importante señalar que, en este documento y en general, cuando nos referimos a servicios, debe entenderse que el concepto involucra todas aquellas facilidades que pueden ser brindadas a otros operadores o usuarios, y no sólo a aquellos servicios que han sido definidos expresamente como tales por la normativa vigente.

5.2.2. Fines de la Legislación de Libre Competencia en Telecomunicaciones

La legislación de libre competencia vela por el proceso competitivo a través del comportamiento de los agentes que interactúan en el mercado, siendo el fin último de la misma que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios o consumidores. En ese sentido OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.

De esta manera, la labor de OSIPTEL se orientará a alcanzar aquellas situaciones en las cuales el bienestar de los consumidores sea el máximo posible. Para evaluar estas situaciones, OSIPTEL tomará en cuenta tanto los efectos inmediatos que alguna práctica tenga en el mercado, cuanto los efectos de largo plazo que se generen en el mismo.

Al aplicar las normas de libre competencia OSIPTEL analizará si las ventajas obtenidas por una empresa en el mercado son consecuencia de una eficiencia superior en el uso de los recursos o son el resultado de prácticas penadas por la legislación. Para ello, la eficiencia se definirá en función al bienestar que la práctica pueda o no generar en los consumidores tanto en el corto como en el largo plazo.

5.2.2.1. La Función de OSIPTEL en el Mercado respecto de la Libre Competencia

A OSIPTEL se le ha encargado la labor de hacer cumplir las normas de libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones. Esto implica que tiene la función de prevenir que se presenten prácticas anticompetitivas en dicho mercado que pudieran atentar contra el bienestar de los consumidores —tanto en el corto como en el largo plazo— y sancionarlas en el caso de detectarlas.

En ese sentido, para cumplir con su función, OSIPTEL puede adoptar medidas dirigidas a prevenir el desarrollo de conductas que afecten (ilícitamente) a los competidores perjudicando a los consumidores (control de tarifas, estándares de calidad, obligaciones de interconexión, etc.). Estas medidas o conjunto de reglas establecidas normativamente componen el marco regulatorio al cual deben sujetarse las empresas que intervengan en el mercado de las telecomunicaciones.

Adicionalmente, OSIPTEL puede adoptar decisiones orientadas a sancionar (ex post) conductas consideradas anticompetitivas (concertaciones entre competidores, negativas injustificadas a contratar, cláusulas de atadura, precios predatorios, etc.). Estas decisiones se enmarcan dentro de la tradición de las legislaciones antimonopolio o «*antitrust*» aplicadas al mercado de las telecomunicaciones.

Las normas generales de libre competencia están concebidas, en principio, en el marco de mercados no regulados de manera específica. Tanto la Ley de Libre Competencia, Decreto Legislativo N° 701, como los artículos pertinentes a las normas de libre competencia de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, tienen como punto de partida la existencia de un mercado abierto, en el que la libertad de acción y elección del proveedor y del consumidor son la regla.

En el mercado de las telecomunicaciones, el marco regulatorio existente desarrolla los principios de libre competencia consagrados por la Constitución Política del Perú, entendiéndose, por tanto, que la aplicación del marco regulatorio del sector constituye una manera de hacer cumplir los principios de libre competencia. En los mercados regulados decisiones básicas como las tarifas, calidad de servicio o condiciones de comercialización son establecidas, con el objetivo de emular un mercado competitivo.

Teniendo en cuenta la existencia de dos marcos normativos, uno específico del sector de las Telecomunicaciones y otro de aplicación general, resulta necesario que los presentes lineamientos establezcan cómo OSIPTEL va a compatibilizar la aplicación de los mismos.

La posición que acoge OSIPTEL refleja la tendencia que se puede apreciar en otros países donde existen situaciones similares. OSIPTEL entiende que para la promoción y preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normativa específica del sector y de manera supletoria la normativa general de libre competencia. Este principio, a su vez, está recogido en el punto 111 de los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones. Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector —entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico—, también se admite la aplicación del marco general de libre competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector; o para encontrar principios de interpretación que permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Esto implica que OSIPTEL aplicará las normas generales de libre competencia en el supuesto que una determinada práctica o conducta no esté tipificada o cubierta de manera expresa por la normatividad específica del sector, pero genere, sin embargo, efectos anticompetitivos. Así por ejemplo, si la normatividad del sector ha establecido expresamente la obligación de interconectarse a algunos operadores, en tales casos carece de sentido evaluar si tal conducta es un supuesto de negativa injustificada a contratar. Pero si para algún bien o servicio la normatividad específica no hubiese previsto algún tipo determinado de obligación, entonces sí deberá recurrirse a las normas del marco general.

Debe tenerse presente que en aquellos casos en los que los contratos de concesión suscritos por las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones hayan definido que la empresa concesionaria posee posición de dominio, no se realizará un análisis previo para determinar si la misma ostenta tal posición. Asimismo, si los referidos contratos de concesión prohíben *per se* la realización de ciertas prácticas, OSIPTEL no aplicará la «regla de la razón» para determinar si las mismas son anticompetitivas o no. Esto no impide que OSIPTEL aplique las normas de libre competencia en aquellos casos que no estén expresamente prohibidos o en aquellos casos en los que los principios de interpretación permitan una más adecuada aplicación de la referida normativa.

Es importante agregar que OSIPTEL entiende que en la medida que la competencia se desarrolle y se ofrezcan servicios de calidad a precios razonables para los consumidores, la tendencia es a la desregulación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

5.2.3. Principios Generales de Aplicación de las Normas de Libre Competencia

En este punto corresponde explicar los criterios generales que utilizará OSIPTEL para evaluar los casos que se le presenten. Cabe destacar que estos criterios se utilizarán tanto en los casos en los que se requiera aplicar la normatividad específica del sector Telecomunicaciones, como en aquellos en los que corresponda aplicar las normas generales de libre competencia.

5.2.3.1. La Regla de la Razón y la Regla *Per Se*

El marco de libre competencia en telecomunicaciones debe establecer un sistema de reglas flexibles a la vez que claras. Por ello conviene distinguir aquellos casos que exigen análisis más complejos (costos y beneficios de las prácticas) de casos en los que tal análisis no es necesario, sino simplemente se requiere constatar objetivamente la existencia de la conducta para sancionarla. Ello para establecer reglas predecibles y precisas para los agentes económicos.

Una distinción básica para comprender los alcances e interpretación de las normas de libre competencia es aquella hecha por la jurisprudencia norteamericana (y hoy aceptada en muchos países, incluyendo al Perú) entre infracciones *per se* ilegales, llamadas prácticas anticompetitivas absolutas, e infracciones sujetas a la llamada «regla de la razón», llamadas prácticas anticompetitivas relativas.

En este entendido, la distinción entre estos tipos de reglas busca precisamente identificar los casos en que basta constatar una conducta para sancionarla, sin perjuicio de cuáles podrían ser sus efectos actuales o potenciales (regla *per se*) y casos en que sí es necesario analizar los efectos concretos que la práctica podría tener para calificar su ilegalidad (regla de la razón).

a. La Regla de la Razón

La regla de la razón se aplica normalmente en situaciones en las que una conducta determinada podría tener efectos opuestos, los mismos que podrían incluso presentarse de manera simultánea en un mismo caso. Por una parte, podría favorecer la eficiencia y por ende al consumidor, pero por otro lado podría estar perjudicándolo.

En ciertos casos las agencias de competencia a nivel internacional, privilegian la eficiencia productiva sobre el beneficio de los consumidores, en el entendido que la mayor eficiencia productiva se convertirá en un plazo cercano en menores precios y/o mejor calidad y/o mayor cantidad de los bienes o servicios suministrados. Sin embargo, es necesario aclarar que esta percepción descansa en el supuesto que las barreras a la entrada no son importantes; de lo contrario no sería posible afirmar que se puedan privilegiar aspectos de eficiencia sobre la posición dominante. En cuyo caso habrá que evaluar puntualmente la práctica en el bienestar de los consumidores en el corto y largo plazo, en particular centrándose en el efecto sobre las condiciones de entrada a la industria para nuevos competidores.

En ese contexto, se trata de identificar aquellas prácticas en las que será necesario realizar un análisis de la razonabilidad de la práctica analizada, porque la prohibición a «raja tabla» o *per se* de las mismas podría hacer perder a la sociedad, y en particular a los consumidores peruanos, los beneficios que la conducta empresarial podría eventualmente generar.

b. La Regla *Per Se*

Existen otras prácticas comerciales anticompetitivas que se consideran *per se* ilegales. En otras palabras, se prohíbe objetiva y absolutamente el desarrollo de ciertas conductas independientemente de que en el caso concreto puedan o no generar una distorsión a la competencia. La idea es evitar incurrir en costos administrativos para determinar la razonabilidad, cuando de ordinario la práctica no contribuye en nada al desarrollo de un mercado competitivo, y más bien lo común es que dicha práctica esté restringiendo la competencia. Así se obvia el análisis de los efectos en los consumidores, para prohibir la conducta de manera directa. Al determinar estas conductas se considera nula la probabilidad de sancionar a empresas que podrían resultar inocentes, pues como acabamos de anotar en estos casos se ha evaluado que no puede generarse de modo alguno, algún efecto pro-competitivo.

Ambas reglas son aplicables dentro de un mismo sistema. Lo importante es que la lógica en su aplicación permita facilitar la resolución de casos de manera predecible y económicamente eficiente.

5.2.3.2. El Mercado Relevante

Uno de los problemas no resueltos de manera expresa en las normas de libre competencia es el referido a qué debe entenderse por mercado relevante. En general, este concepto se refiere al área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial (ex fábrica, al por mayor, al por menor) y a los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados, para determinar con qué productos o servicios se compite.

El concepto de mercado relevante es sumamente importante ya que sobre lo que se defina como tal se basará el desarrollo del estudio para determinar la existencia de algunas prácticas anticompetitivas. Debido a ello, a continuación se desarrolla con mayor detalle los principales aspectos que se tomarán en consideración para definir correctamente el mercado relevante.

Un mercado relevante se suele definir en función de tres factores: la delimitación del producto, la geográfica, y la del nivel comercial:

a. Delimitación del Producto

Esta delimitación restringe las consideraciones a los productos que son buenos sustitutos desde el punto de vista de los compradores. Para poder evaluar el grado de sustitución de los productos analizados se suele realizar un estudio sobre el producto, sus características y usos. Además se suele tener en cuenta las reacciones pasadas del merca-

do ante cambios en los precios. Otras técnicas usadas para la delimitación del producto son pruebas cuantitativas que permiten estimar las elasticidades de precios y elasticidades cruzadas de los mismos.

Una fuente importante de información está constituida por los demandantes de los productos analizados. El procedimiento que se utiliza es el de entrevistar a éstos para conocer su opinión sobre lo que consideran como sustitutos cercanos; una vez que se determina que un bien tiene esta característica, entonces se le considera como un competidor del producto analizado. Además de estos criterios, se debe tener en cuenta los precios de los productos en el análisis ya que lo que se pretende averiguar no es únicamente la posibilidad de sustitución física y/o las preferencias de los consumidores, sino la sustituibilidad de los productos en sus decisiones de compra, esto es, en su demanda individual, lo cual implica una evaluación cuantitativa de la sustituibilidad, pero a nivel de las decisiones de compra manifestadas en las entrevistas individuales.

Más específicamente, para determinar la delimitación de producto por el lado de la demanda se suelen plantear ciertas interrogantes y definir la sustituibilidad en el mercado según las respuestas que se obtengan. Inicialmente se podrían plantear cuáles son los productos que compiten con el producto analizado; para determinar si los productos compiten efectivamente o no, debe tomarse en cuenta si los consumidores al usar un servicio alternativo no son afectados en su nivel de bienestar. En términos generales se busca reunir a todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, aislando en un primer momento el factor de los precios. Es decir, se busca determinar la posibilidad de sustitución física de los productos.

Una vez que se han identificado aquellos productos que son sustitutos físicos para los consumidores, se busca determinar la posibilidad de sustitución total incorporando a los precios en el análisis. Para los consumidores que están utilizando el servicio que se analiza, se desea conocer si estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo en el precio del servicio analizado. Para esto debe tenerse en cuenta que los consumidores deben percibir el incremento en el precio como permanente, o que al menos no va a volver a su nivel original por un período considerable de tiempo.

Con estas consideraciones, ya se pueden aislar aquellos productos que son buenos o cercanos sustitutos del producto analizado para los consumidores. Como se puede ver esta delimitación de producto por el lado de la demanda comprende dos pasos: separar los productos que son sustitutos físicos para los consumidores sin tomar en cuenta a los precios en el análisis; y en un segundo momento, de los productos que son físicamente sustituibles eliminar aquellos que los consumidores no estarían dispuestos a utilizar si se produjese un incremento en el precio del producto analizado.

b. Delimitación Geográfica

La delimitación geográfica considera la localización de los compradores y vendedores que influyen en la formación del precio del producto. Los principales criterios para la delimitación geográfica del mercado son el costo de transporte de los productos del lugar donde son producidos hacia el lugar donde se venden y la demanda residual del producto donde se desea venderlo. Es posible que dos bienes sean sustitutos cercanos, no obstante se

puede presentar la situación que estos sean producidos en dos lugares distintos y el costo de transporte de un lugar a otro haga que no sea rentable la comercialización de un producto en el otro mercado. En este caso se considera que ambos productos se encuentran en dos mercados relevantes distintos ya que uno no compite efectivamente con el otro.

Lo que se debe hallar para determinar el mercado geográfico relevante es la importancia de los costos de transporte en el precio de venta final del producto y determinar si con ese precio el producto puede competir en el otro mercado. Con este criterio se puede afirmar que si los costos de transporte no son significativos y por tanto un bien producido en la ciudad A puede competir con los de la ciudad B, entonces el mercado geográfico relevante estaría compuesto por ambas ciudades.

Para determinar el mercado geográfico relevante, al igual que en el caso de la delimitación del producto, se pueden utilizar pruebas cuantitativas que permitan calcular un aproximado de la elasticidad precio de la demanda en una localidad además de hacer entrevistas a los consumidores para determinar si consideran que el costo de transporte afectaría su decisión de adquirir el bien o no. Se debe tener presente que la comparación internacional de precios puede resultar compleja debido a factores como variaciones en el tipo de cambio, en los impuestos y la diferenciación de los productos.

c. Delimitación del Nivel Comercial

La delimitación del nivel comercial busca identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios de telecomunicaciones; es decir, si la adquisición se hace al por mayor, al por menor, a concesionarios, a revendedores, entre otros.

Una vez que se ha delimitado el espacio geográfico relevante, el producto, y el nivel comercial, el paso final a realizar para definir cuál es el mercado relevante, consiste en intersectar los resultados obtenidos de dichas delimitaciones. De esta manera, se obtienen todos aquellos productos que realmente compiten con aquel que sea objeto de estudio.

5.2.4. El Abuso de Posición de Dominio en el Mercado de las Telecomunicaciones

5.2.4.1. Posición de Dominio en el Mercado

Nuestra legislación general de libre competencia distingue dos categorías de infracciones (artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701): la primera categoría está vinculada a lo que se conoce como Abuso de una Posición Dominante en el mercado; la segunda categoría se refiere a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, conocidas normalmente como Prácticas Restrictivas.

Para determinar si existe un abuso de posición de dominio, debe en primer lugar definirse cuándo una empresa está en tal posición.

Se entiende que las empresas gozan de una posición de dominio en el mercado «... cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la de-

manda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución». Un aspecto importante que se desprende de esto es que la existencia de competidores no implica que una empresa no pueda tener una posición dominante en un mercado.

En este punto es necesario aclarar que el «... actuar de modo independiente con prescindencia de los competidores...» se entiende en el sentido que la o las empresas pueden, por ejemplo, establecer las condiciones económicas que regirán en el mercado sin que los competidores sean un factor, o sean un factor prácticamente irrelevante, a tomar en cuenta al momento de establecer dichas condiciones. Tal como se mencionó anteriormente, en un mercado competitivo, las decisiones respecto de precios, calidades y cantidades a vender de las empresas se desarrollan en un ambiente de interdependencia. De esta manera, la competencia se asocia con el concepto de rivalidad entre las empresas que participan en un mercado; sin embargo, en un mercado en el que una empresa ejerza posición de dominio, ésta puede fijar las condiciones comerciales sin considerar a sus rivales, teniendo los competidores que tomar las condiciones comerciales que se establezcan como dadas.

Un primer punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Mientras el uso de la posición dominante permita generar eficiencia y un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no podrá ser cuestionado. Este principio es especialmente importante en el área de las telecomunicaciones donde, debido a la existencia de economías de escala y de diversificación, se pueden encontrar empresas con posiciones dominantes en el mercado relevante. En consecuencia, OSIPTEL no sancionará a las empresas por ostentar una posición de dominio, sino sólo por hacer un mal uso de la misma.

El hecho de que la posición dominante de una empresa tenga su origen en la actuación del Estado —por ejemplo en la forma de asignación del espectro— no enerva la potestad de OSIPTEL para sancionar el abuso de tal posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos:

a. Debe determinarse el mercado relevante, es decir, qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico y en qué nivel comercial se da dicha competencia; y

b. Determinar el nivel de competencia en el mercado relevante previamente determinado, y el poder real de mercado de la empresa investigada en dicho mercado.

5.2.4.1.1. Determinación del nivel de competencia en el mercado relevante y del poder de mercado de la empresa.

Algunas de las variables que OSIPTEL podrá tomar en consideración para determinar si una firma exhibe posición de dominio en un mercado relevante determinado son:

a. El porcentaje de participación de la empresa en el mercado.

b. El nivel de concentración del mercado. Una alternativa es utilizar el índice conocido como el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante, HHI) para medir el nivel de concentración en un mercado determinado.

   Es importante señalar que debe concordarse la aplicación del HHI con la evaluación del porcentaje de participación de la empresa investigada en el mercado antes mencionado. Por esta razón, OSIPTEL podrá utilizar criterios adicionales, tales como otros índices de concentración industrial complementarios para medir la concentración del mercado.

c. El control de recursos esenciales reviste particular relevancia en telecomunicaciones o en tecnologías de red en general. Un recurso esencial se define como aquél servicio o infraestructura que: (i) es suministrado de modo exclusivo o de manera predominante por un solo proveedor o por un número limitado de proveedores, y (ii) cuya sustitución con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico.

d. El grado de integración vertical. Obviamente, la integración vertical en sí misma no implica que una empresa es dominante. Sin embargo, una firma que es dominante en un mercado y se integra verticalmente en mercados hacia adelante o hacia atrás alrededor de ese mercado, puede tener la capacidad de afectar la competencia en estos otros mercados. Por lo tanto, el alcance de la integración vertical será un aspecto significativo del análisis de la estructura y de la competencia del mercado en telecomunicaciones. En el marco regulatorio existen algunas condiciones que prevén estas conductas (por ejemplo, las condiciones que se ocupan de la contabilidad separada).

d. La existencia de barreras para la entrada de competidores, evaluada con relación a los antecedentes de entrada y salida de competidores en el mercado relevante. Las barreras a la entrada no caracterizan *per se* una posición de dominio sino que están relacionadas con la dinámica de mantener dicha posición de dominio. Las barreras a la entrada son costos en los que incurre un entrante y en los que no incurre la firma establecida.

e. La posibilidad de que las empresas utilicen su infraestructura para proveer otros servicios.

f. Otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

Es la evaluación combinada de estos y otros criterios la que permitirá a OSIPTEL determinar la posición de dominio de una empresa.

Algunas estructuras del mercado pueden permitir que dos o más empresas se comporten de una manera abusiva aún cuando ninguna de ellas sea dominante, y sin que existan acuerdos formales (o informales) o prácticas concertadas entre ellas, produciéndose lo que se denomina «*joint dominance*» o dominio común. En estas circunstancias las firmas pueden ser en común dominantes, y su comportamiento individual o colectivo podría ser abusivo. Tal dominación común probablemente sea encontrada donde hay conexiones económicas entre las compañías implicadas. La dominación común puede también presentarse donde hay barreras significativas a la entrada, aún si no existe conexión económica entre las em-

presas. Estos casos pueden presentarse, por ejemplo, donde existen restricciones de espectro que limitan el número de operadores de un servicio.

5.2.4.2. La Cláusula General de Abuso de Posición de Dominio.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente consiste en establecer si se abusó o no de tal posición, analizando para ello tanto los supuestos tipificados expresamente en la legislación, cuanto los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente.

El Decreto Legislativo N° 701 trata algunos criterios para resolver este problema. En su artículo 5°, se establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando «... actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio».

El «actuar de manera indebida» debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

Basándose en lo que establece el citado artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, OSIPTEL considera como requisitos para que exista un abuso de posición de dominio:

a. Que exista posición de dominio, tal como ésta ha sido definida.

b. Que se actúe de manera indebida, es decir, que la empresa actúe en contra de principios básicos de conducta tipificados expresamente en la ley, o que su conducta pueda tener efectos análogos. La actuación indebida no implica necesariamente intencionalidad. Basta que la conducta rompa con lo que puede considerarse una competencia libre basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor.

c. Que exista la posibilidad de obtener beneficios o de causar perjuicios que no se podrían producir de no tener posición de dominio. No es necesario acreditar que se han causado los daños y se han obtenido los beneficios, basta con que ambos sean potencialmente consecuencia de la conducta. Conviene aquí destacar que el perjuicio realmente relevante es el que se ocasionaría al consumidor; sin embargo, en muchos casos el daño al consumidor es consecuencia o se produce simultáneamente con los daños a los competidores. Pero un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores tanto en el corto como en el largo plazo respecto de la situación en la que no se hubiera producido dicho daño a los competidores, es un daño que no debe preocupar a la autoridad, pues podría ser considerado un simple daño concurrencial.

El marco normativo sobre Abuso de Posición de Dominio busca regular las conductas de las empresas, en tanto éstas reflejan restricciones verticales a la competencia. El objetivo de esta normativa es evaluar el impacto en la eficiencia económica general de un conjunto de prácticas que restringen verticalmente las conductas de otros agentes económicos.

Es importante tener en cuenta que el hecho de que algunas de estas conductas se encuentren tipificadas expresamente no implica que se trate de infracciones «*per se*» ilegales.

5.2.4.3. Casos Especiales de Abuso de Posición de Dominio

5.2.4.3.1. Negativa Injustificada a Contratar

La negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el mercado queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o con un cliente.

En principio, la ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado. Sin embargo existen casos en los que la práctica es comprensible y refleja condiciones de mercado.

La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados sin que tales excusas tengan fundamento, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción plena de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro. Incluso la depredación de calidad, además de ser un caso de discriminación, podría ser considerado como un caso de negativa indirecta de brindar un servicio adecuado.

OSIPTEL presumirá la legitimidad de la negativa y sólo excepcionalmente cuestionará la posibilidad de que una empresa se niegue a contratar. De esta manera, cuando potencialmente pueda derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no exista evidencia clara que la intención de dicha negativa sea monopolizar algún mercado, es probable que OSIPTEL no considere necesario intervenir en el caso.

El Decreto Legislativo N° 701 establece en su artículo 5° «a» como un caso de abuso de posición de dominio, «La negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios». La norma dispone que la negativa debe ser injustificada, pero no define qué debe entenderse por esta última. Sin embargo, recogiendo lo que señala la doctrina puede entenderse como algunos casos que justifican la negativa, la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del servicio solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda, la escasez de insumos o recursos requeridos para brindar el servicio, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente, u otras de naturaleza similar.

En el caso de prácticas de este tipo que pueden ser desarrolladas en materia de telecomunicaciones, la OFTEL (*Office of Telecommunications* - Reino Unido), ha desarrollado en sus «*Guidelines on the Operation of the Fair Trading Condition*», algunos supuestos, que, en su mayor parte, OSIPTEL recoge y considera dentro de los alcances de esta prohibición a negarse a contratar de modo injustificado.

5.2.4.3.2. Discriminación de Precios y Condiciones.

Otra clase de práctica comercial que refleja una restricción vertical y que puede constituirse en abuso de posición de dominio es la discriminación de precios y condiciones en el mercado. Como la mayoría de casos de abuso en la legislación antimonopolios general, la discriminación es una práctica sujeta a la «regla de la razón», es decir, una práctica que sólo será ilícita si se demuestra que tiene efectos, aún potenciales, no deseados en el mercado y en particular en el bienestar de los consumidores. Si bien esta es una norma general, aplicable a cualquier relación comercial al interior de la industria de telecomunicaciones, OSIPTEL considera de particular importancia analizar estas prácticas cuando se dan en el marco de las relaciones comerciales entre empresas que brindan servicios de telecomunicaciones, considerando una industria altamente integrada de forma vertical, en donde existen operadores dominantes en algunas de las fases intermedias de la producción de los servicios de telecomunicaciones.

Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio. Pero incluso en este último caso la discriminación podría ser una práctica necesaria y legítima, pudiendo beneficiar a los consumidores. Los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos; la ubicación geográfica, las cadenas de distribución y comercialización, el nivel de riesgo, la disponibilidad de tecnología o de facilidades técnicas, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Ello es lo que origina que esta práctica deba ser analizada bajo la «regla de la razón».

De esta manera OSIPTEL actuará en los casos de discriminación de precios cuando ésta no tenga efectos favorables para el bienestar de los consumidores y sea meramente un mecanismo para transferir ingresos de los clientes y consumidores al proveedor, sin efectos de eficiencia que los compensen; o cuando tenga por efecto hacer exigible un acuerdo de concertación de precios.

5.2.4.3.3. Cláusula de Atadura y Empaquetamiento

Esta infracción también se encuentra tipificada en la norma general de libre competencia, Decreto Legislativo N° 701. Así el artículo 5° en su inciso c) establece que puede constituir un caso de posición de dominio, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza no guardan relación con el objeto de tales contratos.

En el campo de las telecomunicaciones suele usarse el término «empaquetamiento» para describir la situación en la que una empresa ata o une una serie de prestaciones y las vende u ofrece como un solo paquete, no dando la alternativa al consumidor de adquirir cada parte por separado.

Al igual que en las otras prácticas vistas en puntos anteriores, se considera que el empaquetamiento sólo puede tener un efecto anticompetitivo cuando es realizado por una empresa que tenga posición de dominio en un mercado determinado, cuando éste sea injustificado y muestre el intento de restringir la competencia en algún mercado; por

tanto, cada práctica será analizada utilizando la regla de la razón. No obstante lo anterior, existen algunos casos de empaquetamiento que potencialmente generan daño al proceso competitivo y son considerados como abuso de posición de dominio o empaquetamiento indebido.

OSIPTEL considera como casos de empaquetamiento indebido de servicios públicos de telecomunicaciones que pueden distorsionar la competencia, entre otros, los siguientes:

a. Cuando un operador dominante ata la venta de un servicio en el que tiene posición dominante en el mercado a la de uno en que se enfrenta a la competencia;
b. Cuando los servicios atados pertenecen parcialmente a un mercado de precios regulados y parcialmente a un mercado desregulado; y,
c. Tratándose de servicios pertenecientes a un mercado competitivo, se considerará indebido el empaquetamiento de los insumos necesario para proveer tal servicio, si el operador ata los insumos para los cuales ejerce una posición dominante con los insumos que pueden ser suministrados por terceros.

5.2.4.3.4. Prácticas con Efectos Depredadores

Estas prácticas se caracterizan por tener un efecto negativo en los competidores, originadas principalmente, porque el depredador cobra, en algún mercado, un precio lo suficientemente bajo, de tal manera que impide o limita la presencia de competidores en dicho mercado. Es claro que, desde el punto de vista del marco de libre competencia, éstas prácticas no podrían sancionarse si la reducción de precios obedece a una mayor eficiencia productiva o a algunas ofertas de naturaleza transitoria. Sin embargo, en aquellos casos en los que la normativa específica del sector ha prohibido *per se* la presencia de dichas prácticas, entonces éstas sí podrían ser sancionadas sin necesidad de analizar los efectos que generen en el mercado. Algunas prácticas —entre otras— que OSIPTEL considera que tienen efectos depredadores, son las siguientes:

a. Precios Depredadores

Las normas generales de libre competencia peruanas no incluyen de manera expresa la existencia de precios depredadores como un caso de abuso de posición de dominio; sin embargo, OSIPTEL considera que de darse esta práctica, resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia. Es importante señalar que, además de OSIPTEL, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha emitido una opinión similar.

Considerando el régimen general, la práctica de precios depredadores debe ser analizada bajo la «regla de la razón»; es decir; ser sancionada sólo en aquellos casos en los que se demuestre que la misma tiene efectos nocivos para el bienestar de los consumidores en el largo plazo.

Se pueden definir los precios depredadores como aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores. Como se puede apreciar se establece un requisito de intencionalidad en la práctica. El ofrecimiento del servicio o bienes gratuitamente puede confi-

gurar un caso de práctica depredadora siempre que se configuren los demás elementos relevantes.

Los efectos que OSIPTEL considera que se derivan de una práctica de precios depredadores son: (1) rebajas selectivas de precios, (2) nivel de precios no rentable o poco rentable en un determinado horizonte temporal, y (3) una política de precios dirigida a un competidor específico.

b. Subsidios Cruzados

Se entiende por subsidios cruzados a aquella situación en la que los precios que determina una empresa para un producto en un mercado relevante determinado no reflejan sus costos y un margen de ganancia razonable, sino que más bien son el reflejo de precios de transferencia provenientes de ingresos resultantes de precios fijados en otros mercados relevantes por la misma empresa o una empresa relacionada a ésta.

Al igual que la práctica de precios depredadores, ésta se analiza utilizando la «regla de la razón», puesto que se considera que no tiene efectos nocivos para los consumidores en caso no la lleve a cabo alguna empresa que tenga posición de dominio. Cabe destacar que, a diferencia de los precios depredadores, la práctica de subsidios cruzados puede presentarse por largos períodos sin que la empresa tenga que incurrir en pérdidas. Es por esta razón por la que en muchos casos es más factible que esta práctica se presente en el mercado.

Los subsidios cruzados se refieren principalmente —pero no únicamente— a la transferencia de utilidades que una empresa puede llevar a cabo de un mercado en el que tiene posición de dominio, a otro en el cual no necesariamente es dominante, pudiéndose ver afectadas las empresas que compiten con la que recibe el subsidio, así como los consumidores que tendrían que pagar altos precios para financiar dicho subsidio.

Cabe señalar que aunque los consumidores del servicio que reciben el subsidio se puedan ver beneficiados en el corto plazo por las menores tarifas que podrían pagar, estas menores tarifas —que probablemente no permiten cubrir los costos de operación de dicho servicio—, en el largo plazo podrían generar una pérdida en las ganancias de eficiencia que hubiesen podido presentarse si competidores eficientes no se hubiesen visto forzados a salir del mercado por la existencia de dicho subsidio.

Como se ha mencionado, los subsidios cruzados constituyen un caso de abuso de posición de dominio; es decir, se requiere demostrar la existencia de una posición de dominio, aunque no necesariamente en el mercado en el que se produce, sino en otro distinto en el que participe la empresa. Así, puede darse el caso en el que una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de Lima para un determinado servicio (siendo Lima el mercado relevante determinado según los criterios mencionados líneas arriba) use sus ganancias extraordinarias en dicho mercado para subsidiar su ingreso al mercado de Arequipa, o que utilice su posición de dominio en el mercado de telefonía fija para subsidiar el precio de otro servicio.

La práctica de subsidios cruzados no necesariamente implica que la empresa cobre un precio con el cual no puede cubrir sus costos en el mercado relevante que recibe el subsidio. De esta manera, la práctica podría ser sancionada incluso en el supuesto que la empre-

sa que recibe el subsidio pudiera operar cubriendo sus costos sin necesidad de recibir el subsidio, siempre y cuando la práctica pueda generar potenciales efectos contra los usuarios o consumidores.

c. Precios Comprimidos

Esta práctica reconocida por el OFTEL con el nombre de *Price Squeeze* no se encuentra expresamente tipificada en la legislación peruana como una práctica anticompetitiva, sin embargo, OSIPTEL considera que de presentarse resultaría sancionable en tanto introduzca distorsiones al régimen de libre competencia.

Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada es dominante en un mercado hacia atrás (*upstream market*) que provee de un insumo esencial a compañías que compiten con una empresa relacionada en un mercado hacia adelante (*downstream market*). Esta firma puede tener una conducta tal que vaya en detrimento de sus competidores. La firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de sus competidores (en el mercado hacia adelante) incrementando el costo del recurso esencial y/o reduciendo los precios que ella cobra al público en el mercado hacia adelante (*downstream market*).

El efecto de esta estrategia de precios es la de reducir el margen de ganancia disponible para los competidores, de tal manera que, aunque no sean menos eficientes que la firma verticalmente integrada, los precios que puedan cobrar se vean sumamente reducidos (comprimidos), lo cual hace que el negocio ya no sea rentable para ellas, mientras que los beneficios totales de la firma verticalmente integradas no se vean muy afectados. Por tanto, para analizar un caso de Precios Comprimidos es importante notar que la comparación relevante no se debe realizar en términos del margen disponible para un competidor, sino que se debe analizar si la operación de la empresa relacionada de la firma verticalmente integrada (en el mercado hacia adelante) sería rentable si pagaran los mismos precios que los competidores por los recursos del mercado hacia atrás (*downstream market*).

5.2.4.3.5. Prácticas con Efectos Equivalentes

Como ya se ha visto, existe en la legislación general una cláusula abierta que permite sancionar otros casos de abuso de posición de dominio que tengan efectos equivalentes a prácticas tipificadas de manera expresa. Disposición similar existe en el caso de prácticas restrictivas, por esto, lo que se señala en este punto también es de aplicación a dichas prácticas.

La norma mencionada, contenida en el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, permite que la legislación general tenga flexibilidad para que la autoridad identifique y sancione otras prácticas anticompetitivas cuya tipificación no se encuentra recogida con toda precisión en la ley. Así, con base en las cláusulas generales que tipifican de manera genérica las prácticas sancionables, podrán cubrirse otros supuestos. El artículo 5° del D.L. N° 701 hace alusión a prácticas comerciales que tienen como propósito establecer restricciones verticales, sean éstas eficientes o anticompetitivas.

Bajo tal esquema, la aplicación del régimen general al marco de las telecomunicaciones se facilita pues se podría, por medio de precedentes administrativos y lineamientos, recoger otros supuestos diferentes.

La primera vez que se tipifique en un caso una nueva infracción, y siempre que su ilegalidad no haya sido previamente advertida a los agentes económicos por medio de lineamientos, OSIPTEL atenuará las sanciones usando como criterio de graduación la novedad en la identificación de este tipo de conductas.

En los casos de posible Abuso de Posición de Dominio que se presenten ante OSIPTEL, y que merezcan la actuación de dicho organismo, serán las empresas denunciadas las encargadas de mostrar los elementos probatorios que permitan desvirtuar, de ser el caso, la alegación planteada. De no presentarse estos medios probatorios, OSIPTEL podrá considerar dicha situación como un indicio de que la empresa denunciada sí ha incurrido en una práctica de abuso de posición de dominio. Ello sin perjuicio del derecho que tienen las empresas denunciantes de presentar todos los medios probatorios que tengan a su alcance. Se tendrá especial consideración de esta situación en los casos en los que se denuncie negativas injustificadas a contratar y discriminación de precios y condiciones.

5.2.5. Prácticas Restrictivas

Uno de los aspectos fundamentales para el adecuado funcionamiento del mercado, en particular de un mercado que se abre a la competencia, es el relativo a las prácticas restrictivas de la libre competencia. A diferencia de la categoría anterior (abuso de posición dominante), no exige que ninguna de las empresas intervinientes cuente con posición de dominio en el mercado, ni siquiera que las empresas que participan en el mercado vengan actuando en conjunto con posición de dominio.

Las prácticas restrictivas implican el comportamiento coordinado, normalmente mediante acuerdos, de dos o más empresas, teniendo estos acuerdos por efecto el restringir la competencia en el mercado.

Así, una de las formas en las que el funcionamiento del mercado puede ser alterado es si los proveedores deciden no competir y sus decisiones son adoptadas en conjunto. Si ello es así, la pluralidad de oferentes, en los hechos, resulta inocua pues, por ejemplo, la fijación concertada de precios, calidades y demás condiciones de comercialización (estas últimas terminan siendo formas indirectas de controlar el precio) restringen la elección del consumidor quien no tendrá más opción que adquirir los bienes o servicios a los precios o de la manera en que los proveedores han convenido, debido a que no tendrá opciones alternativas de consumo. Esto es, una conducta concertada muestra resultados de mercado similares a los que daría un monopolio.

De acuerdo con el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701, las prácticas restrictivas de la competencia implican la existencia de un concierto de voluntades de las empresas participantes en el mercado como requisito mínimo para constituir una infracción a la citada norma. Son prácticas restrictivas de la competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones o actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas, que produzcan, o puedan producir, el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Por lo general se podría decir que una práctica será concertada cuando una empresa independiente ajusta consciente y voluntariamente su conducta según los acuerdos establecidos con otra.

La prueba de las prácticas concertadas se basa principalmente en indicios y presunciones ya que normalmente las empresas acostumbran eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado. Sin embargo, la conducta paralela de las empresas en el mercado no es, por sí misma, suficiente para probar una práctica concertada, aunque constituye un fuerte indicio si es poco probable que tal conducta ocurra en condiciones de mercado normales. Existen ciertos factores adicionales que, unidos al paralelismo en el mercado, permiten fortalecer la hipótesis de existencia de prácticas concertadas, tales como:

- Conductas de competidores contrarias a su propio interés pero favorables al interés del grupo.
- Cambios radicales respecto de las prácticas comunes de las distintas empresas (como simultaneidad de los cambios en los precios).
- Requerimientos o quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos.
- Oportunidad para concertar (reuniones coincidentes con cambios radicales de precios, volúmenes de producción, y otros).
- Cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de un acuerdo o actuación concertada entre las empresas.

Estos son algunos de los elementos que, siempre apreciados en conjunto, pueden servir para probar la existencia de prácticas colusorias prohibidas legalmente.

Existe una serie de prácticas restrictivas de la libre competencia, las mismas que de manera enunciativa se encuentran tipificadas en el artículo 6° antes referido. Sin embargo, es necesario tomar en consideración que no todas las prácticas ahí mencionadas se analizan exclusivamente a la luz de «la regla de la razón» o bajo el tamiz de la regla *per se*. Ello depende de la forma en que la ley las ha tipificado.

OSIPTEL analizará bajo la regla de la razón: la concertación de calidad (inciso d), la discriminación (inciso e), y las cláusulas de atadura concertadas (inciso f).

Dentro del esquema del Decreto Legislativo N° 701, los acuerdos horizontales de precios serán considerados prácticas *per se* ilegales, es decir, que no requieren de un análisis de su racionalidad para ser declaradas ilícitas. Así:

- El texto del inciso a) del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 no establece que deba hacerse un análisis para establecer la justificación de la concertación de precios y condiciones de comercialización.
- La exposición de motivos del Decreto Legislativo 807, norma que modificó el indicado inciso a), claramente señala que se trata de una infracción *per se* ilegal sobre la base de la justificación de la eliminación del término «injustificada» de la versión original de la norma.

– Finalmente la jurisprudencia de INDECOPI ha considerado *per se* ilegales los acuerdos de precios, en particular en la Resolución N° 276-97-TDC (acción de oficio contra diversas empresas avícolas por concertación de precios) en la que incluso se aprobó un precedente de observancia obligatoria sobre el particular.

Así en el caso que un conjunto de empresas se pongan de acuerdo para negociar de manera unificada los precios y condiciones de los contratos con un tercero, en principio dicha práctica debería ser declarada ilegal al amparo del artículo 6°, inciso a) del Decreto Legislativo N° 701.

Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.

Sobre algunas otras prácticas, debe tenerse en consideración que el artículo 6° inciso b) del Decreto Legislativo N° 701, define el reparto de mercado como práctica restrictiva de la libre competencia. El reparto de mercado implica la decisión de un grupo de empresas de dividir el mercado donde participan de forma que cada una aproveche exclusivamente de una parte del mismo sin intervenir en la parte que corresponde a sus competidores. Este tipo de práctica puede presentarse en diversas formas o modalidades, sea como una división o repartición geográfica del mercado de productos o de los clientes que participan del mismo.

Dicha modalidad de práctica concertada crea barreras artificiales a la competencia, dando origen a submercados donde la competencia no existe aunque formalmente varias empresas continúen participando en ellos. La finalidad del reparto de mercado es eliminar la competencia, como medio para asegurar que todos los participantes del reparto se beneficien manteniendo una cuota de ese mercado.

Por otra parte, el control de la producción al interior de una empresa determinada normalmente es una herramienta importante dentro de la política empresarial porque permite manejar *stocks*, hacer proyecciones estimadas, calcular los beneficios futuros, etc. Sin embargo, cuando se realiza un control concertado de la producción entre empresas competidoras, se convierte en una restricción ilegal de la competencia. El acuerdo entre empresas para reducir la producción, al igual que el acuerdo para fijar precios, es considerado por la mayor parte de las legislaciones como la violación más grave de las leyes sobre competencia.

En nuestro país, dichos acuerdos se encuentran prohibidos y son sancionables en virtud de lo dispuesto en el inciso c) del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701, el cual señala que: «Son prácticas restrictivas de la libre competencia: ...c) El reparto de las cuotas de producción», inciso que fuera posteriormente desarrollado en el inciso h) del mismo artículo introducido por el Decreto Legislativo N° 807, el cual señala como una práctica restrictiva: «h) la limitación o control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones».

Al tener dichas prácticas, como objeto, el control concertado del precio de los productos —como cuando las empresas acuerdan reducir la producción para mantener un nivel de precios determinado o para permitir el establecimiento del precio deseado—, deben ser analizadas siguiendo los mismos criterios utilizados para la evaluación de los acuerdos que directamente se refieren al precio de los productos, esto es, como infracciones *per se* ilegales.

En efecto, la concertación directa de precios y los acuerdos para restringir la producción, son dos formas de visualizar un mismo fenómeno que distorsiona la competencia. Ambos tipos de acuerdos son, en el fondo, una misma forma de restringir ilegalmente la competencia.

Al igual que en el caso del reparto de cuotas de producción, los acuerdos sobre la calidad de los productos —prohibidos expresamente por el inciso d) del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701—, serán ilegales si se encuentran dirigidos a facilitar una concertación de precios. El análisis es similar a un acuerdo de precios, en la medida en que generan igual efecto sobre los mismos aunque por vía indirecta.

El acuerdo dirigido a desaparecer la diferenciación entre la calidad de los productos, debe ser analizados como una infracción *per se* si se encuentra dirigido a facilitar una concertación de precios.

Finalmente, OSIPTEL considera conveniente establecer que, respecto de las prácticas restrictivas consideradas ilegales de forma *per se*, no es relevante para la determinación de la infracción la efectividad de la misma, esto es, si el cártel es estable o inestable, si funcionó o no funcionó, si las condiciones existentes en el mercado son propicias para la formación de cárteles o no lo son. Lo relevante es determinado por los hechos probatorios de la infracción al margen del éxito en la implementación del mismo.

Documentos de Referencia

Normas Legales

- Constitución Política del Perú.
- Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobada por D.S. 013-93-TCC.
- Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones aprobado por D.S. 020-98-MTC.
- Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por D.S. 06-94-TCC.
- Decreto Legislativo N° 701.

La revolución del *antitrust* en el sector telecomunicaciones. Un modelo a considerar

En un interesante artículo el profesor Roger G. Noll[1499] señala que el tema central en cuanto las telecomunicaciones continúa siendo el debate de si una compañía integrada

[1499] Noll, Roger G. *The Antitrust Bulletin*. Federal Legal Publications Inc., 1995, pp. 501-527.

alcanza la eficiencia a través de economías de escala y alcance, o bien la alcanza a través de una extensión de su poder monopólico, en mercados verticalmente relacionados, lo que determina su rentabilidad, pese a su posición ineficiente y anticompetitiva.

La presente sección versa sobre la controversia existente entre la integración vertical y la competencia en la industria de las telecomunicaciones. La primera parte de esta sección trata sobre la importancia del bloqueo a la entrada de competidores a través de la integración vertical.

Restricciones Verticales

La mayoría de las políticas y estudios sobre el tema telecomunicaciones se refieren a restricciones verticales. A principios del siglo XX el tema de las restricciones surgió con la negativa de AT&T de interconectar los servidores de telefonía local a su red de larga distancia.

La integración vertical de los servidores comunes y el tema de la fabricación de componentes eran los únicos temas que se contemplaron en las acciones del Departamento de Justicia contra ATT&T en 1949 y uno de los más importantes factores que llevó a la desinversión de AT&T en 1974. Posteriormente han surgido 2 nuevos temas de interés, a saber: Los servicios conjuntos o empaquetados llamados también ventas atadas y el dictar las especificaciones del equipo que deben usar los clientes aunada a la negativa de permitir a los clientes conectar su equipo a la red y/o el rechazo a interconectar líneas privadas competitivas y servicios de larga distancia a los servidores locales u operadores.

Pese a la variedad de situaciones creadas por las restricciones verticales la lógica en todas ellas es similar. El análisis comprende dos etapas: La oportunidad en la cual se lleva a cabo una restricción efectiva y la motivación para incurrir en tal conducta.

Para llevar a cabo una restricción vertical una empresa debe contar con poder suficiente en un mercado determinado y con la habilidad de usar ese poder para adquirir una ventaja de naturaleza vertical. Acorde a la doctrina propia del *antitrust* clásico, una firma tiene poder de mercado si puede mantener precios supercompetitivos en un mercado o excluir a la competencia del mismo. Sin embargo, es posible encontrar el control de precios y el ingreso de competidores al mercado como dos caras de la misma moneda. En virtud de la regulación la firma investigada puede carecer del poder de fijar precios, pues ese poder reside en el órgano regulador, por lo que la habilidad de excluir a los competidores deviene en la prueba de su poder de mercado.

Cuando se trata de restricciones verticales este aspecto del poder de mercado es esencial. Sin la habilidad de evitar que otras firmas competidoras ingresen al mercado la política de restricción vertical fracasaría por cuanto los competidores responderían integrándose a su vez verticalmente. Una firma con poder de mercado puede seguir 2 estrategias de restricción vertical: Negación a contratar y prácticas discriminatorias de precios.

Negación a contratar

Las discusiones sobre los problemas de interconexión caen en la categoría de negación a contratar. Un primer ejemplo de esta categoría es la negación a permitir cualquier forma de

interconexión, como ha ocurrido en los casos de equipos pertenecientes a clientes, líneas privadas, redes privadas locales, teléfonos pagos y redes de larga distancia. Otro ejemplo es la negación a comprar o adquirir equipos fabricados por cualquier otro fabricante que no sea una filial de la firma que posee el poder. Las variedades más sofisticadas de restricciones involucran proveer equipos de baja calidad a terceros, tecnología obsoleta o cargar altos costos de interconexión. Estas medidas son equivalentes a contratar en el sentido que la filial obtiene derechos exclusivos a una interconexión óptima, en tanto que los demás deben aceptar sustitutos imperfectos que debilitan su habilidad y posibilidad de competir adecuadamente. El amplio rango de prácticas discriminatorias van desde lo obvio (la política de AT&T de efectuar interconexiones de larga distancia atando servicios a favor de sus empresas vinculadas, en tanto que los competidores son atendidos secundariamente o en forma lateral, o la obligatoria conexión de todas las empresas que no pertenecían al grupo BELL) a lo sutil o sofisticado como, por ejemplo, generar una respuesta lenta de servicio, un mantenimiento menos intenso o frecuente, evitar revelar las reales capacidades del software de la red, de modo tal que solo la afiliada pueda obtener el máximo de las capacidades de la misma, por el mismo precio, dejando en desventaja a los competidores.

El área gris que se presenta en la negación a contratar se presenta cuando la mejor forma de interconexión resulta ser el monopolio legal. Por ejemplo, se diseña una oficina central de comunicaciones bajo la presunción que sólo un operador de larga distancia se conectará a ella y no hay otros competidores que deseen este mismo derecho. Se obtiene ventaja al estar ubicado físicamente adyacente a la central de interconexión pues los competidores no lo están. Estos están en desventaja. El problema radica en determinar si la negación a la instalación de equipos es una negación al derecho de igual acceso y por ello una restricción vertical o es un monopolio legal sobre el cual no puede obligarse a la firma que hizo el diseño e instalación.

La política del gobierno americano es que la exclusión basada en una estructura de mercado de naturaleza histórica es indeseable e ilegal por dos razones fundamentales: La primera es que, si solo una interconexión óptima es posible con una firma controlando la interconexión, el servidor local puede evitar los efectos anticompetitivos creados en mercados verticales, subastando los derechos de interconexión. La oferta ganadora pagará al servidor local la diferencia del valor entre los dos tipos de conexión, de modo tal que todas las firmas verticalmente relacionadas operaran con los mismos costos de interconexión. Debido a que esta opción es menos anticompetitiva que simplemente otorgar la conexión óptima a una afiliada, esta última medida es generalmente considerada como una restricción vertical.

La causa de las limitaciones en los arreglos de interconexión óptimos se halla en la decisión de los servidores locales de comprar a las oficinas centrales los interruptores, cajas de interconexión y diseño. Estas firmas dominantes crean así barreras de entrada mediante mercados verticalmente integrados y logran enormes utilidades de los mismos. A fin de eliminar el incentivo de tomar decisiones técnicas que nos lleven a restricciones verticales, la política requiere eliminar la escasez de interconexiones óptimas así como requerir igual acceso y colocación para una fecha razonable y/o sacar a remate el monopolio natural de la interconexión y renunciar a ingresos tales como financiar el acceso de por vida o retornar los ingresos al gobierno.

Un ejemplo de exclusión relacionada con la propiedad intelectual es el uso de información sobre los patrones de consumo de un cliente o las características de la red, las que están protegidas por la ley de propiedad intelectual. La regla general que debemos aplicar es que los derechos de propiedad intelectual solo confieren un monopolio que debe analizarse restrictivamente sobre el producto en discusión.

Los propietarios de derechos de propiedad intelectual corren riesgo si tratan de usar sus derechos para extender su monopolio a otros mercados pudiendo en ese caso enfrentar acciones de defensa de la libre competencia.

Prácticas discriminatorias de precios

Se considera una estructura de precio como exclusionaria si los precios en un mercado monopolizado ponen en desventaja a los competidores en un mercado vertical vinculado. Muchas de estas prácticas han sido denunciadas en procedimientos antimonopólicos y en los mismos procedimientos de regulación administrativa.

Pese a que el uso de precios predatorios no constituyen un método de restricción vertical estos están cercanamente asociados con las estrategias propias de la restricción vertical. Los precios predatorios se presentan cuando una firma vende temporalmente un producto a pérdida, con el propósito de sacar del mercado a la competencia y poder subir sus precios a niveles monopolísticos luego. La prueba de precios predatorios, según los economistas, es que el precio no debe caer por debajo de los costos marginales de corto plazo, porque este estándar es al mismo tiempo el valor que maximiza la utilidad y el socialmente óptimo como respuesta a la competencia. Pero este test no produce necesariamente resultados óptimos. En una industria intensiva en capitales como es la de las telecomunicaciones, el costo marginal de corto plazo puede ser virtualmente cero, de modo que ninguna firma perdería un caso en el cual fuera denunciada por precios predatorios.

Una firma con una perspectiva de largo plazo puede responder a este estándar procediendo a sustituir ineficientemente las inversiones fijas de capital por inversiones variables y con ello reducir su exposición a las medidas de *antitrust*, si es que el competidor desata una guerra de precios. Debido a este problema el costo de lograr probar que una firma ha utilizado precios predatorios permanece controversial, y discutible.

Otra herramienta similar a los precios es el subsidio cruzado. El subsidio cruzado ocurre cuando una firma utiliza el exceso de utilidades que tiene con un cliente para compensar las pérdidas en las ventas a otro. Este subsidio puede ocurrir entre clientes en un mismo mercado o con diferentes productos en diferentes mercados. A semejanza de los precios predatorios el subsidio cruzado requiere un costo estándar para determinar los precios. A diferencia de la figura de precios predatorios el subsidio cruzado no requiere de un segundo *test* con respecto a precios, basta que un competidor salga del mercado o cese de competir vigorosamente. El tema central mas bien se refiere a una política constante y de largo plazo de perder dinero en un mercado compensando estas pérdidas con el exceso de utilidades que se obtiene del otro.

Tal como lo hemos señalado el subsidio cruzado es un medio de restricción vertical cuando el monopolista usa el exceso de utilidades que obtiene en un mercado monopoli-

zado para subsidiar las pérdidas en un mercado vertical vinculado. El ejemplo más claro es cuando se produce un alza y simultáneamente una reducción de precios de una empresa afiliada a niveles tan bajos que pierde dinero. El ajuste de precios daña a la competencia minorista. Esta figura se ha usado en el mercado de teléfonos celulares y en algunos planes para vender en forma empaquetada elementos sin vinculación directa en servicios de telefonía local.

El aspecto negativo de la reducción de precios generada por esta política de subsidios cruzados es que cualquier medida regulatoria que pueda introducirse para garantizar un precio de venta que mantenga un margen mínimo tiene como consecuencia el mantener competidores en el negocio.

En 1974, en el caso del Departamento de Justicia contra AT&T se alegó otra clase de precios excluyentes: El fijar precios sin considerar los costos[1500]. La teoría detrás de esta conducta es que si una firma, en forma realista, se compromete a igualar o vencer cualquier precio que cobre un competidor, en vez de entrar al mercado considerando sus costos actuales, la firma puede sostener precios super competitivos en forma indefinida mientras que simultáneamente retrasa la entrada de la competencia creando una grave distorsión. Las firmas pueden adoptar y mantener esta estrategia premiando a la gerencia y cuadros directivos por logros en conquista de participación de mercado y ventas, sin importar las utilidades, y manteniendo un sistema de información de tipo financiero que sistemáticamente evite informar al personal que fija los precios la información sobre los costos de la empresa.

El gobierno americano sostuvo que AT&T aplicó esta política con respecto al servicio de líneas privadas. Desde la obligada desinversión de AT&T otras prácticas excluyentes han sido alegadas contra ella en su relación con los operadores de telefonía local. La primera es la discriminación de precios, en virtud de la cual los competidores pagan más por los servicios que reciben que los que el operador cobra a su filial.

La forma más obvia de esta discriminación son dos precios separados. Pero otra forma es brindar servicios gratis a la afiliada, en tanto que otros deben pagar por ellos, servicios tales como información sobre clientes, acceso a la propiedad intelectual o el uso discriminado del software de intercambio en la oficina central. Si bien este caso puede calificar como ejemplo de subsidio cruzado no lo es necesariamente porque el acceso a la información de propiedad de la matriz o a la capacidad de red puede ser virtualmente libre de costo.

El conflicto legal aquí se presenta en el hecho de si la información está protegida por los derechos de propiedad intelectual de la empresa y en consecuencia constituye un monopolio legal que la compañía tiene derecho a explotar o si la información está sujeta a un conocimiento público o por lo menos a una licencia no discriminatoria.

La tercera forma de precios excluyentes es el innecesario y antieconómico empaquetamiento de productos y servicios de tal modo que un competidor deba adquirir bienes y servicios que no quiere. Esta táctica es una modalidad de venta atada sobre bienes que no demanda el consumidor y que éste debe adquirir forzosamente dentro del paquete ofreci-

[1500] Noll, Roger G. & Bruce M Owen. «The Anticompetitive Uses of Regulation». En: *Antitrust Revolution*. J. Kwota & L. White, Eds., 1988.

do. Por ejemplo, en los días en los cuales los operadores locales ataban el CEP y su acceso, los competidores de CPE estaban en clara desventaja porque los clientes para gozar de estos servicios se veían obligados a rentar un teléfono Telco. Sin embargo los clientes deseaban tanto una línea como por lo menos un teléfono.

En años recientes el tema de las ventas atadas por paquetes se presenta con referencia a elementos separados de la red de intercambio local: Líneas de acceso, intercambios y procesamiento de información de varios tipos que están contenidos en el intercambio local.

Regulación y restricciones

Un método de restricción vertical que no encuadra claramente en la negativa a contratar, vía precios exclusionarios, es el uso de procedimientos regulatorios y legales para crear costos administrativos a potenciales competidores que ingresan al mercado o para dilatar legalmente la entrada de estos al mercado.

Los casos judiciales entablados contra AT&T en la década de los 70 ilustran lo expuesto. AT&T dilataba los procedimientos administrativos y judiciales demandados por los competidores para la obtención de permisos mediante numerosas apelaciones y creando conflictos de competencia entre los reguladores estatales y federales, con el fin último de dilatar y crear desventajas significativas a los competidores, en tanto las cortes peleaban jurisdiccionalmente estos litigios.

La pregunta básica que cabe formularnos acá es la siguiente. Si una compañía pelea arduamente una batalla legal para mantener una política favorable a sus intereses está haciendo uso y defensa de sus derechos o más bien está creando demandas y peticiones irrelevantes que benefician injustamente a la compañía, sólo porque imponen costos y demoras a sus rivales.

Existe poco debate sobre la capacidad real de los operadores locales para contar con la oportunidad técnica y económica para realizar restricciones verticales. El desacuerdo entre los tratadistas surge en el aspecto de si las firmas que están reguladas gozan de oportunidades unilaterales para crear restricciones verticales ilegales. A fin que una restricción vertical funcione como tal el acuerdo excluyente debe ser permanente o durable y contar con un proyecto razonable que determine una acción subsecuente que penalice todas las ganancias, generando como producto de la restricción vertical más costos adicionales como son gastos judiciales, indemnizaciones y multas por daños y perjuicios.

El ideal que rige la doctrina es que reglas simples, tales como son: La obligatoria no discriminación en la interconexión y en la fijación de precios son necesarias para eliminar la oportunidad que pueden tener las empresas de incurrir en restricciones verticales, debido a que estas restricciones son anticompetitivas y cuando son finalmente detectadas son severamente sancionadas. Sin embargo las reglas del acceso regulado a los operadores de larga distancia puede volverse dificultosa.

Es difícil probar la existencia e intencionalidad de servicios deficientes o de niveles incompletos de información sobre la red y su potencial. Más aún, en una industria como la de telecomunicaciones en la cual la tecnología se desarrolla a gran velocidad una serie

continua de modestas demoras en el cumplimiento de requerimientos de no discriminación, los que son voluntariamente corregidos por los operadores locales antes que surja una controversia puede imponer una serie de desventajas a los competidores en el ámbito vertical.

La regulación de precios, aún si los reguladores adoptan una política de no discriminación, da oportunidad de usar los precios como medio de restricción vertical. La regulación de precios en la industria de las telecomunicaciones es de naturaleza pasiva y reactiva.

Las comunicaciones están reguladas por un conjunto de normas que imponen un rol pasivo a los reguladores, además del hecho que generalmente los organismos reguladores son pequeños frente al tamaño de las empresas que estos controlan, lo que refuerza la pasividad de los organismos reguladores.

El hecho de contar con regulaciones que estipulan precios topes formaliza la pasividad del órgano regulador. Esencialmente los precios topes sustituyen el concepto de precio indexado como criterio de retorno a la inversión y estructura de precios. La firma escogerá una estructura de precios sujeta a la limitación del *index*. Estas decisiones pueden ser confrontadas si se señala que son excluyentes. Sin embargo, esta acusación solamente provocará un análisis tradicional de costos con la consecuencia de demoras y falta de predictibilidad. En resumen, podemos afirmar que el sistema regulatorio o judicial en el control de restricciones verticales solamente funciona en aquellos casos en los cuales tal actividad es obvia. En aquellos casos en los cuales se requiere mucha información, sea técnica o económica, no es factible que el organismo regulador desarrolle una política coherente. Debido a la incertidumbre en los niveles de información los organismos reguladores enfrentan a sofisticadas empresas que adoptan formas más sutiles de prácticas excluyentes por lo que estas pueden producirse sin que sean detectadas y/o castigadas y en consecuencia la eficacia de las reglas de conducta y control de las restricciones verticales es de dudosa eficacia.

Motivos e incentivos

Una firma regulada que cuenta con poder de mercado tiene la oportunidad de incurrir en restricciones verticales, aun si las reglas regulatorias de la industria prohíben tales prácticas excluyentes. Este argumento no es válido si la firma no tiene motivo alguno para involucrarse en estas prácticas.

Veamos a continuación los argumentos y motivos por los cuales una firma incurre en prácticas restrictivas. Es útil contemplar 3 aspectos normativos que surgen cuando se analizan temas de libre competencia: La eficiencia consecuencia de un monopolio; el efecto redistributivo del monopolio y el impacto de la acción anticompetitiva en los competidores horizontales.

El sustento de la economía de libre competencia es el concepto de eficiencia. Sin embargo, los monopolistas tienden a fijar precios que exceden el costo marginal de largo plazo. A raíz de esto el monopolista decide qué parte de su capacidad de producción no se utiliza creando una escasez artificial. Esta producción podría ser vendida a un precio que recupere sus costos marginales. Al no hacerlo el monopolista crea una pérdida para la sociedad. A esto se le conoce como pérdida o costo social.

La conclusión desde un punto de vista de política estatal es que el monopolio debe ser opuesto por la legislación *antitrust* a fin que las empresas bajen precios, incrementen su producción y con ello aumente el bienestar social. La mayor excepción es el área de propiedad intelectual en virtud de la cual al otorgar un poder monopólico a la empresa se incentiva la innovación, la cual es beneficiosa para los consumidores.

Si un monopolio incurre en una política de discriminación de precios el monopolio se vuelve más eficiente y además simultáneamente extrae mayores utilidades de los consumidores. Un análisis puramente eficiente observará favorablemente el incremento en los procesos de discriminación de precios porque esta reduce la distorsión de la fijación de precios monopolística. La discriminación de precios permite además a aquellos que sean excluidos del mercado por efectos de un precio monopólico, comprar a un precio menor si el monopolista no puede impedir que estos le vendan a terceros, que están dispuestos a pagar un precio mayor. Pero el poder de discriminación del monopolista a favor de un consumidor, que está dispuesto a pagar sólo un precio menor, generalmente va de la mano con el poder de cargar un precio mayor a un consumidor que demanda mucho del producto y generalmente permite al monopolista incrementar las utilidades que extrae de cada cliente.

Esta característica de discriminación de precios provoca que el análisis de eficiencia colisione con el argumento que la extracción de utilidades monopolistas de los consumidores son indeseables porque son injustas.

El tercer tema en discusión se refiere a si debería permitirse que una firma poderosa saque del mercado a una firma más pequeña y débil. El análisis de eficiencia determina que las acciones que aumentan la concertación son indeseables sólo cuando estas reducen la eficiencia, como en aquellos casos en los cuales los precios se elevan por encima del costo marginal. Si no se presentan tales consecuencias, desde el punto de vista de la eficiencia, podemos señalar que el análisis es indiferente con relación a acciones que incrementen la concentración. Si bien abogados y jueces, reguladores y políticos a través de acciones antimonopolistas persiguen evitar que se elimine del mercado a las firmas pequeñas y débiles no existe una razón económica que justifique detenernos o preocuparnos por la concentración.

1. Fundamentos Normativos

Desde un punto de vista político se encuentran problemas que vulneran cada segmento de la industria: cada industria señala que la otra goza de protección regulatoria injustificada. De los operadores locales se dice que están protegidos contra el ingreso de la competencia en el servicio local y en llamadas pagadas. Se afirma que MCI y Sprint existen solamente por presión, políticamente motivada, para satisfacer a AT&T. Sin entrar en estos debates existen dos temas que uno debe tener en cuenta:

Si una firma puede capturar una parte importante del negocio de la otra sin que este hecho genere una ganancia o pérdida para los consumidores, que esta acción se permita o bloquee depende de quien soporta la carga de la prueba en la modificación de la industria. Si los cambios estructurales no tienen un beneficio significativo eficiente para el mercado aquel que soporte la carga de la prueba perderá.

¿Cómo se asigna la carga de la prueba?.

Esto se vuelve más un tema filosófico que uno de economía. En general las normas de defensa de la libre competencia requieren que aquel que quiere bloquear un cambio debe proporcionar las pruebas que este cambio daña al consumidor. En el ámbito de las regulaciones son aquellos que ingresan los que tienen que aportar las pruebas que el cambio será beneficioso para los consumidores.

Si la firma ganadora de un cambio estructural tiene poder de mercado lo deseable del cambio dependerá de si uno tiene una opinión favorable a la discriminación de precios, así como si la firma en virtud de la cual se efectúan los intercambios entre eficiencia y equidad, mueve el mercado hacia una mayor discriminación de precios.

La visión positiva de una firma integrada verticalmente tienen dos pilares fundamentales. El primero es el conjunto de razones que señala que la integración vertical promueve la eficiencia y la segunda es el escepticismo que la integración vertical pueda crear ineficiencias adicionales, provenientes de un mayor poder de mercado. Ambos argumentos se basan exclusivamente en la teoría de la eficiencia económica, base del análisis de la libre competencia.

2. Beneficios de la integración vertical

La racionalidad de la integración vertical surge del análisis de los «costos de transacción» en el mercado versus las relaciones organizacionales. En las transacciones propias del mercado las firmas competidoras experimentan conflictos de intereses, en tanto que las relaciones al interior de las organizaciones el objetivo unificador es maximizar las utilidades. El problema que enfrentan dos firmas independientes es como resolver sus conflictos de intereses y maximizar el valor conjunto de su relación. Una firma integrada verticalmente debe resolver el problema interno de contar con empleados en dos divisiones distintas que deben trabajar juntas para maximizar sus utilidades conjuntas.

La integración vertical es especialmente atractiva cuando ambos mercados son monopolizados por empresas monopolistas que mantienen un solo precio. Antes de la fusión, el precio final incluye dos precios monopolísticos lo que implica un problema de doble marginalización. El precio resultante excede el precio que podría maximizar la utilidad conjunta de los dos monopolios. En este caso la integración vertical ayuda a consumidores y monopolios a bajar precios e incrementar utilidades. En telecomunicaciones uno puede encontrar este efecto en las relaciones verticales entre equipos y servicios, y en el acceso basado en el servicio que un operador cobra a otro. Pero aquí, como en cualquier otro mercado, si cualquiera de los mercados es potencialmente competitivo, otra posible solución es la introducción de competencia en vez de una integración vertical de los monopolistas. Así pues, el tema central y relevante es como balancear las ganancias en eficiencia producto de una integración vertical contra el daño en la competencia que esta genera en un mercado competitivo.

Otra potencial ventaja de la integración sobre la interrelación de mercado es que la integración resuelve los problemas asociados con la protección de la propiedad intelectual. Es probable que una firma sea recelosa en compartir información técnica en el mercado con un socio por miedo a que este use la información para competir contra ella. Por ejem-

plo, una división de fabricación de AT&T puede ser renuente a informar a los operadores locales sobre las características de su central, así como el operador local informar a AT&T sobre su información confidencial.

Una tercera ventaja de la integración vertical se presenta cuando una de las partes debe realizar una inversión importante de largo plazo para que sea usada por otra u otras. Si la firma se compromete a efectuar una importante inversión, una vez que esta inversión está hecha la otra firma puede obtener un sustancial poder de negociación amenazando a la inversionista de no usar la inversión. La integración vertical resuelve el problema obligando mediante un compromiso de largo plazo, a ambas partes a que traten y negocien una con la otra. Un contrato de largo plazo tiene el mismo propósito pero debido a circunstancias imprevistas o lenguaje incompleto puede no proteger adecuadamente a la firma inversionista permitiendo que terceros tomen ventaja de aquella que ha realizado la inversión.

La importancia de estos argumentos en la industria de las telecomunicaciones no es clara. El que una industria exhiba las condiciones necesarias para su integración vertical y que por ello estas sean superiores a sus relaciones de mercado no ha sido probado, especialmente porque los argumentos teóricos sobre la eficiencia de la integración vertical son difíciles de cuantificar. Uno simplemente no conoce, por ejemplo, que información tienen las compañías Bell pues estas son renuentes a compartir esta con la competencia, siendo este un legítimo derecho de proteger su negocio de telefonía local, debemos medir el efecto que tendría si la información fuera compartida con los fabricantes, compañías de larga distancia y proveedores de información. Esencialmente los defensores de la integración de las empresas operadoras de Bell en los mercados argumentan que deben existir ganancias de eficiencia porque estas empresas desean integrarse en los mercados y la restricción vertical es improbable. Pero si la integración no es necesariamente benigna podemos afirmar que existe un intercambio entre las ganancias de eficiencia producto de la integración y sus consecuencias anticompetitivas. Los políticos no pueden evaluar estos intercambios salvo que las ganancias y pérdidas sean cuantificadas y comparadas.

3. Rentabilidad de la integración vertical

La esencia del argumento que la integración vertical es positiva o benigna es que el producto final podrá ser monopolizado, en forma lucrativa, una sola vez. Así, si una firma monopoliza una de las etapas en la relación vertical entonces podrá obtener todas las utilidades monopólicas del consumidor final, sin extender su monopolio a otra etapa, de modo que no existe ningún incentivo para ingresar en una restricción vertical.

La validez de este argumento descansa en varias presunciones.

- Toda firma busca maximizar sus utilidades y las prefiere al normal retorno de inversión, propio de los entornos competitivos. En vez de adquirir un tamaño tan grande como sea posible, sujeto a los requerimientos que la expansión de toda firma genera, expansión que debe permitir al menos ganancias competitivas, los accionistas de un monopolio no les importa si una firma se expande en un mercado competitivo, en tanto la firma pueda ganar un retorno sobre su inversión debidamente ajustado por el riesgo de la misma. Uno puede interpretar este hecho como que el monopolio no tiene ninguna razón para involucrarse en restricciones verticales o también ninguna razón

para no hacerlo. El que los gerentes decidan una política de restricción vertical es debatible pero no se puede discutir en términos teóricos. El verdadero tema es el siguiente: ¿Si los gerentes desarrollan estas actividades, debe la sociedad preocuparse o no? Este aspecto depende del costo social, si es que hay alguno, de eliminar gente del mercado mediante la quiebra de pequeñas y medianas empresas. No es un tema propio del *antitrust* pues no hay consecuencias propias de ineficiencia.

- La segunda presunción es que la integración vertical no puede servir para asegurar la posición monopólica del monopolista. Esto por dos razones, a saber: La restricción vertical en un mercado hoy puede servir a la restricción vertical de otro mercado mañana. Si el producto del monopolista enfrenta una sustitución imperfecta en sus precios de producción de firmas ubicadas más debajo de la cadena de valor, las firmas más arriba, normalmente, no podrán extraer todo el potencial de su utilidad en detrimento de las firmas ubicadas abajo en la cadena. La restricción vertical obligará a las firmas ubicadas abajo a operar más eficientemente pero también estas pueden incrementar el precio final. Las restricciones verticales pueden impedir la entrada al mercado monopolizado incrementando la inversión total requerida para una entrada exitosa, incrementando el grado de conocimiento necesario para un ingreso efectivo o eliminando la posibilidad que una firma integrada verticalmente al tratar con un monopolista, aprenda lo suficiente del negocio como para ingresar al sector monopolizado.

- La tercera presunción, base del argumento que la restricción vertical es benigna, es que la misma no tiene ningún efecto en la habilidad de la empresa para discriminar precios efectivamente o que el incremento de la discriminación de precios es socialmente deseable. Un monopolista que tiene la habilidad de discriminar precios es más rentable que uno que oferta a un solo precio, pero para poder discriminar precios una firma no debe enfrentar la competencia de otras que pueden responder a estas diferencias de los márgenes costo-precio entre los consumidores del mismo servicio, vendiendo a los consumidores que enfrentan los precios más altos. La efectividad de la discriminación de precios varía en las diferentes etapas de la industria integrada. Si esto es así, un monopolio en una etapa puede incrementar sus utilidades eliminando la competencia de otra etapa para facilitar la discriminación de precios.

En la industria de las telecomunicaciones la discriminación de precios es enorme, aunque la mayor parte de esta está dada por efecto de las regulaciones más que por el deseo de maximizar las utilidades. Un excelente ejemplo es la gran diferencia que existe entre los cobros a los negocios (industria y comercio) y a los usuarios particulares o residenciales. Si bien la elasticidad-precio (sensibilidad) es menor en los clientes industriales que en los clientes particulares no es tan diferente como para explicar porque los primeros pagan 3 veces más por contar con una línea que los segundos. La principal razón de esta diferencia es la política de los reguladores que sufren una mayor presión política de la población que de las empresas. Se asume que las personas que viven en áreas residenciales son pequeños consumidores pero con fuerza electoral y que las empresas tienen una mejor posición económica.

Un área potencial de futuras discriminación de precios se refiere al tipo de uso de la conexión telefónica. Las líneas comunes de telefonía pueden ser usadas para llamadas telefónicas, electrónicas, sistemas de contestador telefónico, correo de voz, correo electró-

nico, video conferencia, directorio, transmisión de datos, compra electrónica y otros servicios. Conforme los operadores logran mejorar sus equipos de transmisión digital de alta velocidad, el espectro de uso se expande. En la mayoría de los casos una compañía telefónica no puede detectar el propósito de la conexión y no puede involucrarse en la discriminación de los diversos tipos de usos. Para discriminar más efectivamente los operadores deben focalizar la discriminación de precios en la identidad de la parte contratante. Uno de los medios para lograr esta meta es que el servidor local monopolice la función «kiosko» en la cual el consumidor escoge un servicio de información.

Los argumentos anteriores ilustran los motivos para una integración vertical en las telecomunicaciones. La integración vertical puede tener motivos benignos, como minimizar los costos de transacción. Sin importar si existen o no economías de integración, una vez integrada, una firma de telecomunicaciones tiene la oportunidad de mejorar sus utilidades si disfruta de poder de mercado en todos los mercados relacionados verticalmente. La habilidad para corregir ineficiencias en firmas ubicadas más abajo en la cadena de valor que afecten sus utilidades monopólicas, evita la doble marginación que se presenta cuando dos firmas operadoras en cada mercado vertical relacionado poseen poder de mercado, erigir barreras de ingreso altas o reducir las contingencias en firmas distribuidoras, todos estos son argumentos válidos en virtud de los cuales una firma adoptará integración y promoverá restricciones verticales.

Las razones de la regulación en el ámbito de las telecomunicaciones

La existencia de regulaciones legales resta incentivos para una integración vertical de naturaleza anticompetitiva y para la restricción vertical. En el caso de Estados Unidos versus AT&T el gobierno sostuvo que la regulación promovía los incentivos para la restricción vertical. La forma más usual de regulación que fuera litigada en esa época era una tarifa regulada en la cual el regulador establecía un objetivo de ingresos para cada firma estimada en sus costos, fijaba precios para servicios específicos y establecía los lineamientos generales para el resto de la estructura de precios los cuales no se analizaban cuidadosamente. En este sistema los órganos reguladores enfrentan distorsiones en los incentivos que hacen que la regulación y la restricción vertical sean atractivas.

1. Si la tarifa permitida excede el costo de capital de las firmas estas pueden incrementar sus utilidades expandiéndose en nuevos mercados también regulados, debido a que la expansión incrementa sus inversiones. Más aún, si el retorno excede el costo del capital la restricción vertical es necesaria para la integración vertical en un mercado competitivo porque los costos de la firma regulada más las utilidades permitidas exceden el costo más las utilidades competitivas de las firmas no reguladas. Las firmas reguladas deben ser permitidas de ganar por lo menos el costo financiero de su capital. Cuando el costo y los retornos competitivos son inciertos estas ganancias son corregidas mediante excesos en los retornos que no se devuelven.

2. Si una firma regulada está integrada a un mercado vertical relacionado y no regulado, la restricción vertical aumentará sus utilidades al permitir a la firma transferir un poder de mercado no explotado en un mercado regulado a un mercado no regulado. La preocupación a lo largo del tiempo ha sido que las firmas pagarán en exceso los precios de los equipos de sus afiliados. En el mundo actual otro temor es la integración vertical en los

servicios de información que permitirán a la firma con poder de mercado no explotado en mercados regulados ganar un exceso de utilidades en los mercados no regulados vinculados a los servicios.

3. Las regulaciones tradicionales bonifican cierto tipo de subsidio cruzado. Si las regulaciones evitan precios monopólicos en los mercados regulados una firma puede incrementar sus utilidades si asigna los costos incurridos en un mercado no regulado a un monopolio regulado. Esta práctica incrementa los costos (y en consecuencia el precio) en el componente regulado e incrementa el margen entre los precios y la devolución de los costos en un mercado competitivo.

Estos argumentos no son excepcionales en la regulación tradicional. Sin embargo, esta forma de regulación esta siendo modificada por una más flexible cual es poder establecer topes a los precios, topes máximos que son regulados tanto en base a los precios actuales como en base de los precios históricos en vez de tomar como referencia los costos. La nueva forma de regulación reduce, pero no elimina, las distorsiones que afectan la integración vertical.

La más importante observación que podemos realizar sobre la regulación de precios basado en topes máximos es que si el tope es una restricción obligatoria, la firma tendrá un poder de mercado no explotado. Si este poder de mercado puede ser usado para excluir a la competencia en otro mercado a través de una cadena vertical, el potencial de utilidades de la firma se incrementará. La regulación de los precios mediante un tope asume que estos permanecerán en el tiempo y que la fórmula de precios no cambia, elimina las potenciales ganancias producto del manejo artificial de los costos, carga a las firmas reguladas con precios altos y cambia el costo de mercado no regulado al regulado. Pero al dejar algunas de las utilidades monopólicas en la mesa permanecen los incentivos para una integración anticompetitiva.

La fijación de precios topes también reduce el costo de precios predatorios dentro de la categoría de servicios. Supongamos una fórmula de precios que se aplica tanto a algunos productos monopolizados como a otros que están sujetos a una oferta competitiva. Si la empresa es una firma que maximiza sus utilidades rebajando sus precios en un mercado para eliminar a los competidores del mercado no tendrá la posibilidad de compensar parcialmente sus ajustes en unos productos elevando las utilidades en otro. Sin embargo, bajo el sistema de precios tope el cortar un precio en un mercado permite a la firma elevar otros y recuperar sus utilidades. Bajo el modelo regulatorio de precios tope los clientes en otros mercados financian parte de las pérdidas que se originan en precios predatorios. Esta alternativa puede ser evitada solo si no existe una fórmula que ate los precios de los servicios monopolizados y no monopolizados. Si la tecnología y otros factores cambian constantemente la identidad de los servicios competitivos versus servicios monopolizados, para evitar un incentivo a incurrir en precios predatorios, se requerirá constantemente una reformulación de los precios tope lo que a su vez resta valor al eliminar los efectos distorsionantes de la regulación.

Finalmente podemos señalar que la teoría pura de precios máximos no es práctica. Los organismos reguladores no pueden continuamente hacer cumplir las fórmulas de precios máximos que provoque el que una firma regulada se vuelva no rentable. Para que una regulación sea efectiva se requiere que una firma llegue a enfrentar tal restricción que invo-

lucre un análisis de posibilidad de quiebra pero las cortes y órganos administrativos han interpretado que existe una protección constitucional fijando una política que evita la confiscación del capital sin compensación.

La regulación de precios puede implicar en extremo una confiscación del patrimonio necesario de la empresa que se puede ver obligada a trabajar por debajo de un nivel de utilidad. Las utilidades esperadas *ex ante* son insuficientes. La firma debe ganar utilidades *ex post*. Del mismo modo es un tema político el que los reguladores no pueden prometer mantener una fórmula de precio que permita a una firma regulada ganar utilidades monopólicas. El problema se presenta en la práctica. Este rol es complejo. La fijación de las tarifas máximas es un tema renuente en los Estados Unidos e Inglaterra. Esto ha obligado a reajustar los precios máximos hacia abajo. La importancia de esta última observación es que los precios máximos fijados por organismos reguladores no son una panacea. Si bien reducen la distorsión no eliminan los motivos para la conducta anticompetitiva presentes en la regulación tradicional.

Como vemos la disciplina de la legislación protectora de la libre competencia enfrenta nuevos retos producto de novedosas tecnologías. Una economía cambiante y figuras jurídicas totalmente nuevas cuestionan las formas tradicionales de análisis. Sólo la creatividad permitirá a los órganos reguladores mantener el ritmo del vertiginoso desarrollo del siglo XXI y evitar la obsolescencia de un modelo que ha sido tan útil los últimos 120 años.

CAPÍTULO VI
LINEAMIENTOS PARA EL ANÁLISIS DE TEMAS DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

6.1 LINEAMIENTOS NORTEAMERICANOS

6.1.1. Restricciones Horizontales (estructura de mercado)

6.1.1.1 Horizontal Merger Guidelines: Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines.

6.1.1.2 National Association of Attorneys General Horizontal Merger.

6.1.2. Restricciones Horizontales (conducta)

6.1.2.1 Antitrust Guidelines for Collaborations among competitors of the Federal Trade Commission and Department of Justice

6.1.3 Restricciones Verticales (conducta)

6.1.3.1 The Repudiated Vertical Restraints Guidelines of the US Department of Justice 1985.

6.1.3.2 National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines 1985 Amended 1988, 1995

6.1.3.3 Antitrust Guidelines for licensing of Intellectual Property of the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 1995

6.1.4 Operaciones Internacionales

Antitrust Enforcement guidelines for International Operations of the US Department of Justice and Federal Trade Commission, April 1995

6.2 LINEAMIENTOS EUROPEOS

6.2.1 Restricciones Horizontales (Estructura de Mercado)

6.2.1.1 Commission Notice regarding restrictions ancillary to concentrations.

6.2.2.1 Council Regulation (EEC) No. 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentration between undertakings.

6.2.2 Joint Ventures

6.2.2.1 Commission Notice on the distinction between concentratrive and cooperative joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings

6.2.3 Patentes y Transferencia de Tecnología

6.2.3.1 Commission Regulation (EEC) No. 2349/84 of 23 July 1984 on the applications article 85(3) of the Treaty 1984 on the applications article 85 (3) of the Treaty por certain categories of patent licensing agreement

6.2.3.2 Commission Regulation (EC) No. 240/96 of 31 January 1996 on the application of article 85 (3) of the treaty to certain categories of technology transfer agreements

6.3 LINEAMIENTOS SOBRE TELECOMUNICACIONES

Draft Guidelines in the applications of the competition act in the telecommunications Sector-Consulation 1999 (OFTEL)

6.1. LINEAMIENTOS NORTEAMERICANOS

6.1.1. Restricciones Horizontales (Estructura de Mercado)

6.1.1.1. Horizontal Merger Guidelines: Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines, April 1992.

TABLE OF CONTENTS

0. PURPOSE, UNDERLYING POLICY ASSUMPTIONS, AND OVERVIEW
   0.1 Purpose and Underlying Policy Assumptions of the Guidelines
   0.2 Overview
1. MARKET DEFINITION, MEASUREMENT AND CONCENTRATION
   1.0 Overview
   1.1 Product Market Definition
   1.2 Geographic Market Definition
   1.3 Identification of Firms that Participate in the Relevant Market
   1.4 Calculating Market Shares
   1.5 Concentration and Market Shares
2. THE POTENTIAL ADVERSE COMPETITIVE EFFECTS OF MERGERS
   2.0 Overview
   2.1 Lessening of Competition Through Coordinated Interaction
   2.2 Lessening of Competition Through Unilateral Effects
3. ENTRY ANALYSIS
   3.0 Overview
   3.1 Entry Alternatives
   3.2 Timeliness of Entry
   3.3 Likelihood of Entry
   3.4 Sufficiency of Entry
4. EFFICIENCIES
5. FAILURE AND EXITING ASSETS
   5.0 Overview
   5.1 Failing Firm
   5.2 Failing Division

0. PURPOSE, UNDERLYING POLICY ASSUMPTIONS AND OVERVIEW

These Guidelines outline the present enforcement policy of the Department of Justice and the Federal Trade Commission (the «Agency») concerning horizontal acquisitions and mergers («mergers») subject to section 7 of the Clayton Act, to section 1 of the Sherman Act, or to section 5 of the FTC Act. They describe the analytical framework and specific standards normally used by the Agency in analyzing mergers. By stating its policy as simply and clearly as possible, the Agency hopes to reduce the uncertainty associated with enforcement of the antitrust laws in this area.

0.1 Purpose and Underlying Policy Assumptions of the Guidelines

The Guidelines are designed primarily to articulate the analytical framework the Agency applies in determining whether a merger is likely substantially to lessen competition, not to describe how the Agency will conduct the litigation of cases that it decides to bring. Although relevant in the latter context, the factors contemplated in the Guidelines neither dictate nor exhaust the range of evidence that the Agency must or may introduce in litigation. Consistent with their objective, the

Guidelines do not attempt to assign the burdenof proof, or the burden of coming forward with evidence, on any particular issue. Nor do the Guidelines attempt to adjust or reapportion burdens of proof or burdens of coming forward as those standards have been established by the courts. Instead, the Guidelines set forth a methodology for analyzing issues once the necessary facts are available. The necessary facts may be derived from the documents and statements of both the merging firms and other sources.

Throughout the Guidelines, the analysis is focused on whether consumers or producers «likely would» take certain actions, that is, whether the action is in the actor's economic interest. References to the profitability of certain actions focus on economic profits rather than accounting profits. Economic profits may be defined as the excess of revenues over costs where costs include the opportunity cost of invested capital.

Mergers are motivated by the prospect of financial gains. The possible sources of the financial gains from mergers are many, and the Guidelines do not attempt to identify all possible sources of gain in every merger. Instead, the Guidelines focus on the one potential source of gain that is of concern under the antitrust laws: market power.

The unifying theme of the Guidelines is that mergers should not be permitted to create or enhance market power or to facilitate its exercise. Market power to a seller is the ability profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time In some circumstances, a sole seller (a «monopolist») of a product with no good substitutes can maintain a selling price that is above the level that would prevail if the market were competitive. Similarly, in some circumstances, where only a few firms account for most of the sales of a product, those firms can exercise market power, perhaps even approximating the performance of a monopolist, by either explicitly or implicitly coordinating their actions. Circumstances also may permit a single firm, not a monopolist, to exercise market power through unilateral or non-coordinated conduct —conduct the success of which does not rely on the concurrence of other firms in the market or on coordinated responses by those firms. In any case, the result of the exercise of market power is a transfer of wealth from buyers to sellers or a misallocation of resources.

While challenging competitively harmful mergers, the Agency seeks to avoid unnecessary interference with the larger universe of mergers that are either competitively beneficial or neutral. In implementing this objective, however, the Guidelines reflect the congressional intent that merger enforcement should interdict competitive problems in their incipiency.

0.2 Overview

The Guidelines describe the analytical process that the Agency will employ in determining whether to challenge a horizontal merger. First, the Agency assesses whether the merger would significantly increase concentration and result in a concentrated market, properly defined and measured. Second,the Agency assesses whether the merger, in light of market concentration and other factors that characterize the market, raises concern about potential adverse competitive effects. Third, the Agency assesses whether entry would be timely, likely and sufficient either to deter or to counteract the competitive effects of concern. Fourth, the Agency assesses any efficiency gains that reasonably cannot be achieved by the parties through other means. Finally the Agency assesses whether, but for the merger, either party to the transaction would be likely to fail, causing its assets to exit the market. The process of assessing market concentration, potential adverse competitive effects, entry, efficiency and failure is a tool that allows the Agency to answer the ultimate inquiry in merger analysis: whether the merger is likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise.

1. MARKET DEFINITION, MEASUREMENT AND CONCENTRATION

1.0 Overview

A merger is unlikely to create or enhance market power or to facilitate its exercise unless it significantly increases concentration and results in a concentrated market, properly defined and measured. Mergers that either do not significantly increase concentration or do not result in a concentrated market ordinarily require no further analysis.The analytic process described in this section ensures that the Agency evaluates the likely competitive impact of a merger within the context of economically meaningful markets —i.e., markets that could be subject to the exercise of market power—. Accordingly, for each product or service (hereafter «product») of each merging firm, the Agency seeks to define a market in which firms could effectively exercise market power if they were able to coordinate their actions.

Market definition focuses solely on demand substitution factors —i.e., possible consumer responses—. Supply substitution factors —i.e., possible production responses— are considered elsewhere in the Guidelines in the identification of firms that participate in the relevant market and the analysis of entry. See Sections 1.3 and 3. A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a «small but significant and nontransitory» increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test. The «small but significant and non-transitory» increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases. Absent price discrimination, a relevant market is described by a product or group of products and a geographic area. In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products or switching to the same product produced by firms at other locations. The nature and magnitude of these two types of demand responses respectively determine the scope of the product market and the geographic market.

In contrast, where a hypothetical monopolist likely would discriminate in prices charged to different groups of buyers, distinguished, for example, by their uses or locations, the Agency may delineate different relevant markets corresponding to each such buyer group. Competition for sales to each such group may be affected differently by a particular merger and markets are delineated by evaluating the demand response of each such buyer group. A relevant market of this kind is described by a collection of products for sale to a given group of buyers.

Once defined, a relevant market must be measured in terms of its participants and concentration. Participants include firms currently producing or selling the market's products inthe market's geographic area. In addition, participants may include other firms depending on their likely supply responses to a «small but significant and nontransitory» price increase. A firm is viewed as a participant if, in response to a «small but significant and nontransitory» price increase, it likely would enter rapidly into production or sale of a market product in the market's area, without incurring significant sunk costs of entry and exit. Firms likely to make any of these supply responses are considered to be «uncommitted» entrants because their supply response would create new production or sale in the relevant market and because that production or sale could be quickly terminated without significant loss. Uncommitted entrants are capable of making such quick and uncommitted supply responses that they likely influenced the market premerger, would influence it post-merger, and accordingly are considered as market participants at both times. This analysis of market definition and market measurement applies equally to foreign and domestic firms.

1.1 Product Market Definition

The Agency will first define the relevant product market with respect to each of the products of each of the merging firms.

1.11 General Standards

Absent price discrimination, the Agency will delineate the product market to be a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products («monopolist») likely would impose at least a «small but significant and nontransitory» increase in price. That is, assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would prove to be too narrow.

Specifically, the Agency will begin with each product (narrowly defined) produced or sold by each merging firm and ask what would happen if a hypothetical monopolist of that product imposed at least a «small but significant and nontransitory» increase in price, but the terms of sale of all other products remained constant. If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product would be large enough that a hypothetical monopolist would not find it profitable to impose such an increase in price, then the Agency will add to the product group the product that is the next-best substitute for the merging firm's product.

The price increase question is then asked for a hypothetical monopolist controlling the expanded product group. In performing successive iterations of the price increase test, the hypothetical monopolist will be assumed to pursue maximum profits in deciding whether to raise the prices of any or all of the additional products under its control. This process will continue until a group of products is identified such that a hypothetical monopolist over that group of products would profitably impose at least a «small butsignificant and nontransitory» increase, including the price of a product of one of the merging firms. The Agency generally will consider the relevant product market to be the smallest group of products that satisfies this test.

In the above analysis, the Agency will use prevailing prices of the products of the merging firms and possible substitutes for such products, unless premerger circumstances are strongly suggestive of coordinated interaction, in which case the Agency will use a price more reflective of the competitive price. However, the Agency may use likely future prices, absent the merger, when changes in the prevailing prices can be predicted with reasonable reliability. Changes in price may be predicted on the basis of, for example, changes in regulation which affect price either directly or indirectly by affecting costs or demand.

In general, the price for which an increase will be postulated will be whatever is considered to be the price of the product at the stage of the industry being examined. In attempting to determine objectively the effect of a «small but significant and nontransitory» increase in price, the Agency, in most contexts, will use a price increase of five percent lasting for the foreseeable future. However, what constitutes a «small but significant and nontransitory» increase in price will depend on the nature of the industry, and the Agency at times may use a price increase that is larger or smaller than five percent.

1.12 Product Market Definition in the Presence of Price Discrimination

The analysis of product market definition to this point has assumed that price discrimination —charging different buyers different prices for the same product, for example— would not be profitable for a hypothetical monopolist. A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist.

Existing buyers sometimes will differ significantly in their likelihood of switching to other products in response to a «small but significant and nontransitory» price increase. If a hypothetical monopolist can identify and price differently to those buyers («targeted buyers») who would not defeat the targeted price increase by substituting to other products in response to a «small but significant and nontransitory» price increase for the relevant product, and if other buyers likely would not purchase the relevant product and resell to targeted buyers, then a hypothetical monopolist would profitably impose a discriminatory price increase on sales to targeted buyers. This is true regardless of whether a general increase in price would cause such significant substitution that the price increase would not be profitable. The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a «small but significant and nontransitory» increase in price.

1.2 Geographic Market Definition

For each product market in which both merging firms participate, the Agency will determine the geographic market or markets in which the firms produce or sell. A single firm may operate in a number of different geographic markets.

1.21 General Standards

Absent price discrimination, the Agency will delineate the geographic market to be a region such that a hypothetical monopolist that was the only present or future producer of the relevant product at locations in that region would profitably impose at least a «small but significant and nontransitory» increase in price, holding constant the terms of sale for all products produced elsewhere. That is, assuming that buyers likely would respond to a price increase on products produced within the tentatively identified region only by shifting to products produced at locations of production outside the region, what would happen? If those locations of production outside the region were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise price would result in a reduction in sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified geographic area would prove to be too narrow.

In defining the geographic market or markets affected by a merger, the Agency will begin with the location of each merging firm (or each plant of a multiplant firm) and ask what would happen if a hypothetical monopolist of the relevant product at that point imposed at least a «small but significant and nontransitory» increase in price, but the terms of sale atall other locations remained constant. If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product at that location would be large enough that a hypothetical monopolist producing or selling the relevant product at the merging firm's location would not find it profitable to impose such an increase in price, then the Agency will add the location from which production is the next-best substitute for production at the merging firm's location.

In considering the likely reaction of buyers to a price increase, the Agency will take into account all relevant evidence, including, but not limited to, the following:

- evidence that buyers have shifted or have considered shifting purchases between different geographic locations in response to relative changes in price or other competitive variables;

- evidence that sellers base business decisions on the prospect of buyer substitution between geographic locations in response to relative changes in price or other competitive variables;
- the influence of downstream competition faced by buyers in their output markets; and
- the timing and costs of switching suppliers.

The price increase question is then asked for a hypothetical monopolist controlling the expanded group of locations. In performing successive iterations of the price increase test, the hypothetical monopolist will be assumed to pursue maximum profits in deciding whether to raise the price at any or all of the additional locations under its control. This process will continue until a group of locations is identified such that a hypothetical monopolist over that group of locations would profitably impose at least a «small but significant and nontransitory» increase, including the price charged at a location of one of the merging firms.

The «smallest market» principle will be applied as it is in product market definition. The price for which an increase will be postulated, what constitutes a «small but significant and nontransitory» increase in price, and the substitution decisions of consumers all will be determined in the same way in which they are determined in product market definition.

1.22 Geographic Market Definition in the Presence of Price Discrimination

The analysis of geographic market definition to this point has assumed that geographic price discrimination —charging different prices net of transportation costs for the same product to buyers in different areas, for example— would not be profitable for a hypothetical monopolist. However, if a hypothetical monopolist can identify and price differently to buyers in certain areas («targeted buyers») who would not defeat the targeted price increase by substituting to more distant sellers in response to a «small but significant and nontransitory» price increase for the relevant product, and if other buyers likely would not purchase the relevant product and resell to targeted buyers, then a hypothetical monopolist would profitably impose a discriminatory price increase. This is true even where a general price increase would cause such significant substitution that the price increase would not be profitable. The Agency will consider additional geographic markets consisting of particular locations of buyers for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a «small but significant and nontransitory» increase in price.

1.3 Identification of Firms that Participate in the Relevant Market

1.31 Current Producers or Sellers

The Agency's identification of firms that participate in the relevant market begins with all firms that currently produce or sell in the relevant market. This includes vertically integrated firms to the extent that such inclusion accurately reflects their competitive significance in the relevant market prior to the merger. To the extent that the analysis under Section 1.1 indicates that used, reconditioned or recycled goods are included in the relevant market, market participants will include firms that produce or sell such goods and that likely would offer those goods in competition with other relevant products.

1.32 Firms That Participate Through Supply Response

In addition, the Agency will identify other firms not currently producing or selling the relevant product in the relevant area as participating in the relevant market if their inclusion would more accurately reflect probable supply responses. These firms are termed «uncommitted entrants». These supply responses must be likely to occur within one year and without the expenditure of significant

sunk costs of entry and exit, in response to a «small but significant andnontransitory» price increase. If a firm has the technological capability to achieve such an uncommitted supply response, but likely would not (e.g., because difficulties in achieving product acceptance, distribution, or production would render such a response unprofitable), that firm will not be considered to be a market participant. The competitive significance of supply responses that require more time or that require firms to incur significant sunk costs of entry and exit will be considered in entry analysis. See Section 3.

Sunk costs are the acquisition costs of tangible and intangible assets that cannot be recovered through the redeployment of these assets outside the relevant market, i.e., costs uniquely incurred to supply the relevant product and geographic market. Examples of sunk costs may include market-specific investments in production facilities, technologies, marketing (including product acceptance), research and development, regulatory approvals, and testing. A significant sunk cost is one which would not be recouped within one year of the commencement of the supply response, assuming a «small but significant and nontransitory» price increase in the relevant market. In this context, a «small but significant and nontransitory» price increase will be determined in the same way in which it is determined in product market definition, except the price increase will be assumed to last one year. In some instances, it may be difficult to calculate sunk costs with precision. Accordingly, when necessary, the Agency will make an overall assessment of the extent of sunk costs for firms likely to participate through supply responses.

These supply responses may give rise to new production of products in the relevant product market or new sources of supply in the relevant geographic market. Alternatively, where price discrimination is likely so that the relevant market is defined in terms of a targeted group of buyers, these supply responses serve to identify new sellers to the targeted buyers. Uncommitted supply responses may occur in several different ways: by the switching or extension of existing assets to production or sale in the relevant market; or by the construction or acquisition of assets that enable production or sale in the relevant market.

1.321 Production Substitution and Extension: The Switching or Extension of Existing Assets to Production or Sale in the Relevant Market

The productive and distributive assets of a firm sometimes can be used to produce and sell either the relevant products or products that buyers do not regard as good substitutes. Production substitution refers to the shift by a firm in the use of assets from producing and selling one product to producing and selling another. Production extension refers to the use of those assets, for example, existing brand names and reputation, both for their current production and for production of the relevant product. Depending upon the speed of that shift and the extent of sunk costs incurred in the shift or extension, the potential for production substitution or extension may necessitate treating as market participants firms that do not currently produce the relevant product.

1.322 Obtaining New Assets for Production or Sale of the Relevant Product

A firm may also be able to enter into production or sale in the relevant market within one year and without the expenditure of significant sunk costs of entry and exit, in response to a «small but significant and nontransitory» increase in price for only the relevant product, even if the firm is newly organized or is an existing firm without products or productive assets closely related to the relevant market. If new firms, or existing firms without closely related products or productive assets, likely would enter into production or sale in the relevant market within one year without the expenditure ofsignificant sunk costs of entry and exit, the Agency will treat those firms as market participants.

1.4 Calculating Market Shares

1.41 General Approach

The Agency normally will calculate market shares for all firms (or plants) identified as market participants in Section 1.3 based on the total sales or capacity currently devoted to the relevant market together with that which likely would be devoted to the relevant market in response to a «small but significant and nontransitory» price increase. Market shares can be expressed either in dollar terms through measurement of sales, shipments, or production, or in physical terms through measurement of sales, shipments, production, capacity, or reserves.

Market shares will be calculated using the best indicator of firms' future competitive significance. Dollar sales or shipments generally will be used if firms are distinguished primarily by differentiation of their products. Unit sales generally will be used if firms are distinguished primarily on the basis of their relative advantages in serving different buyers or groups of buyers. Physical capacity or reserves generally will be used if it is these measures that mosteffectively distinguish firms. Typically, annual data are used, but where individual sales are large and infrequent so that annual data may be unrepresentative, the Agency may measure market shares over a longer period of time.

In measuring a firm's market share, the Agency will not include its sales or capacity to the extent that the firm's capacity is committed or so profitably employed outside the relevant market that it would not be available to respond to an increase in price in the market.

1.42 Price Discrimination Markets

When markets are defined on the basis of price discrimination (Sections 1.12 and 1.22), the Agency will include only sales likely to be made into, or capacity likely to be used to supply, the relevant market in response to a «small but significant and nontransitory» price increase.

1.43 Special Factors Affecting Foreign Firms

Market shares will be assigned to foreign competitors in the same way in which they are assigned to domestic competitors. However, if exchange rates fluctuate significantly, so that comparable dollar calculations on an annual basis may be unrepresentative, the Agency may measure market shares over a period longer than one year.

If shipments from a particular country to the United States are subject to a quota, the market shares assigned to firms in that country will not exceed the amount of shipments by such firms allowed under the quota. In the case of restraints that limit imports to some percentage of the total amount of the product sold in the United States (i.e., percentage quotas), a domestic price increase that reduced domestic consumption also would reduce the volume of imports into the United States. Accordingly, actual import sales and capacity data will be reduced for purposes of calculating market shares. Finally, a single market share may be assigned to a country or group of countries if firms in that country or group of countries act in coordination.

1.5 Concentration and Market Shares

Market concentration is a function of the number of firms in a market and their respective market shares. As an aid to the interpretation of market data, the Agency will use the Herfindahl-Hirschman Index («HHI») of market concentration. The HHI is calculated by summing the squares of the individual market shares of all the participants. Unlike the four-firm concentration ratio, the HHI reflects both the distribution of the market shares of the top four firms and the composition

of the market outside the top four firms. It also gives proportionately greater weight to the market shares of the larger firms, in accord with their relative importance in competitive interactions.

The Agency divides the spectrum of market concentration as measured by the HHI into three regions that can be broadly characterized as unconcentrated (HHI below 1000), moderately concentrated (HHI between 1000 and 1800), and highly concentrated (HHI above 1800). Although the resulting regions provide a useful framework for merger analysis, the numerical divisions suggest greater precision than is possible with the available economic tools and information. Other things being equal, cases falling just above and just below a threshold present comparable competitive issues.

1.51 General Standards

In evaluating horizontal mergers, the Agency will consider both the post-merger market concentration and the increase in concentration resulting from the merger. Market concentration is a useful indicator of the likely potential competitive effect of a merger. The general standards for horizontal mergers are as follows:

- Post-Merger HHI Below 1000. The Agency regards markets in this region to be unconcentrated. Mergers resulting in unconcentrated markets are unlikely to have adverse competitive effects and ordinarily require no further analysis.

- Post-Merger HHI Between 1000 and 1800. The Agency regards markets in this region to be moderately concentrated. Mergers producing an increase in the HHI of less than 100 points in moderately concentrated markets post-merger are unlikely to have adverse competitive consequences and ordinarily require no further analysis. Mergers producing an increase in the HHI of more than 100 points in moderately concentrated markets post-merger potentially raise significant competitive concerns depending on the factors set forth in Sections 2-5 of the Guidelines.

- Post-Merger HHI Above 1800. The Agency regards markets in this region to be highly concentrated. Mergers producing an increase in the HHI of less than 50 points, even in highly concentrated markets post-merger, are unlikely to have adverse competitive consequences and ordinarily require no further analysis. Mergers producing an increase in the HHI of more than 50 points in highly concentrated markets post-merger potentially raise significant competitive concerns, depending on the factors set forth in Sections 2-5 of the Guidelines. Where the post-merger HHI exceeds 1800, it will be presumed that mergers producing an increase in the HHI of more than 100 points are likely to create or enhance market power orfacilitate its exercise. The presumption may be overcome by a showing that factors set forth in Sections 2-5 of the Guidelines make it unlikely that the merger will create or enhance market power or facilitate its exercise, in light of market concentration and market shares.

1.52 Factors Affecting the Significance of Market Shares and Concentration

The post-merger level of market concentration and the change in concentration resulting from a merger affect the degree to which a merger raises competitive concerns. However, in some situations, market share and market concentration data may either understate or overstate the likely future competitive significance of a firm or firms in the market or the impact of a merger. The following are examples of such situations.

1.521 Changing Market Conditions

Market concentration and market share data of necessity are based on historical evidence. However, recent or ongoing changes in the market may indicate that the current market share of a particular firm either understates or overstates the firm's future competitive significance. For example, if a new technology that is important to long-term competitive viabilityis available to other firms in the market, but is not available to a particular firm, the Agency may conclude that the historical market share of that firm overstates its future competitive significance. The Agency will consider reasonably predictable effects of recent or ongoing changes in market conditions in interpreting market concentration and market share data.

1.522 Degree of Difference Between the Products and Locations in the Market and Substitutes Outside the Market

All else equal, the magnitude of potential competitive harm from a merger is greater if a hypothetical monopolist would raise price within the relevant market by substantially more than a «small but significant and nontransitory» amount. This may occur when the demand substitutes outside the relevant market, as a group, are not close substitutes for the products and locations within the relevant market. There thus may be a wide gap in the chain of demand substitutes at the edge of the product and geographic market. Under such circumstances, more market power is at stake in the relevant market than in a market in which a hypothetical monopolist would raise price by exactly five percent.

2. THE POTENTIAL ADVERSE COMPETITIVE EFFECTS OF MERGERS

2.0 Overview

Other things being equal, market concentration affects the likelihood that one firm, or a small group of firms, could successfully exercise market power. The smaller the percentage of total supply that a firm controls, the more severely it must restrict its own output in order to produce a given price increase, and the less likely it is that an output restriction will be profitable. If collective action is necessary for the exercise of market power, as the number of firms necessary to control a given percentage of total supply decreases, the difficulties and costs of reaching and enforcing an understanding with respect to the control of that supply might be reduced. However, market share and concentration data provide only the starting point for analyzing the competitive impact of a merger. Before determining whether to challenge a merger, the Agency also will assess the other market factors that pertain to competitive effects, as well as entry, efficiencies and failure.

This section considers some of the potential adverse competitive effects of mergers and the factors in addition to market concentration relevant to each. Because an individual merger may threaten to harm competition through more than oneof these effects, mergers will be analyzed in terms of as many potential adverse competitive effects as are appropriate. Entry, efficiencies, and failure are treated in Sections 3-5.

2.1 Lessening of Competition Through Coordinated Interaction

A merger may diminish competition by enabling the firms selling in the relevant market more likely, more successfully, or more completely to engage in coordinated interaction that harms consumers. Coordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others. This behavior includes tacit or express collusion, and may or may not be lawful in and of itself.

Successful coordinated interaction entails reaching terms of coordination that are profitable to the firms involved and an ability to detect and punish deviations that would undermine the coordinated interaction. Detection and punishment of deviations ensure that coordinating firms will find it more profitable to adhere to the terms of coordination than to pursue short-term profits from deviating, given the costs of reprisal. In this phase of the analysis, the Agency will examine the extent to which post-merger market conditions are conducive to reaching terms of coordination, detecting deviations from those terms, and punishing such deviations. Depending upon the circumstances, the following market factors, among others, may be relevant: the availability of key information concerning market conditions, transactions and individual competitors; the extent of firm and product heterogeneity; pricing or marketing practices typically employed by firms in the market; the characteristics of buyers and sellers; and the characteristics of typical transactions.

Certain market conditions that are conducive to reaching terms of coordination also may be conducive to detecting or punishing deviations from those terms. For example, the extent of information available to firms in the market, or the extent of homogeneity, may be relevant to both the ability to reach terms of coordination and to detect or punish deviations from those terms. The extent to which any specific market condition will be relevant to one or more of the conditions necessary to coordinated interaction will depend on the circumstances of the particular case.

It is likely that market conditions are conducive to coordinated interaction when the firms in the market previously have engaged in express collusion and when the salient characteristics of the market have not changed appreciably since the most recent such incident. Previous express collusion in another geographic market will have the same weight when the salient characteristics of that other market atthe time of the collusion are comparable to those in the relevant market.

In analyzing the effect of a particular merger on coordinated interaction, the Agency is mindful of the difficulties of predicting likely future behavior based on the types of incomplete and sometimes contradictory information typically generated in merger investigations. Whether a merger is likely to diminish competition by enabling firms more likely, more successfully or more completely to engage in coordinated interaction depends on whether market conditions, on the whole, are conducive to reaching terms of coordination and detecting and punishing deviations from those terms.

2.11 Conditions Conducive to Reaching Terms of Coordination

Firms coordinating their interactions need not reach complex terms concerning the allocation of the market output across firms or the level of the market prices but may, instead, follow simple terms such as a common price, fixed price differentials, stable market shares, or customer or territorial restrictions. Terms of coordination need not perfectly achieve the monopoly outcome in order to be harmful to consumers. Instead, the terms of coordination may be imperfect and incomplete —inasmuch as they omit some market participants, omit some dimensions of competition, omit somecustomers, yield elevated prices short of monopoly levels, or lapse into episodic price wars— and still result in significant competitive harm. At some point, however, imperfections cause the profitability of abiding by the terms of coordination to decrease and, depending on their extent, may make coordinated interaction unlikely in the first instance.

Market conditions may be conducive to or hinder reaching terms of coordination. For example, reaching terms of coordination may be facilitated by product or firm homogeneity and by existing practices among firms, practices not necessarily themselves antitrust violations, such as standardization of pricing or product variables on which firms could compete. Key information about rival firms and the market may also facilitate reaching terms of coordination. Conversely, reaching terms of coordination may be limited or impeded by product heterogeneity or by firms having substantially incomplete information about the conditions and prospects of their rivals' businesses, perhaps because of important differences among their current business operations. In addition, reaching

terms of coordination may be limited or impeded by firm heterogeneity, for example, differences in vertical integration or the production of another product that tends to be used together with the relevant product.

2.12 Conditions Conducive to Detecting and Punishing Deviations

Where market conditions are conducive to timely detection and punishment of significant deviations, a firm will find it more profitable to abide by the terms of coordination than to deviate from them. Deviation from the terms of coordination will be deterred where the threat of punishment is credible. Credible punishment, however, may not need to be any more complex than temporary abandonment of the terms of coordination by other firms in the market.

Where detection and punishment likely would be rapid, incentives to deviate are diminished and coordination is likely to be successful. The detection and punishment of deviations may be facilitated by existing practices among firms, themselves not necessarily antitrust violations, and by the characteristics of typical transactions. For example, if key information about specific transactions or individual price or output levels is available routinely to competitors, it may be difficult for a firm to deviate secretly. If orders for the relevant product are frequent, regular and small relative to the total output of a firm in a market, it may be difficult for the firm to deviate in a substantial way without the knowledge of rivals and without the opportunity for rivals to react. If demand or cost fluctuations are relatively infrequent and small, deviations may be relatively easy to deter.

By contrast, where detection or punishment is likely to be slow, incentives to deviate are enhanced and coordinated interaction is unlikely to be successful. If demand or cost fluctuations are relatively frequent and large, deviations may be relatively difficult to distinguish from these other sources of market price fluctuations, and, in consequence, deviations may be relatively difficult to deter.

In certain circumstances, buyer characteristics and the nature of the procurement process may affect the incentives to deviate from terms of coordination. Buyer size alone is not the determining characteristic. Where large buyers likely would engage in long-term contracting, so that the sales covered by such contracts can be large relative to the total output of a firm in the market, firms may have the incentive to deviate. However, this only can be accomplished where the duration, volume and profitability of the business covered by such contracts are sufficiently large as to make deviation more profitable in the long term than honoring the terms of coordination, and buyers likely would switch suppliers.

In some circumstances, coordinated interaction can be effectively prevented or limited by maverick firms —firms that have a greater economic incentive to deviate from the terms of coordination than do most of their rivals (e.g., firms that are unusually disruptive and competitive influences in the-market). Consequently, acquisition of a maverick firm is one way in which a merger may make coordinated interaction more likely, more successful, or more complete. For example, in a market where capacity constraints are significant for many competitors, a firm is more likely to be a maverick the greater is its excess or divertable capacity in relation to its sales or its total capacity, and the lower are its direct and opportunity costs of expanding sales in the relevant market. This is so because a firm's incentive to deviate from price-elevating and output-limiting terms of coordination is greater the more the firm is able profitably to expand its output as a proportion of the sales it would obtain if it adhered to the terms of coordination and the smaller is the base of sales on which it enjoys elevated profits prior to the price cutting deviation. A firm also may be a maverick if it has an unusual ability secretly to expand its sales in relation to the sales it would obtain if it adhered to the terms of coordination. This ability might arise from opportunities to expand captive production for a downstream affiliate.

2.2 Lessening of Competition Through Unilateral Effects

A merger may diminish competition even if it does not lead to increased likelihood of successful coordinated interaction, because merging firms may find it profitable to alter their behavior unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output. Unilateral competitive effects can arise in a variety of different settings. In each setting, particular other factors describing the relevant market affect the likelihood of unilateral competitive effects. The settings differ by the primary characteristics that distinguish firms and shape the nature of their competition.

2.21 Firms Distinguished Primarily by Differentiated Products

In some markets the products are differentiated, so that products sold by different participants in the market are not perfect substitutes for one another. Moreover, different products in the market may vary in the degree of their substitutability for one another. In this setting, competition may be non-uniform (i.e., localized), so that individualsellers compete more directly with those rivals selling closer substitutes.

A merger between firms in a market for differentiated products may diminish competition by enabling the merged firm to profit by unilaterally raising the price of one or both products above the premerger level. Some of the sales loss due to the price rise merely will be diverted to the product of the merger partner and, depending on relative margins, capturing such sales loss through merger may make the price increase profitable even though it would not have been profitable premerger. Substantial unilateral price elevation in a market for differentiated products requires that there be a significant share of sales in the market accounted for by consumers who regard the products of the merging firms as their first and second choices, and that repositioning of the non-parties' product lines to replace the localized competition lost through the merger be unlikely. The price rise will be greater the closer substitutes are the products of the merging firms, i.e., the more the buyers of one product consider the other product to be their next choice.

2.211 Closeness of the Products of the Merging Firms

The market concentration measures articulated in Section 1 may help assess the extent of the likely competitive effect from a unilateral price elevation by the merged firm notwithstanding the fact that the affected products are differentiated. The market concentration measures provide a measure of this effect if each product's market share is reflective of not only its relative appeal as a first choice to consumers of the merging firms' products but also its relative appeal as a second choice, and hence as a competitive constraint to the first choice._ Where this circumstance holds, market concentration data fall outside the safeharbor regions of Section 1.5, and the merging firms have a combined market share of at least thirty-five percent, the Agency will presume that a significant share of sales in the market are accounted for by consumers who regard the products of the merging firms as their first and second choices.

Purchasers of one of the merging firms' products may be more or less likely to make the other their second choice than market shares alone would indicate. The market shares of the merging firms' products may understate the competitive effect of concern, when, for example, the products of the merging firms are relatively more similar in their various attributes to one another than to other products in the relevant market. On the other hand, the market shares alone may overstate the competitive effects of concern when, for example, the relevant products are less similar in their attributes to one another than to other products in the relevant market.

Where market concentration data fall outside the safeharbor regions of Section 1.5, the merging firms have a combined market share of at least thirty-five percent, and where data on product attributes and relative product appeal show that a significant share of purchasers of one merging

firm's product regard the other as their second choice, then market share data may be relied upon to demonstrate that there is a significant share of sales in the market accounted for by consumers who would be adversely affected by the merger.

2.212 Ability of Rival Sellers to Replace Lost Competition

A merger is not likely to lead to unilateral elevation of prices of differentiated products if, in response to such an effect, rival sellers likely would replace any localized competition lost through the merger by repositioning their product lines.

In markets where it is costly for buyers to evaluate product quality, buyers who consider purchasing from both merging parties may limit the total number of sellers they consider. If either of the merging firms would be replaced in such buyers' consideration by an equally competitive seller not formerly considered, then the merger is not likely to lead to a unilateral elevation of prices.

2.22 Firms Distinguished Primarily by Their Capacities

Where products are relatively undifferentiated and capacity primarily distinguishes firms and shapes the nature of their competition, the merged firm may find it profitable unilaterally to raise price and suppress output. The merger provides the merged firm a larger base of sales on which to enjoy the resulting price rise and also eliminates a competitor to which customers otherwise would have diverted their sales. Where the merging firms have a combined market share of at least thirty-five percent, merged firms may find it profitable to raise price and reduce joint output below the sum of their premerger outputs because the lost markups on the foregone sales may be outweighed by the resulting price increase on the merged base of sales.

This unilateral effect is unlikely unless a sufficiently large number of the merged firm's customers would not be able to find economical alternative sources of supply, i.e., competitors of the merged firm likely would not respond to the price increase and output reduction by the merged firm with increases in their own outputs sufficient in the aggregate to make the unilateral action of the merged firm unprofitable. Such non-party expansion is unlikely if those firms face binding capacity constraints that could not be economically relaxed within two years or if existing excess capacity issignificantly more costly to operate than capacity currently in use.

3. ENTRY ANALYSIS

3.0 Overview

A merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if entry into the market is so easy that market participants, after the merger, either collectively or unilaterally could not profitably maintain a price increase above premerger levels. Such entry likely will deter an anticompetitive merger in its incipiency, or deter or counteract the competitive effects of concern.

Entry is that easy if entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the competitive effects of concern. In markets where entry is that easy (i.e., where entry passes these tests of timeliness, likelihood, and sufficiency), the merger raises no antitrust concern and ordinarily requires no further analysis.

The committed entry treated in this Section is defined as new competition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit. The Agency employs a three step methodology to assess whether committed entry would deter or counteract a competitive effect of concern.

The first step assesses whether entry can achieve significant market impact within a timely period. If significant market impact would require a longer period, entry will not deter or counteract the competitive effect of concern.

The second step assesses whether committed entry would be a profitable and, hence, a likely response to a merger having competitive effects of concern. Firms considering entry that requires significant sunk costs must evaluate the profitability of the entry on the basis of long term participation in the market, because the underlying assets will be committed to the market until they are economically depreciated. Entry that is sufficient to counteract the competitive effects of concern will cause prices to fall to their premerger levels or lower. Thus, the profitability of such committed entry must be determined on the basis of premerger market prices over the long-term.

A merger having anticompetitive effects can attract committed entry, profitable at premerger prices, that would not have occurred premerger at these same prices. But following the merger, the reduction in industry output and increase in prices associated with the competitive effect of concern may allow the same entry to occur without driving market prices below premerger levels. After a merger that results in decreased output and increased prices, the likely sales opportunities available to entrants at premerger prices will be larger than they were premerger, larger by the output reduction caused by the merger. If entry could be profitable at premerger prices without exceeding the likely sales opportunities —opportunities that include pre-existing pertinent factors as well as the merger-induced output reduction— then such entry is likely in response to the merger.

The third step assesses whether timely and likely entry would be sufficient to return market prices to their premerger levels. This end may be accomplished either through multiple entry or individual entry at a sufficient scale. Entry may not be sufficient, even though timely and likely, where the constraints on availability of essential assets, due to incumbent control, make it impossible for entry profitably to achieve the necessary level of sales. Also, the character and scope of entrants' products might not be fully responsive tothe localized sales opportunities created by the removal of direct competition among sellers of differentiated products. In assessing whether entry will be timely, likely, and sufficient, the Agency recognizes that precise and detailed information may be difficult or impossible to obtain. In such instances, the Agency will rely on all available evidence bearing on whether entry will satisfy the conditions of timeliness, likelihood, and sufficiency.

3.1 Entry Alternatives

The Agency will examine the timeliness, likelihood, and sufficiency of the means of entry (entry alternatives) a potential entrant might practically employ, without attempting to identify who might be potential entrants. An entry alternative is defined by the actions the firm must take in order to produce and sell in the market. All phases of the entry effort will be considered, including, where relevant, planning, design, and management; permitting, licensing, and other approvals; construction, debugging, and operation of production facilities; and promotion (including necessary introductory discounts), marketing, distribution, and satisfaction of customer testing and qualification requirements. Recent examples of entry, whether successful or unsuccessful, may provide a useful starting point for identifying the necessary actions, time requirements, and characteristics of possible entry alternatives.

3.2 Timeliness of Entry

In order to deter or counteract the competitive effects of concern, entrants quickly must achieve a significant impact on price in the relevant market. The Agency generally will consider timely only those committed entry alternatives that can be achieved within two years from initial planning to significant market impact. Where the relevant product is a durable good, consumers, in response to a significant commitment to entry, may defer purchases by making additional investments to extend

the useful life of previously purchased goods and in this way deter or counteract for a time the competitive effects of concern. In these circumstances, if entry only can occur outside of the two year period, the Agency will consider entry to be timely so long as it would deter or counteract the competitive effects of concern within the two year period and subsequently.

3.3 Likelihood of Entry

An entry alternative is likely if it would be profitable at premerger prices, and if such prices could be secured by the entrant. The committed entrant will be unable to secure prices at premerger levels if its output is too large for the market to absorb without depressing prices further. Thus, entry is unlikely if the minimum viable scale is larger than the likely sales opportunity available to entrants.

Minimum viable scale is the smallest average annual level of sales that the committed entrant must persistently achieve for profitability at premerger prices. Minimum viable scale is a function of expected revenues, based upon premerger prices, and all categories of costs associated with the entry alternative, including an appropriate rate of return on invested capital given that entry could fail and sunk costs, if any, will be lost.

Sources of sales opportunities available to entrants include: (a) the output reduction associated with the competitive effect of concern, (b) entrants' ability to capture a share of reasonably expected growth in market demand, (c) entrants' ability securely to divert sales from incumbents, for example, through vertical integration or through forward contracting, and (d) any additional anticipated contraction in incumbents' output in response to entry. Factors that reduce the sales opportunities available to entrants include: (a) the prospect that an entrant will share in a reasonably expected decline in market demand, (b) the exclusion of an entrant from a portion of the market over the long term because of vertical integration or forward contracting by incumbents, and (c) any anticipated sales expansion by incumbents in reaction to entry, either generalized or targeted at customers approached by the entrant, that utilizes prior irreversible investments in excess production capacity. Demand growth or decline will be viewed as relevant only if total market demand is projected to experience long-lasting change during at least the two year period following the competitive effect of concern.

3.4 Sufficiency of Entry

Inasmuch as multiple entry generally is possible and individual entrants may flexibly choose their scale, committed entry generally will be sufficient to deter or counteract the competitive effects of concern whenever entry is likely under the analysis of Section 3.3. However, entry, although likely, will not be sufficient if, as a result of incumbent control, the tangible and intangible assets required for entry are not adequately available for entrants to respond fully to their sales opportunities. In addition, where the competitive effect of concern is not uniform across the relevant market, in order for entry to be sufficient, the character and scope ofentrants' products must be responsive to the localized sales opportunities that include the output reduction associated with the competitive effect of concern. For example, where the concern is unilateral price elevation as a result of a merger between producers of differentiated products, entry, in order to be sufficient, must involve a product so close to the products of the merging firms that the merged firm will be unable to internalize enough of the sales loss due to the price rise, rendering the price increase unprofitable.

4. EFFICIENCIES

The primary benefit of mergers to the economy is their efficiency-enhancing potential, which can increase the competitiveness of firms and result in lower prices to consumers. Because the antitrust laws, and thus the standards of the Guidelines, are designed to proscribe only mergers that present a

significant danger to competition, they do not present an obstacle to most mergers. As a consequence, in the majority of cases, the Guidelines will allow firms to achieve available efficiencies through mergers without interference from the Agency.

Some mergers that the Agency otherwise might challenge may be reasonably necessary to achieve significant net efficiencies. Cognizable efficiencies include, but are notlimited to, achieving economies of scale, better integration of production facilities, plant specialization, lower transportation costs, and similar efficiencies relating to specific manufacturing, servicing, or distribution operations of the merging firms. The Agency may also consider claimed efficiencies resulting from reductions in general selling, administrative, and overhead expenses, or that otherwise do not relate to specific manufacturing, servicing, or distribution operations of the merging firms, although, as a practical matter, these types of efficiencies may be difficult to demonstrate. In addition, the Agency will reject claims of efficiencies if equivalent or comparable savings can reasonably be achieved by the parties through other means. The expected net efficiencies must be greater the more significant are the competitive risks identified in Sections 1-3.

5. FAILURE AND EXITING ASSETS

5.0 Overview

Notwithstanding the analysis of Sections l-4 of the Guidelines, a merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if imminent failure, as defined below, of one of the merging firms would cause the assets of that firm to exit the relevant market. In such circumstances, post-merger performance in the relevant marketmay be no worse than market performance had the merger been blocked and the assets left the market.

5.1 Failing Firm

A merger is not likely to create or enhance market power or facilitate its exercise if the following circumstances are met: l) the allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future; 2) it would not be able to reorganize successfully under Chapter ll of the Bankruptcy Act; 3) it has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and 4) absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market.

5.2 Failing Division

A similar argument can be made for «failing» divisions as for failing firms. First, upon applying appropriate cost allocation rules, the division must have a negative cash flow on an operating basis. Second, absent the acquisition, it must be that the assets of the division would exit the relevant market in the near future if not sold. Due to the ability of the parent firm to allocate costs, revenues, and intracompany transactions among itself and its subsidiaries and divisions, the Agency will require evidence, not based solely on management plans that could be prepared solely for the purpose of demonstrating negative cash flow or the prospect of exit from the relevant market. Third, the owner of the failing division also must have complied with the competitively-preferable purchaser requirement of Section 5.1.

6.1.1.2. National Association of Attorneys General Horizontal Merger Guidelines, March 1987, Amended 1993

Comparison of NAAG and Federal Horizontal Merger Guidelines

On March 30, 1993, the National Association of Attorneys General («NAAG») adopted revised Horizontal Merger Guidelines. These guidelines are intended to reflect the merger enforcement policy of the fifty-five state and territorial attorneys general, who may sue to enforce federal merger law and its state analogues. The guidelines represent the NAAG's attempt not only to harmonize state approaches but also to bring the states' approach in line with the federal approach.

Accordingly, the 1993 NAAG Guidelines are similar to the 1992 Federal Guidelines. The principal differences are that the NAAG Guidelines are more law-based than the Federal Guidelines; they more readily credit Congress' linkage of high concentration with lessened competition and therefore are more liberal in drawing presumptions of illegality regarding mergers that produce concentrated markets. Also, they are more reliant upon existing market conditions than hypothesized changes. These differences reveal themselves in market definition as well as competitive-effect analysis. Under the NAAG Guidelines, markets are «snapshot» markets rather than areas into which competition will flow if a hypothetical monopolist attempts a 5% price rise. Nonetheless, for purposes of harmony, the NAAG Guidelines accept, as an alternative, market analysis in accordance with the Federal Guidelines if such analysis is based on sufficient reliable evidence.

In considering competitive effects, the NAAG Guidelines trigger a rebuttable presumption of created or enhanced market power at an earlier stage than do the Federal Guidelines. Moreover, the NAAG Guidelines raise a presumption of created or enhanced market power in cases in which a leading firm with a share of at least 35% acquires a firm with a share of l% or more, or a firm with at least 20% acquires a new, innovative firm.

The NAAG Guidelines do not adopt the full competitive analysis of the Federal Guidelines but, rather, consider only four factors in addition to concentration: (1) ease of entry, (2) history of collusion, (3) efficiency, and (4) power of buyers. The first two factors correspond to the Federal Guidelines. The NAAG Guidelines give less credence to efficiencies than do the Federal Guidelines; the proponent must demonstrate significant efficiencies by clear and convincing evidence, and must also demonstrate that consumer prices will not increase despite increases in market power. The NAAG Guidelines recognize powerful and sophisticated buyers as forces that can block collusion, but the scope of this recognition is tightly limited. The Federal Guidelines do not mention power buyers, but evidence regarding them is clearly relevant under more generalized indicia.

As for failing firms, the NAAG Guidelines apply the Supreme Court case law, which is more generous to the failing firm defense than are the Federal Guidelines.

The executive summary at the conclusion of the NAAC Guidelines (reprinted below) contains a detailed statement of the differences between them and the Federal Guidelines. Individuals shepherding mergers through state as wefl as federal investip-ation should consult this surmmary, along with the federal guidelines, which are reprinted in Appendix 8H.

HORIZONTAL MERGER GUIDELINES OF THE NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL

1. Purpose and Scope of the Guidelines

The guidelines explain the general enforcement policy of the state and territorial attorneys general («the Attoneys General») who comprase the National Association of Attomeys General («NAAG»), concerning horizontal acquisitions and merger (collectively «mergers») subject to Section 7 of the Claylon Act Sections 1 and 2 of the Sherman Act and analogous provisions of the antitrust laws of those states which have enacted them.

The state attomey general is the primary or exclusiva public enforcer of the antitrust law in most states. The Attorneys General aiso represent their states and the natural person citizens of their StateS in federal antitrust litigation.

These guidelines embody the general enforcement policy of the Attorneys General. Individual attorneys general may vary or Attomey eneral policy in recognition of variations in supplement this general policy in recognition of variations in precedents among the federal circuits and differents in state antitrust laws and in the execise of their individual prosecutorial discretion

These guidelines serve three principal purposes. First, they provide a uniform framework for the states to evaluate tbe facts of a particular horizontal merger and the dynamic condilions of an industry. Second, they inform businesses of the substantiva standards used by the Attomeys General to review. and when appropriate, challenge specific mergers. They help businesses to assess the legality of potencial transactions and therefore are useful as a business planning tool. Third, the guidelines are designed primarily to articulase the analytical framework the states apply in determining whether a merger ís likely substantially to lessen competition, not to describe how the states will conduct litigation. As such, the Guidelines put forward a framework for -the analysis of horizontal mergers which relies upon an accurate characterization of relevant markets and whích is grounded in and consistent with the purposes and meaning of Section 7 of the Clayton Act, as amended by the Celler-Kefauver Act of 1950 («Section 7»), and as reflected in its legislative history and interpretation by the United States Supreme Court.

The organizaron principle of the guidelines is the application of facts conceming the marketplace and widely accepted economic theory to these authonty sources of the law's meaning.

2. Policies Underlying These Guidelines

The federal antitrust law provisions relevant to horizontal mergers, most specifically Section 7 and analogous state law provisions,r- have one primary and severas subsidiary purposes. central purpose of the law is to prevent firms from attaining either market or monopoly power, because firms possessing such power can raise prices to consumers above competive levels, thereby effecting a transfer of wealth from consumers to such firms.

Congress determined that highly concentrated industrias were characterized by and conducive to the exercise of market power and prohibited mergers which may substantially lessen coiupetition. Such mergers were prohibited even prior to the parties actual attainment or exercise of market power, that is, when the trend to harmful concentration was incipient.

These guidelines deal only with these competitive consequences of horizonw mergers, and challenges wül be instituted only against mergers that may lead to detrimental economic effects. Mergers may also have other consequences that are relevant to the social and political goals of Section 7. For example, mergers may affect the opportunities for small and regional business to survive and compete. Although such consequences are beyond the scope of these guidelines, they may affect the

Attorneys General's ulümate exercise of prosecutorial discretion and may help the states decide which of the possible challenges that are jusüfied on economic grounds should be instituted.

Goals such as productiva and auocative efficiency are generauy consistent with, though subsidiary to, the central goal of preventing wealth transfers from consumers to fims possessing market power. When the productive efficiency of a firm increases (its cost of production is lowered), a firm in a highly competitive industry may pass on some of the savings to consumers in the form of lower prices. However, to the extent that a merger increases market power, there is less likelihood that any productiva efficiencies would be passed along to consumers.

To the extent that Congress was concerned with productiva efficiency in enacting these laws, it prescribes the prevention of high levels of market concentration as the means to this end.9 Furthermore, the Supreme Court has clearly ruled that any confflct between the goal of preventing anticompetitive mergers and that of increasing efflciency must be resolved in favor of the former explicit and predominant concem for Congress.

Although Congress was apparently unaware of allocative efficiency when it enacted Section 7 and the other antitrust laws, preserving allocative efficiency is generally consideres in additional benefit realized by the prevention of market power, because of restridig output has the concomitant effect of raising the act prices to consumers.

2.1 The Economic Effects of Mergers

Mergers may have negative or positive competitive consequences. The following is a summary description of the most common competitive effects of mergers relevant to enforcement of Section 7.

2.11 Acquisition of Market Power and Wealth Transfers

When two firms, neither possessing market power, cease competing and merge, the inevitable consequence is the elimination of the competition between them. More significantly, however, the merger entity may now possess market power, an anticompetitive outcome.

A merger may also increase the concentration level in an industry to a point at which the remaining firms can effectively engage in active collusion or implicltly coordinase thelr actions and thus couectively exercise market power.

When a firm or firms exercise market power by profitably maintaining prices above competitive levels for a significant period of time, a transfer of wealth from consumers to those firms occurs. This transfer of wealth is the major evil sought to be addressed by Section 7.

The wealth transfer orientation of Section 7 is the same as that of the Sherman Act. The major difference between the two provisions, and reason for the enactment of Section 7, is the «incipiency» standard of Section 7, which permits antitrust intervention at a point when the anticompetitive consequences of a merger are not manifest but are likely to occur absent intervention. The Celler-Kefauver amendments retained and strengthened the «incipiency» standard by extending ti., coverage of the law to acquisitions of assets. In Section 4 of these guidelines the Attomeys General specifically attempt to give expression to the statutory concem of «incipiency».

2.12 Productive Efficiency

A merger may increase or decrease the costs of the parties to the merger and thus increase or decrease productiva effiiciency. A merger which increases productiva effiiciency and does not produce a firm or firms capable of exercising market power should lower prices paid by consumers. An

inefficient merger in an unconcentrated industry is generally of no competitive concern. The efficiency effects of mergers are easy to speculate about but hard to accurately predict. There is much disagreement among economists as to whether mergered firms usual perform well and whether, on average, mergers have been shown to produce significant efflciencies. However, most efficiencies and those most quantitatively significant will be realized in mergers involving small firms. Such mergers do not raise any concern under the enforcement standards adopted in Section 4 of these guidelines. Furthermore, the concentration thresholds adopted in Section 4 are usually sufficient to enable firms to obtain the most significant eff'lciencies likely to result from growth through merger as opposed to growth through intemal expansion.

2.13 Allocative Efficiency

A merger which facilitates the exercise of market power results in a decrease in allocative efficiency. When firms with market power restrict their output, the total wealth of society diminishes. This effect is universally condemned by economists, and its prevention, while not a concern of the Congress which enacted Section 7, is a goal consistent with the purposes of the antitrust.

2.14 Raising Rivals' Costs

In certain circumstances, a merger may raise the costs of the competitors of the parties to the merger. For example, a merger could increase the power of a firm to affect the price that rivals must pay for inputs or the conditions under which they must operate, in a manner that creases a relative disadvantage for the rivals. If the market structure is such that these increased costs can be passed on to consumers, then the prevention of this effect is consistent with the goals of the antitrust laws. Preventing such effect will also prevent a decrease in allocative and productive efficiency.

3. Market Definition

These guidelines are concerned with horizontal mergers, that is, mergers involving firms that are actual or potential competitors in the same product and geographic markets. The primer analytical tool utilized in these guidelines is the measurement of concentration in a particular market and increase in that market resulting from a merger. The market shares used to compute these concentration factors will depend upon the market definition adopted. The reasonable delineation of these market boundaries is critical to realizing the objectives of the guidelines and the antitrust laws. If the market boundaries chosen are seriously distorted in relation to the actual workings of the marketplace, an enforcement error is likely. An overly restricted product or geographic market definition may trigger antittrust intervention when the merger would not significantly harm competition or in other circumstances result in the failure to challenge an anticompetitive merger. An overly expansive market definition, on the other hand, may result in the failure to challenge an anticompetitive merger with serious anticompetitive consequences. Markets should be defined from the perspective of those interests Section 7 was primarily enacted to protect, i.e., the classes of consumers (or suppliers) who may be adversely affected by an anticompetitive merger. The Attorneys General will utilize historical data to identify these classes of consumers («the protected interest group»), their sources of supply, suitable substitutes for the product and alternative sources of the product and its substitutes. The market thus defined will be presumed correct unless rebutted by empirical evidence that supply responses within a reasonable period of time will render unprofitable an attempted exercise of market power.

The following sections detail how these general principles will be applied to define product and geographic markets and to calculate the market shares of firms determined to be within the relevant market.

3.1 Product Market Definition

The Attorneys General will determine the customers who purchase the products or services («products») of the merging firms. Each product produced in common by the merging parties will constitute a provisional product market. However, if a market is incorrectly defined too narrowly, the merger may appear to be not horizontal when there may be a horizontal anticompetitive effect in a broader market. In short, the provisional product market will be expanded to include suitable substitutes for the product which are comparably priced. A comparably priced substitute will be deemed suitable and thereby expand the product market definition if, and only if, considered suitable by customers accounting for seventy-five percent of the purchases.

Actual substitution by customers in the past will presumptively establish that a product is considered a suitable substitute for the provisionally defined product. However, other evidence offered by the parties probative of the assertion that customers deem a product to be a suitable substitute will also be considered.

3.11 Consumers Who May Be Vulnerable to Price Discrimination

Notwithstanding the determination in Section 3.1 that a product is a suitable substitute for the provisional product pursuant to application of the seventy-five percent rule, there may be small, but significant, groups of consumers who cannot substitute or can do so only with great difficulty. These consumers may be subject to price discrimination and thus may be particularly adversely affected by a merger. In addition, some markets may contain differentiated products which are not perfect substitutes for one another but are not sufficiently differentiated to warrant separate markets. If the products of the merging firms are closer substitutes, i.e., the more the buyers of one product consider the other product to be their next choice, the consumers of these products may be more subject to an exercise of market power. Similarly, the existence of distinct prices, unique production facilities, a product's peculiar characteristics and uses, distinct customers, and specialized vendors may support the definition of narrower product markets.

Evidence of the commercial reality of such a market includes price discrimination, inelasticity of demand and industry or public recognition of a distinct market.

3.2 Geographic Market Definition

Utilizing the product market(s) defined in Section 3. 1, the Attorneys General will define the relevant geographic market. First, the Attorneys General will determine the sources and locations where the customers of the merging parties readily turn for their supply of the relevant product. These will include the merging parties and other sources of supply. To this group of suppliers and their locations will be added suppliers or buyers closely proximate to the customers of the merging parties. In determining those suppliers to whom the protected interest group readily turn for supply of the relevant product, the Attorneys General will include all sources of supply within the past two years still present in the market.

Utilizing the locations from which supplies of the relevant product are obtained by members of the protected interest group, the geographic market will be defined as the area encompassing the production locations from which this group purchases seventy-five percent of their supplies of the relevant product.

The product and geographic markets as defined above will be utilized in calculating market shares and levels unless additional sources of supply are recognized by application of the procedures specified in Section 3.3.

3.21 Geographic Markets Subject to Price Discrimination

The Attorneys General may define additional narrower geographic markets when there is strong evidence that sellers are able to discriminate among buyers in separate locations within the geographic market(s) defined in Section 3.2. The Attorneys General will evaluate evidence concerning discrimination on price, terms of credit and delivery, and priority of shipment.

3.3 Principles for Recognizing Potential Competition

Where there is relevant empirical evidence of profitable supply and demand responses which will be likely to occur within one year of any attempted exercise of market power, the Attorneys General will calculate market shares and concentrations levels, incorporating both sources of potential supply and the firms identified as being in the market definition outlined in sections 3.1 and 3.11.

General will calculase inarket share ply and the firms incorporating both sources of Potential suP

The Attorneys General will evaluate empirical evidence of the following sources of potential competition:

(1) That current suppliers of the product will produce additional supplies for the relevant market by utilizing excess capacity;

(2) That new sources of the product will be readily available from firms outside the geographic market with excess capacity.

3.31 Expansion of output

The Attorneys General will identify current suppliers of the product that will expand their output by utilization of excess capacity within one year of any attempted exercise of market power. Proof of probable utilization of excess capacity addresses the issues of: (i) The cost of bringing the excess capacity on line; (ii) the amount of excess capacity; (iii) prior history of supplying this market or present intention to do so; and (iv) how much prices would have to rise to likely induce this supply response.

3.32 New Sources of Additional Supply

The Attorneys General will identify firms not currently supplying the product in the geographic market but which will expand their output by utilization of excess capacity within one year of any attempt to exercise market power. Proof of probable utilization of excess capacity addresses the issues of: (i) The cost of bringing the excess capacity on line; (ii) the amount of excess capacity; (iii) prior history of supplying this market or present intention to do so; and (iv) how much prices would have to rise to likely induce this supply response.

3.4 Calculating Market Shares

Using the product and geographic markets defined in Sections 3.1 and 3.2, the firms supplying the market and any additional sources of supply recognized under Section 3.3, the shares of all firms determined to be in the market will be calculated.

The market shares of firms presently supplying the market shall be bases upon actual data from the relevant market. If there has been a demonstration of a probable supply responses defined in Section 3.3, the market shares of firms already selling in the market will be adjusted to account for the proven probable supply response. Similarly, market shares will be assigned to firms not currently supplying the market who have been shown to be likely to expand output to provide additional

sources of supply as discussed in Section 3.31 and 3.32. The assigned market shares of such firms will be based upon the amount of the product these firms would supply. The Attorneys General will utilize dollar sales, unit sales, capacity measures or other appropriate sales measurements to quantify actual market activity.

3.41 Foreign Firms

Foreign firms presently supplying the relevant market wLl' be assigned market shares in the same manner as domestic firms, according to their actual current sales in the relevant market. Foreign firms and their productive capacity are inherently a less reliable check on market power by domestic firms because foreign firms face a variety of barriers to continuing sales or increasing their sales. These barriers include import quotas, voluntary quantitative restrictions, tariffs, and fluctuations in exchange rates. When such barriers exist, market share based upon historical sales data will be reduced appropriately.

A single market share will be assigned to the firms of any foreign country or group of countries which in fact coordinate their sales

3-A Alternative Method for Defining Markets Utilizing the Methodology of the United States Department of Justice/Federal Trade Commission Merger Guidelines

Any party presenting a position concerning the likely competitive consequences of a merger to one or more Attorneys General may present its position and analysis using the market definition principles and methodology set forth in the Merger Guidelines of the United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, released on April 2, 1992 (DOJ/FTC Guidelines), 62 Antitrust & Trade Reg. Rep. Special Supp. (April 2, 1992). This method will only be considered where, in the, opinion of the state Attorney General, sufficient evidence is available to implement the methodology workably and without speculation. In most situations, both the NAAG and DOJ/FIC market definition methodologies will produce different results, the Attorneys General will rely on the test that appears most accurately to reflect the market and is based on the most reliable evidence.

There are two purposes for permitting such altemative method for defining markets. First, many of the mergers which the for defining m analyze using these guidelines will also Attorneys General may analize using these guidelines will also be subject to scrutiny by either the Antitrust Division of the United States Department of Justice or the Federal Trade Commission. Parties may desire to present positions concerning the likely competitive consequences of a particular transaction to both the federal and state antitrust enforcement agencies. Such parties will benefit from the ability to utilize a single market definition methodology in presenting their position concerning a particular transaction. Second, the Attorneys General seek to facilitate the joint or coordinated analysis of mergers by state and federal enforcement agencies.

Consistent with these principles, The Attorneys General may utilize the market definition methodology set forth in the DOJ/FTC Guidelines asa an additional alternative method in analyzing the anticompetitive consequences of particular transactions.

4. Measurement of Concentration

The primary tool utilized by the Attorneys General to determine whether a specific horizontal merger is likely to substantially harm competition in a measurement of the level of concentration in each market defined in Section 3 or 3A. Concentration is a measurement of the number of firms in a market and their market shares. The guidelines employ the Herfindahl-Hirschman Index («HHI») to calculate the level of concentration in an industry before and after a merger an, therefore, the increase in concentration which would result from the merger.

Unlike the traditional four firm concentration ratio («CR4») which was formerly used by enforcement agencies and courts to measure market concentration, the HHI reflects both the distribution of the market shares of all the leading firms in the market and the composition of the market beyond the leading firms.29

The predominant concern of the Congress in enacting Section 7 was the prevention of high levels of industrial concentration because ¡t believed that such structure was likely to produce anticompetitive consequences. Foremost among these expected anticompetitive effects of high concentration is the exercise of market power by one or more firms. The HHI levels, which trigger presumptions that mergers are likely to create or enhance market power, should be set at the concentration levels likely to predict a substantial lessening of competition.

Furthermore, an important component of the scholarly economic inquiry into the competitive consequences of mergers has been the correlation of concentration levels with various indicia of competitive effects of mergers based upon factors other than market concentrations are valuable adjuncts to market concentration analysis. The most important of the supplemental inquiries concerns «case of entry» into the markets affected by the merger.

The Attorneys General divide the spectrum of market concentrations into the same three numerical regions utilized by the United States Department of Justice. They are characterized in these guidelines as «unconcentrated» (HHI below 1000) «'moderately concentrated» (HHI between 1000 and 1800) and «highly concentrated» (HHI above 1800).

4.1 General Standards

The Attorneys General will calculate the post-merger concentration level in the market and the increase in concentration caused by the merger.

While it may be justifiable to challenge any merger above the threshold of market concentration where successful tacit or express collusion and interdependent behavior are significantly facilitated (HHI 1000) the Attorneys General are unlikely to challenge mergers which do not significantly increase concentration. This policy recognizes Section 7's prohibition of mergers whose effect «may be substantially to lessen competition». When the threshold of very high concentration is exceeded (HHI 1800), the likelihood of anticompetitive effects is greatly increased and the increase in concentration likely to substantially lessen competition is concomitantly reduced. The concentration increases which trigger presumptions that mergers are likely to create or enhance market power have been adopted in reasonable, accommodation of both the «substantiality» requirement of Section 7 and the need objectively to factor in the dynamic conditions in an industry.

4.2 Post-Merger HHI Between 1000 and 1800

A merger that increases the HHI by more than 100 to a level in excess of 1 000 crates a presumption that the merger will result in significant anticompetitive effects. This presumption may be overcome if the merging parties are able to demonstrate, upon consideration of all of the other factors contained in these guidelines, that the merger is not likely significantly to lessen competition. The greater the HHI increase and level. the less likely that these factors will overcome this presumption.

4.3 Post-Merger HHI Above 1800

A merger that increases the HHI by more than fifty to a level in excess of 1800 creates a presumption that the merger will result in significant anticompetitive effects. This presumption may be overcome if the merging parties are able to demonstrate, upon consideration of all of the other factors contained in these guidelines, that the merger is not likely significantly to lessen competition. The greater the HHI increase and level, the less likely that these factors will overcome this presumption.

4A Mergers Involving the Leading Firm or a New, Innovative Firm in a Market

The merger of a dominant firm with a small firm in the market may create or increase the market power of the dominant firm yet increase the HHI by an amount less than the levels set forth in Sections 4.2 and 4.3. Similarly, the merger of a new, innovative firm with an existing significant competitor in the market may substantially reduce competition yet increase the HHI by an amount less than the levels set forth in Sections 4.2 and 4.3. Therefore, mergers presumptively create or enhance market power if the proposed merger involves either a leading firm with a market share of at Leas thirty-five percent and a firm with a market share of one percent or more, or a firm with a market share of twenty percent or more and a new, innovative firm in a market or attempting to enter a market that is moderately or highly concentrated, unless assessment of the factors discussed in Sections 5.1 and/or 5.3 clearly compels the conclusion that the merger is not likely substantially to lessen competition.

5. Additional Factors That May Be Considered in Determining Whether to Challenge a Merger

There are additional factors aside from market share and market concentration that may make a merger more or less likely substantially to lessen competition. While the assessment of these factors would increase the flexibility of these guidelines, overemphasis on these other factors, given the current state of economic knowledge, would significantly vitiate the predictability and the consistency of enforcement under the guidelines and would greatly reduce their value as a planning and risk assessment tool for the business community.

The present state of economic theory, especially where there is an absence of supporting empirical work, is generally insufficient to overcome the usual presumption that increases in market concentration will increase the likelihood and degree to which industry performance is adversely affected. Increased concentration may allow the industry's constituent firms to coordinate pricing in a variety of ways, to neutralize the potential benefits of increased efficiency through output reduction and to forestall entry.

For example, many theories have been offered regarding the extent to which a particular factor may tend to increase or decrease the likelihood of collusion. In an actual merger analysis, however, a relevant market is likely to be characterized by several of these factors pointing in opposite directions, and economics offers little guidance on how the individual factors, should be judged in combination. Even the significance of isolated factors remains in doubt. Many states have discovered bid rigging among highway contractors, for example, when the characteristics of the industry might lead some to predict theoretically that collusion would be extremely difficult, if not impossible.

Because of this, the merging parties will bear a heavy burden of showing that the normal presumption of anticompetitive effect should not be applied in a particular case. This heavy burden will increase further with higher levels of concentration and increase in concentration, particularly to the extent the post-merger HHI would be greater than 1800 and the increase in HHI greater than 50.

While maintaining primary reliance on the concentration and market share analysis discussed in Section 4, the Attorneys General will, in appropriate circumstances, assess four additional factors. These are easeof entry, collusive behavior, powerful or sophisticated buyers and efficiencies.

5.1 Ease of Entry

5.11 Overview

A merger is not likely to create or enhance market power or facilitate its exercise if entry into the market is so easy that market participants, after the merger, either collectively or unilaterally could not profitably maintain a price increase above premerger levels. Such entry likely will deter an anti-competitive merger in its incipiency,, or deter or counteract the competitive of concern.

Entry is that easy if entry would be timely, likely and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the competitive effects of concern. In markets where entry is that easy (i.e., where entry passes these tests of timeliness, likelihood. and sufficiency), the merger raises no anti-trust concern and ordinarily requires no further analysis.

The entry treated in this section is defined as new com-petition that requires expenditure of significant sunk costs of entry and exit («committed entry»). The Attorneys General will employ a three-step methodology to assess whether committed entry would a competitive effect of concern.

This first step assesses whether entry can achieve significant market impact within a timely period. lf significant market impact would require a longer period, entry will not deter or counteract the competitive effect of concern.

The second step assesses whether committed entry would be a profitable and, hence, a likely response to a merger having competitive effects of concern. Firms considering entry that requires significant sunk costs must evaluate that profitability of the entry on the basis of long-term participation in the market, because the underlying assets will be committed to the market until they are economically depreciated. Entry that is sufficient to counteract the competitive effects of concern will cause prices to fail to their premerger levels or lower. Thus, the profitability of such committed entry must be determined on the basis of premerger market prices over the long term.

A merger having anticompetitive effects can attract committed entry, profitable at premerger prices that would not have occurred premerger at these same prices. But following the merger, the reduction in industry output and increase in price associated with the competitive effects of concern may allow the same entry to occur without driving market prices below premerger levels.

After a merger that results in decreased output and increased prices the likely sales opportunities available to entrants at premerger prices will be larger than they were premerger. If entry could be profitable at premerger prices without exceeding the likely sales opportunities-opportunities that include pre-existing pertinent factors as well as the merger-induced output reduction then such entry is likely in response to the merger.

The third step assesses whether timely and likely entry would be sufficient to return market prices to their premerger levels. This end may be accomplished either through multiple entry or individual entry at a sufficient scale. Entry may not be sufficient, even though timely and likely, where the constraints on availability of essential assets, due to incumbent control, make it impossible for entry profitably to achieve the necessary level of sales. Also, the character and scope of entrants' products might not be fully responsive to the localized sales opportunities created by the removal of direct competition among sellers of differentiated products. In assessing whether entry will be timely, likely, and sufficient, the information may be difficult or impossible to obtain. In such instances, the Attorneys General will rely on all available evidence bearing on whether entry will satisfy the conditions of timeliness, likelihood, and sufficiency.

5.12 Timeliness of Entry

In order to deter or counteract the competitive effects of concern, entrants quickly must achieve significant impact on price in the relevant market. The Attorneys General generally will consider timely only those committed entry alternatives that can be achieved within two years from initial planning to significant market impact. Where the relevant product is a durable good, consumers, in response to a significant commitment to entry, may defer purchases by making additional investments to extend the useful life of previously purchased goods and in this way deter or counteract for a time the competitive effects of concern. In these circumstances, if entry only can occur outside of the two year period, the Attorneys General will consider entry to be timely so long as it would deter or counteract the competitive effects of concern within the two year period and subsequently.

5.13 Likelihood of Entry

An entry alternative is likely if it would be profitable at premerger prices, and if such prices could be secured by the entrant. The committed entrant will be unable to secure prices at premerger levels if its output is too large for the market to absorb without depressing prices further. Thus, entry is unlikely if the minimum viable scale is larger than the likely sales opportunity available to entrants.

Minimum viable scale is the smallest average annual level of sales that the committed entrant must persistently achieve for profitability at premerger prices. Minimum viable scale is a function of expected revenues, based upon premerger prices, and all categories of costs associated with the entry altemative, including an appropriate rate of retum on invested capital given that entry could fail and sunk costs, if any, will be lost.

Sources of sales opportunities available to entrants include: (a) The output reduction associated with the competitive effect of concern; (b) entrants ability to capture a share of reasonable expected growth in market demand; (c) entrants ability securely to divert sales from incumbents, for example, through vertical integration or through forward contracting; and (d) any additional anticipated contraction in incumbents' output in response to entry. Factors that reduce the sales opportunities available to entrants include: (a) The prospect that an entrant will share in a reasonably expected decline in market demand; (b) the exclusion of an entrant from a portion of the market over the long term because of vertical integration or forward contracting by incumbents, and (c) any anticipated strategic reaction, including but not limited to sales expansion by incumbents in reaction to entry, either generalized or targeted at customers approached by the entrant, that utilized prior irreversible investments m excess production capacity. Demand growth or decline will be viewed as relevant only if total market demand is projected to experience long-lasting change during at least the two year period following the competitive effect of concern.

5.14 Sufficiency of Entry

Inasmuch as multiple entry generally is possible and individual entrants may flexibly choose their scale, committed entry generally will be sufficient to deter or counteract the competitive effects of concern whenever entry is likely under the analysis of Section *5.1* However, entry, although likely, will not be sufficient if, as a result of incumbent control, the tangible and intangible assets required for entry are not adequately available for entrants to respond fly to their sales opportunities. In addition, where the competitive effect of concern is not uniform across the relevant market, in order for entry to be sufficient, the character and scope of entrants' products must be responsive to the localized sales opportunities that include the output reduction associated with the competitive effect of concern. For example, where the concern is unilateral price elevation as a result of a merger between producers of differentiated products, entry, in order to be sufficient, must involve a

product so close to the products of the merging firms that the merged firms will be unable to internalize enough of the sales loss due to the price rise, rendering the price increase unprofitable.

5.15 Entry Alternatives

The Attorneys General will examine the timeliness, likelihood, and sufficiency of the means of entry (entry alternatives) a without attempting potential entrant might practically employ, altemative to identify who might be Potential entrants. An entry to produce is defined by the actions the firm must take in order and sell in the market. All phases of the entry effort will be considered, including, where relevant, planning, design, and management,,, permitting, licensing, and other approvals; construction debugging and operation of production facilities; and promotion (including necessary introductory discounts), marketing, distribution, and satisfaction of customer testing and qualification requirements. Recent examples of entry, whether successful or unsuccessful, may provide a useful starting point for identifying the necessary actions, time requirements, and characteristics of possible entry alternatives. Entry may be by diversion of existing supplies into the market or by new production sources of supply. The Attorneys General will evaluate empirical evidence of the following sources of entry.

5.15A Diversion of Existing Supplies Into the Market

The parties to a merger may produce evidence that firms will divert supplies of the product into the market in response to a rice increase or restriction of output. The Attorneys General will analyze proof concerning such probable diversions of supplies internally consumed by vertically integrated firms in the market and additional supplies from firms currently shipping part of their production into the market.

5.15A(1) Exports

A firm currently exporting the product from the relevant market may divert the supply back into the market in response to a price increase or restriction of output.

This response is unlikely from an exporter who is a party to the merger, since ¡t is unlikely to discipline its own attempted exercise of market power. It is also unlikely if the exporter is an oligopolist likely to benefit from the collective exercise of market power.

Although parties wishing to prove this supply response are free to produce any empirical evidence, the most persuasive proof will be historical shipping patterns showing past diversion of exports in response to price increases or restricted Supply. In addition, the parties should, at a minimum, address the following questions: Are the exports contractually committed and for what term? Are the exports otherwise obligated to current buyers?.

5.15A(2) Internal Consumption

A vertical integrated firm producing the product for internal consumption may divert this supply to the open market. Diversion is unlikely if there are no suitable and economical substitutes for the product and or the firm has contractual or other obligations for the goods utilizing the relevant product. The most persuasive proof of such diversion will be evidence that a vertically integrated firm already sells some of the product on the open market and has a history of transferring production intended for internal consumption to the open market.

5.15A(3) Increased Importation

A Firm shipping part of its output of the product into the relevant market may respond to an attempted exercise of market power by diverting additional production into the relevant market. In order to address the impact of such a response, the parties should, at a minimum, address the factual issues of whether and for what terms these additional supplies are contractually or otherwise obligated to buyers outside the relevant market, the percentage of the suppliers' production now sent into the market and their historical shipping patterns.

5.15B New Production Sources of Additional Supply

The parties to a merger may produce evidence that firms not currently the product will do so within two years of any attempted exercise of market power. This might be shown for firms with production flexibility, firms who will erect new production facilities and firms engaging in arbitrage.

5.15B(1) Production Flexibility

The Attorneys General will evaluate proof concerning firms with flexible production facilities who are capable of switching to the production of the relevant product within two years and are likely to do so. A history of such switching in the past will be the most persuasive evidence that this response is probable.

5.15B(2) Construction of New Facilities

A party may attempt to demo supplying the product will erect new plant facilities (Or establish new service facilities) within two years of an attempted exercise of market power.

5.15B(3) Arbitrage

Firms proximate to the relevant market may respond to an exercise of market power by buying the product outside the market and reselling it reside the market. This potential source of supply is unlikely if the relevant product is a service or combined product and service. A history of arbitrage in the industry will be most probative that this potential response is probable.

5.2 Collusion and Oligopolistic Behavior

If there is evidence of past collusion or anticompetitive behavior, the presumptions set forth in Section 4 will rarely be overcome and a proposed merger falling below the numerical threshold set forth in Section 4 may also be examined more closely where such evidence is present. In the face of indications that collusion or Oligopolistic behavior is likely to be present occurring, the Attorneys General will not consider other factors offered for the purpose of showing that the presumptions in Section 4 are overcome.

The absence of current or past collusion or Oligopolistic behavior will not diminish the presumptions set forth in Section 4.

5.3 Efficiencies

To the extent that efficiency was a concern of the Congress in enacting Section 7, that concern was expressed in the legislative finding that less industrial concentration would further that goal. The Attorneys General find that there is no substantial empirical support for the assertion that mergers involving firms of sufficient size to raise concerns under the standards set forth in Section 4 usually

or on average result in substantial efficiencies. Furthermore, the concentration thresholds adopted in Section 4 are generally high enough to enable firms to obtain the most significant efficiencies likely to result from growth through merger.

Even in those rare situations where significant efficiencies can be demonstrated, rather than merely predicted, this showing cannot constitute a defense to an otherwise unlawful merger. Accordingly, efficiencies will only be considered when the merging parties can demonstrate by clear and convincing evidence that the merger will lead to significant efficiencies. Moreover, the merging parties must demonstrate that the efficiencies will ensure that consumer prices will not increase despite any increase m market power due to the merger. In highly concentrated markets, even a merger which produces efficiencies will tend to create or enhance market power and will likely increase consumer prices. In addition, the Attorneys General will reject claims of efficiencies unless the merging parties can demonstrate that equivalent or comparable savings cannot be achieved through other means and that such cost savings will persist over the long run.

5.4 Powerful or Sophisticated Buyers

Tacit or express collusion can be frustrated by the presence of powerful and sophisticated buyers if these are appropriately situated to force firms in the primary market to negotiate secretly or offer substantial concessions for the large purchasers. In most circumstances, however, the Attorneys General find that the presence of powerful or sophisticated buyers is unlikely to prevent anticompetitive effects from occurring. Thus, the presence of powerful or sophisticated buyers will only be considered when the buyers are uniquely positioned to enter the primary market in response to collusive pricing, or to finance or otherwise facilitate the entry of others.

6 Failing Firm Defense

The failing firm doctrine, which has been recognized by the United States Supreme Court, may be a defense to an otherwise unlawful merger. Because ¡t may allow anticompetitive mergers, the defense will be strictly construed.

The Attorneys General will only consider a failing firm defense to an anticompetitive merger where the proponents of the merger satisfy their burden of showing the following three elements: (1) That the resources of the allegedly failing firm are so depleted and the prospect of rehabilitation is so remote that the firm faces a high probability of a business failure: (2) that it had made reasonable good faith efforts and had failed to find another reasonable prospective purchaser; and (3) that there is no, less anticompetitive alternative available.

6.1.2. Restricciones Horizontales (Conducta)

6.1.2.1. Joint Venture: Antitrust Guidelines for Collaborations among competitors

TABLE OF CONTENTS

PREAMBLE
SECTION 1: Purpose, Definitions, and Overview
1.1 Purpose and Definitions
1.2 Overview of Analytical Framework
1.3 Competitor Collaborations Distinguished from Mergers
SECTION 2: General Principles for Evaluating Agreements among Competitors
2.1 Potential Procompetitive Benefits
2.2 Potential Anticompetitive Harms

2.3 Analysis of the Overall Collaboration and the Agreements of Which It Consists
2.4 Competitive Effects Are Assessed as of the Time of Possible Harm to Competition
SECTION 3: Analytical Framework for Evaluating Agreements among Competitors
3.1 Introduction
3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal
3.3 Agreements Analyzed under the Rule of Reason
3.31 Nature of the Relevant Agreement: Business Purpose, Operation in the Marketplace and Possible Competitive Concerns
3.31(a) Relevant Agreements that Limit Independent Decision Making or Combine Control or Financial Interests
3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion
3.32 Relevant Markets Affected by the Collaboration
3.32(a) Goods Markets
3.32(b) Technology Markets
3.32(c) Research and Development: Innovation Markets
3.33 Market Shares and Market Concentration
3.34 Factors Relevant to the Ability and Incentive of the Participants and the Collaboration to Compete
3.34(a) Exclusivity
3.34(b) Control over Assets
3.34(c) Financial Interests in the Collaboration or in Other Participants
3.34(d) Control of the Collaboration's Competitively Significant Decision Making
3.34(e) Likelihood of Anticompetitive Information Sharing
3.34(f) Duration of the Collaboration
3.35 Entry
3.36 Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration
3.36(a) Cognizable Efficiencies Must Be Verifiable and Potentially Procompetitive
3.36(b) Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives
3.37 Overall Competitive Effect
SECTION 4: Antitrust Safety Zones
4.1 Overview
4.2 Safety Zone for Competitor Collaborations in General
4.3 Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets

PREAMBLE

In order to compete in modern markets, competitors sometimes need to collaborate. Competitive forces are driving firms toward complex collaborations to achieve goals such as expanding into foreign markets, funding expensive innovation efforts, and lowering production and other costs.

Such collaborations often are not only benign but procompetitive. Indeed, in the last two decades, the federal antitrust agencies have brought relatively few civil cases against competitor collaborations. Nevertheless, a perception that antitrust laws are skeptical about agreements among actual or potential competitors may deter the development of procompetitive collaborations.

To provide guidance to business people, the Federal Trade Commission («FTC») and the U.S. Department of Justice («DOJ») (collectively, «the Agencies») previously issued guidelines addressing

several special circumstances in which antitrust issues related to competitor collaborations may arise. But none of these Guidelines represents a general statement of the Agencies' analytical approach to competitor collaborations. The increasing varieties and use of competitor collaborations have yielded requests for improved clarity regarding their treatment under the antitrust laws.

The new *Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* («*Competitor Collaboration Guidelines*») are intended to explain how the Agencies analyze certain antitrust issues raised by collaborations among competitors. Competitor collaborations and the market circumstances in which they operate vary widely. No set of guidelines can provide specific answers to every antitrust question that might arise from a competitor collaboration. These Guidelines describe an analytical framework to assist businesses in assessing the likelihood of an antitrust challenge to a collaboration with one or more competitors. They should enable businesses to evaluate proposed transactions with greater understanding of possible antitrust implications, thus encouraging procompetitive collaborations, deterring collaborations likely to harm competition and consumers, and facilitating the Agencies' investigations of collaborations.

SECTION 1: Purpose, Definitions, and Overview

1.1 Purpose and Definitions

These Guidelines state the antitrust enforcement policy of the Agencies with respect to competitor collaborations. By stating their general policy, the Agencies hope to assist businesses in assessing whether the Agencies will challenge a competitor collaboration or any of the agreements of which it is comprised. However, these Guidelines cannot remove judgment and discretion in antitrust law enforcement. The Agencies evaluate each case in light of its own facts and apply the analytical framework set forth in these Guidelines reasonably and flexibly.

A «competitor collaboration» comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom. «Competitors» include firms that are actual or potential competitors in a relevant market. Competitor collaborations involve one or more business activities, such as research and development («R&D»), production, marketing, distribution, sales or purchasing. Information sharing and various trade association activities also may take place through competitor collaborations.

These Guidelines use the terms «anticompetitive harm», «procompetitive benefit», and «overall competitive effect» in analyzing the competitive effects of agreements among competitors. All of these terms include actual and likely competitive effects. The Guidelines use the term «anticompetitive harm» to refer to an agreement's adverse competitive consequences, without taking account of offsetting procompetitive benefits. Conversely, the term «procompetitive benefit» refers to an agreement's favorable competitive consequences, without taking account of its anticompetitive harm. The terms «overall competitive effect» or «competitive effect» are used in discussing the combination of an agreement's anticompetitive harm and procompetitive benefit.

1.2 Overview of Analytical Framework

Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: per se and rule of reason. Certain types of agreements are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se unlawful. All other agreements are evaluated under the rule of reason, which involves a factual inquiry into an agreement's overall competitive effect. As the Supreme Court has

explained, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances.

This overview briefly sets forth questions and factors that the Agencies assess in analyzing an agreement among competitors. The rest of the Guidelines should be consulted for the detailed definitions and discussion that underlie this analysis.

Agreements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The Department of Justice prosecutes participants in such hard-core cartel agreements criminally. Because the courts conclusively presume such hard-core cartel agreements to be illegal, the Department of Justice treats them as such without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects.

Agreements Analyzed under the Rule of Reason. Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. These include agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, provided they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

The Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm. In some cases, the nature of the agreement and the absence of market power together may demonstrate the absence of anticompetitive harm. In such cases, the Agencies do not challenge the agreement. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power or facilitate its exercise. The Agencies examine the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently. The Agencies also evaluate other market circumstances, e.g. entry, that may foster or prevent anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anti-

competitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.

1.3 Competitor Collaborations Distinguished from Mergers

The competitive effects from competitor collaborations may differ from those of mergers due to a number of factors. Mergers completely end competition between the merging parties in the relevant market(s). By contrast, most competitor collaborations preserve some form of competition among the participants. This remaining competition may reduce competitive concerns, but also may raise questions about whether participants have agreed to anticompetitive restraints on the remaining competition.

Mergers are designed to be permanent, while competitor collaborations are more typically of limited duration. Thus, participants in a collaboration typically remain potential competitors, even if they are not actual competitors for certain purposes (*e.g.*, R&D) during the collaboration. The potential for future competition between participants in a collaboration requires antitrust scrutiny different from that required for mergers.

Nonetheless, in some cases, competitor collaborations have competitive effects identical to those that would arise if the participants merged in whole or in part. The Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the *Horizontal Merger Guidelines* if: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific and express terms. Effects of the collaboration on competition in other markets are analyzed as appropriate under these Guidelines or other applicable precedent. *See* Example 1.

SECTION 2: General Principles for Evaluating Agreements among Competitors

2.1 Potential Procompetitive Benefits

The Agencies recognize that consumers may benefit from competitor collaborations in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable participants to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would be possible absent the collaboration. A collaboration may allow its participants to better use existing assets, or may provide incentives for them to make output-enhancing investments that would not occur absent the collaboration. The potential efficiencies from competitor collaborations may be achieved through a variety of contractual arrangements including joint ventures, trade or professional associations, licensing arrangements, or strategic alliances.

Efficiency gains from competitor collaborations often stem from combinations of different capabilities or resources. For example, one participant may have special technical expertise that usefully complements another participant's manufacturing process, allowing the latter participant to lower its production cost or improve the quality of its product. In other instances, a collaboration may facilitate the attainment of scale or scope economies beyond the reach of any single participant. For example, two firms may be able to combine their research or marketing activities to lower their cost of bringing their products to market, or reduce the time needed to develop and begin commercial sales of new products. Consumers may benefit from these collaborations as the participants are able to lower prices, improve quality, or bring new products to market faster.

2.2 Potential Anticompetitive Harms

Competitor collaborations may harm competition and consumers by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Such effects may arise through a variety of mechanisms. Among other things, agreements may limit independent decision making or combine the control of or financial interests in production, key assets, or decisions regarding price, output, or other competitively sensitive variables, or may otherwise reduce the participants' ability or incentive to compete independently.

Competitor collaborations also may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as the exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration. Such collusion may involve the relevant market in which the collaboration operates or another market in which the participants in the collaboration are actual or potential competitors.

2.3 Analysis of the Overall Collaboration and the Agreements of Which It Consists

A competitor collaboration comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom. In general, the Agencies assess the competitive effects of the overall collaboration and any individual agreement or set of agreements within the collaboration that may harm competition. For purposes of these Guidelines, the phrase «relevant agreement» refers to whichever of these three the evaluating Agency is assessing. Two or more agreements are assessed together if their procompetitive benefits or anticompetitive harms are so intertwined that they cannot meaningfully be isolated and attributed to any individual agreement. *See* Example 2.

2.4 Competitive Effects Are Assessed as of the Time of Possible Harm to Competition

The competitive effects of a relevant agreement may change over time, depending on changes in circumstances such as internal reorganization, adoption of new agreements as part of the collaboration, addition or departure of participants, new market conditions, or changes in market share. The Agencies assess the competitive effects of a relevant agreement as of the time of possible harm to competition, whether at formation of the collaboration or at a later time, as appropriate. *See* Example 3. However, an assessment after a collaboration has been formed is sensitive to the reasonable expectations of participants whose significant sunk cost investments in reliance on the relevant agreement were made before it became anticompetitive.

SECTION 3: Analytical Framework for Evaluating Agreements among Competitors

3.1 Introduction

Section 3 sets forth the analytical framework that the Agencies use to evaluate the competitive effects of a competitor collaboration and the agreements of which it consists. Certain types of agreements are so likely to be harmful to competition and to have no significant benefits that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se illegal.

Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. Under the rule of reason, the central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, qual-

ity, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Given the great variety of competitor collaborations, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. Rule of reason analysis focuses on only those factors, and undertakes only the degree of factual inquiry, necessary to assess accurately the overall competitive effect of the relevant agreement

The following sections describe in detail the Agencies analytical framework.

3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal

Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Typically these are agreements not to compete on price or output. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce. The Department of Justice prosecutes participants in such hard-core cartel agreements criminally. Because the courts conclusively presume such hard-core cartel agreements to be illegal, the Department of Justice treats them as such without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects.

If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if it is of a type that might otherwise be considered per se illegal. *See* Example 4. In an efficiency-enhancing integration, participants collaborate to perform or cause to be performed (by a joint venture entity created by the collaboration or by one or more participants or by a third party acting on behalf of other participants) one or more business functions, such as production, distribution, or R&D, and thereby benefit, or potentially benefit, consumers by expanding output, reducing price, or enhancing quality, service, or innovation. Participants in an efficiency-enhancing integration typically combine, by contract or otherwise, significant capital, technology, or other complementary assets to achieve procompetitive benefits that the participants could not achieve separately. The mere coordination of decisions on price, output, customers, territories, and the like is not integration, and cost savings without integration are not a basis for avoiding per se condemnation. The integration must promote procompetitive benefits that are cognizable under the efficiencies analysis set forth in Section 3.36 below. Such procompetitive benefits may enhance the participants' ability or incentives to compete and thus may offset an agreement's anticompetitive tendencies. *See* Examples 5 through 7.

An agreement may be «reasonably necessary» without being essential. However, if the participants could achieve an equivalent or comparable efficiency-enhancing integration through practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the agreement is not reasonably necessary. In making this assessment, except in unusual circumstances, the Agencies consider whether practical, significantly less restrictive means were reasonably available when the agreement was entered into, but do not search for a theoretically less restrictive alternative that was not practical given the business realities.

Before accepting a claim that an agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from an integration of economic activity, the Agencies undertake a limited factual inquiry to evaluate the claim. Such an inquiry may reveal that efficiencies from an agreement that are possible in theory are not plausible in the context of the particular collaboration. Some claims— such as those premised on the notion that competition itself is unreasonable —are insufficient as a matter of law, and others may be implausible on their face. In any case, labeling an arrangement a «joint venture» will not protect what is merely a device to raise price or restrict output; the nature of the conduct, not its designation, is determinative.

3.3 Agreements Analyzed under the Rule of Reason

Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. The Agencies focus on only those factors, and undertake only that factual inquiry, necessary to make a sound determination of the overall competitive effect of the relevant agreement. Ordinarily, however, no one factor is dispositive in the analysis.

Under the rule of reason, the Agencies' analysis begins with an examination of the nature of the relevant agreement, since the nature of the agreement determines the types of anticompetitive harms that may be of concern. As part of this examination, the Agencies ask about the business purpose of the agreement and examine whether the agreement, if already in operation, has caused anticompetitive harm. If the nature of the agreement and the absence of market power together demonstrate the absence of anticompetitive harm, the Agencies do not challenge the agreement. *See* Example 8. Alternatively, where the likelihood of anticompetitive harm is evident from the nature of the agreement, or anticompetitive harm has resulted from an agreement already in operation, then, absent overriding benefits that could offset the anticompetitive harm, the Agencies challenge such agreements without a detailed market analysis.

If the initial examination of the nature of the agreement indicates possible competitive concerns, but the agreement is not one that would be challenged without a detailed market analysis, the Agencies analyze the agreement in greater depth. The Agencies typically define relevant markets and calculate market shares and concentration as an initial step in assessing whether the agreement may create or increase market power or facilitate its exercise and thus poses risks to competition. The Agencies examine factors relevant to the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independently, such as whether an agreement is exclusive or non-exclusive and its duration. The Agencies also evaluate whether entry would be timely, likely, and sufficient to deter or counteract any anticompetitive harms. In addition, the Agencies assess any other market circumstances that may foster or impede anticompetitive harms.

If the examination of these factors indicates no potential for anticompetitive harm, the Agencies end the investigation without considering procompetitive benefits. If investigation indicates anticompetitive harm, the Agencies examine whether the relevant agreement is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that likely would offset anticompetitive harms.

3.31 Nature of the Relevant Agreement: Business Purpose, Operation in the Marketplace and Possible Competitive Concerns

The nature of the agreement is relevant to whether it may cause anticompetitive harm. For example, by limiting independent decision making or combining control over or financial interests in production, key assets, or decisions on price, output, or other competitively sensitive variables, an agreement may create or increase market power or facilitate its exercise by the collaboration, its participants, or both. An agreement to limit independent decision making or to combine control or financial interests may reduce the ability or incentive to compete independently. An agreement also may increase the likelihood of an exercise of market power by facilitating explicit or tacit collusion,

either through facilitating practices such as an exchange of competitively sensitive information or through increased market concentration.

In examining the nature of the relevant agreement, the Agencies take into account inferences about business purposes for the agreement that can be drawn from objective facts. The Agencies also consider evidence of the subjective intent of the participants to the extent that it sheds light on competitive effects. The Agencies do not undertake a full analysis of procompetitive benefits pursuant to Section 3.36 below, however, unless an anticompetitive harm appears likely.

The Agencies also examine whether an agreement already in operation has caused anticompetitive harm. Anticompetitive harm may be observed, for example, if a competitor collaboration successfully mandates new, anticompetitive conduct or successfully eliminates procompetitive pre-collaboration conduct, such as withholding services that were desired by consumers when offered in a competitive market. If anticompetitive harm is found, examination of market power ordinarily is not required. In some cases, however, a determination of anticompetitive harm may be informed by consideration of market power.

The following sections illustrate competitive concerns that may arise from the nature of particular types of competitor collaborations. This list is not exhaustive. In addition, where these sections address agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, such as agreements on price, the discussion assumes that the agreements already have been determined to be subject to rule of reason analysis because they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity. *See supra* Section 3.2.

3.31(a) Relevant Agreements that Limit Independent Decision Making or Combine Control or Financial Interests

The following is intended to illustrate but not exhaust the types of agreements that might harm competition by eliminating independent decision making or combining control or financial interests.

Production Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to produce a product sold to others or used by the participants as an input. Such agreements are often procompetitive. Participants may combine complementary technologies, know-how, or other assets to enable the collaboration to produce a good more efficiently or to produce a good that no one participant alone could produce. However, production collaborations may involve agreements on the level of output or the use of key assets, or on the price at which the product will be marketed by the collaboration, or on other competitively significant variables, such as quality, service, or promotional strategies, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making or by combining in the collaboration, or in certain participants, the control over some or all production or key assets or decisions about key competitive variables that otherwise would be controlled independently. Such agreements could reduce individual participants' control over assets necessary to compete and thereby reduce their ability to compete independently, combine financial interests in ways that undermine incentives to compete independently, or both.

Marketing Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to sell, distribute, or promote goods or services that are either jointly or individually produced. Such agreements may be procompetitive, for example, where a combination of complementary assets enables products more quickly and efficiently to reach the marketplace. However, marketing collaborations may involve agreements on price, output, or other competitively significant variables, or on the use of competitively significant assets, such as an extensive distribution network, that can result in anticompetitive harm. Such agreements can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making; by combining in the collaboration, or in certain participants,

control over competitively significant assets or decisions about competitively significant variables that otherwise would be controlled independently; or by combining financial interests in ways that undermine incentives to compete independently. For example, joint promotion might reduce or eliminate comparative advertising, thus harming competition by restricting information to consumers on price and other competitively significant variables.

Buying Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements jointly to purchase necessary inputs. Many such agreements do not raise antitrust concerns and indeed may be procompetitive. Purchasing collaborations, for example, may enable participants to centralize ordering, to combine warehousing or distribution functions more efficiently, or to achieve other efficiencies. However, such agreements can create or increase market power (which, in the case of buyers, is called «monopsony power») or facilitate its exercise by increasing the ability or incentive to drive the price of the purchased product, and thereby depress output, below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Buying collaborations also may facilitate collusion by standardizing participants' costs or by enhancing the ability to project or monitor a participant's output level through knowledge of its input purchases.

Research & Development Collaborations. Competitor collaborations may involve agreements to engage in joint research and development («R&D»). Most such agreements are procompetitive, and they typically are analyzed under the rule of reason. Through the combination of complementary assets, technology, or know-how, an R&D collaboration may enable participants more quickly or more efficiently to research and develop new or improved goods, services, or production processes. Joint R&D agreements, however, can create or increase market power or facilitate its exercise by limiting independent decision making or by combining in the collaboration, or in certain participants, control over competitively significant assets or all or a portion of participants' individual competitive R&D efforts. Although R&D collaborations also may facilitate tacit collusion on R&D efforts, achieving, monitoring, and punishing departures from collusion is sometimes difficult in the R&D context.

An exercise of market power may injure consumers by reducing innovation below the level that otherwise would prevail, leading to fewer or no products for consumers to choose from, lower quality products, or products that reach consumers more slowly than they otherwise would. An exercise of market power also may injure consumers by reducing the number of independent competitors in the market for the goods, services, or production processes derived from the R&D collaboration, leading to higher prices or reduced output, quality, or service. A central question is whether the agreement increases the ability or incentive anticompetitively to reduce R&D efforts pursued independently or through the collaboration, for example, by slowing the pace at which R&D efforts are pursued. Other considerations being equal, R&D agreements are more likely to raise competitive concerns when the collaboration or its participants already possess a secure source of market power over an existing product and the new R&D efforts might cannibalize their supracompetitive earnings. In addition, anticompetitive harm generally is more likely when R&D competition is confined to firms with specialized characteristics or assets, such as intellectual property, or when a regulatory approval process limits the ability of late-comers to catch up with competitors already engaged in the R&D.

3.31(b) Relevant Agreements that May Facilitate Collusion

Each of the types of competitor collaborations outlined above can facilitate collusion. Competitor collaborations may provide an opportunity for participants to discuss and agree on anticompetitive terms, or otherwise to collude anticompetitively, as well as a greater ability to detect and punish deviations that would undermine the collusion. Certain marketing, production, and buying collaborations, for example, may provide opportunities for their participants to collude on price, output, customers, territories, or other competitively sensitive variables. R&D collaborations, however, may

be less likely to facilitate collusion regarding R&D activities since R&D often is conducted in secret, and it thus may be difficult to monitor an agreement to coordinate R&D. In addition, collaborations can increase concentration in a relevant market and thus increase the likelihood of collusion among all firms, including the collaboration and its participants.

Agreements that facilitate collusion sometimes involve the exchange or disclosure of information. The Agencies recognize that the sharing of information among competitors may be procompetitive and is often reasonably necessary to achieve the procompetitive benefits of certain collaborations; for example, sharing certain technology, know-how, or other intellectual property may be essential to achieve the procompetitive benefits of an R&D collaboration. Nevertheless, in some cases, the sharing of information related to a market in which the collaboration operates or in which the participants are actual or potential competitors may increase the likelihood of collusion on matters such as price, output, or other competitively sensitive variables. The competitive concern depends on the nature of the information shared. Other things being equal, the sharing of information relating to price, output, costs, or strategic planning is more likely to raise competitive concern than the sharing of information relating to less competitively sensitive variables. Similarly, other things being equal, the sharing of information on current operating and future business plans is more likely to raise concerns than the sharing of historical information. Finally, other things being equal, the sharing of individual company data is more likely to raise concern than the sharing of aggregated data that does not permit recipients to identify individual firm data.

3.32 Relevant Markets Affected by the Collaboration

The Agencies typically identify and assess competitive effects in all of the relevant product and geographic markets in which competition may be affected by a competitor collaboration, although in some cases it may be possible to assess competitive effects directly without defining a particular relevant market(s). Markets affected by a competitor collaboration include all markets in which the economic integration of the participants' operations occurs or in which the collaboration operates or will operate, and may also include additional markets in which any participant is an actual or potential competitor.

3.32(a) Goods Markets

In general, for goods markets affected by a competitor collaboration, the Agencies approach relevant market definition as described in Section 1 of the *Horizontal Merger Guidelines.* To determine the relevant market, the Agencies generally consider the likely reaction of buyers to a price increase and typically ask, among other things, how buyers would respond to increases over prevailing price levels. However, when circumstances strongly suggest that the prevailing price exceeds what likely would have prevailed absent the relevant agreement, the Agencies use a price more reflective of the price that likely would have prevailed. Once a market has been defined, market shares are assigned both to firms currently in the relevant market and to firms that are able to make «uncommitted» supply responses. *See* Sections 1.31 and 1.32 of the *Horizontal Merger Guidelines.*

3.32(b) Technology Markets

When rights to intellectual property are marketed separately from the products in which they are used, the Agencies may define technology markets in assessing the competitive effects of a competitor collaboration that includes an agreement to license intellectual property. Technology markets consist of the intellectual property that is licensed and its close substitutes; that is, the technologies or goods that are close enough substitutes significantly to constrain the exercise of market power with respect to the intellectual property that is licensed. The Agencies approach the definition of a

relevant technology market and the measurement of market share as described in Section 3.2.2 of the *Intellectual Property Guidelines.*

3.32(c) Research and Development: Innovation Markets

In many cases, an agreement's competitive effects on innovation are analyzed as a separate competitive effect in a relevant goods market. However, if a competitor collaboration may have competitive effects on innovation that cannot be adequately addressed through the analysis of goods or technology markets, the Agencies may define and analyze an innovation market as described in Section 3.2.3 of the *Intellectual Property Guidelines.* An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes and the close substitutes for that research and development. The Agencies define an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms.

3.33 Market Shares and Market Concentration

Market share and market concentration affect the likelihood that the relevant agreement will create or increase market power or facilitate its exercise. The creation, increase, or facilitation of market power will likely increase the ability and incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement.

Other things being equal, market share affects the extent to which participants or the collaboration must restrict their own output in order to achieve anticompetitive effects in a relevant market. The smaller the percentage of total supply that a firm controls, the more severely it must restrict its own output in order to produce a given price increase, and the less likely it is that an output restriction will be profitable. In assessing whether an agreement may cause anticompetitive harm, the Agencies typically calculate the market shares of the participants and of the collaboration. The Agencies assign a range of market shares to the collaboration. The high end of that range is the sum of the market shares of the collaboration and its participants. The low end is the share of the collaboration in isolation. In general, the Agencies approach the calculation of market share as set forth in Section 1.4 of the *Horizontal Merger Guidelines.*

Other things being equal, market concentration affects the difficulties and costs of achieving and enforcing collusion in a relevant market. Accordingly, in assessing whether an agreement may increase the likelihood of collusion, the Agencies calculate market concentration. In general, the Agencies approach the calculation of market concentration as set forth in Section 1.5 of the *Horizontal Merger Guidelines*, ascribing to the competitor collaboration the same range of market shares described above.

Market share and market concentration provide only a starting point for evaluating the competitive effect of the relevant agreement. The Agencies also examine other factors outlined in the *Horizontal Merger Guidelines* as set forth below:

> The Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 1.52 of the *Horizontal Merger Guidelines* indicate that market share and concentration data overstate or understate the likely competitive significance of participants and their collaboration.
>
> In assessing whether anticompetitive harm may arise from an agreement that combines control over or financial interests in assets or otherwise limits independent decision making, the Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 2.2 of the *Horizontal Merger Guidelines* suggest that anticompetitive harm is more or less likely.

In assessing whether anticompetitive harms may arise from an agreement that may increase the likelihood of collusion, the Agencies consider whether factors such as those discussed in Section 2.1 of the *Horizontal Merger Guidelines* suggest that anticompetitive harm is more or less likely.

In evaluating the significance of market share and market concentration data and interpreting the range of market shares ascribed to the collaboration, the Agencies also examine factors beyond those set forth in the *Horizontal Merger Guidelines*. The following section describes which factors are relevant and the issues that the Agencies examine in evaluating those factors.

3.34 Factors Relevant to the Ability and Incentive of the Participants and the Collaboration to Compete

Competitor collaborations sometimes do not end competition among the participants and the collaboration. Participants may continue to compete against each other and their collaboration, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations. Collaborations may be managed by decision makers independent of the individual participants. Control over key competitive variables may remain outside the collaboration, such as where participants independently market and set prices for the collaboration's output.

Sometimes, however, competition among the participants and the collaboration may be restrained through explicit contractual terms or through financial or other provisions that reduce or eliminate the incentive to compete. The Agencies look to the competitive benefits and harms of the relevant agreement, not merely the formal terms of agreements among the participants.

Where the nature of the agreement and market share and market concentration data reveal a likelihood of anticompetitive harm, the Agencies more closely examine the extent to which the participants and the collaboration have the ability and incentive to compete independent of each other. The Agencies are likely to focus on six factors: (a) the extent to which the relevant agreement is non-exclusive in that participants are likely to continue to compete independently outside the collaboration in the market in which the collaboration operates; (b) the extent to which participants retain independent control of assets necessary to compete; (c) the nature and extent of participants' financial interests in the collaboration or in each other; (d) the control of the collaboration's competitively significant decision making; (e) the likelihood of anticompetitive information sharing; and (f) the duration of the collaboration.

Each of these factors is discussed in further detail below. Consideration of these factors may reduce or increase competitive concern. The analysis necessarily is flexible: the relevance and significance of each factor depends upon the facts and circumstances of each case, and any additional factors pertinent under the circumstances are considered. For example, when an agreement is examined subsequent to formation of the collaboration, the Agencies also examine factual evidence concerning participants' actual conduct.

3.34(a) Exclusivity

The Agencies consider whether, to what extent, and in what manner the relevant agreement permits participants to continue to compete against each other and their collaboration, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations. The Agencies inquire whether a collaboration is non-exclusive in fact as well as in name and consider any costs or other impediments to competing with the collaboration. In assessing exclusivity when an agreement already is in operation, the Agencies examine whether, to what extent, and in what manner participants actually have continued to compete against each other and the collaboration. In general, competitive concern likely is reduced to the extent that participants actually have continued

to compete, either through separate, independent business operations or through membership in other collaborations, or are permitted to do so.

3.34(b) Control over Assets

The Agencies ask whether the relevant agreement requires participants to contribute to the collaboration significant assets that previously have enabled or likely would enable participants to be effective independent competitors in markets affected by the collaboration. If such resources must be contributed to the collaboration and are specialized in that they cannot readily be replaced, the participants may have lost all or some of their ability to compete against each other and their collaboration, even if they retain the contractual right to do so. In general, the greater the contribution of specialized assets to the collaboration that is required, the less the participants may be relied upon to provide independent competition.

3.34(c) Financial Interests in the Collaboration or in Other Participants

The Agencies assess each participant's financial interest in the collaboration and its potential impact on the participant's incentive to compete independently with the collaboration. The potential impact may vary depending on the size and nature of the financial interest (e.g., whether the financial interest is debt or equity). In general, the greater the financial interest in the collaboration, the less likely is the participant to compete with the collaboration. The Agencies also assess direct equity investments between or among the participants. Such investments may reduce the incentives of the participants to compete with each other. In either case, the analysis is sensitive to the level of financial interest in the collaboration or in another participant relative to the level of the participant's investment in its independent business operations in the markets affected by the collaboration.

3.34(d) Control of the Collaboration's Competitively Significant Decision Making

The Agencies consider the manner in which a collaboration is organized and governed in assessing the extent to which participants and their collaboration have the ability and incentive to compete independently. Thus, the Agencies consider the extent to which the collaboration's governance structure enables the collaboration to act as an independent decision maker. For example, the Agencies ask whether participants are allowed to appoint members of a board of directors for the collaboration, if incorporated, or otherwise to exercise significant control over the operations of the collaboration. In general, the collaboration is less likely to compete independently as participants gain greater control over the collaboration's price, output, and other competitively significant decisions.

To the extent that the collaboration's decision making is subject to the participants' control, the Agencies consider whether that control could be exercised jointly. Joint control over the collaboration's price and output levels could create or increase market power and raise competitive concerns. Depending on the nature of the collaboration, competitive concern also may arise due to joint control over other competitively significant decisions, such as the level and scope of R&D efforts and investment. In contrast, to the extent that participants independently set the price and quantity of their share of a collaboration's output and independently control other competitively significant decisions, an agreement's likely anticompetitive harm is reduced.

3.34(e) Likelihood of Anticompetitive Information Sharing

The Agencies evaluate the extent to which competitively sensitive information concerning markets affected by the collaboration likely would be disclosed. This likelihood depends on, among other things, the nature of the collaboration, its organization and governance, and safeguards imple-

mented to prevent or minimize such disclosure. For example, participants might refrain from assigning marketing personnel to an R&D collaboration, or, in a marketing collaboration, participants might limit access to competitively sensitive information regarding their respective operations to only certain individuals or to an independent third party. Similarly, a buying collaboration might use an independent third party to handle negotiations in which its participants' input requirements or other competitively sensitive information could be revealed. In general, it is less likely that the collaboration will facilitate collusion on competitively sensitive variables if appropriate safeguards governing information sharing are in place.

3.34(f) Duration of the Collaboration

The Agencies consider the duration of the collaboration in assessing whether participants retain the ability and incentive to compete against each other and their collaboration. In general, the shorter the duration, the more likely participants are to compete against each other and their collaboration.

3.35 Entry

Easy entry may deter or prevent profitably maintaining price above, or output, quality, service or innovation below, what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Where the nature of the agreement and market share and concentration data suggest a likelihood of anticompetitive harm that is not sufficiently mitigated by any continuing competition identified through the analysis in Section 3.34, the Agencies inquire whether entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the anticompetitive harm of concern. If so, the relevant agreement ordinarily requires no further analysis.

As a general matter, the Agencies assess timeliness, likelihood, and sufficiency of committed entry under principles set forth in Section 3 of the *Horizontal Merger Guidelines*. However, unlike mergers, competitor collaborations often restrict only certain business activities, while preserving competition among participants in other respects, and they may be designed to terminate after a limited duration. Consequently, the extent to which an agreement creates opportunities that would induce entry and the conditions under which ease of entry may deter or counteract anticompetitive harms may be more complex and less direct than for mergers and will vary somewhat according to the nature of the relevant agreement. For example, the likelihood of entry may be affected by what potential entrants believe about the probable duration of an anticompetitive agreement. Other things being equal, the shorter the anticipated duration of an anticompetitive agreement, the smaller the profit opportunities for potential entrants, and the lower the likelihood that it will induce committed entry. Examples of other differences are set forth below.

For certain collaborations, sufficiency of entry may be affected by the possibility that entrants will participate in the anticompetitive agreement. To the extent that such participation raises the amount of entry needed to deter or counteract anticompetitive harms, and assets required for entry are not adequately available for entrants to respond fully to their sales opportunities, or otherwise renders entry inadequate in magnitude, character or scope, sufficient entry may be more difficult to achieve.

In the context of research and development collaborations, widespread availability of R&D capabilities and the large gains that may accrue to successful innovators often suggest a high likelihood that entry will deter or counteract anticompetitive reductions of R&D efforts. Nonetheless, such conditions do not always pertain, and the Agencies ask whether entry may deter or counteract anticompetitive R&D reductions, taking into account the following:

- Where market participants typically can observe the level and type of R&D efforts within a market, the principles of Section 3 of the *Horizontal Merger Guidelines* may be applied flexibly to determine whether entry is likely to deter or counteract a lessening of the quality, diver-

sity, or pace of research and development. To be timely, entry must be sufficiently prompt to deter or counteract such harms. The Agencies evaluate the likelihood of entry based on the extent to which potential entrants have (1) core competencies (and the ability to acquire any necessary specialized assets) that give them the ability to enter into competing R&D and (2) incentives to enter into competing R&D in response to a post-collaboration reduction in R&D efforts. The sufficiency of entry depends on whether the character and scope of the entrants' R&D efforts are close enough to the reduced R&D efforts to be likely to achieve similar innovations in the same time frame or otherwise to render a collaborative reduction of R&D unprofitable.

- Where market participants typically cannot observe the level and type of R&D efforts by others within a market, there may be significant questions as to whether entry would occur in response to a collaborative lessening of the quality, diversity, or pace of research and development, since such effects would not likely be observed. In such cases, the Agencies may conclude that entry would not deter or counteract anticompetitive harms.

3.36 Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration

Competition usually spurs firms to achieve efficiencies internally. Nevertheless, as explained above, competitor collaborations have the potential to generate significant efficiencies that benefit consumers in a variety of ways. For example, a competitor collaboration may enable firms to offer goods or services that are cheaper, more valuable to consumers, or brought to market faster than would otherwise be possible. Efficiency gains from competitor collaborations often stem from combinations of different capabilities or resources. *See supra* Section 2.1. Indeed, the primary benefit of competitor collaborations to the economy is their potential to generate such efficiencies.

Efficiencies generated through a competitor collaboration can enhance the ability and incentive of the collaboration and its participants to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products. For example, through collaboration, competitors may be able to produce an input more efficiently than any one participant could individually; such collaboration-generated efficiencies may enhance competition by permitting two or more ineffective (*e.g.*, high cost) participants to become more effective, lower cost competitors. Even when efficiencies generated through a competitor collaboration enhance the collaboration's or the participants' ability to compete, however, a competitor collaboration may have other effects that may lessen competition and ultimately may make the relevant agreement anticompetitive.

If the Agencies conclude that the relevant agreement has caused, or is likely to cause, anticompetitive harm, they consider whether the agreement is reasonably necessary to achieve «cognizable efficiencies». «Cognizable efficiencies» are efficiencies that have been verified by the Agencies, that do not arise from anticompetitive reductions in output or service, and that cannot be achieved through practical, significantly less restrictive means. *See infra* Sections 3.36(a) and 3.36(b). Cognizable efficiencies are assessed net of costs produced by the competitor collaboration or incurred in achieving those efficiencies.

3.36(a) Cognizable Efficiencies Must Be Verifiable and Potentially Procompetitive

Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the collaboration's participants. Moreover, efficiencies projected reasonably and in good faith by the participants may not be realized. Therefore, the participants must substantiate efficiency claims so that the Agencies can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency; how and when each would be achieved; any costs of doing so; how each would enhance the collaboration's or its participants' ability and incentive to compete; and why the relevant agreement is reasonably necessary to achieve the claimed

efficiencies (*see* Section 3.36 (b)). Efficiency claims are not considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.

Moreover, cognizable efficiencies must be potentially procompetitive. Some asserted efficiencies, such as those premised on the notion that competition itself is unreasonable, are insufficient as a matter of law. Similarly, cost savings that arise from anticompetitive output or service reductions are not treated as cognizable efficiencies. *See* Example 9.

3.36(b) Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives

The Agencies consider only those efficiencies for which the relevant agreement is reasonably necessary. An agreement may be «reasonably necessary» without being essential. However, if the participants could have achieved or could achieve similar efficiencies by practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the relevant agreement is not reasonably necessary to their achievement. In making this assessment, the Agencies consider only alternatives that are practical in the business situation faced by the participants; the Agencies do not search for a theoretically less restrictive alternative that is not realistic given business realities.

The reasonable necessity of an agreement may depend upon the market context and upon the duration of the agreement. An agreement that may be justified by the needs of a new entrant, for example, may not be reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies in different market circumstances. The reasonable necessity of an agreement also may depend on whether it deters individual participants from undertaking free riding or other opportunistic conduct that could reduce significantly the ability of the collaboration to achieve cognizable efficiencies. Collaborations sometimes include agreements to discourage any one participant from appropriating an undue share of the fruits of the collaboration or to align participants' incentives to encourage cooperation in achieving the efficiency goals of the collaboration. The Agencies assess whether such agreements are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent the achievement of cognizable efficiencies. *See* Example 10.

3.37 Overall Competitive Effect

If the relevant agreement is reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies, the Agencies assess the likelihood and magnitude of cognizable efficiencies and anticompetitive harms to determine the agreement's overall actual or likely effect on competition in the relevant market. To make the requisite determination, the Agencies consider whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to offset the potential of the agreement to harm consumers in the relevant market, for example, by preventing price increases.

The Agencies' comparison of cognizable efficiencies and anticompetitive harms is necessarily an approximate judgment. In assessing the overall competitive effect of an agreement, the Agencies consider the magnitude and likelihood of both the anticompetitive harms and cognizable efficiencies from the relevant agreement. The likelihood and magnitude of anticompetitive harms in a particular case may be insignificant compared to the expected cognizable efficiencies, or vice versa. As the expected anticompetitive harm of the agreement increases, the Agencies require evidence establishing a greater level of expected cognizable efficiencies in order to avoid the conclusion that the agreement will have an anticompetitive effect overall. When the anticompetitive harm of the agreement is likely to be particularly large, extraordinarily great cognizable efficiencies would be necessary to prevent the agreement from having an anticompetitive effect overall.

SECTION 4: Antitrust Safety Zones

4.1 Overview

Because competitor collaborations are often procompetitive, the Agencies believe that «safety zones» are useful in order to encourage such activity. The safety zones set out below are designed to provide participants in a competitor collaboration with a degree of certainty in those situations in which anticompetitive effects are so unlikely that the Agencies presume the arrangements to be lawful without inquiring into particular circumstances. They are not intended to discourage competitor collaborations that fall outside the safety zones.

The Agencies emphasize that competitor collaborations are not anticompetitive merely because they fall outside the safety zones. Indeed, many competitor collaborations falling outside the safety zones are procompetitive or competitively neutral. The Agencies analyze arrangements outside the safety zones based on the principles outlined in Section 3 above.

The following sections articulate two safety zones. Section 4.2 sets out a general safety zone applicable to any competitor collaboration. Section 4.3 establishes a safety zone applicable to research and development collaborations whose competitive effects are analyzed within an innovation market. These safety zones are intended to supplement safety zone provisions in the Agencies' other guidelines and statements of enforcement policy.

4.2 Safety Zone for Competitor Collaborations in General

Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration when the market shares of the collaboration and its participants collectively account for no more than twenty percent of each relevant market in which competition may be affected. The safety zone, however, does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis, or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.

4.3 Safety Zone for Research and Development Competition Analyzed in Terms of Innovation Markets

Absent extraordinary circumstances, the Agencies do not challenge a competitor collaboration on the basis of effects on competition in an innovation market where three or more independently controlled research efforts in addition to those of the collaboration possess the required specialized assets or characteristics and the incentive to engage in R&D that is a close substitute for the R&D activity of the collaboration. In determining whether independently controlled R&D efforts are close substitutes, the Agencies consider, among other things, the nature, scope, and magnitude of the R&D efforts; their access to financial support; their access to intellectual property, skilled personnel, or other specialized assets; their timing; and their ability, either acting alone or through others, to successfully commercialize innovations. The antitrust safety zone does not apply to agreements that are per se illegal, or that would be challenged without a detailed market analysis, or to competitor collaborations to which a merger analysis is applied.

Appendix
Section 1.3
Example 1 (Competitor Collaboration/Merger)
Facts

Two oil companies agree to integrate all of their refining and refined product marketing operations. Under terms of the agreement, the collaboration will expire after twelve years; prior to that expira-

tion date, it may be terminated by either participant on six months' prior notice. The two oil companies maintain separate crude oil production operations.

Analysis

The formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of operations in the refining and refined product markets, and the integration eliminates all competition between the participants in those markets. The evaluating Agency likely would conclude that expiration after twelve years does not constitute termination «within a sufficiently limited period». The participants' entitlement to terminate the collaboration at any time after giving prior notice is not termination by the collaboration's «own specific and express terms». Based on the facts presented, the evaluating Agency likely would analyze the collaboration under the *Horizontal Merger Guidelines*, rather than as a competitor collaboration under these Guidelines. Any agreements restricting competition on crude oil production would be analyzed under these Guidelines.

Section 2.3
Example 2 (Analysis of Individual Agreements/Set of Agreements)
Facts

Two firms enter a joint venture to develop and produce a new software product to be sold independently by the participants. The product will be useful in two areas, biotechnology research and pharmaceuticals research, but doing business with each of the two classes of purchasers would require a different distribution network and a separate marketing campaign. Successful penetration of one market is likely to stimulate sales in the other by enhancing the reputation of the software and by facilitating the ability of biotechnology and pharmaceutical researchers to use the fruits of each other's efforts. Although the software is to be marketed independently by the participants rather than by the joint venture, the participants agree that one will sell only to biotechnology researchers and the other will sell only to pharmaceutical researchers. The participants also agree to fix the maximum price that either firm may charge. The parties assert that the combination of these two requirements is necessary for the successful marketing of the new product. They argue that the market allocation provides each participant with adequate incentives to commercialize the product in its sector without fear that the other participant will free-ride on its efforts and that the maximum price prevents either participant from unduly exploiting its sector of the market to the detriment of sales efforts in the other sector.

Analysis

The evaluating Agency would assess overall competitive effects associated with the collaboration in its entirety and with individual agreements, such as the agreement to allocate markets, the agreement to fix maximum prices, and any of the sundry other agreements associated with joint development and production and independent marketing of the software. From the facts presented, it appears that the agreements to allocate markets and to fix maximum prices may be so intertwined that their benefits and harms «cannot meaningfully be isolated». The two agreements arguably operate together to ensure a particular blend of incentives to achieve the potential procompetitive benefits of successful commercialization of the new product. Moreover, the effects of the agreement to fix maximum prices may mitigate the price effects of the agreement to allocate markets. Based on the facts presented, the evaluating Agency likely would conclude that the agreements to allocate markets and to fix maximum prices should be analyzed as a whole.

Section 2.4
Example 3 (Time of Possible Harm to Competition)
Facts

A group of 25 small-to-mid-size banks formed a joint venture to establish an automatic teller machine network. To ensure sufficient business to justify launching the venture, the joint venture agreement specified that participants would not participate in any other ATM networks. Numerous other ATM networks were forming in roughly the same time period.

Over time, the joint venture expanded by adding more and more banks, and the number of its competitors fell. Now, ten years after formation, the joint venture has 900 member banks and controls 60% of the ATM outlets in a relevant geographic market. Following complaints from consumers that ATM fees have rapidly escalated, the evaluating Agency assesses the rule barring participation in other ATM networks, which now binds 900 banks.

Analysis

The circumstances in which the venture operates have changed over time, and the evaluating Agency would determine whether the exclusivity rule now harms competition. In assessing the exclusivity rule's competitive effect, the evaluating Agency would take account of the collaboration's substantial current market share and any procompetitive benefits of exclusivity under present circumstances, along with other factors discussed in Section 3.

Section 3.2
Example 4 (Agreement Not to Compete on Price)
Facts

Net-Business and Net-Company are two start-up companies. Each has developed and begun sales of software for the networks that link users within a particular business to each other and, in some cases, to entities outside the business. Both Net-Business and Net-Company were formed by computer specialists with no prior business expertise, and they are having trouble implementing marketing strategies, distributing their inventory, and managing their sales forces. The two companies decide to form a partnership joint venture, NET-FIRM, whose sole function will be to market and distribute the network software products of Net-Business and Net-Company. NET-FIRM will be the exclusive marketer of network software produced by Net-Business and Net-Company. Net-Business and Net-Company will each have 50% control of NET-FIRM, but each will derive profits from NET-FIRM in proportion to the revenues from sales of that partner's products. The documents setting up NET-FIRM specify that Net-Business and Net-Company will agree on the prices for the products that NET-FIRM will sell.

Analysis

Net-Business and Net-Company will agree on the prices at which NET-FIRM will sell their individually-produced software. The agreement is one «not to compete on price», and it is of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output. The agreement to jointly set price may be challenged as per se illegal, unless it is reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Example 5 (Specialization without Integration)
Facts

Firm A and Firm B are two of only three producers of automobile carburetors. Minor engine variations from year to year, even within given models of a particular automobile manufacturer, require re-design of each year's carburetor and re-tooling for carburetor production. Firms A and B meet and agree that henceforth Firm A will design and produce carburetors only for automobile models of even-numbered years and Firm B will design and produce carburetors only for automobile models of odd-numbered years. Some design and re-tooling costs would be saved, but automobile manufacturers would face only two suppliers each year, rather than three.

Analysis

The agreement allocates sales by automobile model year and constitutes an agreement «not to compete on... output». The participants do not combine production; rather, the collaboration consists solely of an agreement *not* to produce certain carburetors. The mere coordination of decisions on output is not integration, and cost-savings without integration, such as the costs saved by refraining from design and production for any given model year, are not a basis for avoiding per se condemnation. The agreement is of a type so likely to harm competition and to have no significant benefits that particularized inquiry into its competitive effect is deemed by the antitrust laws not to be worth the time and expense that would be required. Consequently, the evaluating Agency likely would conclude that the agreement is per se illegal.

Example 6 (Efficiency-Enhancing Integration Present)
Facts

Compu-Max and Compu-Pro are two major producers of a variety of computer software. Each has a large, world-wide sales department. Each firm has developed and sold its own word-processing software. However, despite all efforts to develop a strong market presence in word processing, each firm has achieved only slightly more than a 10% market share, and neither is a major competitor to the two firms that dominate the word-processing software market.

Compu-Max and Compu-Pro determine that in light of their complementary areas of design expertise they could develop a markedly better word-processing program together than either can produce on its own. Compu-Max and Compu-Pro form a joint venture, WORD-FIRM, to jointly develop and market a new word-processing program, with expenses and profits to be split equally. Compu-Max and Compu-Pro both contribute to WORD-FIRM software developers experienced with word processing.

Analysis

Compu-Max and Compu-Pro have combined their word-processing design efforts, reflecting complementary areas of design expertise, in a common endeavor to develop new word-processing software that they could not have developed separately. Each participant has contributed significant assets —the time and know-how of its word-processing software developers— to the joint effort. Consequently, the evaluating Agency likely would conclude that the joint word-processing software development project is an efficiency-enhancing integration of economic activity that promotes procompetitive benefits.

Example 7 (Efficiency-Enhancing Integration Absent)
Facts

Each of the three major producers of flashlight batteries has a patent on a process for manufacturing a revolutionary new flashlight battery —the Century Battery— that would last 100 years without requiring recharging or replacement. There is little chance that another firm could produce such a battery without infringing one of the patents. Based on consumer surveys, each firm believes that aggregate profits will be less if all three sold the Century Battery than if all three sold only conventional batteries, but that any one firm could maximize profits by being the first to introduce a Century Battery. All three are capable of introducing the Century Battery within two years, although it is uncertain who would be first to market.

One component in all conventional batteries is a copper widget. An essential element in each producers' Century Battery would be a zinc, rather than a copper widget. Instead of introducing the Century Battery, the three producers agree that their batteries will use only copper widgets. Adherence to the agreement precludes any of the producers from introducing a Century Battery.

Analysis

The agreement to use only copper widgets is merely an agreement not to produce any zinc-based batteries, in particular, the Century Battery. It is «an agreement not to compete on . . . output» and is «of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output». The participants do not collaborate to perform any business functions, and there are no procompetitive benefits from an efficiency-enhancing integration of economic activity. The evaluating Agency likely would challenge the agreement to use only copper widgets as per se illegal.

Section 3.3
Example 8 (Rule-of-Reason: Agreement Quickly Exculpated)
Facts

Under the facts of Example 4, Net-Business and Net-Company jointly market their independently-produced network software products through NET-FIRM. Those facts are changed in one respect: rather than jointly setting the prices of their products, Net-Business and Net-Company will each independently specify the prices at which its products are to be sold by NET-FIRM. The participants explicitly agree that each company will decide on the prices for its own software independently of the other company. The collaboration also includes a requirement that NET-FIRM compile and transmit to each participant quarterly reports summarizing any comments received from customers in the course of NET-FIRM's marketing efforts regarding the desirable/undesirable features of and desirable improvements to (1) that participant's product and (2) network software in general. Sufficient provisions are included to prevent the company-specific information reported to one participant from being disclosed to the other, and those provisions are followed. The information pertaining to network software in general is to be reported simultaneously to both participants.

Analysis

Under these revised facts, there is no agreement «not to compete on price or output». Absent any agreement of a type that always or almost always tends to raise price or reduce output, and absent any subsequent conduct suggesting that the firms did not follow their explicit agreement to set prices independently, no aspect of the partnership arrangement might be subjected to per se analysis. Analysis would continue under the rule of reason.

The information disclosure arrangements provide for the sharing of a very limited category of information: customer-response data pertaining to network software in general. Collection and shar-

ing of information of this nature is unlikely to increase the ability or incentive of Net-Business or Net-Company to raise price or reduce output, quality, service, or innovation. There is no evidence that the disclosure arrangements have caused anticompetitive harm and no evidence that the prohibitions against disclosure of firm-specific information have been violated. Under any plausible relevant market definition, Net-Business and Net-Company have small market shares, and there is no other evidence to suggest that they have market power. In light of these facts, the evaluating Agency would refrain from further investigation.

Section 3.36(a)
Example 9 (Cost Savings from Anticompetitive Output or Service Reductions)
Facts

Two widget manufacturers enter a marketing collaboration. Each will continue to manufacture and set the price for its own widget, but the widgets will be promoted by a joint sales force. The two manufacturers conclude that through this collaboration they can increase their profits using only half of their aggregate pre-collaboration sales forces by (1) taking advantage of economies of scale —presenting both widgets during the same customer call— and (2) refraining from time-consuming demonstrations highlighting the relative advantages of one manufacturer's widgets over the other manufacturer's widgets. Prior to their collaboration, both manufacturers had engaged in the demonstrations.

Analysis

The savings attributable to economies of scale would be cognizable efficiencies. In contrast, eliminating demonstrations that highlight the relative advantages of one manufacturer's widgets over the other manufacturer's widgets deprives customers of information useful to their decision making. Cost savings from this source arise from an anticompetitive output or service reduction and would not be cognizable efficiencies.

Section 3.36(b)
Example 10 (Efficiencies from Restrictions on Competitive Independence)
Facts

Under the facts of Example 6, Compu-Max and Compu-Pro decide to collaborate on developing and marketing word-processing software. The firms agree that neither one will engage in R&D for designing word-processing software outside of their WORD-FIRM joint venture. Compu-Max papers drafted during the negotiations cite the concern that absent a restriction on outside word-processing R&D, Compu-Pro might withhold its best ideas, use the joint venture to learn Compu-Max's approaches to design problems, and then use that information to design an improved word-processing software product on its own. Compu-Pro's files contain similar documents regarding Compu-Max.

Compu-Max and Compu-Pro further agree that neither will sell its previously designed word-processing program once their jointly developed product is ready to be introduced. Papers in both firms' files, dating from the time of the negotiations, state that this latter restraint was designed to foster greater trust between the participants and thereby enable the collaboration to function more smoothly. As further support, the parties point to a recent failed collaboration involving other firms who sought to collaborate on developing and selling a new spread-sheet program while independently marketing their older spread-sheet software.

Analysis

The restraints on outside R&D efforts and on outside sales both restrict the competitive independence of the participants and could cause competitive harm. The evaluating Agency would inquire whether each restraint is reasonably necessary to achieve cognizable efficiencies. In the given context, that inquiry would entail an assessment of whether, by aligning the participants' incentives, the restraints in fact are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent achieving cognizable efficiency goals of the collaboration.

With respect to the limitation on independent R&D efforts, possible alternatives might include agreements specifying the level and quality of each participant's R&D contributions to WORD-FIRM or requiring the sharing of all relevant R&D. The evaluating Agency would assess whether any alternatives would permit each participant to adequately monitor the scope and quality of the other's R&D contributions and whether they would effectively prevent the misappropriation of the other participant's know-how. In some circumstances, there may be no «practical, significantly less restrictive» alternative.

Although the agreement prohibiting outside sales might be challenged as per se illegal if not reasonably necessary for achieving the procompetitive benefits of the integration discussed in Example 6, the evaluating Agency likely would analyze the agreement under the rule of reason if it could not adequately assess the claim of reasonable necessity through limited factual inquiry. As a general matter, participants' contributions of marketing assets to the collaboration could more readily be monitored than their contributions of know-how, and neither participant may be capable of misappropriating the other's marketing contributions as readily as it could misappropriate know-how. Consequently, the specification and monitoring of each participant's marketing contributions could be a «practical, significantly less restrictive» alternative to prohibiting outside sales of pre-existing products. The evaluating Agency, however, would examine the experiences of the failed spreadsheet collaboration and any other facts presented by the parties to better assess whether such specification and monitoring would likely enable the achievement of cognizable efficiencies.

6.1.3. Restricciones Verticales (Conducta)

6.1.3.1. The Repudiated Vertical Restraints Guidelines

These guidelines have been repudiated by the Clinton adminstration and are no longer followed.

Contents

1. PURPOSE OF THE GUIDELINES
2. COVERAGE OF THE GUIDELINES
    1. Distinguishing Between Vertical Restraints and Horizontal Restraints
    2. Dual Distribution
    3. Distinguishing Between Price and Nonprice Restraints
    4. Intellectual Property
    5. Vertical Restraints that are Always Legal
3. PROCOMPETITIVE AND ANTICOMPETITIVE EFFECTS OF VERTICAL RESTRAINTS
    1. Procompetitive Effects of Vertical Restraints
    2. Anticompetitive Effects of Vertical Restraints
        1. Facilitating Collusion
        2. Excluding Rivals
    3. Vertical Restraints and Regulated Industries
4. COMPETITIVE ANALYSIS OF VERTICAL RESTRAINTS

1. Step One: Market Structure Screen
2. Step Two: A Structured Rule of Reason Analysis
1. Ease of Entry
2. Other Factors
1. How high is the VRI and coverage ratio?
2. Are conditions in the relevant markets conducive to collusion?
3. How exclusionary is the restraint?
4. The intent of the parties
5. Are restraints used by small firms or new entrants?
6. Can the firm or firms engaging in the restraint identify credible procompetitive efficiencies from the practice?
5. TYING ARRANGEMENTS
1. Nature and Effects of Tying
2. Judicial Treatment of Tying
3. Screen and Competitive Analysis of Tying Arrangements
6. MARKET DEFINITION PRINCIPLES
1. Product Market Definition
2. Geographic Market Definition
3. Step One v. Step Two
Dated: As of January 23, 1985

1. PURPOSE OF THE GUIDELINES

These Guidelines explain the enforcement policy of the U.S. Department of Justice («Department») concerning nonprice vertical restraints subject to sections 1 and 2 of the Sherman Act or section 3 of the Clayton Act. They set forth the general principles and specific standards used by the Department in analyzing the likely competitive effects of nonprice vertical restraints. By stating its policy as simply and clearly as possible, the Department hopes to contribute to the orderly development of vertical restraints case law, and thereby help reduce the uncertainty associated with enforcement of the antitrust laws in this area. A reduction in antitrust uncertainty should assist business planning and encourage the use of lawful vertical practices.

Vertical restraints are arrangements between firms operating at different levels of the manufacturing or distribution chain (for example, between a manufacturer and a wholesaler or a wholesaler and a retailer) that restrict the conditions under which firms may purchase, sell, or resell. Although vertical restraints can take a variety of forms, these Guidelines focus primarily on two major categories of restraints that may give rise to anticompetitive concerns:

- Territorial and Customer Restraints - restrictions on the territory in which, or customers to which, a buyer is permitted to resell goods purchased from the seller, including location clauses, areas of primary responsibility, and profit pass-over arrangements.

- Exclusive Dealing Arrangements - requirements that a buyer deal only with a particular seller or that a seller deal only with a particular buyer or group of buyers, including exclusive distributorships, sole outlet provisions, and requirements contracts.

In addition, the Guidelines discuss separately a third category of vertical restraints, tying arrangements, which are requirements that the buyer of a product or service purchase a second, distinct product or service as a condition of purchasing the first.

As the Supreme Court recognized in Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., 433 U.S. 36, 54-57 (1977), vertical restraints may promote competition by allowing a manufacturer to achieve efficiencies in the distribution of its products and by permitting firms to compete through different

methods of distribution. In some cases, however, vertical restraints also may be used to facilitate collusion among competitors or to exclude rivals. Therefore, the legality of a vertical restraint in each case depends on its economic effect, assessed under a «rule-of-reason» standard.

The courts have been applying the economic analysis required by Sylvania to the facts of particular cases before them, but the method of antitrust analysis in this area remains somewhat uncertain. As a result, businesses may be deterred from using procompetitive vertical practices by the prospect of long and costly litigation with unpredictable results. The economy is harmed when lawful, efficient conduct is avoided because of legal uncertainty. Conversely, the economy is harmed when vertical restraints, on balance, have an anticompetitive effect.

These Guidelines are intended to eliminate as much uncertainty as possible by describing relatively simple standards to analyze vertical restraints. Section 2 discusses the coverage of these Guidelines. Section 3 examines the most prominent procompetitive and anticompetitive effects of vertical restraints. Section 4 outlines the Department's two-step rule of reason analysis. In Step One, the Department uses a market power «screen» to identify cases in which the risk of competitive harm from a restraint is so insignificant that there is no need to inquire further. It should be emphasized that a restraint is not to be deemed somewhat suspect merely because it is not screened out under Step One. Failure to be screened out under Step One simply means that more analysis is needed. In Step Two, the Department undertakes a more in-depth analysis, incorporating a variety of other factors, to determine whether a restraint that was not screened out under Step One actually has anticompetitive effects. Section 5 deals with tying arrangements. Section 6 describes market definition principles used by the Department in analyzing vertical restraints.

2. COVERAGE OF THE GUIDELINES

The initial step in analyzing cooperative conduct involving several independent firms is to decide whether the activity falls into a category of conduct that is per se illegal. A restrain found to be in such a category is illegal regardless of its competitive effect.

The per se rule is a special aspect of rule of reason analysis. A restraint is per se unlawful if it has a «pernicious effect on competition and ... lack[s] any redeeming virtue». For example, naked agreements among competitors to set prices are per se unlawful because they are almost certainly aimed at increasing price and restricting output and they are highly unlikely to offer plausible competitive benefits. More generally, a practice is per se unlawful if it appears highly likely that it will restrict the output of the collaborators or increase their price and there is no plausible procompetitive justification for the practice (i.e., there is no plausible argument that the practice actually increases efficiency and consumer welfare).

The Supreme Court has made clear in several recent decisions that the per se rule may not be applied in situations where the conduct in question is reasonably necessary to achieve significant efficiencies or where the requisite «pernicious effect on competition» is absent. The Court's admonition against literal or blind application of per se rules is especially appropriate when dealing with vertical restraints, because experience and economic theory suggest that most nonprice vertical restraints do not «always or almost always tend to restrict competition and decrease output».

By providing a relatively simple, easy-to-use analysis that can effectively distinguish truly anticompetitive vertical restraints from all others, these Guidelines should minimize the need to rely on per se rules in this area. These Guidelines should eliminate the need to classify potentially anticompetitive vertical restraints as per se violations of the antitrust laws because of a concern that it is so difficult, time-consuming, and costly to prove an antitrust violation under the alternative —a cumbersome and unfocused rule of reason—. Thus, where there are doubts, characterization issues involving vertical restraints should be resolved in favor of a determination that the rule of reason, rather than the per se rule, applies.

2.1 Distinguishing Between Vertical Restraints and Horizontal Restraints

The appropriate focus of the antitrust laws should be the effect of restraints on competition among manufacturers of competing brands - interbrand competition - rather than their effect on competition among dealers of a single manufacturer's brands - intrabrand competition. The competitive consequences of restraints that affect interbrand competition are different from those that only affect intrabrand competition. Restraints on interbrand competition may have a significant negative impact on economic welfare. By contrast, vertical restraints that only affect intrabrand competition generally represent little anticompetitive threat and involve some form of economic integration between different levels of production or distribution that tend to create efficiencies.

Even though, in some cases, intrabrand restraints can be characterized as horizontal agreements because competing dealers act in concert, it is inappropriate to treat intrabrand agreements in the same manner that other horizontal agreements are treated. Such restraints can have no effect that could not also be obtained through the unilateral action of the manufacturer of the particular brands in question. An intrabrand agreement should not create the inference that a restraint is being «imposed» on a manufacturer. A manufacturer's dealers may be in a far better position than the manufacturer to observe shortcomings in the current method of distribution that reduce the ability of the manufacturer's brands to compete with other brands._ If a single manufacturer complies with a request of its dealers, the resulting restraint would be properly characterized as a vertical restraint imposed by the manufacturer.

The Department will not treat a restraint as horizontal merely because of communication among sellers of a single manufacturer's product. To establish that there is a horizontal agreement among manufacturers or among sellers of more than one manufacturer's brands, the antitrust analysis typically used to establish a horizontal conspiracy will be applied. If, under normal antitrust principles, a restriction is found to be the result of an agreement among distributors of competing brands affecting competition among those brands or of an agreement among competing manufacturers, the agreement is more properly labeled as horizontal.

Vertical restraints adopted as a result of agreement among firms in interbrand competition are far more likely to harm competition than those adopted unilaterally and therefore merit close scrutiny without regard to the structural criteria of the screens below. The Department also will carefully examine any agreements not to purchase from or sell to any particular person or type of person among sellers at the same level of distribution. For example, if several retailers agree among themselves not to carry the products of certain manufacturers, the Department will not apply the Step One screens below. Such agreements may be used to foreclose competitors and may have no efficiency justifications.

2.2 Dual Distribution

Some companies choose total vertical integration into distribution rather than reliance on contracts with independent distributors, and, in such cases, vertical integration may well be more efficient and lead to lower prices to consumers. Among possible savings from such vertical integration are more efficient planning, lower transaction costs, better control over performance, quicker implementation of marketing innovations, and better access to market information. Other companies may choose to integrate partially, making some of their sales directly while making other sales indirectly through independent dealers. Such variety in distribution may enable the companies to realize the efficiencies of vertical integration (for example, in dealing with large customers or special orders), while taking advantage of independent distributors in other circumstances (for example, in dealing with smaller customers or ones in more remote geographic areas). «Dual distribution» refers to suppliers' practice of selling to final consumers both directly and through independent dealers.

Situations involving dual distribution have sometimes erroneously been characterized as horizontal, and subjected to a per se analysis, because the supplier also acts as dealer. However, the fact that a supplier also engages in distribution does not make a restraint «horizontal». Accordingly, vertical restraints involving dual distribution will be analyzed in the same manner as other vertical restraints as outlined in Section 4 of these Guidelines, except that the existence of dual distribution affects the calculation of the market structure screen set forth in Section 4.1.

2.3 Distinguishing Between Price and Nonprice Restraints

For many years resale price maintenance has been held to be illegal per se, and so these Guidelines do not apply to resale price maintenance. All vertical restraints, however, even those that result in substantial procompetitive benefits, may have some effect on price. Therefore, it is important to avoid characterizing a particular restraint as resale price maintenance merely because it may have an effect on price. Before characterizing a practice as a price restraint subject to per se condemnation, there must be an agreement between a supplier and its distributors as to resale prices. Thus, if a supplier adopts a bona fide distribution program embodying nonprice restraints, these Guidelines will apply unless there is direct or circumstantial evidence (other than effects on price) establishing an explicit agreement as to the specific prices at which goods or services would be resold.

Further, in accordance with Eastern Scientific Co. v. Wild Heerbrugg Instruments, Inc., 572 F.2d 883 (1st Cir.), cert. denied, 439 U.S. 833 (1978), if a supplier adopts a bona fide distribution program embodying both nonprice and price restrictions, the Department will analyze the entire program under the rule of reason if the nonprice restraints are plausibly designed to create efficiencies and if the price restraint is merely ancillary to the nonprice restraints.

2.4 Intellectual Property

These Guidelines also do not apply to restrictions in licenses of intellectual property (e.g., patent, a copyright, trade secret, and know-how). Such restrictions often are essential to ensure that new technology realizes its maximum legitimate return and benefits consumers as quickly and efficiently as possible. Moreover, intellectual property licenses often involve the coordination of complementary, not competing, inputs. Thus, a rule of reason analysis is appropriate. Unless restrictions in intellectual property licenses involve naked restraints of trade unrelated to development of the intellectual property, or are used to coordinate a cartel among the owners of competing intellectual properties, or suppress the creation or development of competing intellectual properties, the restrictions should not be condemned. However, because the anticompetitive risks and the procompetitive benefits of restrictions in licenses are somewhat different from the potential of typical vertical restraints, the rule of reason analysis may also differ from (and be even more lenient than) that set out in these Guidelines.

2.5 Vertical Restraints that are Always Legal

Certain types of vertical restraints are widely recognized as legal, and are subject to very little antitrust uncertainty. For example, manufacturers may lawfully choose to deal through a limited number of outlets —so-called «selective distribution»— and their mere refusal to sell through other outlets is clearly proper. Moreover, arrangements under which a manufacturer assigns areas of «primary responsibility» to a dealer without imposing absolute territorial limits generally have been upheld by the courts. Likewise, «location clauses», establishing or restricting the outlets from which dealers can sell, have been consistently upheld. Finally, «profit passover» arrangements, whereby a dealer is required to compensate other dealers for sales made in their territories, have been approved, especially where such arrangements are reasonably related to reimbursing dealers for their advertising, promotional, and post-sale servicing efforts. Because these forms of vertical restraints

pose negligible anticompetitive risks and have significant potential to enhance efficiency, these Guidelines are not intended to cast doubt on the legality of these forms of vertical restraints and do not apply to them. The Guidelines are directed instead at those airtight vertical restraints (territorial and customer restraints and exclusive dealing arrangements) the legal status of which remains somewhat uncertain.

3. PROCOMPETITIVE AND ANTICOMPETITIVE EFFECTS OF VERTICAL RESTRAINTS

Vertical restraints exist in a variety of forms and combinations and may produce a variety of competitive effects. This section of the Guidelines examines some of the more prominent procompetitive and anticompetitive effects of vertical restraints.

3.1 Procompetitive Effects of Vertical Restraints

In recent years, there has been increased recognition of the procompetitive functions performed by vertical restraints. The following discussion highlights those functions that generally are regarded as the most significant. It is not intended, however, to be an exhaustive list of efficiency-enhancing functions that vertical practices may serve or that should be considered in evaluating the competitive effect of a particular restraint.

First, and perhaps most important, vertical restraints that limit the number of outlets may lower distribution costs by enabling each distributor to obtain scale economies, to spread such fixed costs as facilities and training of service personnel over a higher volume of sales, and thus to lower the cost of distributing a product. Second, restraints such as exclusive distribution may facilitate entry of a new producer into a market by enabling distributors to recover initial market development costs. Third, limiting the number of distribution outlets may be the most efficient method of insuring the provision of pre-sale demonstration and other informational services that consumers want and that are necessary to effective marketing of a technically complex product. In those circumstances, in the absence of vertical restraints a dealer may invest too little in such services because other dealers that do not provide the services may «free ride» on the services that the dealer has provided. By reducing the threat of free-riding, vertical restraints may enable a dealer to capture a significant fraction of the increase in total demand that is generated by his investment in informational services and, therefore, encourage dealers to expend the effort required to provide those services. Fourth, vertical restraints, such as exclusive dealerships, may allow a supplier to protect its investment in services provided to dealers (e.g., advertising) by preventing dealers from using those services to sell the goods of other suppliers. Fifth, vertical restraints - for example, requirements contracts - may permit firms to allocate costs or risks among themselves in a manner that may permit the accomplishment of transactions that otherwise would be impossible or at least much less feasible. Finally, vertical restraints can improve product quality and safety and reduce transactions costs in numerous circumstances.

3.2 Anticompetitive Effects of Vertical Restraints

Although vertical restraints generally have a procompetitive or competitively neutral effect, in some cases they may facilitate collusion among competitors or may be used by one or more competitors to exclude their rivals. This Section describes the minimal market structure conditions that must exist before it is plausible that vertical restraints have such anticompetitive effects.

3.21 Facilitating Collusion

Vertical restraints may be used to facilitate collusion among dealers of different suppliers.

For example, dealers may induce all or almost all suppliers of a product to award exclusive territories. This could facilitate collusion among dealers by limiting the number of dealers that must agree to fix prices or restrict output and by protecting colluding dealers within a geographic market from the threat of outside competition in response to supracompetitive prices. In addition, suppliers could police the cartel by replacing uncooperative dealers.

In addition, suppliers may be able to use vertical restraints to facilitate a collusive scheme of their own. In particular, suppliers may attempt to facilitate collusion among dealers where (i) direct collusion among suppliers is impractical or more costly than collusion among dealers, and (ii) suppliers can share in the dealers' supracompetitive profits. Unless both of these conditions are met, it would not be in the economic interest of a supplier to foster the development of market power among its dealers.

Vertical restraints are likely to facilitate collusion only if (after the imposition of the restraints) relatively few dealers account for most sales of the product in the geographic area, relatively few suppliers account for most of the sales in the geographic area, and the practice is widely used by large suppliers in the geographic area. Facilitation of collusion through the use of vertical restraints is unlikely unless the level of the market that instigates the restraints (the «primary market») is relatively highly concentrated (prior to the imposition of the restraints). If the primary market is unconcentrated, the coordination and policing of the competitors' conduct will be very costly, if not impossible, in the absence of an explicit agreement among the competitors. In addition, if the combined market share of the firms in the other market (the «secondary market») is small, the practice is unlikely to facilitate collusion because it is unlikely significantly to increase the effective level of market concentration in the secondary market. Finally, vertical restraints are unlikely to facilitate successful collusion unless entry into the primary market is difficult. If entry is easy, new competitors would quickly enter and undercut attempted collusion.

Thus, vertical restraints are unlikely to facilitate collusion unless three market conditions are met:

7. Concentration is high in the primary market;
8. The firms in the secondary market using the restraint account for a large portion of sales in that market; and
9. Entry into the primary market is difficult.

3.22 Excluding Rivals

It is also possible that vertical restraints - particularly, exclusive dealing - may have the effect of excluding rivals by prohibitively raising either their cost of a vital input or their cost of distribution. For example, in the case of exclusive dealing, a supplier (or group of suppliers acting independently) may require that its dealers not deal in the goods of competing suppliers. This would force rival suppliers either to secure alternative independent dealer outlets or to integrate vertically into distribution. If these two alternatives are much more costly than dealing with the «foreclosed» dealers would have been, rivals of the supplier may be prevented from entering the market or from expanding output, or may be forced to exit the market. Alternatively, a firm (or firms) at any stage of the manufacturing or distribution chain may enter into long-term exclusive contracts for the supply of a vital input, leaving little or no present production of the input for new entrants or fringe firms. In the short run, a rival firm would be unable to obtain a sufficient amount of the input to allow it to operate at minimum efficient scale, or would be required to use more costly substitutes. Over the long run, a rival firm either would have to enter into the production of the input itself, operate at a suboptimal scale or use more costly inputs until the exclusive contracts with existing firms expire, or rely on new entry into production of the input by others. If these three alternatives are significantly

more costly than dealing with the «foreclosed» suppliers would have been, rival firms may be prevented from entering the market or from expanding output, or may be forced to exit the market.

An exclusive dealing arrangement is unlikely to be used to exclude rivals unless it has two characteristics: (a) it must significantly raise rivals' costs of gaining access to an input or to distribution facilities, and (b) if the restraint raises a firm's own costs, the firm (or firms) employing this restraint must be able to collect a sufficiently large return from the practice to offset the increase in its (or their) costs caused by the restraint.

In turn, for exclusive dealing to facilitate anticompetitive exclusion, the following market conditions normally must be met:

1. The «nonforeclosed market» is concentrated and leading firms in the market use the restraint;
2. The firms subject to the restraint control a large share of the «foreclosed market»; and
3. Entry into the «foreclosed market» is difficult.

Anticompetitive exclusion is not likely to result from exclusive dealing arrangements if any of these conditions is absent. If the firms in the «nonforeclosed market» using the restraint are small and numerous, they cannot, on an individual basis, foreclose a great deal of the market, or raise their rivals' costs by more than their own (condition one). Furthermore, foreclosing inputs or distribution facilities would present no problem to a firm seeking to expand in or enter into the output market if it could easily enter into the «foreclosed market» itself or count on entry by other firms in response to the increased demand for input production or distribution facilities (condition three). If the restraint does not affect all or a large share of the «foreclosed market», firms can use remaining available capacity (condition two). For example, rivals are unlikely to be foreclosed if a firm signs all of its dealers to exclusive dealing contracts, but its dealers represent only a small proportion of the dealers in the geographic market.

3.3 Vertical Restraints and Regulated Industries

Industries that have entry or rates regulated (such as energy, communications, and transportation) may be subject to competitive distortions that alter the normal economic effects of various business practices, including vertical restraints. Accordingly, the Department may be required to apply a somewhat different analysis to vertical restraints in industries that have entry or rates regulated.

4. COMPETITIVE ANALYSIS OF VERTICAL RESTRAINTS

The Department employs a two-step process to analyze vertical restraints. First, it takes a «quick look» in order to screen out particular restrictions that are extremely unlikely to have any anticompetitive consequences. It does this by thoroughly defining markets and then applying a simple «market structure screen» against which firms using restraints are evaluated. Uses of vertical restraints that pass muster under this screen, because the firms using the restraints have small market shares, because the restraints are not widely used, or because the restraints are used in markets too unconcentrated for the exercise of market power, are not subjected to further scrutiny. Step One's reliance on easy-to-apply market definitions and rules of thumb is designed to encourage its use by the courts and by private parties and thereby to facilitate the use of restraints that clearly pose no threat to competition.

Uses of vertical restraints that are not «screened out» in Step One are examined more closely by the Department. (Because even those vertical restraints not «screened out» in Step One are unlikely to have anticompetitive effects, a restraint is not deemed suspect merely because it is not screened out under Step One.) In Step Two, the Department will more carefully delineate the markets in which

the restraints operate and then will assess ease of entry, concentration levels, and other factors bearing on the likelihood that market power can be exercised. This «structured rule of reason» identifies those restraints that are likely to have anticompetitive consequences.

4.1 Step One: Market Structure Screen

After having defined product and geographic markets, the Department will employ a «market structure screen» in order to eliminate from further consideration those restraints that, in all likelihood, have no anticompetitive effects. Uses of vertical restraints by firms with small market shares, those restraints operating in unconcentrated markets, and of those that do not cover a substantial percentage of the sales or capacity in the secondary (foreclosed) market, are unlikely effectively to facilitate collusion or to foreclose competitors from the market. Accordingly, if a firm has a very low market share or operates in a market that is unconcentrated or that is not covered extensively by the restraint, it normally cannot use vertical restraints to accomplish an anticompetitive effect, and its use of such restraints will not be challenged.

The Department will employ the following screen in evaluating territorial and customer restrictions and exclusive dealing arrangements. The use of a vertical restraint by a particular firm will not be challenged if:

10. the firm employing the restraint has a share of the relevant market of 10 percent or less; or
11. the VRI is under 1,200 and the coverage ratio is below 60 percent in the same (e.g., supplier or dealer) relevant market; or
12. the VRI is under 1,200 in both relevant markets; or
13. the coverage ratio is below 60 percent in both relevant markets. In short, this screen provides four alternative tests that can be applied by a firm considering using a restraint. If any one of the tests is satisfied, the Department will not challenge the use of the restraint in question.

The first part of the screen provides a safe harbor for the use of vertical restraints by any firm having ten percent or anticompetitive effect to be plausible, the primary (nonforeclosed) market would have to be at least moderately concentrated and firms employing the restraint would have to account for a large share of the market (i.e., the VRI would have to exceed 1200). For an anticompetitive effect to be plausible, a substantial portion of the secondary (foreclosed) market also would have to be subject to the restraint (i.e., the coverage ratio would have to exceed 60). The third test treats the use of restraints as legal if both markets are unconcentrated or the restraint is not used by the leading firms (i.e., if both markets have a VRI below 1,200) because neither market could be a primary (nonforeclosed) market in which an anticompetitive effect is plausible under these circumstances. The fourth test provides that restraints will not be further scrutinized if substantial portions of both markets are not subject to restraint. Under such market conditions, neither market satisfies the condition in the secondary (foreclosed) market necessary for a restraint plausibly to have an anticompetitive effect.

The Step One screen allows firms to employ the information that is most accessible to them in determining how the Department will assess their restraints. This should encourage the use of procompetitive restraints by making it as simple as possible to decide whether a restraint will be subject to close Departmental scrutiny. Small firms can rely on the first test, and need not concern themselves with market structure. Firms that only have information on one market can use the second test. Firms that have information either on market concentration or on the share of the market under restraint - but not both - can apply the third or fourth test.

Four examples illustrate how the Department's screen will be applied.

- Example One. Two suppliers with 8 percent market shares and two dealers with 9 percent market shares employ vertical restraints. Applying the first test, the Department will not challenge the use of vertical restraints by these firms.

- Example Two. Two suppliers with 20 percent market shares and one supplier with a 10 percent market share employ territorial and customer restrictions. The supplier market VRI = 202 + 202 + 102 = 400 + 400 + 100 = 900. Fifty percent of the supplier market is subject to restraint. Applying the second test, the Department will not challenge these vertical restraints.

- Example Three. Five suppliers with 15 percent market shares and three dealers with 19 percent market shares are subject to territorial and customer restrictions. The dealer level VRI = 192 + 192 + 192 = 361 + 361 + 361 = 1,083. The supplier level VRI = 152 + 152 + 152 + 152 + 152 = 225 + 225 + 225 + 225 + 225 = 1,125. Applying the third test, the Department will not further scrutinize these restraints.

- Example Four. Fifty percent of the supplier market and 55 percent of the capacity in the dealer market are subject to exclusive dealing restrictions. Applying the fourth test, the Department will not further scrutinize these restraints.

The Department recognizes that a national manufacturer (or national distributor) operating in a large number of local markets may be concerned about whether it satisfies the Step One screen in each individual market. It should be emphasized that the Department will not further scrutinize a firm's entire network of restraints merely because a restraint fails to pass the Step One screen in a small number of markets. Rather, the Department will only further examine the use of restraints in those markets where the Step One screen is not satisfied. Furthermore, the Department will view the fact that a firm's restraints pass muster under Step One in most markets as tending to indicate that the restraints in those few markets analyzed in Step Two are more likely to be procompetitive than anticompetitive.

4.2 Step Two: A Structured Rule of Reason Analysis

The Department will apply a «structured rule of reason» analysis to those vertical restraints that are not eliminated from consideration under the Step One screen delineated above. The Step One screen merely determines whether two of the minimal conditions that must exist in order for vertical restraints to be anticompetitive are present. Although those conditions are necessary, they are by no means sufficient; in fact, their presence does not even imply that an anticompetitive effect is reasonably likely. Vertical restraints rarely have a significant anticompetitive effect. In Step Two of the analysis, various other conditions are examined to determine whether an anticompetitive effect is likely to be present. In most cases, restraints not «screened out» in Step One will be found not to have an anticompetitive effect through direct evidence of market performance or other evidence indicating that the markets in which the restraint appear are functioning competitively. In addition, other facts may indicate that, under the circumstances, the restraint will not produce a significant exclusionary or collusion facilitating effect. In some cases, further investigation will uncover persuasive evidence indicating that the restraint actually serves an efficient, procompetitive purpose.

The Step Two structured rule-of-reason analysis is not a broad-ranging inquiry into all aspects of the business and industry under examination. Rather, it focuses exclusively on effects on competition. Rather, it focuses exclusively on effects on competition. A Step Two structured rule-of-reason analysis proceeds as follows. Having failed under Step One to exclude the possibility that a vertical restraint might promote collusion or the exclusion of rivals, the Department seeks to determine whether the restraint on balance is anticompetitive. After more carefully defining markets, the Department first examines entry conditions at both the supplier and dealer level.

Both collusion and exclusion require that entry be difficult in at least one market. Thus, if entry is easy in both markets, the Department will conclude that the use of vertical restraints is lawful. If entry is easy in just one market, the Department generally will look at other factors to determine the likelihood that an anticompetitive consequence will flow from the vertical restraint under consideration. The finding of easy entry in just one market will cause the Department to conclude that the vertical restraint is lawful if: (1) it is clear that exclusion is the only possible anticompetitive effect of the restraint, and entry is very easy in the foreclosed market; or (2) it is clear that collusion is the only possible anticompetitive effect of the restraint and entry is easy in the primary market.

If entry considerations do not indicate that it is highly implausible that anticompetitive consequences will flow from a restraint, the Department will analyze other factors bearing on the likelihood that the restraint is anticompetitive rather than procompetitive. If, on balance, these other factors suggest that anticompetitive consequences are implausible, the Department will not challenge the restraint.

4.21 Ease of Entry

In examining a restraint under Step Two, the Department first examines entry conditions at both the supplier and dealer levels. The analysis of entry conditions parallels that used in merger analysis, i.e., the Department will ask whether significant entry would be likely to occur within a relatively short time in the event of a significant and nontransitory increase in price. While there is no single yardstick used to measure ease of entry, several factors may be examined in evaluating relative ease of entry. Entry is relatively difficult if it requires a costly investment in specialized production or distribution facilities or if it can only be accomplished over a long period of time. For example, if entry into the manufacture of a product requires the construction of a high-cost plant that cannot readily be adapted to other uses, entry at the supplier (manufacturing) level is difficult. Entry into a market at the dealer level will be relatively difficult if, for the product in question, it normally takes years for a dealer to establish sufficient goodwill to achieve a significant level of sales. Entry at either the supplier or dealer level may be relatively difficult if commercial success can be achieved only with extensive investments over time in marketing, training, and promotional activities or with operation at a large scale.

Finally, it should be noted that the ease of entry in distribution is assessed with respect to the product under consideration. Thus, for a product sold through supermarkets, the issue is the ease of entering the distribution of that one product - not necessarily the ease of entering grocery retailing. If, however, it were necessary to construct a chain of retailers in order to enter the distribution of a single product, then entry into the distribution of the product could be difficult in the sense that a very large price increase for the product would be necessary to induce entry.

4.22 Other Factors

If an anticompetitive explanation for the vertical restraint under study cannot be ruled out after an analysis of structural considerations under Step One and of entry conditions, the Department will look at other factors, as explained below.

Where vertical restraints have been in existence for a sufficient length of time to make it possible to evaluate their actual competitive effects, the Department will look primarily to an analysis of those effects in deciding whether or not to challenge the restraints. The Department recognizes that in many instances it may not be possible to determine what actual economic effect vertical restraints may have had. The restraints may have been in effect for too short a time to permit a meaningful analysis of their actual competitive consequences, or for some other reasons the results of such an inquiry may be inconclusive. In such instances, the Department will look to the relevant factors that indicate the likelihood that the restraint is anticompetitive. Below is an illustrative list of such factors.

4.221 How high is the VRI and coverage ratio?

In Step Two the Department uses a somewhat more refined delineation of the relevant markets. It also determines whether collusion or exclusion is the more likely competitive problem and which of the two markets is the primary or nonforeclosed market. Having done this, the Department computes the VRI for the primary (nonforeclosed) market and the coverage ratio for the secondary (foreclosed) market. If the recomputed VRI for the primary (nonforeclosed) market falls below 1200 or the recomputed coverage ratio for the secondary (foreclosed) market falls below 60, the Department will deem the restraint lawful. If such is not the case, the Department will take the magnitudes of the VRI and coverage ratio into account in assessing the likely effect of the restraint. The higher the VRI or the coverage ratio, the greater is the likelihood of a significant anticompetitive effect.

4.222 Are conditions in the relevant markets conducive to collusion?

Vertical restraints are more likely to be used to facilitate collusion in markets with conditions conducive to collusion. For example, collusion is a more likely explanation if only the price need be agreed upon (as in the case of homogeneous goods) than if several aspects of a product - such as price, style, and quality - need be coordinated (as in the case of a heterogeneous product). Collusion also is a more likely explanation if there is a history of collusion in the supplier or dealer markets in which the restraints exist than if there is no such history. (For other conditions conducive to collusion, see Merger Guidelines §§ 3.42-3.44.)

4.223 How exclusionary is the restraint?

Whether and to what extent vertical restraints have an exclusionary effect depends on the extent to which they make it difficult for a small or entering firm to secure the inputs needed to operate at efficient scale. If within a reasonably short time a small or entering firm is able to contract for the inputs and distribution outlets needed to operate at an efficient scale on terms equivalent to those achieved by existing firms, then there is no exclusionary effect. A number of factors determine whether such will be the case. In general, the longer the term of a vertical restraint (especially if such a term cannot be justified by the need to encourage investment) the more likely it is that the restraint is exclusionary. For example, large suppliers' exclusive dealing arrangements that are limited to a one-year term and that do not penalize dealers that subsequently switch suppliers are unlikely to exclude new suppliers from the market. In contrast, an exclusionary effect is more likely where large suppliers' exclusive dealing contracts have very long terms and assess major financial penalties against dealers who change suppliers.

Also relevant is the size of the minimum efficient scale of operations in the supplying or distributing markets as compared with that in the manufacturing market. For example, if the minimum efficient scale of distribution is very large, exclusionary effects are more likely. The Department will take into account the surrounding circumstances of each case in evaluating the duration and restrictiveness of vertical restraint provisions. Depending on the content, particular restrictions may bring about efficiencies in certain market settings but unjustifiably restrain competition in other very different marketplace situations.

4.224 The intent of the parties

On occasion there may be direct evidence of the intent of firms employing restraints, and this may be a good indication of the likely consequences of the practice. For example, if the responsible officials of a firm involved in a vertical restraint adopted it solely to facilitate collusion, that would be a strong indication that suppression of competition is the most likely explanation for the re-

straint. Evidence indicating an apparent anticompetitive purpose must be evaluated carefully, however, because it may merely be an expression of excessive zeal on the part of low-level employees with little ability to influence corporate decisions or it may simply reflect a purpose to prevail over competitors by lawful means.

4.225 Are restraints used by small firms or new entrants?

If many of the firms employing vertical restraints have small market shares or have entered the market recently (e.g., within the past two years), there is good reason to believe that the restraints in question are not being used for an anticompetitive purpose, unless the restraints were imposed by dominant firms at the adjacent level of distribution. Small firms are unlikely to be using a vertical restraint to exclude larger rivals or to facilitate a collusive scheme. Thus, if small firms use a restraint at their own initiative, the motivation is most likely to be the pursuit of efficiency. If recent entrants employ the restraint, the most likely purpose is to persuade dealers to carry and promote a product - a procompetitive purpose. While a vertical practice may be used for both efficiency and anticompetitive purposes, its voluntary use by new entrants or firms with small market shares makes it more credible that its use by other firms in the market is designed to achieve potential efficiency gains.

4.226 Can the firm or firms engaging in the restraint identify credible procompetitive efficiencies from the practice?

While an inability to demonstrate efficiencies should not be interpreted as proof of an anticompetitive explanation for a restrain (efficiencies may be present but the firms may be unable to demonstrate them), an ability to demonstrate efficiencies that withstand scrutiny indicates that an anticompetitive explanation is less plausible than it would be in the absence of an efficiency justification. For example, an exclusive territorial arrangement justified on the ground that it prevents dealers from free riding is more likely to withstand scrutiny if suppliers can point to promotional activities or other dealer-provided services that are fostered by the existence of exclusive territories.

5. TYING ARRANGEMENTS

5.1 Nature and Effects of Tying

Under a tying arrangement, a seller requires that the buyer of a product purchase a second, distinct ?product as a condition of purchasing the first. The first product is referred to as the «tying» product and the second product is referred to as the «tied» product.

Tying arrangements often serve procompetitive or competitively neutral purposes. One procompetitive use is to protect the integrity or reputation of a product. Where the manner in which purchasers use a product may affect a manufacturer's reputation and future sales, the manufacturer may ensure that the purchaser maintains desired standards by tying the sale of the product to a maintenance contract or to sales of «approved» parts, and thus reduce the risk of inferior service by distributors.

Another procompetitive use of tying is to redistribute risk. For example, a manufacturer may induce distributors to carry a new product by selling it to them at a low price, while relying on expected sales of some tied item used in conjunction with the new product to generate his profits. The manufacturer, thus, assumes a greater share of the risk that the new product will be rejected by consumers. If the new product proves very popular, the distributors will require many of the related items, and the manufacturer will receive a large reward. If the new product does not succeed, however, the distributors will require very few of the related items and will have to pay very little. This «risk shar-

ing» efficiency may apply to a wide range of licensing, franchising, and similar distributional arrangements that involve tying.

Tying arrangements also have uses that are neither clearly procompetitive nor clearly anticompetitive, such as to achieve price discrimination. Because price discrimination has ambiguous or unpredictable welfare effects (e.g, some consumers may benefit from the practice, while others may be harmed), there is no firm basis for condemning the use of tying to further this goal.

Tying arrangements generally do not have a significant anticompetitive potential. It has been posited that tying arrangements may be used to eliminate independent suppliers of the tied product and thereby exclude rivals who produce the complementary, tying product. The exclusionary effect in such cases flows, however, not from tying but from any exclusive dealing or vertical integration that accompanies the tying. In the absence of exclusive dealing requirements, the supplier of the tying product cannot deprive its rivals' customers of access to other sellers of the tied product. Thus, rival producers of the tying product will be able to compete effectively for customers with the firm employing the tie.

5.2 Judicial Treatment of Tying

The Supreme Court recently held that tying arrangements are illegal per se when (1) the seller has market power in the tying market, (2) the tying and tied products are separate,_ and (3) there is a substantial adverse effect in the tied product market. Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 104 S. Ct. 1551 (1984). If the seller does not possess «dominant» market power in the market for the tying product, the tying arrangement will be upheld under the rule of reason, unless it can be proved that the arrangement otherwise unreasonably restrained competition in the market for the tied product.

5.3 Screen and Competitive Analysis of Tying Arrangements

The Department will employ the following screen in evaluating tying cases:

- The use of tying will not be challenged if the party imposing the tie has a market share of thirty percent or less in the market for the tying product. This presumption can be overcome only by a showing that the tying agreement unreasonably restrained competition in the market for the tied product.

- This screen recognizes that where the party imposing a tie has a share of thirty percent or less in the market for the tying product, «dominant» market power does not exist - and the tie is not per se illegal. It recognizes as well that where a tying agreement does not unreasonably or significantly restrain competition in the tied product market, it is legal. In many cases, it may be immediately apparent that a tie has not significantly blunted competition in the tied product market. In such instances, the Department will conclude, without detailed inquiry, that the tie should not be challenged.

- If the market share in the tying product market is over thirty percent, the Department will attempt to determine whether the seller has «dominant» market power. Where the seller has dominant power, and the other factors necessary to find a per se violation are present, a tie will be considered per se illegal. In those situations where dominant market power is not present, the Department will apply a rule of reason analysis. Employing this analysis, it will only challenge those ties that unreasonably restrain competition in the tied product market, taking into account the competitive considerations previously described. In short, the mere fact that a seller has more than thirty percent of the market for the tying product does not necessarily indicate that the use of tying is anticompetitive.

6. MARKET DEFINITION PRINCIPLES

Using the standards described below, the Department will define the relevant markets at each level of distribution affected by the restraint. These standards are designed to enable the Department to analyze the likely competitive impact of a restraint within economically meaningful markets - i.e., markets in which a firm or firms employing a particular restraint could effectively exercise market power. The group of goods or services (hereinafter «product») and geographic area that comprise a market are referred to respectively as the «product market» and the «geographic market».

6.1 Product Market Definition

Where a vertical restraint involves a single identifiable product or group of products that remain essentially unchanged through the distribution chain, the product market will be the same at each level of distribution. Where, however, a vertical restraint involves an input that is used by the purchaser to manufacture a separate identifiable product for resale or a «tied» or «tying» product, separate product markets will be defined for both levels of distribution.

In defining product markets, the Department will employ the general market definition principles set forth in its Merger Guidelines. At each level of distribution, the Department will begin by considering each, narrowly defined product subject to the restraint under scrutiny. It will then ask what would happen if a hypothetical monopolist of that product imposed a small but significant and nontransitory increase in price. If the price increase would cause so many buyers to shift to other products that the price increase would not be profitable for the hypothetical monopolist, the Department will add to the product group the product that is the next best substitute for the product subject to the vertical restraint and ask the same question again. This process will continue until a group of products is identified for which a hypothetical monopolist's price increase would be profitable.

As in the case of analyzing markets for mergers, application of this market definition procedure normally will lead the Department to include more than a single brand of a product in the market. In most cases, there is significant competition among competing brands of a product, and defining a product market to correspond to a single brand of a product would yield unrealistic answers to the Department's economic analysis.

6.2 Geographic Market Definition

Taking into consideration the existence and nature of vertical restraints, the Department also will define the relevant geographic market for each level of the distribution chain. The purpose of geographic market definition is to establish a geographic boundary that roughly separates firms that are important factors in the competitive analysis of a vertical restraint from those that are not.

In defining the geographic market or markets affected by a vertical restraint, the Department will employ the general market definition principles set forth in its Merger Guidelines. At each level of distribution, the Department will begin with the location of each firm employing the restraint under scrutiny and ask what would happen if a hypothetical monopolist of the product subject to the restraint imposed a small but significant and nontransitory price increase at that location. If this action caused so many buyers to shift products produced in other areas that a hypothetical monopolist producing or selling the relevant product at the firm's location would not find it profitable to impose such an increase in price, the Department will add the location from which production is the next-best substitute for production at the location of the firms subject to restraint and ask the same question again. This process will be repeated until the Department identifies an area in which a hypothetical monopolist could profitably impose a small but significant and nontransitory increase in price.

6.3 Step One v. Step Two

For purposes of the Department's Step One inquiry, it will often be easy quickly to identify in rough terms the relevant geographic and product markets. For example, the product market may be defined as the product or products subject to the restraint and obvious substitutes. The geographic market may often be shaped by existing well-established patterns of distribution channels and territories. Such «quick look» market definition usually will suffice for the Step One inquiry; more refined analysis would defeat the purpose of the «quick look» step.

Step Two, however, sometimes may require a more refined analysis of the relevant market structure and, therefore, a more precise definition of the relevant markets. Therefore, in Step Two, the Department will rely on the market definition approach outlined above, which is essentially the analysis used by the Department in analyzing mergers.

6.1.3.2. National Association of Attorneys General Vertical Restraints Guidelines Adopted Dec. 4, 1985; Amended Dec. 8, 1988 and March 25, 1995

1. PURPOSE AND SCOPE OF THE GUIDELINES

The Guidelines explain the general enforcement policy of the fifty state attorneys general who comprise the National Association of Attorneys General (NAAG) concerning resale price maintenance agreements and non-price vertical restraints of trade subject to Sections 1 and 2 of the Sherman Act Section 3 of the Clayton Act and analogous provisions of the antitrust laws of those States which have enacted them.

In most states the Attorney General is the primary or exclusive public enforcer of the state's antitrust laws. Mie Attorneys General also represent their states and the natural person citizens of their states in federal antitrust litigation.

Vertical restraints are arrangements among businesses operating at different levels of an industry, e.g., between a manufacturer and a distributor or between a wholesaler and a retailer. They restrain the way, or price at which, these firms may buy, sell or resell goods and services. These guidelines focus primarily on resale price maintenance agreements, exclusive dealing arrangements, and other foreclosure restraints such as tie-ins, which condition the sale of one product or service on the purchase of a second distinct product or service.

These guidelines embody a general enforcement policy of NAAG and its members. Individual Attorneys General may vary or supplement this general policy to allow for variations in precedents among the federal circuits, differences in state antitrust laws and the exercise of their individual prosecutorial discretion. The Guidelines are not (a substitute for) properly submitted *amici curiae* briefs, which focus on the facts of particular cases. The «rule of reason» inquiry which the Supreme Court requires to determine the legality of non-price restraints is complicated and contextual. That is, the contours of the rule of reason inquiry appropriate for a particular vertical restraint will depend on specific market and industry factors not reducible to any broadly applicable formula. Attorneys General may file briefs *amici curiae* in vertical restraint cases where such participation is warranted or requested by any federal or state court.

The Guidelines serve two primary purposes. First, the guidelines clearly mark the boundaries between horizontal agreements and resale price maintenance agreements that are *per se* unlawful and those purely non-price vertical agreements subject to a rule of reason analysis. Second, the guidelines describe and explain the factors that are relevant to the Attorneys General in conducting a rule of reason analysis of a non-price vertical restraint.

Neither these guidelines nor any other generalized statement of enforcement policy can assure businesses that a particular restraint win or will not be held lawful in court. Real cases present market and industry variables too numerous to be measured adequately in general formulae. Furthermore, no public enforcement policy can or should inhibit private litigation. Private parties have been and will continue to be the primary enforcers of the antitrust laws. In many cases the superior knowledge and experience of business litigants may result in better enforcement decisions than can be made by prosecutors whose knowledge is based only on theory and inquiry. Finally, although federal and state enforcement agencies can characterize the law, it remains for Congress to make those laws and for the judiciary to interpret the law.

2. CATEGORIZATION OF RESTRAINTS

A literal reading of Section 1 of the Sherman Act would condemn ail concerted activity which restrains trade or commerce among the States, including conduct as innocuous and necessary as a simple contract to sell and **buy.** However, the Supreme Court has interpreted the prohibition of the Act to reach only those concerted restraints of trade which are «unreasonable». After nearly a century of interpretation, the Court has further refined the doctrine prohibiting unreasonable restraints of 'trade into two broad categories of arrangements: those which are *per se* unlawful and those whose legality (reasonableness) are to be determined under the so-called «rule of reason»' analysis. In the *per se* category are restraints of trade such as price fixing, whose anticompetitive effects are so uniform and unequivocal that the Courts will condemn them without any inquiry into the actual economic effects of the practice in a given case. Restraints which are not *per se* unlawful are subject to a rule of reason inquiry into their expected or actual market effects. Among these practices are non-price vertical restraints.

The foregoing doctrines require a threshold determination of whether a restraint *is per se* unlawful or subject to the far reaching market effect analysis which is detailed below. *Per se* or rule of reason categorization will in turn often depend upon whether a restraint is horizontal or vertical in nature, and if vertical, whether the arrangement restraints pricing decisions or non-price aspects of the marketing process. This initial characterization of restraints is especially important when firms engage in more dm one restraint or when they exert pressure or coercion at one level of an industry that ultimately imposes a restraint at another level.

If it is unstructured a full rule of reason analysis can be inherently cumbersome, protracted and imprecise. In addition to expressing a judgment on the social and economic value of certain restraints, per *se* rules provide the business community with the certainty and predictability that are conducive to rational decision making. However, the distinctions between *per se* and rule of reason standards adopted in the Guidelines are rooted in settled case law and do not represent any independent policy choice between such rules.

2.1 Categorizing price and non-price vertical restraints

Resale price maintenance agreements ('RPM'), also called vertical price-fixing agreements, are *per se* unlawful and have been so since the 1911 Supreme Court decision in *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.,* 220 U.S. 373. *Dr. Miles* also discussed the *per se* illegality of single brand horizontal price-fixing arrangements and equated the conclusively presumed anticompetitive effects of both practices.

RPM can be prosecuted as a crime under the federal antitrust laws. Although such criminal challenges have been infrequent, RPM may be prosecuted as such by the Attorneys General in appropriate cases where state antitrust laws provide for c al sanctions.

An RPM agreement is reached when two or more independent firms at different levels in the distribution system agree to fix, raise, lower, maintain or stabilize the price at which goods or services will be resold.l4Miere need not be any agreement on specific resale prices or price levels. A practice under which a supplier's obligation to provide some benefit to a distributor, when it depends at Leas in part, on the price at which the distributor resells the supplier's product, may be viewed as a type of RPM agreement.

Non-price vertical restraints may have the effect of raising the prices at which goods or services are resold. However, a purely non-price vertical restraint, such as an exclusive distributorship, should not be treated as an RPM agreement merely because it has an effect on price.

A more significant issue of categorization is raised when a supplier and its distributors have adopted both RPM and other non-price vertical restraints of trade. While in such cases the RPM agreement *is per se* illegal, questions have arisen as to whether the non-price restraints should then also be treated as *per se* unlawful

The Attorneys General will treat the issue as one of fact, i.e., are the non-price restraints adopted to reinforce or assure the success of the price-fixing arrangement or is such their predominant effect? If so, the non-price restraints will be treated as *per se* unlawful. In conducting the factual inquiry necessary to determine whether non price restraints were adopted to reinforce an RPM agreement, the Attorneys General will be cognizant of several general principles germane to this issue. First, firms engaging in RPM are already willfully violating a long established and well understood aspect of the antitrust laws.

Second, the reselling parties to an RPM agreement have a tendency to cheat on the conspiracy by engaging in indirect forms of price competitioril7 The adoption of non-price vertical restraints may help maintain the discipline and effectiveness of the RPM agreement.

Finally, it is widely recognized that one of the harmful effects of RPM is to help maintain a supplier's cartel. The adoption of non-price vertical restraints, especially exclusive distributorships, may reinforce the cartel maintaining properties for which the RPM schemes were initially adopted.

2.2 Categorizing horizontal and vertical restraints

In accordance with settled and longstanding Supreme Court precedent, the Attorneys General will treat all horizontal agreements to fix prices or allocate customers, markets or territories as *per se* violations of Sherman Act Section 1 and analogous state law provisions. The Supreme Court has held that both intrabrand and interbrand competition are protected by the law. Accordingly, the Court has consistently held horizontal agreements *per se* unlawful whether the conspirators are competitors selling different brands or the same brand.

An issue of categorization may arise when a manufacturer (or distributor) and dealers agree or form a combination to fix prices or price advertising and ¡t appears that each dealer agrees to so restrict its pricing or price advertising upon the condition that other dealers act accordingly or with knowledge that other dealers are so acting. *In Business Electronics, Inc. v. Sharp Electronics, Inc.,* 108 S. Ct. 1515, 1525 (1988), the Court characterized such a combination as horizontal in nature. 'Therefore, in accordance with the teaching of *Sharp Electronics,* the Attorneys General will evaluate vertical price fixing agreements and combinations to determine whether they are also properly characterized as being horizontal in nature.

2.3 Dual Distribution

Dual distribution occurs when a supplier of a product also acts as a dealer of its product in actual or potential competition with independent distributors of the product. Because of the competitive presence of the supplier at the dealer level, issues of categorization arise when a dual distributing supplier imposes vertical restraints which diminish or limit its competition with independent dealers.

If the restraint takes the form of a vertical price-fixing agreement, the categorization issue is less significant in the sense that both vertical and horizontal price-fixing agreements are *per se* unlawful.

The mere fact that a supplier is a dual distributor should not automatically cause a non-price vertical restraint to be characterized as a horizontal agreement. A dual distributing supplier may impose a vertical restraint with the intent that it efficiently organize its dealers to engage in interbrand competition and without primary regard to the supplier's presence at the dealer level. Such a restraint will be evaluated under the rule of reason analysis specified in Section 4.

If the intent or predominant effect of the restraint is to prevent competition for the firm in its dealer capacity, the restraint will be treated as horizontal in nature and effect When actual intent to restraint competition for the firm acting as dealer is found, this factor will be dispositive.

The following factors will be evaluated by the Attorneys General in determining whether to treat a vertical restraint imposed by a dual distributor as horizontal:

1) Whether a high percentage of the brand's sales at the dealer level are made by company owned outlets.

2) Whether the non-price restriction diminishes inteibrand competition because it restraints competing dealers who sell both the supplier's brand and competing brands.

3) Whether the competing independent dealers are also interbrand competitors of the firm at the supplier level.

3. THE POTENTIAL EFFECTS OF NON-PRICE VERTICAL RESTRAINTS OF TRADE

In the 1977 *Sylvania* decision, the Supreme Court determined that the legality of non-price vertical restraint of trade would be judged under a rule of reason analysis, thereby abandoning the previous rule that such restraints were conclusively presumed to be unreasonable, i.e., illegal *per se.* The basis of the Court's ruling was its Recognition of a growing body of economic literature which had theorized that in certain situations vertical restraints might enhance efficiency and spur competition among manufacturers or suppliers of competing brands. The Court required a rule of reason inquiry to balance any pro-competitive interbrand effects against the diminution or elimination of intrabrand competition, which vertical restraints always intentionally cause.

3.1 Economic theories concerning the effects of vertical restraints

It is difficult to generalize about the application of economic theory in this area because marks often deviate from the model of perfect competition in significant ways. However, models which properly account for market variations can usefully inform policy and enforcement decisions provided fidelity to the facts is maintained when modelling assumptions are developed. Models which do not account for the market imperfections likely to he present will often lead to inaccurate or incomplete enforcement decisions.

Application of the traditional model of perfect competition can be both inconclusive and flawed. Similarly, the wholesale application of vertical integration theory to the analysis of vertical restraints

can be misleading. It must also be recognized that those theorists who extol the efficiency enhancing properties of vertical restraints often premise such support on the assumption that the given market will *ultimately* expunge vertical restraints which decrease efficiency and are anticompetitive. But this is only likely to happen if the market workably conforms to the assumptions underlying the model of perfect competition. These assumptions include, for example, that consumers make rational decisions based upon perfect knowledge of the marketplace, without the distortions introduced by misleading or misinformative advertising or market power at the producer or retailer level. Today's markets rarely comport with thus deal situation. Indeed, if markets were perfectly. competitive in this sense, producers and retailers would have no incentive to adopt vertical restraints to certify quality, prevent free-riding or induce retailers to undertake greater promotional effort.

Furthermore, the view that the markets will expunge market inefficiencies in the long run is nothing more than an extension of the observation that the market will ultimately destroy all cartels, all monopolies and all collusion. However, the Congress and state legislatures have adopted antitrust laws because they were unwilling to wait for ultimate market cure and the inefficiency and consumer welfare losses attendant upon waiting for this lengthy process to run its course.

3.2 Pro-competitive effects of non-price vertical restraints

Non-price vertical restraints of trade can increase efficiency and consumer welfare in a number of ways. The Attorneys General will consider are these benefits only if the parties demonstrate that these benefits are likely to exist, that they will be Significant in magnitude, that they will outweigh all of die anticompetitive effects of die restraints, and that the benefits will be passed on to consumers. The Attorneys General will not presume such benefits present. Although there are numerous variations to each of these theories, the principal theories are as follows.

3.2A Increasing interbrand competition

By diminishing or extinguishing intrabrand competition, a supplier may provide existing or new dealers with the incentive to devote additional effort to advertising, services and other forms of product enhancement and differentiation. These additional services may enable the product to compete effectively in the interbrand struggle, even as it diminishes intrabrand competition.

This argument is premised, in part, on the assumption that a rational supplier acting unilaterally may have no interest in strengthening the power of its dealers, and in some - sense, his interests are consistent with ultimate consumers. Therefore, when a vertical restraint is unilaterally imposed and enhances dealer power it may be intended to strengthen the product in the interbrand market.

3.2B Eliminating free-riding

A second theoretical benefit resulting from vertical restraints may be the reduction of «free-riding» Free-riding is said to occur when discount or off-price dealers, who neither advertise, service or otherwise enhance a product, reap the benefits of such services performed by other dealers who must charge a higher price for the product An exclusive distributorship may Prevent such activity from occurring and thereby induce retailers to undertake a host of pre post-sale service and promotional activities.

The free-ride phenomenon is much disputed among theorists, especially with regard to certain products for which servicing or product enhancement is highly unlikely. Others have argued that free-riding could be eliminated through less restrictive means such as contract provisions or promotional fees. Also, some have argued that retailer promotional activities can be misleading especially, where consumers assume that the retailer is neutral as to various brands.

3.2C Retailer certification of quality

Certain retailers develop reputations for only carrying high quality products. Consumers may rely on such retailers to in effect «certify» that products they carry are of high quality thereby reducing consumer search costs. In some cases, the certification process can be costly to the retailer. Hence, retailers may be less likely to carry or «certify» a producer's product where other retailers are permitted a free-ride on the certifying retailer's efforts.

Although the argument may have validity in some markets, ¡t relies on the assumption that consumers are unable to evaluate product quality. Only where such certification serves as a surrogate for accurate, relevant product information may consumers benefit sufficiently to offset the likely adverse impact from reduced intrabrand competition caused by such restraints.

Also, quality certification can often be achieved more efficiently through producer-level image advertising or directly purchased through promotional fees.

3.2D New entry

Finally, in some circumstances a vertical restraint may facilitate the entry of a new product into the market. An exclusive distributorship may give dealers the incentive to carry and promote a new product and assure a level of advertising or servicing necessary to win acceptance for a new product. As with the foregoing potential benefits of non-price vertical restraints, this benefit is not presumed. Their existence or likelihood must be demonstrated.

3.3 Anticompetitive effects of non-price vertical restraints

3.3A Elimination of intrabrand competitive

The most obvious and inevitable effect of most non-price vertical restraints of trade is the diminution or elimination of intrabrand competition. Intrabrand competition can be a strong counterweight to limited interbrand competition. As previously discussed, the Supreme Court has clearly held that the antitrust laws protect this kind of, competition and require a balancing of anticompetitive effects in the intrabrand market against any pro-competitive interbrand effects in determining the legality of a restraint.

3.3B Facilitation of collusion

A second possible anticompetitive effect of vertical restraints is the facilitation of collusion among suppliers and or dealers, when certain market conditions exist.

When most or all of the competing suppliers in a concentrated industry limit the number and geographical reach of their dealers, a dealer's cartel will be shielded from competitive prices from outside the cartel's region. Similarly, direct collusion among suppliers or collusion with dealers acting as surrogates is facilitated. Furthermore, the widespread use of such restraints facilitates the policing of a conspiracy, by strictly controlling the number of outlets that must be monitored for compliance.

3.3C Exclusion of competitors

Vertical restraints can raise entry barriers, erect new barriers and force competitors to operate inefficiently. When the dominant firms in a concentrated market bind available dealers to exclusive dealing arrangements, rivals of the dominant firms or potential entrants may have difficulty arranging for the distribution of their products. Potential entrants may be forced to enter the market at two levels rather than one, making entry significantly more costly. Existing competitors may be

forced to vertically integrate or find new independent dealers. Either option may be more costly than distributing through the now foreclosed dealers.

A firm may contract for the exclusive right to purchase an important component in the manufacturing or distribution process. If the exclusive arrangement leaves insufficient quantities of the important component for competitors, potential or existing, entry barriers may be raised and costs of production increased. This will occur if the competing firms must integrate into the production of the component and this is more costly, or if they are forced to substitute a less cost-effective or suitable component.

3.3D Allocate inefficiency from retail promotion induced by vertical restraints

When vertical restraints operate at the retail level and affect multibrand retailers, these retailers have a financial incentive to promote a particular brand over others that they sell. Consumers, not knowing this, may continue to regard the multi-brand retailer as an objective advice-giver. The consumer may buy a brand not consistent with the consumer's preferences because of this promotion, a result inconsistent with the allocation of resources expected from a workably competitive market.

3.3E Reinforcement of oligopolistic behavior

In oligopolistic market the previously discussed tendency of vertical restraints to facilitate overt collusion and raise entry barriers, also facilitates tacit collusion and reinforces patterns of consciously patterns behavior. Also, erosion of the oligopoly is retarded by making entry more costly.

4. *THE RULE OF REASON ANALYSIS OF NON-PIUCE VERTICAL RESTRAINTS OF TRADE*

The decision to challenge a particular vertical restraint will be made after an analysis of the arrangement under the factors listed in this section and in Section 3 above. Although certain factors may be deemed more important in certain contexts, no single factor is dispositive. That is, there are no arbitrary cutoff points which can be said to assure that a restraint will or will not definitely be challenged. Such arbitrary tests, while useful in other contexts, and appealing because of the certainty they seemingly provide, are of little utility in reaching a reasoned determination or enforcing the law in this complex area.

4.1 Intrabrand effects

The factors in Section 4 have as their primary function, the prediction or assessment of the competitive effects of a vertical restraint in the *interbrand* market, although certain intrabrand effects will be noted. Vertical restraints are always intended to diminish or eliminate interbrand competition. Where a specific restraint or attribute of a restraint tends to ameliorate these anticompetitive intrabrand effects, it will be noted.

4.2 Fungible and highly differentiated products

The competitive effects of a particular restraint will be influenced by whether the product involved is fungible or highly differentiated.

High product differentiation produces less elastic demand for the product in the near term, that is the demand is less sensitive to price changes in the short run. The dealers of such a product may be able to raise prices significantly without customer defection to other brands. In essence, high product differentiation produces greater market power.

It has also been demonstrated that the additional services, advertising or product differentiation which may result from restraints such as territorial restrictions may only be valued by the marginal consumers of established, highly differentiated products. If some consumers of the product do not want the additional service or place little value on it, the loss of consumer welfare to such consumers may well exceed any welfare gains to marginal consumers.

In contrast a fungible product, or one for which there is easy and suitable substitution, will produce a market with highly elastic demand and vigorous interbrand price competition. However, fungible products are subject to less product enhancement by dealers. The prevention of «free-riding» is generally inapposite. Furthermore, a restraint which truly induces additional dealer services may cause interbrand free-riding effects, an inefficient result. Collusion is also more likely to be successful in the markets for fungible products, but this effect will depend upon market concentration and coverage factors discussed in Section 4.8.

4.3 Multiple exclusive distributorships

If a dealer is granted the exclusive right to distribute two or More competing products in the same geographical territory, interbrand competition is substantially eliminated for those brands. The greater the number and market share of brands exclusively distributed by a single dealer with a territorial monopoly the greater will be the anticompetitive effect in the interbrand market. Collusion will also be greatly facilitated.

4.4 Dealer involvement in the imposition of a restraint

The unilateral imposition of a vertical restraint by a supplier may be motivated by the desire to enhance the competitiveness of a product m the interbrand market

An intrabrand agreement among dealers which is imposed upon or adopted and policed by a supplier is *per se* unlawful, as discussed in Section 2.2.

However, between unilateral imposition of a vertical restraints and horizontal conspiracy, there are varying levels of dealer participation or coercion which may cause a supplier to impose a restraint. Thus participation is a relevant factor in assessing whether a particular restraint is likely to serve any procompetitive purpose in the interbrand market

At one extreme, a supplier may have received sporadic, uncoordinated requests by individual dealers that a restraint be imposed. At the other end of the spectrum, a group of dealers may have actually engaged in an interbrand conspiracy by jointly petitioning a manufacturer to impose a restraint.

The Attorneys General will consider the role that dealer pressure played in the institution of a vertical restraint. It will be considered in terms of its magnitude, frequency and the level of its coordination. The more frequent and more forceful the pressure, the less likely that the supplier imposed the restraint for pro-competitive reasons and the more likely that the supplier merely bowed to dealer pressure, motivated by the dealers' shortsighted desire to reap monopoly profits.

The phenomenon of dealer pressure that has, arguably, not reached the point of conspiracy, also occurs among multibrand dealers. When such pressure leads to the adoption of vertical restraints by many suppliers, not only is the pro-competitive interbrand rationale absent, but results similar to interbrand collusion are achieved.

4.5 The requirement and performance of additional services under vertical restraints

One rationale for the imposition of vertical restraints is that they are necessary to induce and assure the advertising, services and product enhancement which will allow a product to compete effectively in the interbrand market.

The Attorneys General will consider whether a supplier imposing a vertical restraint *requires* dealers to perform additional advertising, pre-sale demonstration, post-sale servicing and other forms of product enhancement and monitors compliance with those requirements. The nature of the additional services will also be considered.

In the case of a restraint which has already been in effect, the Attorneys General will also assess to what extent these additional services were actually provided after the restraint was imposed.

4.6 Natural longevity v. contractual longevity of restraints

Natural market forces tend to expunge anticompetitive restraints. Therefore, in certain circumstances, the fact that a particular type of restraint has existed for a long time may prove that the restraint is not anticompetitive. On the other hand con al provisions can keep anticompetitive restraints in force for a longer period than natural market forces would normally permit. Thus the fact that a particular type of restraint has existed for a long time can lead to two inferences:

l) that the restraint has existed a long time because it is generally procompetitive.

2) that the re is anticompetitive but successful and has been kept in place by long contractual periods and its exclusionary effect

The Attorneys General will look carefully at market structure, the length of contract terms containing restraints and the ease of entry and exit from the market to determine which of the above inferences is appropriate.

4.7 Concentration and coverage of the markets

The tendency of vertical restraints to facilitate collusion among suppliers or dealers and exclusion of rivals increases with the concentration of the markets and coverage of a particular restraint or different restraints having the same effect. The attorneys General will attempt to ascertain the concentration levels in the supplier and dealer markets and the market shares of firms employing the vertical restraint under scrutiny.

A determination of the extent to which a vertical restraint may facilitate collusion or exclusion will be made in accordance with the following precepts:

(a) If the supplier and dealer markets are not concentrated or the restraint is not utilized by firms with a large market share, collusion or exclusion is not significantly facilitated by the restraint.

(b) If either the dealer or supplier market is concentrated and highly covered by a restraint, collusion in the concentrated market will be facilitated. The absence of exclusion will not be considered an ameliorating factor, since the entrant of a new entrant into a concentrated market does not collusion.

(c) If one market is both highly concentrated and highly covered by a restraint and the other market is highly covered, collusion and exclusion will be facilitated in the first market.

(d) If both supplier and dealer markets are concentrated and covered by a restraint, collusion and exclusion will be facilitated in both markets.

The higher the actual concentration and coverage figures, the more pronounced will be the tendency to facilitate collusion and/or exclusion. There are various ways of measuring concentration and coverage which can be utilized when accurate market share data is available.

Certain specific values have become associated with the concept of a «concentrate industry». While these are useful guideposts, no hard and fast cut-off point will be applied in these Guidelines. Nevertheless, the Attorneys General will be unlikely to challenge a non-price vertical t when the markets involved, in ail of the relevant levels of distribution, have HHI's less than 1000, or when all of the relevant parties to a non-price vertical agreement have less than 10 percent of their respective markets.

4.8 Indicia of tacit collusion or conscious parallelism

Related to the tendency of widely adopted vertical restraints to facilitate collusion and exclusion in concentrated markets is their tendency to reinforce patterns of consciously parallel or tacitly collusive behavior in oligopolistic markets.

When a restraint covers a high percentage of an oligopolistic market, it will tend to reinforce anticompetitive oligopolistic behavior. In turn a market will be considered oligopolistic if it is highly concentrated and some or ail of the following practices are, common to the industry:

1. price leadership
2. pre-announced price changes
3. price rigidity in response to excess capacity or diminished demand
4. Public pronouncements and discussions of the «right price» for the industry.
5. Systematic price discrimination
6. Past collusion regarding prices or marketing practices

4. 9 Entry Barriers

Barriers to enter the industry where the restraint is imposed will evaluated.

A vertical restraint may be utilized by an entrant to encourage dealers to distribute a new product and elicit the level of advertising to distribute a new product is acceptance with consumers. These are procompetitive goals.

As discussed in Section 49, widely adopted vertical restraints in concentrated industries may, however, facilitate exclusion by tying up available dealers or monopolizing a component necessary to manufacture or market a product.

The Attorneys General will also assess entry barriers in an industry which are unrelated to the restraints itself, because de length of time necessary for market forces to purge an anticompetitive restraint will be determinated by such conditions.

The Attorneys general will be less likely to challenge a restraint deemed anticompetitive after full analysis, if entry barriers are low. Artificial barriers, such as goverment regulation and licensing, will also be considered because they may erect obstacles to entry which market forces are powerless to correct.

4.10 Effect on consumer choice

There is virtual consensus among economists that a competitive market will produce a wide range of price/quality options. Vertical restraints can increase or decrease the number of price/quality options.

The Attorneys General will consider the actual or likely effect that a restraint has on such consumer choice in assessing a restraint.

4.11 Miscellaneous factors

In the assessment of particular restraints, additional miscellaneous factors may become relevant to the inquiry. Among these factors would be the regulatory climate in an industry, a history of collusion in the industry or evidence disclosing the actual competitive intent of the responsible officials of a firm imposing a vertical restraint.

5. TYING ARRANGEMENTS

Tying arrangements condition the sale of one distinct product or service (the tying product») on the buyer's agreement to purchase a second distinct product or service (the tied product) or agreement not to purchase the tied product or service from any other **supplier.**

Some tying arrangements are explicit, but others must he inferred from inducements short of a formal requirement. For example, when a fm sells two products separately but offers a steep discount when both products are purchased, a tying arrangement may be inferred. Similarly, when a firm significantly curtails service of one product unless another product is purchased, fails to cooperate with the purchaser in other respects, or fails to offer the buyer new products unless it also buys the product in question, an effective tie may be inferred.

Tying arrangements can unreasonably restrain trade and lead to anticompetitive effects by permitting a firm to exploit a dominant position in the market for the tying product by diminishing competition on the merits in the market for the tied product. Inferior tied products may be insulated from competition and entry of new competitors is made more difficult. In other cases, tying arrangements may represent an efficient means of packaging products or services which attract, rather than force consumes to purchase the tied products.

The Supreme Court has ruled on the characteristics which make a tying arrangement *per se* unlawful. In cases where the tying arrangements are not deemed *per se* unlawful, an abbreviated form of the rule of reason analysis specified in Section 4 will be utilized to determine whether a particular arrangement will be challenged.

5.1 Tying arrangements which are per se unlawful

The Supreme Court held, and the Attorneys General will deem, a tying arrangement *per se* unlawful if it has the following characteristics:

1) The tying and tied products (services) are distinct.

2) The arrangement forecloses a «'substantial volume of commerce» or there is a «substantial potential» of such impact on competition.

3) The firm tying the products has sufficient «market power» in the tying product to make anticompetitive «forcing... probable».

5.1A Distinct products

The requirement that the tying and tied products be distinct is satisfied if the two products can be provided separately and there is a distinct demand for each of the products. Distinct demand can be shown from actual separate sales or requests for such separate sales.

5.1B Impact on commerce

The requirement that the arrangements have the potential for affecting a substantial amount of commerce or have actually foreclosed a substantial amount of commerce is satisfied when it can be shown that substantial separate sales would occur absent the tying arrangement.

5.1C Market power sufficient to make «forcing» a probable outcome

The final requirement for *per se* treatment of a tying arrangement is that the firm possess sufficient «market power» in the tying product to create the probability that consumers will be forced to buy the tied product, thereby diminishing «merit» competition for sales of the tied product.

Market power is sufficient to make forcing a probable outcome if the firm employing the arrangement has a monopoly over the tying product (including a patent), a dominant position in the market for the tying product or offers a «unique product that competitors are not able to offer». Such market power can be present in aftermarkets where the seller has a relatively small share of the original equipment market, but substantial leverage in aftermarkets as the result of information problems. Market power can additionally be inferred in part from a large defendant market share, or ¡t can be present even if the defendant's market share is smaller due to the existence of significant market imperfections.

In any event, actual proof of substantial anticompetitive forcing will satisfy the test of market power.

5.2 Analysis of tying arrangements under the rule of reason

When a seller employing tie-in sales has insufficient market power to «force» the purchase of the tied product, analysis under the rule of reason is required to determine whether the arrangement unreasonably restraints trade. The analysis requires an inquiry into the effect of the arrangement on the quality, supply and demand for both the tying and tied products, but focuses primary on the market for the tied products. Efficiencies, business justifications, and actual competitive intent, when ascertainable, will also be evaluated. Because many of the factors utilized in the analysis of other non-price vertical restraints have little relevant in analyzing the competitive consequences of tying an abbreviated form of the analysis discussed in Section 4 will be applied.

5.2A Degree of product differentiation of the tying product

A product may not be so highly differentiated as to be «unique», (thereby not satisfying the market power test for *per se* treatment) yet be sufficiently differentiated so as to approach, but not reach, a position of «market power». The more highly differentiated a tying product, the more likely a tying arrangement will tend to diminish merit competition for sales of the tied product.

5.2B Coverage and entry barriers

If ail or most of the firms in the market for the tying product adopt similar tying an-arrangements and the barriers for entry into that market are high, the arrangements will have a greater adverse

impact on merit competition in the market for the tied product. This would also substantially limit buyer choice in terms of the number of packaging options. However, if as a result of the tying arrangement, the tying and tied products are now available in a greater variety of packages, separate or tied, buyer choice is increased and the tying arrangement may enhance consumer welfare.

6. MARKET DEFINITION

In analyzing purely non-price vertical restraints of trade in accordance with the factors discussed in Sections 4 and 5, the Attorneys General will utilize the market definition principles set forth in the 1993 Horizontal Merger Guidelines of the National Association of Attorney Generals. (See Sections 3.1, 3.11, 3.2 and 3.21 of the Guidelines.) The product and geographic market should be analyzed separately for each product subject to the restraint.

These market definition principles will be applied in most cases. However, as an alternative, the methodology for defining markets set forth in the 1992 DOJ-FIC Merger Guidelines may be used when such analysis is appropriate under the principles set forth in Section 3A of the 1993 Horizontal Merger Guidelines.

6.13.3. PROPIEDAD INTELECTUAL: Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property / April 6, 1995

TABLE OF CONTENTS

1. Intellectual property protection and the antitrust laws
2. General principles
2.1 Standard antitrust analysis applies to intellectual property
2.2 Intellectual property and market power
2.3 Procompetitive benefits of licensing
3. Antitrust concerns and modes of analysis
3.1 Nature of the concerns
3.2 Markets affected by licensing arrangements
3.2.1 Goods markets
3.2.2 Technology markets
3.2.3 Reseach and development: Innovation markets
3.3 Horizontal and vertical relationships
3.4 Framework for evaluating licensing restraints
4. General principles concerning the Agencies' evaluation of licensing arrangements
4.1 Analysis of anticompetitive effects
4.1.1 Market structure, coordination, and foreclosure
4.1.2 Licensing arrangements involving exclusivity
4.2 Efficiencies and justifications
4.3 Antitrust «safety zone»
5. Application of general principles
5.1 Horizontal restraints
5.2 Resale price maintenance
5.3 Tying arrangements
5.4 Exclusive dealing
5.5 Cross-licensing and pooling arrangements
5.6 Grantbacks
5.7 Acquisition of intellectual property rights
6. Enforcement of invalid intellectual property rights

1. Intellectual property protection and the antitrust laws

1.0 These Guidelines state the antitrust enforcement policy of the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (individually, «the Agency», and collectively, «the Agencies») with respect to the licensing of intellectual property protected by patent, copyright, and trade secret law, and of know-how. By stating their general policy, the Agencies hope to assist those who need to predict whether the Agencies will challenge a practice as anticompetitive. However, these Guidelines cannot remove judgment and discretion in antitrust law enforcement. Moreover, the standards set forth in these Guidelines must be applied in unforeseeable circumstances. Each case will be evaluated in light of its own facts, and these Guidelines will be applied reasonably and flexibly.

In the United States, patents confer rights to exclude others from making, using, or selling in the United States the invention claimed by the patent for a period of seventeen years from the date of issue. To gain patent protection, an invention (which may be a product, process, machine, or composition of matter) must be novel, nonobvious, and useful. Copyright protection applies to original works of authorship embodied in a tangible medium of expression. A copyright protects only the expression, not the underlying ideas. Unlike a patent, which protects an invention not only from copying but also from independent creation, a copyright does not preclude others from independently creating similar expression. Trade secret protection applies to information whose economic value depends on its not being generally known. Trade secret protection is conditioned upon efforts to maintain secrecy and has no fixed term. As with copyright protection, trade secret protection does not preclude independent creation by others.

The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare. The intellectual property laws provide incentives for innovation and its dissemination and commercialization by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, more efficient processes, and original works of expression. In the absence of intellectual property rights, imitators could more rapidly exploit the efforts of innovators and investors without compensation. Rapid imitation would reduce the commercial value of innovation and erode incentives to invest, ultimately to the detriment of consumers. The antitrust laws promote innovation and consumer welfare by prohibiting certain actions that may harm competition with respect to either existing or new ways of serving consumers.

2. General principles

2.0 These Guidelines embody three general principles:

a. for the purpose of antitrust analysis, the Agencies regard intellectual property as being essentially comparable to any other form of property;

b. te Agencies do not presume that intellectual property creates market power in the antitrust context; and

c. the Agencies recognize that intellectual property licensing allows firms to combine complementary factors of roduction and is generally procompetitive.

2.1 Standard antitrust analysis applies to intellectual property

The Agencies apply the same general antitrust principles to conduct involving intellectual property that they apply to conduct involving any other form of tangible or intangible property. That is not to say that intellectual property is in all respects the same as any other form of property. Intellectual property has important characteristics, such as ease of misappropriation, that distinguish it from many other forms of property. These characteristics can be taken into account by standard antitrust analysis, however, and do not require the application of fundamentally different principles.

Although there are clear and important differences in the purpose, extent, and duration of protection provided under the intellectual property regimes of patent, copyright, and trade secret, the governing antitrust principles are the same. Antitrust analysis takes differences among these forms of intellectual property into account in evaluating the specific market circumstances in which transactions occur, just as it does with other particular market circumstances.

Intellectual property law bestows on the owners of intellectual property certain rights to exclude others. These rights help the owners to profit from the use of their property. An intellectual property owner's rights to exclude are similar to the rights enjoyed by owners of other forms of private property. As with other forms of private property, certain types of conduct with respect to intellectual property may have anticompetitive effects against which the antitrust laws can and do protect. Intellectual property is thus neither particularly free from scrutiny under the antitrust laws, nor particularly suspect under them.

The Agencies recognize that the licensing of intellectual property is often international. The principles of antitrust analysis described in these Guidelines apply equally to domestic and international licensing arrangements. However, as described in the 1995 Department of Justice and Federal Trade Commission Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, considerations particular to international operations, such as jurisdiction and comity, may affect enforcement decisions when the arrangement is in an international context.

2.2 Intellectual property and market power

Market power is the ability profitably to maintain prices above, or output below, competitive levels for a significant period of time. The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the *specific* product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power. If a patent or other form of intellectual property does confer market power, that market power does not by itself offend the antitrust laws. As with any other tangible or intangible asset that enables its owner to obtain significant supracompetitive profits, market power (or even a monopoly) that is solely «a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident» does not violate the antitrust laws. Nor does such market power impose on the intellectual property owner an obligation to license the use of that property to others. As in other antitrust contexts, however, market power could be illegally acquired or maintained, or, even if lawfully acquired and maintained, would be relevant to the ability of an intellectual property owner to harm competition through unreasonable conduct in connection with such property.

2.3 Procompetitive benefits of licensing

Intellectual property typically is one component among many in a production process and derives value from its combination with complementary factors. Complementary factors of production include manufacturing and distribution facilities, workforces, and other items of intellectual property. The owner of intellectual property has to arrange for its combination with other necessary factors to realize its commercial value. Often, the owner finds it most efficient to contract with others for these factors, to sell rights to the intellectual property, or to enter into a joint venture arrangement for its development, rather than supplying these complementary factors itself.

Licensing, cross-licensing, or otherwise transferring intellectual property (hereinafter «licensing») can facilitate integration of the licensed property with complementary factors of production. This integration can lead to more efficient exploitation of the intellectual property, benefiting consumers through the reduction of costs and the introduction of new products. Such arrangements increase the value of intellectual property to consumers and to the developers of the technology. By poten-

tially increasing the expected returns from intellectual property, licensing also can increase the incentive for its creation and thus promote greater investment in research and development.

Sometimes the use of one item of intellectual property requires access to another. An item of intellectual property «blocks» another when the second cannot be practiced without using the first. For example, an improvement on a patented machine can be blocked by the patent on the machine. Licensing may promote the coordinated development of technologies that are in a blocking relationship.

Field-of-use, territorial, and other limitations on intellectual property licenses may serve procompetitive ends by allowing the licensor to exploit its property as efficiently and effectively as possible. These various forms of exclusivity can be used to give a licensee an incentive to invest in the commercialization and distribution of products embodying the licensed intellectual property and to develop additional applications for the licensed property. The restrictions may do so, for example, by protecting the licensee against free-riding on the licensee's investments by other licensees or by the licensor. They may also increase the licensor's incentive to license, for example, by protecting the licensor from competition in the licensor's own technology in a market niche that it prefers to keep to itself. These benefits of licensing restrictions apply to patent, copyright, and trade secret licenses, and to know-how agreements.

EXAMPLE 1

Situation:
ComputerCo develops a new, copyrighted software program for inventory management. The program has wide application in the health field. ComputerCo licenses the program in an arrangement that imposes both field of use and territorial limitations. Some of ComputerCo's licenses permit use only in hospitals; others permit use only in group medical practices. ComputerCo charges different royalties for the different uses. All of ComputerCo's licenses permit use only in specified portions of the United States and in specified foreign countries. The licenses contain no provisions that would prevent or discourage licensees from developing, using, or selling any other program, or from competing in any other good or service other than in the use of the licensed program. None of the licensees are actual or likely potential competitors of ComputerCo in the sale of inventory management programs.

Discussion:
The key competitive issue raised by the licensing arrangement is whether it harms competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in the absence of the arrangement. Such harm could occur if, for example, the licenses anticompetitively foreclose access to competing technologies (in this case, most likely competing computer programs), prevent licensees from developing their own competing technologies (again, in this case, most likely computer programs), or facilitate market allocation or price-fixing for any product or service supplied by the licensees. (*See* section 3.1.) If the license agreements contained such provisions, the Agency evaluating the arrangement would analyze its likely competitive effects as described in parts 3-5 of these Guidelines. In this hypothetical, there are no such provisions and thus the arrangement is merely a subdivision of the licensor's intellectual property among different fields of use and territories. The licensing arrangement does not appear likely to harm competition among entities that would have been actual or likely potential competitors if ComputerCo had chosen not to license the software program. The Agency therefore would be unlikely to object to this arrangement. Based on these facts, the result of the antitrust analysis would be the same whether the technology was protected by patent, copyright, or trade secret. The Agency's conclusion as to likely competitive effects could differ if, for example, the license barred licensees from using any other inventory management program.

3. Antitrust concerns and modes of analysis

3.1 Nature of the concerns

While intellectual property licensing arrangements are typically welfare-enhancing and procompetitive, antitrust concerns may nonetheless arise. For example, a licensing arrangement could include restraints that adversely affect competition in goods markets by dividing the markets among firms that would have competed using different technologies. *See, e.g.*, Example 7. An arrangement that effectively merges the research and development activities of two of only a few entities that could plausibly engage in research and development in the relevant field might harm competition for development of new goods and services. *See* section 3.2.3. An acquisition of intellectual property may lessen competition in a relevant antitrust market. *See* section 5.7. The Agencies will focus on the actual effects of an arrangement, not on its formal terms.

The Agencies will not require the owner of intellectual property to create competition in its own technology. However, antitrust concerns may arise when a licensing arrangement harms competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license (entities in a «horizontal relationship»). A restraint in a licensing arrangement may harm such competition, for example, if it facilitates market division or price-fixing. In addition, license restrictions with respect to one market may harm such competition in another market by anticompetitively foreclosing access to, or significantly raising the price of, an important input, or by facilitating coordination to increase price or reduce output. When it appears that such competition may be adversely affected, the Agencies will follow the analysis set forth below. *See generally* sections 3.4 and 4.2.

3.2 Markets affected by licensing arrangements

Licensing arrangements raise concerns under the antitrust laws if they are likely to affect adversely the prices, quantities, qualities, or varieties of goods and services either currently or potentially available. The competitive effects of licensing arrangements often can be adequately assessed within the relevant markets for the goods affected by the arrangements. In such instances, the Agencies will delineate and analyze only goods markets. In other cases, however, the analysis may require the delineation of markets for technology or markets for research and development (innovation markets).

3.2.1 Goods markets

A number of different goods markets may be relevant to evaluating the effects of a licensing arrangement. A restraint in a licensing arrangement may have competitive effects in markets for final or intermediate goods made using the intellectual property, or it may have effects upstream, in markets for goods that are used as inputs, along with the intellectual property, to the production of other goods. In general, for goods markets affected by a licensing arrangement, the Agencies will approach the delineation of relevant market and the measurement of market share in the intellectual property area as in section 1 of the U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines.

3.2.2 Technology markets

Technology markets consist of the intellectual property that is licensed (the «licensed technology») and its close substitutes —that is, the technologies or goods that are close enough substitutes significantly to constrain the exercise of market power with respect to the intellectual property that is licensed—. When rights to intellectual property are marketed separately from the products in which

they are used, the Agencies may rely on technology markets to analyze the competitive effects of a licensing arrangement.

EXAMPLE 2

Situation:
Firms Alpha and Beta independently develop different patented process technologies to manufacture the same off-patent drug for the treatment of a particular disease. Before the firms use their technologies internally or license them to third parties, they announce plans jointly to manufacture the drug, and to assign their manufacturing processes to the new manufacturing venture. Many firms are capable of using and have the incentive to use the licensed technologies to manufacture and distribute the drug; thus, the market for drug manufacturing and distribution is competitive. One of the Agencies is evaluating the likely competitive effects of the planned venture.

Discussion:
The Agency would analyze the competitive effects of the proposed joint venture by first defining the relevant markets in which competition may be affected and then evaluating the likely competitive effects of the joint venture in the identified markets. (*See* Example 4 for a discussion of the Agencies' approach to joint venture analysis.) In this example, the structural effect of the joint venture in the relevant goods market for the manufacture and distribution of the drug is unlikely to be significant, because many firms in addition to the joint venture compete in that market. The joint venture might, however, increase the prices of the drug produced using Alpha's or Beta's technology by reducing competition in the relevant market for technology to manufacture the drug.

The Agency would delineate a technology market in which to evaluate likely competitive effects of the proposed joint venture. The Agency would identify other technologies that can be used to make the drug with levels of effectiveness and cost per dose comparable to that of the technologies owned by Alpha and Beta. In addition, the Agency would consider the extent to which competition from other drugs that are substitutes for the drug produced using Alpha's or Beta's technology would limit the ability of a hypothetical monopolist that owned both Alpha's and Beta's technology to raise its price.

To identify a technology's close substitutes and thus to delineate the relevant technology market, the Agencies will, if the data permit, identify the smallest group of technologies and goods over which a hypothetical monopolist of those technologies and goods likely would exercise market power —for example, by imposing a small but significant and nontransitory price increase—. The Agencies recognize that technology often is licensed in ways that are not readily quantifiable in monetary terms. In such circumstances, the Agencies will delineate the relevant market by identifying other technologies and goods which buyers would substitute at a cost comparable to that of using the licensed technology.

In assessing the competitive significance of current and likely potential participants in a technology market, the Agencies will take into account all relevant evidence. When market share data are available and accurately reflect the competitive significance of market participants, the Agencies will include market share data in this assessment. The Agencies also will seek evidence of buyers' and market participants' assessments of the competitive significance of technology market participants. Such evidence is particularly important when market share data are unavailable, or do not accurately represent the competitive significance of market participants. When market share data or other indicia of market power are not available, and it appears that competing technologies are comparably efficient, the Agencies will assign each technology the same market share. For new technologies, the Agencies generally will use the best available information to estimate market acceptance over a two-year period, beginning with commercial introduction.

3.2.3 Research and development: innovation markets

If a licensing arrangement may adversely affect competition to develop new or improved goods or processes, the Agencies will analyze such an impact either as a separate competitive effect in relevant goods or technology markets, or as a competitive effect in a separate innovation market. A licensing arrangement may have competitive effects on innovation that cannot be adequately addressed through the analysis of goods or technology markets. For example, the arrangement may affect the development of goods that do not yet exist. Alternatively, the arrangement may affect the development of new or improved goods or processes in geographic markets where there is no actual or likely potential competition in the relevant goods.

An innovation market consists of the research and development directed to particular new or improved goods or processes, and the close substitutes for that research and development. The close substitutes are research and development efforts, technologies, and goods that significantly constrain the exercise of market power with respect to the relevant research and development, for example by limiting the ability and incentive of a hypothetical monopolist to retard the pace of research and development. The Agencies will delineate an innovation market only when the capabilities to engage in the relevant research and development can be associated with specialized assets or characteristics of specific firms.

In assessing the competitive significance of current and likely potential participants in an innovation market, the Agencies will take into account all relevant evidence. When market share data are available and accurately reflect the competitive significance of market participants, the Agencies will include market share data in this assessment. The Agencies also will seek evidence of buyers' and market participants' assessments of the competitive significance of innovation market participants. Such evidence is particularly important when market share data are unavailable or do not accurately represent the competitive significance of market participants. The Agencies may base the market shares of participants in an innovation market on their shares of identifiable assets or characteristics upon which innovation depends, on shares of research and development expenditures, or on shares of a related product. When entities have comparable capabilities and incentives to pursue research and development that is a close substitute for the research and development activities of the parties to a licensing arrangement, the Agencies may assign equal market shares to such entities.

EXAMPLE 3

Situation:
Two companies that specialize in advanced metallurgy agree to cross-license future patents relating to the development of a new component for aircraft jet turbines. Innovation in the development of the component requires the capability to work with very high tensile strength materials for jet turbines. Aspects of the licensing arrangement raise the possibility that competition in research and development of this and related components will be lessened. One of the Agencies is considering whether to define an innovation market in which to evaluate the competitive effects of the arrangement.

Discussion:
If the firms that have the capability and incentive to work with very high tensile strength materials for jet turbines can be reasonably identified, the Agency will consider defining a relevant innovation market for development of the new component. If the number of firms with the required capability and incentive to engage in research and development of very high tensile strength materials for aircraft jet turbines is small, the Agency may employ the concept of an innovation market to analyze the likely competitive effects of the arrangement in that market, or as an aid in analyzing competi-

tive effects in technology or goods markets. The Agency would perform its analysis as described in parts 3-5.

If the number of firms with the required capability and incentive is large (either because there are a large number of such firms in the jet turbine industry, or because there are many firms in other industries with the required capability and incentive), then the Agency will conclude that the innovation market is competitive. Under these circumstances, it is unlikely that any single firm or plausible aggregation of firms could acquire a large enough share of the assets necessary for innovation to have an adverse impact on competition.

If the Agency cannot reasonably identify the firms with the required capability and incentive, it will not attempt to define an innovation market.

EXAMPLE 4

Situation:
Three of the largest producers of a plastic used in disposable bottles plan to engage in joint research and development to produce a new type of plastic that is rapidly biodegradable. The joint venture will grant to its partners (but to no one else) licenses to all patent rights and use of know-how. One of the Agencies is evaluating the likely competitive effects of the proposed joint venture.

Discussion:
The Agency would analyze the proposed research and development joint venture using an analysis similar to that applied to other joint ventures. The Agency would begin by defining the relevant markets in which to analyze the joint venture's likely competitive effects. In this case, a relevant market is an innovation market-research and development for biodegradable (and other environmentally friendly) containers. The Agency would seek to identify any other entities that would be actual or likely potential competitors with the joint venture in that relevant market. This would include those firms that have the capability and incentive to undertake research and development closely substitutable for the research and development proposed to be undertaken by the joint venture, taking into account such firms' existing technologies and technologies under development, R&D facilities, and other relevant assets and business circumstances. Firms possessing such capabilities and incentives would be included in the research and development market even if they are not competitors in relevant markets for related goods, such as the plastics currently produced by the joint venturers, although competitors in existing goods markets may often also compete in related innovation markets.

Having defined a relevant innovation market, the Agency would assess whether the joint venture is likely to have anticompetitive effects in that market. A starting point in this analysis is the degree of concentration in the relevant market and the market shares of the parties to the joint venture. If, in addition to the parties to the joint venture (taken collectively), there are at least four other independently controlled entities that possess comparable capabilities and incentives to undertake research and development of biodegradable plastics, or other products that would be close substitutes for such new plastics, the joint venture ordinarily would be unlikely to adversely affect competition in the relevant innovation market (*cf.* section 4.3). If there are fewer than four other independently controlled entities with similar capabilities and incentives, the Agency would consider whether the joint venture would give the parties to the joint venture an incentive and ability collectively to reduce investment in, or otherwise to retard the pace or scope of, research and development efforts. If the joint venture creates a significant risk of anticompetitive effects in the innovation market, the Agency would proceed to consider efficiency justifications for the venture, such as the potential for combining complementary R&D assets in such a way as to make successful innovation more likely, or to bring it about sooner, or to achieve cost reductions in research and development.

The Agency would also assess the likelihood that the joint venture would adversely affect competition in other relevant markets, including markets for products produced by the parties to the joint venture. The risk of such adverse competitive effects would be increased to the extent that, for example, the joint venture facilitates the exchange among the parties of competitively sensitive information relating to goods markets in which the parties currently compete or facilitates the coordination of competitive activities in such markets. The Agency would examine whether the joint venture imposes collateral restraints that might significantly restrict competition among the joint venturers in goods markets, and would examine whether such collateral restraints were reasonably necessary to achieve any efficiencies that are likely to be attained by the venture.

3.3 Horizontal and vertical relationships

As with other property transfers, antitrust analysis of intellectual property licensing arrangements examines whether the relationship among the parties to the arrangement is primarily horizontal or vertical in nature, or whether it has substantial aspects of both. A licensing arrangement has a vertical component when it affects activities that are in a complementary relationship, as is typically the case in a licensing arrangement. For example, the licensor's primary line of business may be in research and development, and the licensees, as manufacturers, may be buying the rights to use technology developed by the licensor. Alternatively, the licensor may be a component manufacturer owning intellectual property rights in a product that the licensee manufactures by combining the component with other inputs, or the licensor may manufacture the product, and the licensees may operate primarily in distribution and marketing.

In addition to this vertical component, the licensor and its licensees may also have a horizontal relationship. For analytical purposes, the Agencies ordinarily will treat a relationship between a licensor and its licensees, or between licensees, as horizontal when they would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the license.

The existence of a horizontal relationship between a licensor and its licensees does not, in itself, indicate that the arrangement is anticompetitive. Identification of such relationships is merely an aid in determining whether there may be anticompetitive effects arising from a licensing arrangement. Such a relationship need not give rise to an anticompetitive effect, nor does a purely vertical relationship assure that there are no anticompetitive effects.

The following examples illustrate different competitive relationships among a licensor and its licensees.

EXAMPLE 5

Situation:
AgCo, a manufacturer of farm equipment, develops a new, patented emission control technology for its tractor engines and licenses it to FarmCo, another farm equipment manufacturer. AgCo's emission control technology is far superior to the technology currently owned and used by FarmCo, so much so that FarmCo's technology does not significantly constrain the prices that AgCo could charge for its technology. AgCo's emission control patent has a broad scope. It is likely that any improved emissions control technology that FarmCo could develop in the foreseeable future would infringe AgCo's patent.

Discussion:
Because FarmCo's emission control technology does not significantly constrain AgCo's competitive conduct with respect to its emission control technology, AgCo's and FarmCo's emission control technologies are not close substitutes for each other. FarmCo is a consumer of AgCo's technology and is not an actual competitor of AgCo in the relevant market for superior emission control tech-

nology of the kind licensed by AgCo. Furthermore, FarmCo is not a likely potential competitor of AgCo in the relevant market because, even if FarmCo could develop an improved emission control technology, it is likely that it would infringe AgCo's patent. This means that the relationship between AgCo and FarmCo with regard to the supply and use of emissions control technology is vertical. Assuming that AgCo and FarmCo are actual or likely potential competitors in sales of farm equipment products, their relationship is horizontal in the relevant markets for farm equipment.

EXAMPLE 6

Situation:
FarmCo develops a new valve technology for its engines and enters into a cross-licensing arrangement with AgCo, whereby AgCo licenses its emission control technology to FarmCo and FarmCo licenses its valve technology to AgCo. AgCo already owns an alternative valve technology that can be used to achieve engine performance similar to that using FarmCo's valve technology and at a comparable cost to consumers. Before adopting FarmCo's technology, AgCo was using its own valve technology in its production of engines and was licensing (and continues to license) that technology for use by others. As in Example 5, FarmCo does not own or control an emission control technology that is a close substitute for the technology licensed from AgCo. Furthermore, as in Example 5, FarmCo is not likely to develop an improved emission control technology that would be a close substitute for AgCo's technology, because of AgCo's blocking patent.

Discussion:
FarmCo is a consumer and not a competitor of AgCo's emission control technology. As in Example 5, their relationship is vertical with regard to this technology. The relationship between AgCo and FarmCo in the relevant market that includes engine valve technology is vertical in part and horizontal in part. It is vertical in part because AgCo and FarmCo stand in a complementary relationship, in which AgCo is a consumer of a technology supplied by FarmCo. However, the relationship between AgCo and FarmCo in the relevant market that includes engine valve technology is also horizontal in part, because FarmCo and AgCo are actual competitors in the licensing of valve technology that can be used to achieve similar engine performance at a comparable cost. Whether the firms license their valve technologies to others is not important for the conclusion that the firms have a horizontal relationship in this relevant market. Even if AgCo's use of its valve technology were solely captive to its own production, the fact that the two valve technologies are substitutable at comparable cost means that the two firms have a horizontal relationship.

As in Example 5, the relationship between AgCo and FarmCo is horizontal in the relevant markets for farm equipment.

3.4 Framework for evaluating licensing restraints

In the vast majority of cases, restraints in intellectual property licensing arrangements are evaluated under the rule of reason. The Agencies' general approach in analyzing a licensing restraint under the rule of reason is to inquire whether the restraint is likely to have anticompetitive effects and, if so, whether the restraint is reasonably necessary to achieve procompetitive benefits that outweigh those anticompetitive effects. *See Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986); *NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984); *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1 (1979); 7 Phillip E. Areeda, *Antitrust Law* § 1502 (1986). *See also* part 4.

In some cases, however, the courts conclude that a restraint's «nature and necessary effect are so plainly anticompetitive» that it should be treated as unlawful per se, without an elaborate inquiry into the restraint's likely competitive effect. *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers*

Association, 493 U.S. 411, 433 (1990); *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 692 (1978). Among the restraints that have been held per se unlawful are naked price-fixing, output restraints, and market division among horizontal competitors, as well as certain group boycotts and resale price maintenance.

To determine whether a particular restraint in a licensing arrangement is given per se or rule of reason treatment, the Agencies will assess whether the restraint in question can be expected to contribute to an efficiency-enhancing integration of economic activity. *See Broadcast Music*, 441 U.S. at 16-24. In general, licensing arrangements promote such integration because they facilitate the combination of the licensor's intellectual property with complementary factors of production owned by the licensee. A restraint in a licensing arrangement may further such integration by, for example, aligning the incentives of the licensor and the licensees to promote the development and marketing of the licensed technology, or by substantially reducing transactions costs. If there is no efficiency-enhancing integration of economic activity and if the type of restraint is one that has been accorded per se treatment, the Agencies will challenge the restraint under the per se rule. Otherwise, the Agencies will apply a rule of reason analysis.

Application of the rule of reason generally requires a comprehensive inquiry into market conditions. (*See* sections 4.1-4.3.) However, that inquiry may be truncated in certain circumstances. If the Agencies conclude that a restraint has no likely anticompetitive effects, they will treat it as reasonable, without an elaborate analysis of market power or the justifications for the restraint. Similarly, if a restraint facially appears to be of a kind that would always or almost always tend to reduce output or increase prices, and the restraint is not reasonably related to efficiencies, the Agencies will likely challenge the restraint without an elaborate analysis of particular industry circumstances. *See Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. at 459-60; *NCAA*, 468 U.S. at 109.

EXAMPLE 7

Situation:
Gamma, which manufactures Product X using its patented process, offers a license for its process technology to every other manufacturer of Product X, each of which competes world-wide with Gamma in the manufacture and sale of X. The process technology does not represent an economic improvement over the available existing technologies. Indeed, although most manufacturers accept licenses from Gamma, none of the licensees actually uses the licensed technology. The licenses provide that each manufacturer has an exclusive right to sell Product X manufactured using the licensed technology in a designated geographic area and that no manufacturer may sell Product X, however manufactured, outside the designated territory.

Discussion:
The manufacturers of Product X are in a horizontal relationship in the goods market for Product X. Any manufacturers of Product X that control technologies that are substitutable at comparable cost for Gamma's process are also horizontal competitors of Gamma in the relevant technology market. The licensees of Gamma's process technology are technically in a vertical relationship, although that is not significant in this example because they do not actually use Gamma's technology.

The licensing arrangement restricts competition in the relevant goods market among manufacturers of Product X by requiring each manufacturer to limit its sales to an exclusive territory. Thus, competition among entities that would be actual competitors in the absence of the licensing arrangement is restricted. Based on the facts set forth above, the licensing arrangement does not involve a useful transfer of technology, and thus it is unlikely that the restraint on sales outside the designated territories contributes to an efficiency-enhancing integration of economic activity. Consequently, the evaluating Agency would be likely to challenge the arrangement under the per se rule as a horizontal

territorial market allocation scheme and to view the intellectual property aspects of the arrangement as a sham intended to cloak its true nature.

If the licensing arrangement could be expected to contribute to an efficiency-enhancing integration of economic activity, as might be the case if the licensed technology were an advance over existing processes and used by the licensees, the Agency would analyze the arrangement under the rule of reason applying the analytical framework described in this section.

In this example, the competitive implications do not generally depend on whether the licensed technology is protected by patent, is a trade secret or other know-how, or is a computer program protected by copyright; nor do the competitive implications generally depend on whether the allocation of markets is territorial, as in this example, or functional, based on fields of use.

4. General principles concerning the Agencies' evaluation of licensing arrangements under the rule of reason

4.1 Analysis of anticompetitive effects

The existence of anticompetitive effects resulting from a restraint in a licensing arrangement will be evaluated on the basis of the analysis described in this section.

4.1.1 Market structure, coordination, and foreclosure

When a licensing arrangement affects parties in a horizontal relationship, a restraint in that arrangement may increase the risk of coordinated pricing, output restrictions, or the acquisition or maintenance of market power. Harm to competition also may occur if the arrangement poses a significant risk of retarding or restricting the development of new or improved goods or processes. The potential for competitive harm depends in part on the degree of concentration in, the difficulty of entry into, and the responsiveness of supply and demand to changes in price in the relevant markets. *Cf.* 1992 Horizontal Merger Guidelines §§ 1.5, 3.

When the licensor and licensees are in a vertical relationship, the Agencies will analyze whether the licensing arrangement may harm competition among entities in a horizontal relationship at either the level of the licensor or the licensees, or possibly in another relevant market. Harm to competition from a restraint may occur if it anticompetitively forecloses access to, or increases competitors' costs of obtaining, important inputs, or facilitates coordination to raise price or restrict output. The risk of anticompetitively foreclosing access or increasing competitors' costs is related to the proportion of the markets affected by the licensing restraint; other characteristics of the relevant markets, such as concentration, difficulty of entry, and the responsiveness of supply and demand to changes in price in the relevant markets; and the duration of the restraint. A licensing arrangement does not foreclose competition merely because some or all of the potential licensees in an industry choose to use the licensed technology to the exclusion of other technologies. Exclusive use may be an efficient consequence of the licensed technology having the lowest cost or highest value.

Harm to competition from a restraint in a vertical licensing arrangement also may occur if a licensing restraint facilitates coordination among entities in a horizontal relationship to raise prices or reduce output in a relevant market. For example, if owners of competing technologies impose similar restraints on their licensees, the licensors may find it easier to coordinate their pricing. Similarly, licensees that are competitors may find it easier to coordinate their pricing if they are subject to common restraints in licenses with a common licensor or competing licensors. The risk of anticompetitive coordination is increased when the relevant markets are concentrated and difficult to enter. The use of similar restraints may be common and procompetitive in an industry, however, because they contribute to efficient exploitation of the licensed property.

4.1.2 Licensing arrangements involving exclusivity

A licensing arrangement may involve exclusivity in two distinct respects. First, the licensor may grant one or more *exclusive licenses*, which restrict the right of the licensor to license others and possibly also to use the technology itself. Generally, an exclusive license may raise antitrust concerns only if the licensees themselves, or the licensor and its licensees, are in a horizontal relationship. Examples of arrangements involving exclusive licensing that may give rise to antitrust concerns include cross-licensing by parties collectively possessing market power (*see* section 5.5), grantbacks (*see* section 5.6), and acquisitions of intellectual property rights (*see* section 5.7).

A non-exclusive license of intellectual property that does not contain any restraints on the competitive conduct of the licensor or the licensee generally does not present antitrust concerns even if the parties to the license are in a horizontal relationship, because the non-exclusive license normally does not diminish competition that would occur in its absence.

A second form of exclusivity, *exclusive dealing*, arises when a license prevents or restrains the licensee from licensing, selling, distributing, or using competing technologies. *See* section 5.4. Exclusivity may be achieved by an explicit exclusive dealing term in the license or by other provisions such as compensation terms or other economic incentives. Such restraints may anticompetitively foreclose access to, or increase competitors' costs of obtaining, important inputs, or facilitate coordination to raise price or reduce output, but they also may have procompetitive effects. For example, a licensing arrangement that prevents the licensee from dealing in other technologies may encourage the licensee to develop and market the licensed technology or specialized applications of that technology. *See, e.g.*, Example 8. The Agencies will take into account such procompetitive effects in evaluating the reasonableness of the arrangement. *See* section 4.2.

The antitrust principles that apply to a licensor's grant of various forms of exclusivity to and among its licensees are similar to those that apply to comparable vertical restraints outside the licensing context, such as exclusive territories and exclusive dealing. However, the fact that intellectual property may in some cases be misappropriated more easily than other forms of property may justify the use of some restrictions that might be anticompetitive in other contexts.

As noted earlier, the Agencies will focus on the actual practice and its effects, not on the formal terms of the arrangement. A license denominated as non-exclusive (either in the sense of exclusive licensing or in the sense of exclusive dealing) may nonetheless give rise to the same concerns posed by formal exclusivity. A non-exclusive license may have the effect of exclusive licensing if it is structured so that the licensor is unlikely to license others or to practice the technology itself. A license that does not explicitly require exclusive dealing may have the effect of exclusive dealing if it is structured to increase significantly a licensee's cost when it uses competing technologies. However, a licensing arrangement will not automatically raise these concerns merely because a party chooses to deal with a single licensee or licensor, or confines his activity to a single field of use or location, or because only a single licensee has chosen to take a license.

EXAMPLE 8

Situation:
NewCo, the inventor and manufacturer of a new flat panel display technology, lacking the capability to bring a flat panel display product to market, grants BigCo an exclusive license to sell a product embodying NewCo's technology. BigCo does not currently sell, and is not developing (or likely to develop), a product that would compete with the product embodying the new technology and does not control rights to another display technology. Several firms offer competing displays, BigCo accounts for only a small proportion of the outlets for distribution of display products, and entry into the manufacture and distribution of display products is relatively easy. Demand for the new

technology is uncertain and successful market penetration will require considerable promotional effort. The license contains an exclusive dealing restriction preventing BigCo from selling products that compete with the product embodying the licensed technology.

Discussion:
This example illustrates both types of exclusivity in a licensing arrangement. The license is exclusive in that it restricts the right of the licensor to grant other licenses. In addition, the license has an exclusive dealing component in that it restricts the licensee from selling competing products.

The inventor of the display technology and its licensee are in a vertical relationship and are not actual or likely potential competitors in the manufacture or sale of display products or in the sale or development of technology. Hence, the grant of an exclusive license does not affect competition between the licensor and the licensee. The exclusive license may promote competition in the manufacturing and sale of display products by encouraging BigCo to develop and promote the new product in the face of uncertain demand by rewarding BigCo for its efforts if they lead to large sales. Although the license bars the licensee from selling competing products, this exclusive dealing aspect is unlikely in this example to harm competition by anticompetitively foreclosing access, raising competitors' costs of inputs, or facilitating anticompetitive pricing because the relevant product market is unconcentrated, the exclusive dealing restraint affects only a small proportion of the outlets for distribution of display products, and entry is easy. On these facts, the evaluating Agency would be unlikely to challenge the arrangement.

4.2 Efficiencies and justifications

If the Agencies conclude, upon an evaluation of the market factors described in section 4.1, that a restraint in a licensing arrangement is unlikely to have an anticompetitive effect, they will not challenge the restraint. If the Agencies conclude that the restraint has, or is likely to have, an anticompetitive effect, they will consider whether the restraint is reasonably necessary to achieve procompetitive efficiencies. If the restraint is reasonably necessary, the Agencies will balance the procompetitive efficiencies and the anticompetitive effects to determine the probable net effect on competition in each relevant market.

The Agencies' comparison of anticompetitive harms and procompetitive efficiencies is necessarily a qualitative one. The risk of anticompetitive effects in a particular case may be insignificant compared to the expected efficiencies, or vice versa. As the expected anticompetitive effects in a particular licensing arrangement increase, the Agencies will require evidence establishing a greater level of expected efficiencies.

The existence of practical and significantly less restrictive alternatives is relevant to a determination of whether a restraint is reasonably necessary. If it is clear that the parties could have achieved similar efficiencies by means that are significantly less restrictive, then the Agencies will not give weight to the parties' efficiency claim. In making this assessment, however, the Agencies will not engage in a search for a theoretically least restrictive alternative that is not realistic in the practical prospective business situation faced by the parties.

When a restraint has, or is likely to have, an anticompetitive effect, the duration of that restraint can be an important factor in determining whether it is reasonably necessary to achieve the putative procompetitive efficiency. The effective duration of a restraint may depend on a number of factors, including the option of the affected party to terminate the arrangement unilaterally and the presence of contract terms (e.g., unpaid balances on minimum purchase commitments) that encourage the licensee to renew a license arrangement. Consistent with their approach to less restrictive alternative analysis generally, the Agencies will not attempt to draw fine distinctions regarding duration; rather,

their focus will be on situations in which the duration clearly exceeds the period needed to achieve the procompetitive efficiency.

The evaluation of procompetitive efficiencies, of the reasonable necessity of a restraint to achieve them, and of the duration of the restraint, may depend on the market context. A restraint that may be justified by the needs of a new entrant, for example, may not have a procompetitive efficiency justification in different market circumstances. *Cf. United States v. Jerrold Electronics Corp.*, 187 F. Supp. 545 (E.D. Pa. 1960), *aff'd per curiam,* 365 U.S. 567 (1961).

4.3 Antitrust «safety zone»

Because licensing arrangements often promote innovation and enhance competition, the Agencies believe that an antitrust «safety zone» is useful in order to provide some degree of certainty and thus to encourage such activity. Absent extraordinary circumstances, the Agencies will not challenge a restraint in an intellectual property licensing arrangement if (1) the restraint is not facially anticompetitive and (2) the licensor and its licensees collectively account for no more than twenty percent of each relevant market significantly affected by the restraint. This «safety zone» does not apply to those transfers of intellectual property rights to which a merger analysis is applied. *See* section 5.7.

Whether a restraint falls within the safety zone will be determined by reference only to goods markets unless the analysis of goods markets alone would inadequately address the effects of the licensing arrangement on competition among technologies or in research and development.

If an examination of the effects on competition among technologies or in research development is required, and if market share data are unavailable or do not accurately represent competitive significance, the following safety zone criteria will apply. Absent extraordinary circumstances, the Agencies will not challenge a restraint in an intellectual property licensing arrangement that may affect competition in a technology market if (1) the restraint is not facially anticompetitive and (2) there are four or more independently controlled technologies in addition to the technologies controlled by the parties to the licensing arrangement that may be substitutable for the licensed technology at a comparable cost to the user. Absent extraordinary circumstances, the Agencies will not challenge a restraint in an intellectual property licensing arrangement that may affect competition in an innovation market if (1) the restraint is not facially anticompetitive and (2) four or more independently controlled entities in addition to the parties to the licensing arrangement possess the required specialized assets or characteristics and the incentive to engage in research and development that is a close substitute of the research and development activities of the parties to the licensing agreement.

The Agencies emphasize that licensing arrangements are not anticompetitive merely because they do not fall within the scope of the safety zone. Indeed, it is likely that the great majority of licenses falling outside the safety zone are lawful and procompetitive. The safety zone is designed to provide owners of intellectual property with a degree of certainty in those situations in which anticompetitive effects are so unlikely that the arrangements may be presumed not to be anticompetitive without an inquiry into particular industry circumstances. It is not intended to suggest that parties should conform to the safety zone or to discourage parties falling outside the safety zone from adopting restrictions in their license arrangements that are reasonably necessary to achieve an efficiency-enhancing integration of economic activity. The Agencies will analyze arrangements falling outside the safety zone based on the considerations outlined in parts 3-5.

The status of a licensing arrangement with respect to the safety zone may change over time. A determination by the Agencies that a restraint in a licensing arrangement qualifies for inclusion in the safety zone is based on the factual circumstances prevailing at the time of the conduct at issue.

5. Application of general principles

5.0 This section illustrates the application of the general principles discussed above to particular licensing restraints and to arrangements that involve the cross-licensing, pooling, or acquisition of intellectual property. The restraints and arrangements identified are typical of those that are likely to receive antitrust scrutiny; however, they are not intended as an exhaustive list of practices that could raise competitive concerns.

5.1 Horizontal restraints

The existence of a restraint in a licensing arrangement that affects parties in a horizontal relationship (a «horizontal restraint») does not necessarily cause the arrangement to be anticompetitive. As in the case of joint ventures among horizontal competitors, licensing arrangements among such competitors may promote rather than hinder competition if they result in integrative efficiencies. Such efficiencies may arise, for example, from the realization of economies of scale and the integration of complementary research and development, production, and marketing capabilities.

Following the general principles outlined in section 3.4, horizontal restraints often will be evaluated under the rule of reason. In some circumstances, however, that analysis may be truncated; additionally, some restraints may merit per se treatment, including price fixing, allocation of markets or customers, agreements to reduce output, and certain group boycotts.

EXAMPLE 9

Situation:
Two of the leading manufacturers of a consumer electronic product hold patents that cover alternative circuit designs for the product. The manufacturers assign their patents to a separate corporation wholly owned by the two firms. That corporation licenses the right to use the circuit designs to other consumer product manufacturers and establishes the license royalties. None of the patents is blocking; that is, each of the patents can be used without infringing a patent owned by the other firm. The different circuit designs are substitutable in that each permits the manufacture at comparable cost to consumers of products that consumers consider to be interchangeable. One of the Agencies is analyzing the licensing arrangement.

Discussion:
In this example, the manufacturers are horizontal competitors in the goods market for the consumer product and in the related technology markets. The competitive issue with regard to a joint assignment of patent rights is whether the assignment has an adverse impact on competition in technology and goods markets that is not outweighed by procompetitive efficiencies, such as benefits in the use or dissemination of the technology. Each of the patent owners has a right to exclude others from using its patent. That right does not extend, however, to the agreement to assign rights jointly. To the extent that the patent rights cover technologies that are close substitutes, the joint determination of royalties likely would result in higher royalties and higher goods prices than would result if the owners licensed or used their technologies independently. In the absence of evidence establishing efficiency-enhancing integration from the joint assignment of patent rights, the Agency may conclude that the joint marketing of competing patent rights constitutes horizontal price fixing and could be challenged as a per se unlawful horizontal restraint of trade. If the joint marketing arrangement results in an efficiency-enhancing integration, the Agency would evaluate the arrangement under the rule of reason. However, the Agency may conclude that the anticompetitive effects are sufficiently apparent, and the claimed integrative efficiencies are sufficiently weak or not reasonably related to the restraints, to warrant challenge of the arrangement without an elaborate analysis of particular industry circumstances (*see* section 3.4).

5.2 Resale price maintenance

Resale price maintenance is illegal when «commodities have passed into the channels of trade and are owned by dealers». *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 408 (1911). It has been held per se illegal for a licensor of an intellectual property right in a product to fix a licensee's *resale* price of that product. *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241 (1942); *Ethyl Gasoline Corp. v. United States*, 309 U.S. 436 (1940). Consistent with the principles set forth in section 3.4, the Agencies will enforce the per se rule against resale price maintenance in the intellectual property context.

5.3 Tying arrangements

A «tying» or «tie-in» or «tied sale» arrangement has been defined as «an agreement by a party to sell one product . . . on the condition that the buyer also purchases a different (or tied) product, or at least agrees that he will not purchase that [tied] product from any other supplier». *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 112 S. Ct. 2072, 2079 (1992). Conditioning the ability of a licensee to license one or more items of intellectual property on the licensee's purchase of another item of intellectual property or a good or a service has been held in some cases to constitute illegal tying. Although tying arrangements may result in anticompetitive effects, such arrangements can also result in significant efficiencies and procompetitive benefits. In the exercise of their prosecutorial discretion, the Agencies will consider both the anticompetitive effects and the efficiencies attributable to a tie-in. The Agencies would be likely to challenge a tying arrangement if: (1) the seller has market power in the tying product, (2) the arrangement has an adverse effect on competition in the relevant market for the tied product, and (3) efficiency justifications for the arrangement do not outweigh the anticompetitive effects. The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner.

Package licensing —the licensing of multiple items of intellectual property in a single license or in a group of related licenses— may be a form of tying arrangement if the licensing of one product is conditioned upon the acceptance of a license of another, separate product. Package licensing can be efficiency enhancing under some circumstances. When multiple licenses are needed to use any single item of intellectual property, for example, a package license may promote such efficiencies. If a package license constitutes a tying arrangement, the Agencies will evaluate its competitive effects under the same principles they apply to other tying arrangements.

5.4 Exclusive dealing

In the intellectual property context, exclusive dealing occurs when a license prevents the licensee from licensing, selling, distributing, or using competing technologies. Exclusive dealing arrangements are evaluated under the rule of reason. *See Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 320 (1961) (evaluating legality of exclusive dealing under section 1 of the Sherman Act and section 3 of the Clayton Act); *Beltone Electronics Corp.*, 100 F.T.C. 68 (1982) (evaluating legality of exclusive dealing under section 5 of the Federal Trade Commission Act). In determining whether an exclusive dealing arrangement is likely to reduce competition in a relevant market, the Agencies will take into account the extent to which the arrangement (1) promotes the exploitation and development of the licensor's technology and (2) anticompetitively forecloses the exploitation and development of, or otherwise constrains competition among, competing technologies.

The likelihood that exclusive dealing may have anticompetitive effects is related, inter alia, to the degree of foreclosure in the relevant market, the duration of the exclusive dealing arrangement, and other characteristics of the input and output markets, such as concentration, difficulty of entry, and the responsiveness of supply and demand to changes in price in the relevant markets. (*See* sections

4.1.1 and 4.1.2.) If the Agencies determine that a particular exclusive dealing arrangement may have an anticompetitive effect, they will evaluate the extent to which the restraint encourages licensees to develop and market the licensed technology (or specialized applications of that technology), increases licensors' incentives to develop or refine the licensed technology, or otherwise increases competition and enhances output in a relevant market. (*See* section 4.2 and Example 8.)

5.5 Cross-licensing and pooling arrangements

Cross-licensing and pooling arrangements are agreements of two or more owners of different items of intellectual property to license one another or third parties. These arrangements may provide procompetitive benefits by integrating complementary technologies, reducing transaction costs, clearing blocking positions, and avoiding costly infringement litigation. By promoting the dissemination of technology, cross-licensing and pooling arrangements are often procompetitive.

Cross-licensing and pooling arrangements can have anticompetitive effects in certain circumstances. For example, collective price or output restraints in pooling arrangements, such as the joint marketing of pooled intellectual property rights with collective price setting or coordinated output restrictions, may be deemed unlawful if they do not contribute to an efficiency-enhancing integration of economic activity among the participants. *Compare NCAA* 468 U.S. at 114 (output restriction on college football broadcasting held unlawful because it was not reasonably related to any purported justification) *with Broadcast Music*, 441 U.S. at 23 (blanket license for music copyrights found not per se illegal because the cooperative price was necessary to the creation of a new product). When cross-licensing or pooling arrangements are mechanisms to accomplish naked price fixing or market division, they are subject to challenge under the per se rule. *See United States v. New Wrinkle, Inc.*, 342 U.S. 371 (1952) (price fixing).

Settlements involving the cross-licensing of intellectual property rights can be an efficient means to avoid litigation and, in general, courts favor such settlements. When such cross-licensing involves horizontal competitors, however, the Agencies will consider whether the effect of the settlement is to diminish competition among entities that would have been actual or likely potential competitors in a relevant market in the absence of the cross-license. In the absence of offsetting efficiencies, such settlements may be challenged as unlawful restraints of trade. *Cf. United States v. Singer Manufacturing Co.*, 374 U.S. 174 (1963) (cross-license agreement was part of broader combination to exclude competitors).

Pooling arrangements generally need not be open to all who would like to join. However, exclusion from cross-licensing and pooling arrangements among parties that collectively possess market power may, under some circumstances, harm competition. *Cf. Northwest Wholesale Stationers, Inc. v. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985) (exclusion of a competitor from a purchasing cooperative not per se unlawful absent a showing of market power). In general, exclusion from a pooling or cross-licensing arrangement among competing technologies is unlikely to have anticompetitive effects unless (1) excluded firms cannot effectively compete in the relevant market for the good incorporating the licensed technologies and (2) the pool participants collectively possess market power in the relevant market. If these circumstances exist, the Agencies will evaluate whether the arrangement's limitations on participation are reasonably related to the efficient development and exploitation of the pooled technologies and will assess the net effect of those limitations in the relevant market. *See* section 4.2.

Another possible anticompetitive effect of pooling arrangements may occur if the arrangement deters or discourages participants from engaging in research and development, thus retarding innovation. For example, a pooling arrangement that requires members to grant licenses to each other for current and future technology at minimal cost may reduce the incentives of its members to engage in research and development because members of the pool have to share their successful

research and development and each of the members can free ride on the accomplishments of other pool members. *See generally United States v. Mfrs. Aircraft Ass'n, Inc.*, 1976-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 60,810 (S.D.N.Y. 1975); *United States v. Automobile Mfrs. Ass'n*, 307 F. Supp. 617 (C.D. Cal 1969), *appeal dismissed sub nom. City of New York v. United States*, 397 U.S. 248 (1970), *modified sub nom. United States v. Motor Vehicle Mfrs. Ass'n*, 1982-83 Trade Cas. (CCH) ¶ 65,088 (C.D. Cal. 1982). However, such an arrangement can have procompetitive benefits, for example, by exploiting economies of scale and integrating complementary capabilities of the pool members, (including the clearing of blocking positions), and is likely to cause competitive problems only when the arrangement includes a large fraction of the potential research and development in an innovation market. *See* section 3.2.3 and Example 4.

EXAMPLE 10

Situation:
As in Example 9, two of the leading manufacturers of a consumer electronic product hold patents that cover alternative circuit designs for the product. The manufacturers assign several of their patents to a separate corporation wholly owned by the two firms. That corporation licenses the right to use the circuit designs to other consumer product manufacturers and establishes the license royalties. In this example, however, the manufacturers assign to the separate corporation only patents that are blocking. None of the patents assigned to the corporation can be used without infringing a patent owned by the other firm.

Discussion:
Unlike the previous example, the joint assignment of patent rights to the wholly owned corporation in this example does not adversely affect competition in the licensed technology among entities that would have been actual or likely potential competitors in the absence of the licensing arrangement. Moreover, the licensing arrangement is likely to have procompetitive benefits in the use of the technology. Because the manufacturers' patents are blocking, the manufacturers are not in a horizontal relationship with respect to those patents. None of the patents can be used without the right to a patent owned by the other firm, so the patents are not substitutable. As in Example 9, the firms are horizontal competitors in the relevant goods market. In the absence of collateral restraints that would likely raise price or reduce output in the relevant goods market or in any other relevant antitrust market and that are not reasonably related to an efficiency-enhancing integration of economic activity, the evaluating Agency would be unlikely to challenge this arrangement.

5.6 Grantbacks

A grantback is an arrangement under which a licensee agrees to extend to the licensor of intellectual property the right to use the licensee's improvements to the licensed technology. Grantbacks can have procompetitive effects, especially if they are nonexclusive. Such arrangements provide a means for the licensee and the licensor to share risks and reward the licensor for making possible further innovation based on or informed by the licensed technology, and both promote innovation in the first place and promote the subsequent licensing of the results of the innovation. Grantbacks may adversely affect competition, however, if they substantially reduce the licensee's incentives to engage in research and development and thereby limit rivalry in innovation markets.

A non-exclusive grantback allows the licensee to practice its technology and license it to others. Such a grantback provision may be necessary to ensure that the licensor is not prevented from effectively competing because it is denied access to improvements developed with the aid of its own technology. Compared with an exclusive grantback, a non-exclusive grantback, which leaves the licensee free to license improvements technology to others, is less likely to have anticompetitive effects.

The Agencies will evaluate a grantback provision under the rule of reason, *see generally Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith Co.*, 329 U.S. 637, 645-48 (1947) (grantback provision in technology license is not per se unlawful), considering its likely effects in light of the overall structure of the licensing arrangement and conditions in the relevant markets. An important factor in the Agencies' analysis of a grantback will be whether the licensor has market power in a relevant technology or innovation market. If the Agencies determine that a particular grantback provision is likely to reduce significantly licensees' incentives to invest in improving the licensed technology, the Agencies will consider the extent to which the grantback provision has offsetting procompetitive effects, such as (1) promoting dissemination of licensees' improvements to the licensed technology, (2) increasing the licensors' incentives to disseminate the licensed technology, or (3) otherwise increasing competition and output in a relevant technology or innovation market. *See* section 4.2. In addition, the Agencies will consider the extent to which grantback provisions in the relevant markets generally increase licensors' incentives to innovate in the first place.

5.7 Acquisition of intellectual property rights

Certain transfers of intellectual property rights are most appropriately analyzed by applying the principles and standards used to analyze mergers, particularly those in the 1992 Horizontal Merger Guidelines. The Agencies will apply a merger analysis to an outright sale by an intellectual property owner of all of its rights to that intellectual property and to a transaction in which a person obtains through grant, sale, or other transfer an exclusive license for intellectual property (i.e., a license that precludes all other persons, including the licensor, from using the licensed intellectual property). Such transactions may be assessed under section 7 of the Clayton Act, sections 1 and 2 of the Sherman Act, and section 5 of the Federal Trade Commission Act.

EXAMPLE 11

Situation:
Omega develops a new, patented pharmaceutical for the treatment of a particular disease. The only drug on the market approved for the treatment of this disease is sold by Delta. Omega's patented drug has almost completed regulatory approval by the Food and Drug Administration. Omega has invested considerable sums in product development and market testing, and initial results show that Omega's drug would be a significant competitor to Delta's. However, rather than enter the market as a direct competitor of Delta, Omega licenses to Delta the right to manufacture and sell Omega's patented drug. The license agreement with Delta is nominally nonexclusive. However, Omega has rejected all requests by other firms to obtain a license to manufacture and sell Omega's patented drug, despite offers by those firms of terms that are reasonable in relation to those in Delta's license.

Discussion:
Although Omega's license to Delta is nominally nonexclusive, the circumstances indicate that it is exclusive in fact because Omega has rejected all reasonable offers by other firms for licenses to manufacture and sell Omega's patented drug. The facts of this example indicate that Omega would be a likely potential competitor of Delta in the absence of the licensing arrangement, and thus they are in a horizontal relationship in the relevant goods market that includes drugs for the treatment of this particular disease. The evaluating Agency would apply a merger analysis to this transaction, since it involves an acquisition of a likely potential competitor.

6. Enforcement of invalid intellectual property rights

The Agencies may challenge the enforcement of invalid intellectual property rights as antitrust violations. Enforcement or attempted enforcement of a patent obtained by fraud on the Patent and Trademark Office or the Copyright Office may violate section 2 of the Sherman Act, if all the elements otherwise necessary to establish a section 2 charge are proved, or section 5 of the Federal Trade Commission Act. *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172 (1965) (patents); *American Cyanamid Co.*, 72 F.T.C. 623, 684-85 (1967), *aff'd sub. nom. Charles Pfizer & Co.*, 401 F.2d 574 (6th Cir. 1968), *cert. denied*, 394 U.S. 920 (1969) (patents); *Michael Anthony Jewelers, Inc. v. Peacock Jewelry, Inc.*, 795 F. Supp. 639, 647 (S.D.N.Y. 1992) (copyrights). Inequitable conduct before the Patent and Trademark Office will not be the basis of a section 2 claim unless the conduct also involves knowing and willful fraud and the other elements of a section 2 claim are present. *Argus Chemical Corp. v. Fibre Glass-Evercoat, Inc.*, 812 F.2d 1381, 1384-85 (Fed. Cir. 1987). Actual or attempted enforcement of patents obtained by inequitable conduct that falls short of fraud under some circumstances may violate section 5 of the Federal Trade Commission Act, *American Cyanamid Co., supra.* Objectively baseless litigation to enforce invalid intellectual property rights may also constitute an element of a violation of the Sherman Act. *See Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.*, 113 S. Ct. 1920, 1928 (1993) (copyrights); *Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc.*, 743 F.2d 1282, 1289 (9th Cir. 1984), *cert. denied*, 469 U.S. 1190 (1985) (patents); *Handgards, Inc. v. Ethicon, Inc.*, 601 F.2d 986, 992-96 (9th Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1025 (1980) (patents); *CVD, Inc. v. Raytheon Co.*, 769 F.2d 842 (1st Cir. 1985) (trade secrets), *cert. denied*, 475 U.S. 1016 (1986).

6.1.4 Operaciones Internacionales: Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations

Issued by:
The U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission.
April, 1995

TABLE OF CONTENTS

1 INTRODUCTION
2 ANTITRUST LAWS ENFORCED BY THE AGENCIES
2.1 SHERMAN ACT
2.2 CLAYTON ACT
2.3 FEDERAL TRADE COMMISSION ACT
2.4 HART-SCOTT-RODINO ANTITRUST IMPROVEMENTS ACT OF 1976
2.5 NATIONAL COOPERATIVE RESEARCH AND PRODUCTION ACT
2.6 WEBB-POMERENE ACT
2.7 EXPORT TRADING COMPANY ACT OF 1982
2.8 OTHER PERTINENT LEGISLATION
2.81 WILSON TARIFF ACT
2.82 ANTIDUMPING ACT OF 1916
2.83 TARIFF ACT OF 1930
2.831 COUNTERVAILING DUTIES
2.832 ANTIDUMPING DUTIES
2.833 SECTION 337
2.84 TRADE ACT OF 1974
2.841 SECTION 201
2.842 SECTION 301

2.9 RELEVANT INTERNATIONAL AGREEMENTS
2.91 BILATERAL COOPERATION AGREEMENTS
2.92 INTERNATIONAL GUIDELINES AND RECOMMENDATIONS
3 THRESHOLD INTERNATIONAL ENFORCEMENT ISSUES
3.1 JURISDICTION
3.11 JURISDICTION OVER CONDUCT INVOLVING IMPORT COMMERCE
ILLUSTRATIVE EXAMPLE A
3.12 JURISDICTION OVER CONDUCT INVOLVING OTHER FOREIGN COMMERCE
3.121 JURISDICTION IN CASES UNDER SUBSECTION 1(A) OF THE FTAIA
ILLUSTRATIVE EXAMPLE B
ILLUSTRATIVE EXAMPLE C
3.122 JURISDICTION IN CASES UNDER SUBSECTION 1(B) OF THE FTAIA
ILLUSTRATIVE EXAMPLE D
ILLUSTRATIVE EXAMPLE E
3.13 JURISDICTION WHEN U.S. GOVERNMENT FINANCES OR PURCHASES
ILLUSTRATIVE EXAMPLE F
ILLUSTRATIVE EXAMPLE G
3.14 JURISDICTION UNDER SECTION 7 OF THE CLAYTON ACT
ILLUSTRATIVE EXAMPLE H
3.2 COMITY
ILLUSTRATIVE EXAMPLE I
ILLUSTRATIVE EXAMPLE J
3.3 EFFECTS OF FOREIGN GOVERNMENT INVOLVEMENT
3.31 FOREIGN SOVEREIGN IMMUNITY
3.32 FOREIGN SOVEREIGN COMPULSION
ILLUSTRATIVE EXAMPLE K
3.33 ACTS OF STATE
3.34 PETITIONING OF SOVEREIGNS
ILLUSTRATIVE EXAMPLE L
3.4 ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTERNATIONAL TRADE REGULATION
ILLUSTRATIVE EXAMPLE M
ILLUSTRATIVE EXAMPLE N
4 PERSONAL JURISDICTION AND PROCEDURAL RULES
4.1 PERSONAL JURISDICTION AND VENUE
4.2 INVESTIGATORY PRACTICE RELATING TO FOREIGN NATIONS
4.22 HART-SCOTT-RODINO: SPECIAL FOREIGN COMMERCE RULES

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE
ANTITRUST ENFORCEMENT
GUIDELINES FOR INTERNATIONAL OPERATIONS
April 1995

1. INTRODUCTION

For more than a century, the U.S. antitrust laws have stood as the ultimate protector of the competitive process that underlies our free market economy. Through this process, which enhances

consumer choice and promotes competitive prices, society as a whole benefits from the best possible allocation of resources.

Although the federal antitrust laws have always applied to foreign commerce, that application is particularly important today. Throughout the world, the importance of antitrust law as a means to ensure open and free markets, protect consumers, and prevent conduct that impedes competition is becoming more apparent. The Department of Justice («the Department») and the Federal Trade Commission («the Commission» or «FTC») (when referred to collectively, «the Agencies»), as the federal agencies charged with the responsibility of enforcing the antitrust laws, thus have made it a high priority to enforce the antitrust laws with respect to international operations and to cooperate wherever appropriate with foreign authorities regarding such enforcement. In furtherance of this priority, the Agencies have revised and updated the Department's 1988 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, which are hereby withdrawn.1

The 1995 Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations (hereinafter «Guidelines») are intended to provide antitrust guidance to businesses engaged in international operations on questions that relate specifically to the Agencies' international enforcement policy.2 They do not, therefore, provide a complete statement of the Agencies' general enforcement policies. The topics covered include the Agencies' subject matter jurisdiction over conduct and entities outside the United States and the considerations, issues, policies, and processes that govern their decision to exercise that jurisdiction; comity; mutual assistance in international antitrust enforcement; and the effects of foreign governmental involvement on the antitrust liability of private entities. In addition, the Guidelines discuss the relationship between antitrust and international trade initiatives. Finally, to illustrate how these principles may operate in certain contexts, the Guidelines include a number of examples.

As is the case with all guidelines, users should rely on qualified counsel to assist them in evaluating the antitrust risk associated with any contemplated transaction or activity. No set of guidelines can possibly indicate how the Agencies will assess the particular facts of every case. Persons seeking more specific advance statements of enforcement intentions with respect to the matters treated in these Guidelines should use the Department's Business Review procedure,3 the Commission's Advisory Opinion procedure,4 or one of the more specific procedures described below for particular types of transactions.

2. ANTITRUST LAWS ENFORCED BY THE AGENCIES

Foreign commerce cases can involve almost any provision of the antitrust laws. The Agencies do not discriminate in the enforcement of the antitrust laws on the basis of the nationality of the parties. Nor do the Agencies employ their statutory authority to further non-antitrust goals. Once jurisdictional requirements, comity, and doctrines of foreign governmental involvement have been considered and satisfied, the same substantive rules apply to all cases. The following is a brief summary of the laws enforced by the Agencies that are likely to have the greatest significance for international transactions.

2.1 Sherman Act

Section 1 of the Sherman Act, 15 U.S.C. 1, sets forth the basic antitrust prohibition against contracts, combinations, and conspiracies «in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations». Section 2 of the Act, 15 U.S.C. 2, prohibits monopolization, attempts to monopolize, and conspiracies to monopolize «any part of trade or commerce among the several States or with foreign nations». Section 6a of the Sherman Act, 15 U.S.C. 6a, defines the jurisdictional reach of the Act with respect to non-import foreign commerce.

Violations of the Sherman Act may be prosecuted as civil or criminal offenses. Conduct that the Department prosecutes criminally is limited to traditional per se offenses of the law, which typically involve price-fixing, customer allocation, bid-rigging or other cartel activities that would also be violations of the law in many countries. Criminal violations of the Act are punishable by fines and imprisonment. The Sherman Act provides that corporate defendants may be fined up to $10 million, other defendants may be fined up to $350,000, and individuals may be sentenced to up to 3 years imprisonment.5 The Department has sole responsibility for the criminal enforcement of the Sherman Act. In a civil proceeding, the Department may obtain injunctive relief against prohibited practices. It may also obtain treble damages if the U.S. government is the purchaser of affected goods or services.6 Private plaintiffs may also obtain injunctive and treble damage relief for violations of the Sherman Act.7 Before the Commission, conduct that violates the Sherman Act may be challenged pursuant to the Commission's power under Section 5 of the Federal Trade Commission Act, described below.

2.2 Clayton Act

The Clayton Act, 15 U.S.C. 12 et seq., expands on the general prohibitions of the Sherman Act and addresses anticompetitive problems in their incipiency.8 Section 7 of the Clayton Act, 15 U.S.C. 18, prohibits any merger or acquisition of stock or assets «where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly». 9 Section 15 of the Clayton Act empowers the Attorney General, and Section 13(b) of the FTC Act empowers the Commission, to seek a court order enjoining consummation of a merger that would violate Section 7. In addition, the Commission may seek a cease and desist order in an administrative proceeding against a merger under Section 11 of the Clayton Act, Section 5 of the FTC Act, or both. Private parties may also seek injunctive relief under 15 U.S.C. 26. Section 3 of the Clayton Act prohibits any person engaged in commerce from conditioning the lease or sale of goods or commodities upon the purchaser's agreement not to use the products of a competitor, if the effect may be «to substantially lessen competition or to tend to create a monopoly in any line of commerce».10 In evaluating transactions, the trend of recent authority is to use the same analysis employed in the evaluation of tying under Section 1 of the Sherman Act to assess a defendant's liability under Section 3 of the Clayton Act.11 Section 2 of the Clayton Act, known as the Robinson-Patman Act,12 prohibits price discrimination in certain circumstances. In practice, the Commission has exercised primary enforcement responsibility for this provision.

2.3 Federal Trade Commission Act

Section 5 of the Federal Trade Commission Act («FTC Act») declares unlawful «unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce».13 Pursuant to its authority over unfair methods of competition, the Commission may take administrative action against conduct that violates the Sherman Act and the Clayton Act, as well as anticompetitive practices that do not fall within the scope of the Sherman or Clayton Acts. The Commission may also seek injunctive relief in federal court against any such conduct under Section 13(b) of the FTC Act. Although enforcement at the Commission relating to international deceptive practices has become increasingly important over time, these Guidelines are limited to the Commission's antitrust authority under the unfair methods of competition language of Section 5.

2.4 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976

Title II of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 («HSR Act»), 15 U.S.C. 18a, provides the Department and the Commission with several procedural devices to facilitate en-

forcement of the antitrust laws with respect to anticompetitive mergers and acquisitions.14 The HSR Act requires persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce to notify the Agencies of proposed mergers or acquisitions that would exceed statutory size-of-party and size-of-transaction thresholds,15 to provide certain information relating to reportable transactions, and to wait for a prescribed period-15 days for cash tender offers and 30 days for most other transactions-before consummating the transaction.16 The Agency may, before the end of the waiting period, request additional information concerning a transaction (make a «Second Request») and thereby extend the waiting period beyond the initial one prescribed, to a specified number of days after the receipt of the material required by the Second Request —10 days for cash tender offers and 20 days for most other transactions—.17

The HSR Act and the FTC rules implementing the HSR Act18 exempt from the premerger notification requirements certain international transactions (typically those having little nexus to U.S. commerce) that otherwise meet the statutory thresholds.19 Failure to comply with the HSR Act is punishable by court-imposed civil penalties of up to $10,000 for each day a violation continues. The court may also order injunctive relief to remedy a failure substantially to comply with the HSR Act. Businesses may seek an interpretation of their obligations under the HSR Act from the Commission.20

2.5 National Cooperative Research and Production Act

The National Cooperative Research and Production Act («NCRPA»), 15 U.S.C. 4301-06, clarifies the substantive application of the U.S. antitrust laws to joint research and development («R&D») activities and joint production activities. Originally drafted to encourage research and development by providing a special antitrust regime for research and development joint ventures, the NCRPA requires U.S. courts to judge the competitive effects of a challenged joint R&D or joint production venture, or a combination of the two, in properly defined relevant markets and under a rule-of-reason standard. The statute specifies that the conduct «shall be judged on the basis of its reasonableness, taking into account all relevant factors affecting competition, including, but not limited to, effects on competition in properly defined, relevant research, development, product, process, and service markets».21 This approach is consistent with the Agencies' general analysis of joint ventures.22

The NCRPA also establishes a voluntary procedure pursuant to which the Attorney General and the FTC may be notified of a joint R&D or production venture. The statute limits the monetary relief that may be obtained in private civil suits against the participants in a notified venture to actual rather than treble damages, if the challenged conduct is within the scope of the notification. With respect to joint production ventures, the National Cooperative Production Amendments of 199323 provide that the benefits of the limitation on recoverable damages for claims resulting from conduct within the scope of a notification are not available unless

1. the principal facilities for the production are located within the United States or its territories, and
2. «each person who controls any party to such venture (including such party itself) is a United States person, or a foreign person from a country whose law accords antitrust treatment no less favorable to United States persons than to such country's domestic persons with respect to participation in joint ventures for production». 24

2.6 Webb-Pomerene Act

The Webb-Pomerene Act, 15 U.S.C. 61-65, provides a limited antitrust exemption for the formation and operation of associations of otherwise competing businesses to engage in collective export

sales. The exemption applies only to the export of «goods, wares, or merchandise».25 It does not apply to conduct that has an anticompetitive effect in the United States or that injures domestic competitors of the members of an export association. Nor does it provide any immunity from prosecution under foreign antitrust laws.26 Associations seeking an exemption under the Webb-Pomerene Act must file their articles of agreement and annual reports with the Commission, but pre-formation approval from the Commission is not required.

2.7 Export Trading Company Act of 1982

The Export Trading Company Act of 1982 (the «ETC Act»), Pub. L. No. 97-290, 96 Stat. 1234, is designed to increase U.S. exports of goods and services. It addresses that goal in several ways. First, in Title II, it encourages more efficient provision of export trade services to U.S. producers and suppliers by reducing restrictions on trade financing provided by financial institutions.27 Second, in Title III, it reduces uncertainty concerning the application of the U.S. antitrust laws to export trade through the creation of a procedure by which persons engaged in U.S. export trade may obtain an export trade certificate of review («ETCR»).28 Third, in Title IV, it clarifies the jurisdictional rules applicable to non-import cases brought under the Sherman Act and the FTC Act.29 The Title III certificates are discussed briefly here; the jurisdictional rules are treated below in Section 3.1.

Export trade certificates of review are issued by the Secretary of Commerce with the concurrence of the Attorney General. Persons named in the ETCR obtain limited immunity from suit under both state and federal antitrust laws for activities that are specified in the certificate and that comply with the terms of the certificate. To obtain an ETCR, an applicant must show that proposed export conduct will:

1. result in neither a substantial lessening of competition or restraint of trade within the United States nor a substantial restraint of the export trade of any competitor of the applicant;
2. not unreasonably enhance, stabilize, or depress prices in the United States of the class of goods or services covered by the application;
3. not constitute unfair methods of competition against competitors engaged in the export of the class of goods or services exported by the applicant; and
4. not include any act that may reasonably be expected to result in the sale for consumption or resale in the United States of such goods or services.30

Congress intended that these standards «encompass the full range of the antitrust laws», as defined in the ETC Act.31

Although an ETCR provides significant protection under the antitrust laws, it has certain limitations. First, conduct that falls outside the scope of a certificate remains fully subject to private and governmental enforcement actions. Second, an ETCR that is obtained by fraud is void from the outset and thus offers no protection under the antitrust laws. Third, any person that has been injured by certified conduct may recover actual (though not treble) damages if that conduct is found to violate any of the statutory criteria described above. In any such action, certified conduct enjoys a presumption of legality, and the prevailing party is entitled to recover costs and attorneys' fees.32 Fourth, an ETCR does not constitute, explicitly or implicitly, an endorsement or opinion by the Secretary of Commerce or by the Attorney General concerning the legality of such business plans under the laws of any foreign country.

The Secretary of Commerce may revoke or modify an ETCR if the Secretary or the Attorney General determines that the applicant's export activities have ceased to comply with the statutory criteria for obtaining a certificate. The Attorney General may also bring suit under Section 15 of the Clay-

ton Act to enjoin conduct that threatens «a clear and irreparable harm to the national interest»,33 even if the conduct has been pre-approved as part of an ETCR.

The Commerce Department, in consultation with the Department, has issued guidelines setting forth the standards used in reviewing ETCR applications.34 The ETC Guidelines contain several examples illustrating application of the certification standards to specific export trade conduct, including the use of vertical and horizontal restraints and technology licensing arrangements. In addition, the Commerce Department's Export Trading Company Guidebook35 provides information on the functions and advantages of establishing or using an export trading company, including factors to consider in applying for an ETCR. The Commerce Department's Office of Export Trading Company Affairs provides advice and information on the formation of export trading companies and facilitates contacts between producers of exportable goods and services and firms offering export trade services.

2.8 Other Pertinent Legislation

2.81 Wilson Tariff Act

The Wilson Tariff Act, 15 U.S.C. 8-11, prohibits «every combination, conspiracy, trust, agreement, or contract» made by or between two or more persons or corporations, either of whom is engaged in importing any article from a foreign country into the United States, where the agreement is intended to restrain trade or increase the market price in any part of the United States of the imported articles, or of «any manufacture into which such imported article enters or is intended to enter». Violation of the Act is a misdemeanor, punishable by a maximum fine of $5,000 or one year in prison. The Act also provides for seizure of the imported articles.36

2.82 Antidumping Act of 1916

The Revenue Act of 1916, better known as the Antidumping Act, 15 U.S.C. 71-74, is not an antitrust statute, but its subject matter is closely related to the antitrust rules regarding predation. It is a trade statute that creates a private claim against importers who sell goods into the United States at prices substantially below the prices charged for the same goods in their home market. In order to state a claim, a plaintiff must show both that such lower prices were commonly and systematically charged, and that the importer had the specific intent to injure or destroy an industry in the United States, or to prevent the establishment of an industry. Dumping cases are more commonly brought using the administrative procedures of the Tariff Act of 1930, discussed below.

2.83 Tariff Act of 1930

A comprehensive discussion of the trade remedies available under the Tariff Act is beyond the scope of these Guidelines. However, because antitrust questions sometimes arise in the context of trade actions, it is appropriate to describe these laws briefly.

2.831 Countervailing Duties

Pursuant to Title VII.A of the Tariff Act,37 U.S. manufacturers, producers, wholesalers, unions, and trade associations may petition for the imposition of offsetting duties on subsidized foreign imports.38 The Department of Commerce's International Trade Administration («ITA») must make a determination that the foreign government in question is subsidizing the imports, and in almost all cases the International Trade Commission («ITC») must determine that a domestic industry is materially injured or threatened with material injury by reason of these imports.

2.832 Antidumping Duties

Pursuant to Title VII.B of the Tariff Act,39 parties designated in the statute (the same parties as in the countervailing duties provision) may petition for antidumping duties, which must be imposed on foreign merchandise that is being, or is likely to be, sold in the United States at «less than fair value» («LTFV»), if the U.S. industry is materially injured or threatened with material injury by imports of the foreign merchandise. The ITA makes the LTFV determination, and the ITC is responsible for the injury decision.

2.833Section 337

Section 337 of the Tariff Act, 19 U.S.C. 1337, prohibits «unfair methods of competition and unfair acts in the importation of articles into the United States», if the effect is to destroy or substantially injure a U.S. industry, or where the acts relate to importation of articles infringing U.S. patents, copyrights, trademarks, or registered mask works.40 Complaints are filed with the ITC. The principal remedies under Section 337 are an exclusion order directing that any offending goods be excluded from entry into the United States, and a cease and desist order directed toward any offending U.S. firms and individuals.41 The ITC is required to give the Agencies an opportunity to comment before making a final determination.42 In addition, the Department participates in the interagency group that prepares recommendations for the President to approve, disapprove, or allow to take effect the import relief proposed by the ITC.

2.84 Trade Act of 1974

2.841 Section 201

Section 201 of the Trade Act of 1974, 19 U.S.C. 2251 et seq., provides that American businesses claiming serious injury due to significant increases in imports may petition the ITC for relief or modification under the so-called «escape clause». If the ITC makes a determination that «an article is being imported into the United States in such increased quantities as to be a substantial cause of serious injury, or the threat thereof, to the domestic industry producing an article like or directly competitive with the imported article», and formulates its recommendation for appropriate relief, the Department participates in the interagency committee that conducts the investigations and advises the President whether to adopt, modify, or reject the import relief recommended by the ITC.

2.842 Section 301

Section 301 of the Trade Act of 1974, 19 U.S.C. 2411, provides that the U.S. Trade Representative («USTR»), subject to the specific direction, if any, of the President, may take action, including restricting imports, to enforce rights of the United States under any trade agreement, to address acts inconsistent with the international legal rights of the United States, or to respond to unjustifiable, unreasonable or discriminatory practices of foreign governments that burden or restrict U.S. commerce. Interested parties may initiate such actions through petitions to the USTR, or the USTR may itself initiate proceedings.43 Of particular interest to antitrust enforcement is Section 301(d)(3)(B)(i)(IV), which includes among the «unreasonable» practices of foreign governments that might justify a proceeding the «toleration by a foreign government of systematic anticompetitive activities by enterprises or among enterprises in the foreign country that have the effect of restricting ... access of United States goods or services to a foreign market».44 The Department participates in the interagency committee that makes recommendations to the President on what actions, if any, should be taken.

2.9 Relevant International Agreements

To further the twin goals of promoting enforcement cooperation between the United States and foreign governments and of reducing any tensions that may arise in particular proceedings, the Agencies have developed close relationships with antitrust and competition policy officials of many different countries. In some instances, understandings have been reached with respect to notifications, consultations, and cooperation in antitrust matters.45 In other instances, more general rules endorsed by multilateral organizations such as the Organization for Economic Cooperation and Development («OECD») provide the basis for the Agencies' cooperative policies. Finally, even in the absence of specific or general international understandings or recommendations, the Agencies often seek cooperation with foreign authorities.

2.91 Bilateral Cooperation Agreements

Formal written bilateral arrangements exist between the United States and the Federal Republic of Germany, Australia, and Canada.46 International antitrust cooperation can also occur through mutual legal assistance treaties («MLATs»), which are treaties of general application pursuant to which the United States and a foreign country agree to assist one another in criminal law enforcement matters. MLATs currently are in force with over one dozen countries, and many more are in the process of ratification or negotiation. However, only the MLAT with Canada has been used to date to obtain assistance in antitrust investigations.47 The Agencies also hold regular consultations with the antitrust officials of Canada, the European Commission, and Japan, and have close, informal ties with the antitrust authorities of many other countries. Since 1990, the Agencies have cooperated closely with countries in the process of establishing competition agencies, assisted by funding provided by the Agency for International Development.

On November 2, 1994, President Clinton signed into law the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994,48 which authorizes the Agencies to enter into antitrust mutual assistance agreements in accordance with the legislation.

2.92 International Guidelines and Recommendations

The Agencies have agreed with respect to member countries of the OECD to consider the legitimate interests of other nations in accordance with relevant OECD recommendations.49 Under the terms of a 1986 recommendation, the United States agency with responsibility for a particular case notifies a member country whenever an antitrust enforcement action may affect important interests of that country or its nationals.50 Examples of potentially notifiable actions include requests for documents located outside the United States, attempts to obtain information from potential witnesses located outside the United States, and cases or investigations with significant foreign conduct or involvement of foreign persons.

3. THRESHOLD INTERNATIONAL ENFORCEMENT ISSUES

3.1 Jurisdiction

Just as the acts of U.S. citizens in a foreign nation ordinarily are subject to the law of the country in which they occur, the acts of foreign citizens in the United States ordinarily are subject to U.S. law. The reach of the U.S. antitrust laws is not limited, however, to conduct and transactions that occur within the boundaries of the United States. Anticompetitive conduct that affects U.S. domestic or foreign commerce may violate the U.S. antitrust laws regardless of where such conduct occurs or the nationality of the parties involved.

Under the Sherman Act and the FTC Act, there are two principal tests for subject matter jurisdiction in foreign commerce cases. With respect to foreign import commerce, the Supreme Court has recently stated in Hartford Fire Insurance Co. v. California that «the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States».51 There has been no such authoritative ruling on the scope of the FTC Act, but both Acts apply to commerce «with foreign nations» and the Commission has held that terms used by both Acts should be construed together.52 Second, with respect to foreign commerce other than imports, the Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 («FTAIA») applies to foreign conduct that has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on U.S. commerce. 53

3.11 Jurisdiction Over Conduct Involving Import Commerce

Imports into the United States by definition affect the U.S. d omestic market directly, and will, therefore, almost invariably satisfy the intent part of the Hartford Fire test. Whether they in fact produce the requisite substantial effects will depend on the facts of each case.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE A54

Situation:
A, B, C, and D are foreign companies that produce a product in various foreign countries. None has any U.S. production, nor any U.S. subsidiaries. They organize a cartel for the purpose of raising the price for the product in question. Collectively, the cartel members make substantial sales into the United States, both in absolute terms and relative to total U.S. consumption.

Discussion:
These facts present the straightforward case of cartel participants selling products directly into the United States. In this situation, the transaction is unambiguously an import into the U.S. market, and the sale is not complete until the goods reach the United States. Thus, U.S. subject matter jurisdiction is clear under the general principles of antitrust law expressed most recently in Hartford Fire. The facts presented here demonstrate actual and intended participation in U.S. commerce.55 The separate question of personal jurisdiction under the facts presented here would be analyzed using the principles discussed infra in Section 4.1.

3.12 Jurisdiction Over Conduct Involving Other Foreign Commerce

With respect to foreign commerce other than imports, the jurisdictional limits of the Sherman Act and the FTC Act are delineated in the FTAIA. The FTAIA amended the Sherman Act to provide that it: shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or commerce) with foreign nations unless

1. such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect:
   A. on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or
   B. on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; 56
2. such effect gives rise to a claim under the provisions of [the Sherman Act], other than this section.

The FTAIA uses slightly different statutory language for the FTC Act,57 but produces the same jurisdictional outcomes.

3.121 Jurisdiction in Cases Under Subsection 1(A) of the FTAIA

To the extent that conduct in foreign countries does not «involve» import commerce but does have an «effect» on either import transactions or commerce within the United States, the Agencies apply the «direct, substantial, and reasonably foreseeable» standard of the FTAIA. That standard is applied, for example, in cases in which a cartel of foreign enterprises, or a foreign monopolist, reaches the U.S. market through any mechanism that goes beyond direct sales, such as the use of an unrelated intermediary, as well as in cases in which foreign vertical restrictions or intellectual property licensing arrangements have an anticompetitive effect on U.S. commerce.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE B

Situation:
As in Illustrative Example A, the foreign cartel produces a product in several foreign countries. None of its members has any U.S. production, nor do any of them have U.S. subsidiaries. They organize a cartel for the purpose of raising the price for the product in question. Rather than selling directly into the United States, however, the cartel sells to an intermediary outside the United States, which they know will resell the product in the United States. The intermediary is not part of the cartel.

Discussion:
The jurisdictional analysis would change slightly from the one presented in Example A, because not only is the conduct being challenged entered into by cartelists in a foreign country, but it is also initially implemented through a sale made in a foreign country. Despite the different test, however, the outcome on these facts would in all likelihood remain the same. The fact that the illegal conduct occurs prior to the import would trigger the application of the FTAIA. The Agencies would have to determine whether the challenged conduct had «direct, substantial and reasonably foreseeable effects» on U.S. domestic or import commerce. Furthermore, since «the essence of any violation of Section 1 [of the Sherman Act] is the illegal agreement itself —rather than the overt acts performed in furtherance of it—»,58 the Agencies would focus on the potential harm that would ensue if the conspiracy were successful, not on whether the actual conduct in furtherance of the conspiracy had in fact the prohibited effect upon interstate or foreign commerce.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE C

Situation:
Variant (1):

> Widgets are manufactured in both the United States and various other countries around the world. The non-U.S. manufacturers meet privately outside the United States and agree among themselves to raise prices to specified levels. Their agreement clearly indicates that sales in or into the United States are not within the scope of the agreement, and thus that each participant is free independently to set its prices for the U.S. market. Over time, the cartel members begin to sell excess production into the United States. These sales have the effect of stabilizing the cartel for the foreign markets. In the U.S. market, these «excess» sales are priced at levels below those that would have prevailed in the U.S. market but for the cartel, but there is no evidence that the prices are predatory. As a result of these events, several U.S. widget manufacturers curtail their production, overall domestic output falls, and remaining manufacturers fail to invest in new or improved capacity.

Variant (2):

Assume now that the cartel agreement specifically provides that cartel members will set agreed prices for the U.S. market at levels designed to soak up excess quantities that arise as a result of price increases in foreign markets. The U.S. price level is set at periodic meetings where each participant indicates how much it must off- load in this way. Thus, the cartel members sell goods in the U.S. market at fixed prices that undercut prevailing U.S. price levels, with consequences similar to those in Variant 1.

Discussion:

Variant (1):

The jurisdictional issue is whether the predictable economic consequences of the original cartel agreement and the independent sales into the United States are sufficient to support jurisdiction. The mere fact that the existence of U.S. sales or the level of U.S. prices may ultimately be affected by the cartel agreement is not enough for either Hartford Fire jurisdiction or the FTAIA.59 Furthermore, in the absence of an agreement with respect to the U.S. market, sales into the U.S. market at no.ɔ-predatory levels do not raise antitrust concerns.60

Variant (2):

The critical element of a foreign price-fixing agreement with direct, intended effects in the United States is now present. The fact that the cartel believes its U.S. prices are «reasonable», or that it may be exerting downward pressure on U.S. price levels, does not exonerate it.61 Variant 2 presents a case where the Agencies would need clear evidence of the prohibited agreement before they would consider moving forward. They would be particularly cautious if the apparent effects in the U.S. market appeared to be beneficial to consumers.

3.122 Jurisdiction in Cases Under Subsection 1(B) of the FTAIA

Two categories of «export cases» fall within the FTAIA's jurisdictional test. First, the Agencies may, in appropriate cases, take enforcement action against anticompetitive conduct, wherever occurring, that restrains U.S. exports, if

1. the conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on exports of goods or services from the United States, and
2. the U.S. courts can obtain jurisdiction over persons or corporations engaged in such conduct.62

As Section 3.2 below explains more fully, if the conduct is unlawful under the importing country's antitrust laws as well, the Agencies are also prepared to work with that country's authorities if they are better situated to remedy the conduct, and if they are prepared to take action that will address the U.S. concerns, pursuant to their antitrust laws.

Second, the Agencies may in appropriate cases take enforcement action against conduct by U.S. exporters that has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on trade or commerce within the United States, or on import trade or commerce. This can arise in two principal ways. First, if U.S. supply and demand were not particularly elastic, an agreement among U.S. firms accounting for a substantial share of the relevant market, regarding the level of their exports, could reduce supply and raise prices in the United States.63 Second, conduct ostensibly export-related could affect the price of products sold or resold in the United States. This kind of effect could occur if, for example, U.S. firms fixed the price of an input used to manufacture a product overseas for ultimate resale in the United States.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE D

Situation:
Companies E and F are the only producers of product Q in country Epsilon, one of the biggest markets for sales of Q in the world. E and F together account for 99 percent of the sales of product Q in Epsilon.64 In order to prevent a competing U.S. producer from entering the market in Epsilon, E and F agree that neither one of them will purchase or distribute the U.S. product, and that they will take «all feasible» measures to keep the U.S. company out of their market. Without specifically discussing what other measures they will take to carry out this plan, E and F meet with their distributors and, through a variety of threats and inducements, obtain agreement of all of the distributors not to carry the U.S. product. There are no commercially feasible substitute distribution channels available to the U.S. producer. Because of the actions of E and F, the U.S. producer cannot find any distributors to carry its product and is unable to make any sales in Epsilon.

Discussion:
The agreement between E and F not to purchase or distribute the U.S. product would clearly have a direct and reasonably foreseeable effect on U.S. export commerce, since it is aimed at a U.S. exporter. The substantiality of the effects on U.S. exports would depend on the significance of E and F as purchasers and distributors of Q, although on these facts the virtually total foreclosure from Epsilon would almost certainly qualify as a substantial effect for jurisdictional purposes. However, if the Agencies believe that they may encounter difficulties in establishing personal jurisdiction or in obtaining effective relief, the case may be one in which the Agencies would seek to resolve their concerns by working with other authorities who are examining the transaction.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE E

Situation:
Companies P, Q, R, and S, organized under the laws of country Alpha, all manufacture and distribute construction equipment. Much of that equipment is protected by patents in the various countries where it is sold, including Alpha. The companies all belong to a private trade association, which develops industry standards that are often (although not always) adopted by Alpha's regulatory authorities. Feeling threatened by competition from the United States, the companies agree at a trade association meeting

1. to refuse to adopt any U.S. company technology as an industry standard, and
2. to boycott the distribution of U.S. construction equipment.

The U.S. companies have taken all necessary steps to protect their intellectual property under the law of Alpha.

Discussion:
In this example, the collective activity impedes U.S. companies in two ways: their technology is boycotted (even if U.S. companies are willing to license their intellectual property) and they are foreclosed from access to distribution channels. The jurisdictional question is whether these actions create a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on the exports of U.S. companies. The mere fact that only the market of Alpha appears to be foreclosed is not enough to defeat such an effect. Only if exclusion from Alpha as a quantitative measure were so de minimis in terms of actual volume of trade that there would not be a substantial effect on U.S. export commerce would jurisdiction be lacking. Given that this example involves construction equipment, a generally highly priced capital good, the exclusion from Alpha would probably satisfy the substantiality requirement for FTAIA jurisdiction. This arrangement appears to have been created with particular reference to

competition from the United States, which indicates that the effects on U.S. exports are both direct and foreseeable.

3.13 Jurisdiction When U.S. Government Finances or Purchases

The Agencies may, in appropriate cases, take enforcement action when the U.S. Government is a purchaser, or substantially funds the purchase, of goods or services for consumption or use abroad. Cases in which the effect of anticompetitive conduct with respect to the sale of these goods or services falls primarily on U.S. taxpayers may qualify for redress under the federal antitrust laws.65 As a general matter, the Agencies consider there to be a sufficient effect on U.S. commerce to support the assertion of jurisdiction if, as a result of its payment or financing, the U.S. Government bears more than half the cost of the transaction. For purposes of this determination, the Agencies apply the standards used in certifying export conduct under the ETC Act of 1982, 15 U.S.C. 4011-21(1982).66

ILLUSTRATIVE EXAMPLE F

Situation:
A combination of U.S. firms and local firms in country Beta create a U.S.-based joint venture for the purpose of building a major pollution control facility for Beta's Environmental Control Agency («BECA»). The venture has received preferential funding from the U.S. Government, which has the effect of making the present value of expected future repayment of the principal and interest on the loan less than half its face value. Once the venture has begun work, it appears that its members secretly have agreed to inflate the price quoted to BECA, in order to secure more funding.

Discussion:
The fact that the U.S. Government bears more than half the financial risk of the transaction is sufficient for jurisdiction. With jurisdiction established, the Agencies would proceed to investigate whether the apparent bid-rigging actually occurred.67

ILLUSTRATIVE EXAMPLE G

Situation:
The United States has many military bases and other facilities located in other countries. These facilities procure substantial goods and services from suppliers in the host country. In country X, it comes to the attention of the local U.S. military base commander that bids to supply certain construction services have been rigged.

Discussion:
Sales made by a foreign party to the U.S. Government, including to a U.S. facility located in a foreign country, are within U.S. antitrust jurisdiction when they fall within the rule of Section 3.13. Bid-rigging of sales to the U.S. Government represents the kind of conduct that can lead to an antitrust action. Indeed, in the United States this type of behavior is normally prosecuted by the Department as a criminal offense. In practice, the Department has whenever possible worked closely with the host country antitrust authorities to explore remedies under local law. This has been successful in a number of instances.68

3.14 Jurisdiction Under Section 7 of the Clayton Act Section 7 of the Clayton Act applies to mergers and acquisitions between firms that are engaged in commerce or in any activity affecting commerce. The Agencies would apply the same principles regarding their foreign commerce jurisdiction to Clayton Section 7 cases as they would apply in Sherman Act cases.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE H

Situation:
Two foreign firms, one in Europe and the other in Canada, account together for a substantial percentage of U.S. sales of a particular product through direct imports. Both firms have sales offices and are subject to personal jurisdiction in the United States, although neither has productive assets in the United States. They enter into an agreement to merge.

Discussion:
The express language of Section 7 of the Clayton Act reaches the stock and asset acquisitions of persons engaged in trade and commerce «with foreign nations».69 Thus, in assessing jurisdiction for this merger outside the United States the Agencies could establish U.S. subject matter jurisdiction based on its effect on U.S. imports. If the facts stated above were modified to show that the proposed merger would have effects on U.S. export commerce, as opposed to import trade, then in assessing jurisdiction under the Clayton Act the Agencies would analyze the question of effects on commerce in a manner consistent with the FTAIA: that is, they would look to see whether the effects on U.S. domestic or import commerce are direct, substantial, and reasonably foreseeable.70 It is appropriate to do so because the FTAIA sheds light on the type of effects Congress considered necessary for foreign commerce cases, even though the FTAIA did not amend the Clayton Act.

In both these situations, the Agencies would conclude that Section 7 jurisdiction technically exists. However, if effective relief is difficult to obtain, the case may be one in which the Agencies would seek to coordinate their efforts with other authorities who are examining the transaction.71

3.2 Comity

In enforcing the antitrust laws, the Agencies consider international comity. Comity itself reflects the broad concept of respect among co-equal sovereign nations and plays a role in determining «the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation».72 Thus, in determining whether to assert jurisdiction to investigate or bring an action, or to seek particular remedies in a given case, each Agency takes into account whether significant interests of any foreign sovereign would be affected.73

In performing a comity analysis, the Agencies take into account all relevant factors. Among others, these may include

1. the relative significance to the alleged violation of conduct within the United States, as compared to conduct abroad;
2. the nationality of the persons involved in or affected by the conduct;
3. the presence or absence of a purpose to affect U.S. consumers, markets, or exporters;
4. the relative significance and foreseeability of the effects of the conduct on the United States as compared to the effects abroad;
5. the existence of reasonable expectations that would be furthered or defeated by the action;
6. the degree of conflict with foreign law or articulated foreign economic policies;
7. the extent to which the enforcement activities of another country with respect to the same persons, including remedies resulting from those activities, may be affected; and
8. the effectiveness of foreign enforcement as compared to U.S. enforcement action.74

The relative weight that each factor should be given depends on the facts and circumstances of each case. With respect to the factor concerning conflict with foreign law, the Supreme Court made clear in Hartford Fire75 that no conflict exists for purposes of an international comity analysis in the courts if the person subject to regulation by two states can comply with the laws of both. Bearing this in mind, the Agencies first ask what laws or policies of the arguably interested foreign jurisdictions are implicated by the conduct in question. There may be no actual conflict between the antitrust enforcement interests of the United States and the laws or policies of a foreign sovereign. This is increasingly true as more countries adopt antitrust or competition laws that are compatible with those of the United States. In these cases, the anticompetitive conduct in question may also be prohibited under the pertinent foreign laws, and thus the possible conflict would relate to enforcement practices or remedy. If the laws or policies of a foreign nation are neutral, it is again possible for the parties in question to comply with the U.S. prohibition without violating foreign law.

The Agencies also take full account of comity factors beyond whether there is a conflict with foreign law. In deciding whether or not to challenge an alleged antitrust violation, the Agencies would, as part of a comity analysis, consider whether one country encourages a certain course of conduct, leaves parties free to choose among different strategies, or prohibits some of those strategies. In addition, the Agencies take into account the effect of their enforcement activities on related enforcement activities of a foreign antitrust authority. For example, the Agencies would consider whether their activities would interfere with or reinforce the objectives of the foreign proceeding, including any remedies contemplated or obtained by the foreign antitrust authority.

The Agencies also will consider whether the objectives sought to be obtained by the assertion of U.S. law would be achieved in a particular instance by foreign enforcement. In lieu of bringing an enforcement action, the Agencies may consult with interested foreign sovereigns through appropriate diplomatic channels to attempt to eliminate anticompetitive effects in the United States. In cases where the United States decides to prosecute an antitrust action, such a decision represents a determination by the Executive Branch that the importance of antitrust enforcement outweighs any relevant foreign policy concerns.76 The Department does not believe that it is the role of the courts to «second-guess the executive branch's judgment as to the proper role of comity concerns under these circumstances».77 To date, no Commission cases have presented the issue of the degree of deference that courts should give to the Commission's comity decisions.78 It is important also to note that in disputes between private parties, many courts are willing to undertake a comity analysis.79

ILLUSTRATIVE EXAMPLE I

Situation:
A group of buyers in one foreign country decide that they will agree on the price that they will offer to U.S. suppliers of a particular product. The agreement results in substantial loss of sales and capacity reductions in the United States.

Discussion:
From a jurisdictional point of view, the FTAIA standard appears to be satisfied because the effects on U.S. exporters presented here are direct and the percentage of supply accounted for by the buyers' cartel is substantial given the fact that the U.S. suppliers are «major». The Agencies, however, would also take into consideration the comity aspects presented before deciding whether or not to proceed.

Consistent with their consideration of comity and its obligations under various international agreements, the Agencies would ordinarily notify the antitrust authority in the cartel's home country. If that authority were in a better position to address the competitive problem, and were prepared to

take effective action to address the adverse effects on U.S. commerce, the Agencies would consider working cooperatively with the foreign authority or staying their own remedy pending enforcement efforts by the foreign country. In deciding whether to proceed, the Agencies would weigh the factors relating to comity set forth above. Factors weighing in favor of bringing such an action include the substantial and purposeful harm caused by the cartel to the United States.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE J

Situation:
A and B manufacture a consumer product for which there are no readily available substitutes in ten different countries around the world, including the United States, Canada, Mexico, Spain, Australia, and others. When they decide to merge, it becomes necessary for them to file premerger notifications in many of these countries, and to subject themselves to the merger law of all ten.80

Discussion:
Under the 1986 OECD Recommendation, OECD countries notify one another when a proceeding such as a merger review is underway that might affect the interests of other countries. Within the strict limits of national confidentiality laws, agencies attempt to cooperate with one another in processing these reviews. This might extend to exchanges of publicly available information, agreements to let the other agencies know when a decision to institute a proceeding is taken, and to consult for purposes of international comity with respect to proposed remedial measures and investigatory methods. The parties can facilitate faster resolution of these cases if they are willing voluntarily to waive confidentiality protections and to cooperate with a joint investigation. At present, confidentiality provisions in U.S. and foreign laws do not usually permit effective coordination of a single international investigation in the absence of such waivers.

3.3 Effects of Foreign Government Involvement

Foreign governments may be involved in a variety of ways in conduct that may have antitrust consequences. To address the implications of such foreign governmental involvement, Congress and the courts have developed four special doctrines: the doctrine of foreign sovereign immunity; the doctrine of foreign sovereign compulsion; the act of state doctrine; and the application of the Noerr-Pennington doctrine to immunize the lobbying of foreign governments. Although these doctrines are interrelated, for purposes of discussion the Guidelines discuss each one individually.

3.31 Foreign Sovereign Immunity

The scope of immunity of a foreign government or its agencies and instrumentalities (hereinafter foreign government)81 from the jurisdiction of the U.S. courts for all causes of action, including antitrust, is governed by the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 («FSIA»).82 Subject to the treaties in place at the time of FSIA's enactment, a foreign government is immune from suit except where designated in the FSIA.83

Under the FSIA, a U.S. court has jurisdiction if the foreign government has:

a. waived its immunity explicitly or by implication,

b. engaged in commercial activity as described in the statute,

c. expropriated property in violation of international law,

d. acquired rights to U.S. property,

e. committed certain torts within the United States, or agreed to arbitration of a dispute.84

The commercial activities exception is a frequently invoked exception to sovereign immunity under the FSIA. Under the FSIA, a foreign government is not immune in any case:

> in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States.85

«Commercial activity of the foreign state» is not defined in the FSIA, but is to be determined by the «nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose».86 In attempting to differentiate commercial from sovereign activity, courts have considered whether the conduct being challenged is customarily performed for profit87 and whether the conduct is of a type that only a sovereign government can perform.88 As a practical matter, most activities of foreign government-owned corporations operating in the commercial marketplace will be subject to U.S. antitrust laws to the same extent as the activities of foreign privately-owned firms.

The commercial activity also must have a substantial nexus with the United States before a foreign government is subject to suit. The FSIA sets out three different standards for meeting this requirement. First, the challenged conduct by the foreign government may occur in the United States.89 Alternatively, the challenged commercial activity may entail an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign government elsewhere.90 Or, finally, the challenged commercial activity of a foreign government outside of the United States may produce a direct effect within the United States, i.e., an effect which follows «as an immediate consequence of the defendant's . . . activity». 91

3.32 Foreign Sovereign Compulsion

Although U.S. antitrust jurisdiction extends to conduct and parties in foreign countries whose actions have the required effects on U.S. commerce, as discussed above, those parties may find themselves subject to conflicting requirements from the other country (or countries) where they are located.92 Under Hartford Fire, if it is possible for the party to comply both with the foreign law and the U.S. antitrust laws, the existence of the foreign law does not provide any legal excuse for actions that do not comply with U.S. law. However, a direct conflict may arise when the facts demonstrate that the foreign sovereign has compelled the very conduct that the U.S. antitrust law prohibits.

In these circumstances, at least one court has recognized a defense under the U.S. antitrust laws, and the Agencies will also recognize it.93 There are two rationales underlying the defense of foreign sovereign compulsion. First, Congress enacted the U.S. antitrust laws against the background of well recognized principles of international law and comity among nations, pursuant to which U.S. authorities give due deference to the official acts of foreign governments. A defense for actions taken under the circumstances spelled out below serves to accommodate two equal sovereigns. Second, important considerations of fairness to the defendant require some mechanism that provides a predictable rule of decision for those seeking to conform their behavior to all pertinent laws. Because of the limited scope of the defense, the Agencies will refrain from enforcement actions on the ground of foreign sovereign compulsion only when certain criteria are satisfied. First, the foreign government must have compelled the anticompetitive conduct under circumstances in which a refusal to comply with the foreign government's command would give rise to the imposition of penal or other severe sanctions. As a general matter, the Agencies regard the foreign government's formal representation that refusal to comply with its command would have such a result as being sufficient to establish that the conduct in question has been compelled, as long as that representation contains sufficient detail to enable the Agencies to see precisely how the compulsion would be

accomplished under local law.94 Foreign government measures short of compulsion do not suffice for this defense, although they can be relevant in a comity analysis.

Second, although there can be no strict territorial test for this defense, the defense normally applies only when the foreign government compels conduct which can be accomplished entirely within its own territory. If the compelled conduct occurs in the United States, the Agencies will not recognize the defense.95 For example, no defense arises when a foreign government requires the U.S. subsidiaries of several firms to organize a cartel in the United States to fix the price at which products would be sold in the United States, or when it requires its firms to fix mandatory resale prices for their U.S. distributors to use in the United States. Third, with reference to the discussion of foreign sovereign immunity in Section 3.31 above, the order must come from the foreign government acting in its governmental capacity. The defense does not arise from conduct that would fall within the FSIA commercial activity exception.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE K

Situation:
Greatly increased quantities of commodity X have flooded into the world market over the last two or three years, including substantial amounts indirectly coming into the United States. Because they are unsure whether they would prevail in an antidumping and countervailing duty case, U.S. industry participants have refrained from filing trade law petitions. The officials of three foreign countries meet with their respective domestic firms and urge them to «rationalize» production by cooperatively cutting back. Going one step further, one of the interested governments orders cutbacks from its firms, subject to substantial penalties for non- compliance. Producers from the other two countries agree among themselves to institute comparable cutbacks, but their governments do not require them to do so.

Discussion:
Assume for the purpose of this example that the overseas production cutbacks have the necessary effects on U.S. commerce to support jurisdiction. As for the participants from the two countries that did not impose any penalty for a failure to reduce production, the Agencies would not find that sovereign compulsion precluded prosecution of this agreement.96 As for participants from the country that did compel production cut-backs through the imposition of severe penalties, the Agencies would acknowledge a defense of sovereign compulsion.

3.33 Acts of State

The act of state doctrine is a judge-made rule of federal common law.97 It is a doctrine of judicial abstention based on considerations of international comity and separation of powers, and applies only if the specific conduct complained of is a public act of the foreign sovereign within its territorial jurisdiction on matters pertaining to its governmental sovereignty. The act of state doctrine arises when the validity of the acts of a foreign government is an unavoidable issue in a case.98

Courts have refused to adjudicate claims or issues that would require the court to judge the legality (as a matter of U.S. law or international law) of the sovereign act of a foreign state.99 Although in some cases the sovereign act in question may compel private behavior, such compulsion is not required by the doctrine.100 While the act of state doctrine does not compel dismissal as a matter of course, judicial abstention is appropriate in a case where the court must «declare invalid, and thus ineffective as a rule of decision in the U.S. courts, . . . the official act of a foreign sovereign».101

When a restraint on competition arises directly from the act of a foreign sovereign, such as the grant of a license, award of a contract, expropriation of property, or the like, the Agencies may refrain from bringing an enforcement action based on the act of state doctrine. For example, the Agencies

will not challenge foreign acts of state if the facts and circumstances indicate that: (1) the specific conduct complained of is a public act of the sovereign, (2) the act was taken within the territorial jurisdiction of the sovereign, and (3) the matter is governmental, rather than commercial.

3.34 Petitioning of Sovereigns

Under the Noerr-Pennington doctrine, a genuine effort to obtain or influence action by governmental entities in the United States is immune from application of the Sherman Act, even if the intent or effect of that effort is to restrain or monopolize trade.102 Whatever the basis asserted for Noerr-Pennington immunity (either as an application of the First Amendment or as a limit on the statutory reach of the Sherman Act, or both), the Agencies will apply it in the same manner to the petitioning of foreign governments and the U.S. Government.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE L

Situation:
In the course of preparing an antidumping case, which requires the U.S. industry to demonstrate that it has been injured through the effects of the dumped imports, producers representing 75 percent of U.S. output exchange the information required for the adjudication. All the information is exchanged indirectly through third parties and in an aggregated form that makes the identity of any particular producer's information impossible to discern.

Discussion:
Information exchanged by co npetitors within the context of an antidumping proceeding implicates the Noerr- Pennington petitioning immunity. To the extent that these exchanges are reasonably necessary in order for them to prepare their joint petition, which is permitted under the trade laws, Noerr is available to protect against antitrust liability that would otherwise arise. On these facts the parties are likely to be immunized by Noerr if they have taken the necessary measures to ensure that the provision of sensitive information called for by the Commerce Department and the ITC cannot be used for anticompetitive purposes. In such a situation, the information exchange is incidental to genuine petitioning and is not subject to the antitrust laws. Conversely, were the parties directly to exchange extensive information relating to their costs, the prices each has charged for the product, pricing trends, and profitability, including information about specific transactions that went beyond the scope of those facts required for the adjudication, such conduct would go beyond the contemplated protection of Noerr immunity.

3.4 Antitrust Enforcement and International Trade Regulation

There has always been a close relationship between the international application of the antitrust laws and the policies and rules governing the international trade of the United States. Restrictions such as tariffs or quotas on the free flow of goods affect market definition, consumer choice, and supply options for U.S. producers. In certain instances, the U.S. trade laws set forth specific procedures for settling disputes under those laws, which can involve price and quantity agreements by the foreign firms involved. When those procedures are followed, an implied antitrust immunity results.103 However, agreements among competitors that do not comply with the law, or go beyond the measures authorized by the law, do not enjoy antitrust immunity. In the absence of legal authority, the fact, without more, that U.S. or foreign government officials were involved in or encouraged measures that would otherwise violate the antitrust laws does not immunize such arrangements.104

If a particular voluntary export restraint does not qualify for express or implied immunity from the antitrust laws, then the legality of the arrangement would depend upon the existence of the ordinary elements of an antitrust offense, such as whether or not a prohibited agreement exists or whether defenses such as foreign sovereign compulsion can be invoked.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE M

Situation:
Six U.S. producers of product Q have initiated an antidumping action alleging that imports of Q from country Sigma at less than fair value are causing material injury to the U.S. Q industry. The ITC has made a preliminary decision that there is a reasonable indication that the U.S. industry is suffering material injury from Q imported from Sigma. The Department of Commerce has preliminarily concluded that the foreign market value of Q imported into the United States by Sigma's Q producers exceeds the price at which they are selling Q in this country by margins of 10 to 40 percent. Sigma's Q producers jointly initiate discussions with the Department of Commerce that lead to suspension of the investigation in accordance with Section 734 of the Tariff Act of 1930, 19 U.S.C. 1673c. The suspension agreement provides that each of Sigma's Q producers will sell product Q in the United States at no less than its individual foreign market value, as determined periodically by the Department of Commerce in accordance with the Tariff Act. Before determining to suspend the investigation, the Department of Commerce provides copies of the proposed agreement to the U.S. Q producers, who jointly advise the Department that they do not object to the suspension of the investigation on the terms proposed. The Department also determines that suspension of the investigation would be in the public interest. As a result of the suspension agreement, prices in the United States of Q imported from Sigma rise by an average of 25 percent from the prices that prevailed before the antidumping action was initiated.

Discussion:
While an unsupervised agreement among foreign firms to raise their U.S. sales prices ordinarily would violate the Sherman Act, the suspension agreement outlined above qualifies for an implied immunity from the antitrust laws. As demonstrated here, the parties have engaged only in conduct contemplated by the Tariff Act and none of the participants have engaged in conduct beyond what is necessary to implement that statutory scheme.

ILLUSTRATIVE EXAMPLE N

Situation:
The Export Association is a Webb-Pomerene association that has filed the appropriate certificates and reports with the Commission. The Association exports a commodity to markets around the world, and fixes the price at which all of its members sell the commodity in the foreign markets. Nearly 80 percent of all U.S. producers of the commodity belong to the Association, and on a world-wide level, the Association's members account for approximately 40 percent of annual sales.

Discussion:
The Webb-Pomerene Act addresses only the question of antitrust liability under U.S. law. Although the U.S. antitrust laws confer an immunity on such associations, the Act does not purport to confer immunity under the law of any foreign country, nor does the Act compel the members of a Webb-Pomerene association to act in any particular way. Thus, a foreign government retains the ability to initiate proceedings if such an association allegedly violates that country's competition law.

4. PERSONAL JURISDICTION AND PROCEDURAL RULES

4.1 Personal Jurisdiction and Venue

The Agencies will bring suit only if they conclude that personal jurisdiction exists under the due process clause of the U.S. Constitution.105 The Constitution requires that the defendant have affili-

ating or minimum contacts with the United States, such that the proceeding comports with «fair play and substantial justice».106

Section 12 of the Clayton Act, 15 U.S.C. 22, provides that any suit under the antitrust laws against a corporation may be brought in the judicial district where it is an inhabitant, where it may be found, or where it transacts business. The concept of transacting business is interpreted pragmatically by the Agencies. Thus, a company may transact business in a particular district directly through an agent, or through a related corporation that is actually the «alter ego» of the foreign party.107

4.2 Investigatory Practice Relating to Foreign Nations

In conducting investigations that require documents that are located outside the United States, or contacts with persons located outside the United States, the Agencies first consider requests for voluntary cooperation when practical and consistent with enforcement objectives. When compulsory measures are needed, they seek whenever possible to work with the foreign government involved. U.S. law also provides authority in some circumstances for the use of compulsory measures directed to parties over whom the courts have personal jurisdiction, which the Agencies may use when other efforts to obtain information have been exhausted or would be unavailing.108

Conflicts can arise, however, where foreign statutes purport to prevent persons from disclosing documents or information for use in U.S. proceedings. However, the mere existence of such statutes does not excuse noncompliance with a request for information from one of the Agencies.109 To enable the Agencies to obtain evidence located abroad more effectively, as noted in Section 2.91 above, Congress recently has enacted legislation authorizing the Agencies to negotiate bilateral agreements with foreign governments or antitrust enforcement agencies to facilitate the exchange of documents and evidence in civil and criminal investigations.110

4.22 Hart-Scott-Rodino: Special Foreign Commerce Rules

As noted above in Section 2.4, qualifying mergers and acquisitions, defined both in terms of size of party and size of transaction, must be reported to the Agencies, along with certain information about the parties and the transaction, prior to their consummation, pursuant to the HSR Amendments to the Clayton Act, 15 U.S.C. 18a.

In some instances, the HSR implementing regulations exempt otherwise reportable foreign transactions.111 First, some acquisitions by U.S. persons are exempt. Acquisitions of foreign assets by a U.S. person are exempt when

i. no sales in or into the United States are attributable to those assets, or

ii. some sales in or into the United States are attributable to those assets, but the acquiring person would not hold assets of the acquired person to which $25 million or more of such sales in the acquired person's most recent fiscal year were attributable.112

Acquisitions by a U.S. person of voting securities of a foreign issuer are exempt unless the issuer holds assets in the United States having an aggregate book value of $15 million or more, or made aggregate sales in or into the United States of $25 million or more in its most recent fiscal year.113

Second, some acquisitions by foreign persons are exempt. An exemption exists for acquisitions by foreign persons if

i. the acquisition is of voting securities of a foreign issuer and would not confer control of a U.S. issuer having annual net sales or total assets of $25 million or more, or of any issuer with assets located in the United States having a book value of $15 million or more; or

ii. the acquired person is also a foreign person and the aggregate annual net sales of the merging firms in or into the United States is less than $110 million and their aggregate total assets in the United States are less than $110 million.114

In addition, an acquisition by a foreign person of assets located outside the United States is exempt. Acquisitions by foreign persons of U.S. issuers or assets are not exempt.

Finally, acquisitions are exempt if the ultimate parent entity of either the acquiring or the acquired person is controlled by a foreign state, and the acquisition is of assets located within that foreign state, or of voting securities of an issuer organized under its laws.115 The HSR rules are necessarily technical, and should be consulted rather than relying on the summary description herein.

Venezuela not to sell oil to a particular refiner out of favor with the current political regime, held not subject to antitrust liability under the Sherman Act for an illegal group boycott). The defense of foreign sovereign compulsion is distinguished from the federalism-based state action doctrine. The state action doctrine applies not just to the actions of states and their subdivisions, but also to private anticompetitive conduct that is both undertaken pursuant to clearly articulated state policies, and is actively supervised by the state. See Federal Trade Comm'n v. Ticor Title Insurance Co., 112 S. Ct. 2169 (1992); California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97, 105 (1980); Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943). 94 For example, the Agencies may not regard as dispositive a statement that is ambiguous or that on its face appears to be internally inconsistent. The Agencies may inquire into the circumstances underlying the statement and they may also request further information if the source of the power to compel is unclear. 95 See Linseman v. World Hockey Ass'n, 439 F. Supp. 1315, 1325 (D. Conn. 1977). 96 As in all such cases, the Agencies would consider comity factors as part of their analysis. See supra at Section 3.2. 97 Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398, 421-22 n.21 (1964) (noting that other countries do not adhere in any formulaic way to an act of state doctrine). 98 See W.S. Kirkpatrick & Co. v. Environmental Tectonics Corp., 493 U.S. 400 (1990). 99 International Ass'n of Machinists and Aerospace Workers v. Organization of Petroleum Exporting Countries, 649 F.2d 1354, 1358 (9th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1163 (1982). 100 See Timberlane, supra at note 79, 549 F.2d at 606-08. 101 Kirkpatrick, 493 U.S. at 405, quoting Ricaud v. American Metal Co., 246 U.S. 304, 310 (1918). 102 See Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961); United Mine Workers of Am. v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965); California Motor Transp. Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972) (extending protection to petitioning before «all departments of Government», including the courts); Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., 113 S. Ct. 1920 (1993). However, this immunity has never applied to «sham» activities, in which petitioning «ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover... an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor». Professional Real Estate Investors, 113 S. Ct. at 1926, quoting Noerr, 365 U.S. at 144. See also USS-Posco Indus. v. Contra Costa Cty. Tldg. Constr. Council, AFL-CIO, 31 F.3d 800 (9th Cir. 1994). 103 See, e.g., Letter from Charles F. Rule, Acting Assistant Attorney General, Antitrust Division, Department of Justice, to Mr. Makoto Kuroda, Vice-Minister for International Affairs, Japanese Ministry of International Trade and Industry, July 30, 1986 (concluding that a suspension agreement did not violate U.S. antitrust laws on the basis of factual representations that the agreement applied only to products under investigation, that it did not require pricing above levels needed to eliminate sales below foreign market value, and that assigning weighted-average foreign market values to exporters who were not respondents in the investigation was necessary to achieve the purpose of the antidumping law). 104 Cf. United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 226 (1940) («Though employees of the government may have known of those programs and winked at them or tacitly approved them, no immunity would have thereby been obtained. For Congress had specified the precise manner and method of securing immunity [in the National Industrial Recovery Act]. None other would suffice...»); see also Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366, 378-79 (1973). 105 See also International Shoe Co. v. Washington, 326 U.S. 310 (1945); Asahi Metal Indus-

try Co. Ltd. v. Superior Court, 480 U.S. 102 (1987). 106 Go-Video, Inc. v. Akai Elec. Co., Ltd., 885 F.2d 1406, 1414 (9th Cir. 1989); Wells Fargo & Co. v. Wells Fargo Express Co., 556 F.2d 406, 418 (9th Cir. 1977). To establish jurisdiction, parties must also be served in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure or other relevant authority. Fed. R. Civ. P. 4(k); 15 U.S.C. 22, 44. 107 See, e.g., Letter from Donald S. Clark, Secretary of the Federal Trade Commission, to Caswell O. Hobbs, Esq., Morgan, Lewis & Bockius, Jan. 17, 1990 (Re: Petition to Quash Subpoena Nippon Sheet Glass, et al., File No. 891-0088, at page 3) («The Commission . . . may exercise jurisdiction over and serve process on, a foreign entity that has a related company in the United States acting as its agent or alter ego».); see also Fed. R. Civ. P. 4; Volkswagenwerk AG v. Schlunk, 486 U.S. 694, 707-708 (1988); United States v. Scophony Corp., 333 U.S. 795, 810-818 (1948). 108 For example, 28 U.S.C. 1783(a) (1988) authorizes a U.S. court to order the issuance of a subpoena «requiring the appearance as a witness before it, or before a person or body designated by it, of a national or resident of the United States who is in a foreign country, or requiring the production of a specified document or other thing by him», under circumstances spelled out in the statute. 109 See Societe Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. v. Rogers, 357 U.S. 197 (1958). 110 International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994, Pub. L. No. 103-438, 108 Stat. 4597 (1994). 111 See 16 C.F.R. 802.50-52 (1994). 112 See 16 C.F.R. 802.50(a) (1994). 113 See 16 C.F.R. 802.50(b) (1994). 114 See 16 C.F.R. 802.51 (1994). 115 See 16 C.F.R. 802.52 (1994).

6.2. LINEAMIENTOS EUROPEOS

6.2.1. Restricciones Horizontales (Estructura de Mercado)

6.2.1.1. Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations

I. Introduction

1. Council Regulations (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings ('the Regulation') states in its 25th recital that its application is not excluded where the undertakings concerned accept restriction which are directly related and necessary to the implementation of the concentration, hereinafter referred to as 'ancillary restrictions.' In the scheme of the Regulation, such restrictions are to be assessed together with the concentration itself. It follows, as confirmed by Article 8 (2), second subparagraph, last sentence of the Regulation, that a decision declaring the concentration compatible also covers these restrictions. In this situation, under the provisions of Article 22, paragraphs 1 and 2, the Regulation is solely applicable, to the exclusion of Regulation No 17 as well as Regulations (EEC) No 1017/68, No 4056/86 and (EEC) No 3975. This avoids parallel Commission proceedings, one concerned with the assessment of the concentration under the Regulation, and the other aimed at the application of Articles 85 and 86 to the restrictions which are ancillary to the concentration.

2. In this notice, the Commission sets out to indicate the interpretation it gives to the notion of 'restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration'. Under the Regulation such restrictions must be assessed in relation to the concentration, whatever their treatment might be under Articles 85 and 86 if they were to be considered in isolation or in a different economic context. The Commission endeavours within the limits set by the Regulation, to take the greatest account of business practice and of the conditions necessary for the implementation of concentrations.

This notice is without prejudice to the interpretation which may be given by the Court of Justice of the European Communities.

II. Principles of evaluation

3. The 'restrictions' meant are those agreed on between the parties to the concentration which limit their own freedom of action in the market. They do not include restrictions to the detriment of third parties. If such restrictions are the inevitable consequence of the concentration itself, they must be assessed together with it under the provisions of Article 2 of the Regulation. If, on the contrary, such restrictive effects on third parties are separable from the concentration they may, if appropriate, be the subject of an assessment of compatibility with Articles 85 and 86 of the EEC Treaty.

4. For restrictions to be considered 'directly related' they must be ancillary to the implementation of the concentration, that is to say subordinate in importance to the main object of the concentration. They cannot be substantial restrictions wholly different in nature from those which result from the concentration itself. Neither are they contractual arrangements which are among the elements constituting the concentration, such as those establishing economic unity between previously independent parties, or organizing joint control by two undertakings of another undertaking. As integral parts of the concentration, the latter arrangements constitute the very subject matter of the evaluation to be carried out under the Regulation.

Also excluded, for concentrations which are carried out in stages, are the contractual arrangements relating to the stages before the establishment of control within the meaning of Article 3, paragraphs 1 and 3 of the Regulation. For these, Articles 85 and 86 remain applicable as long as the conditions set out in Article 3 are not fulfilled.

The notion of directly related restrictions likewise excludes from the application of the Regulation additional restrictions agreed at the same time which have no direct link with the concentration. It is not enough that the additional restrictions exist in the same context as the concentration.

5. The restrictions must likewise be 'necessary to the implementation of the concentration', which means that in their absence the concentration could not be implemented or could only be implemented under more uncertain conditions, at substantially higher cost, over an appreciably longer period or with considerably less probability of success. This must be judged on an objective basis.

6. The question of whether a restriction meets these conditions cannot be answered in general terms. In particular as concerns the necessity of the restriction, it is proper not only to take account of its nature, but equally to ensure, in applying the rule of proportionality, that its duration and subject matter, and geographic field of application, do not exceed what the implementation of the concentration reasonably requires. If alternatives are available for the attainment of the legitimate aim pursued, the undertakings must choose the one which is objectively the least restrictive of competition.

These principles will be followed and further developed by the Commission's practice in individual cases. However, it is already possible, on the basis of past experience, to indicate the attitude the Commission will take to those restrictions most commonly encountered in relation to the transfer of undertakings or parts of undertakings, the division of undertakings or of their assets following a joint acquisition of control, or the creation of concentrative joint ventures.

III. Evaluation of common ancillary restrictions in cases of the transfer of an undertaking

A. Non-competition clauses

1. **Among** the ancillary restrictions which meet the criteria set out in the Regulation are contractual prohibitions on competition which are imposed on the vendor in the context of a concentration achieved by the transfer of an undertaking. Such prohibitions guarantee the transfer to the acquirer of the full value of the assets transferred, which in general include both physical assets and intangible assets such as the goodwill which the vendor has accumulated or the know-how he has developed. These are not only directly related to the concentration, but are also necessary for its implementation because, in their absence, there would be reasonable grounds to expect that the sale of the undertaking or part of an undertaking could not be accomplished satisfactorily. In order to take over fully the value of the assets transferred, the acquirer must be able to benefit from some protection against competitive acts of the vendor in order to gain the royalty of customers and to assimilate and exploit the know-how. Such protection cannot generally be considered necessary when *de facto* the transfer is limited to physical assets (such as land, buildings or machinery) or to exclusive industrial and commercial property rights (the holders of which could immediately take action against infringements by the transferor of such rights.

However, such a prohibition on competition is justified by the legitimate objective sought of implementing the concentration only when its duration, its geographical field of application, its subject matter and the persons subject to it do not exceed what is reasonably necessary to that end.

2. With regard to the acceptable duration of a prohibition on competition, a period of five years has been recognized as appropriate when the transfer of the undertaking includes the goodwill and know-how, and a period of two years when it includes only the goodwill. However, these are not

absolute rules; they do not preclude a prohibition of longer duration in particular circumstances, where for example the parties can demonstrate that customer royalty will persist for a period longer than two years or that the economic life cycle of the products concerned is longer than five years and should be taken into account.

3. The geographic scope of the non-competition clause must be limited to the area where the vendor had established the products or services before the transfer. It does not appear objectively necessary that the acquirer be protected from competition by the vendor in territories which the vendor had not previously penetrated.

4. In the same manner, the non-competition clause must be limited to products and services which form the economic activity of the undertaking transferred. In particular, in the case of a partial transfer of assets, it does not appear that the acquirer needs to be protected from the competition of the vendor in the products or services which constitute the activities which the vendor retains after the transfer.

5. The vendor may bind himself, his subsidiaries and commercial agents. However, an obligation to impose similar restrictions on others would not qualify as an ancillary restriction. This applies in particular to clauses which would restrict the scope for resellers or users to import or export.

6. Any protection of the vendor is not normally an ancillary restriction and is therefore to be examined under Articles 85 and 86 of the EEC Treaty.

B. Licenses of industrial and commercial property rights and of know-how.

1. The implementation of a transfer of an undertaking or part of an undertaking generally includes the transfer to the acquirer, with a view to the full exploitation of the assets transferred, of rights to industrial or commercial property or know-how. However, the vendor may remain the owner of the rights in order to exploit them for activities other than those transferred. In these cases, the usual means for ensuring that the acquirer win have the full use of the assets transferred is to conclude licensing agreements in his favour.

2. Simple or exclusive licenses of patents, similar rights or existing know-how can be accepted as necessary for the completion of the transaction, and likewise agreements to grant such licenses. They may be limited to certain fields of use, to the extent that they correspond to the activities of the undertaking transferred. Normally it will not be necessary for such licenses to include territorial limitations on manufacture which reflect the territory of the activity transferred. Licenses may be granted for the whole duration of the patent or similar rights or the duration of the normal economic life of the know-how. As such licenses are economically equivalent to a partial transfer of rights, they need not be limited in time.

3. Restrictions in license agreements, going beyond what is provide above, fall outside the scope of the Regulation. The must be assessed on their merits according to Article 85 (1) and (3). Accordingly, where they fulfils the conditions required, they may benefit from the block exemptions provided for by regulations (EEC) No. 2349/84 on patent licenses or Regulation (EEC) No. 559/89 on Know-how licenses

4. The Same Principles are to be applied by analogy in the case of licenses of trademarks, business names or similar rights. There may be situations where the vendor wishes to remain the owner of such rights in relation to activities retained, but the acquirer needs the rights to use them to market the products constituting the object of the activity of the undertking or part of an undertaking transferred.

In such circumstances, the conclusion of agreements for the purpose of avoiding confusion between trademarks may be necessary.

C. Purchase and supply agreements

1. In many cases, the transfer of an undertaking or part of an undertaking can entail the disruption of traditional lines of internal procurement and supply resulting from the previous integration of activities within the economic entity of the vendor. To make possible the break up of the economic unity of the vendor and the partial transfer of the assets to the acquirer under reasonable conditions, it is often necessary to maintain, at least for a transitional period, similar links between the vendor and the acquirer. This objective is normally attained by the conclusion of purchase and supply agreements between the vendor and the acquirer of the undertaking or part of an undertaking. Taking account of the particular situation resulting from the break up of the economic unity of the vendor such obligations, which may lead to restrictions of competition, can be recognized as ancillary. They may be in favour of the vendor as well as the acquirer.

2. The legitimate aim of such obligations may be to ensure the continuity of supply to one or other of the parties of products necessary to the activities retained (for the vendor) or taken over (for the acquirer). Thus, there are grounds for recognizing, for a transitional period, the need for supply obligations aimed at guaranteeing the quantities previously supplied within the vendor's integrated business or enabling their adjustment in accordance with the development of the market.

Their aim may also be to provide continuity of outlets for one or the other of the parties, as they were obviously assured within the single economic entity. For the same reason, obligations providing for fixed quantities, possibly with a variation clause, may be recognized as necessary.

3. However, there does not appear to be a general justification for exclusive purchase or supply obligations. Save in exceptional circumstances, for example resulting from the absence of a market or the specificity of products, such exclusivity is not objectively necessary to permit the implementation of a concentration in the form of a transfer of an undertaking or part of an undertaking.

In any event, in accordance with the principle of proportionally the undertakings concerned are bound to consider whether there are no alternative means to the ends pursued, such as agreements for fixed quantities, which are less restrictive than exclusivity.

4. As for the duration of procurement and supply obligations, this must be limited to a period necessary for the replacement of the relationship of dependency by autonomy in market. The duration of such a period must be objectively justified.

IV. Evaluation of ancillary restrictions in the case of a join acquisition

1. As set out in the 24th recital, the Regulation is applicable when two or more undertakings agree to acquire jointly , control of one or more other undertakings, in particular by means of a public tender offer, where the object or effect is the division among themselves of the undertakings or their assets. This is a concentration implemented in two successive stages; the common strategy is limited to the acquisition of control. For the transaction to be concentrative, the joint acquisition must be followed by ion of the undertaking or assets concerned.

2. For this purpose, an agreement by the joint acquirers of an undertaking to abstain from making separate competing offers for the same undertaking, or otherwise acquiring control, may be considered an ancillary restriction.

3. Restrictions limited to putting the division into effect are to be considered directly related and necessary to the implementation of the concentration. This will apply to arrangements made between the parties for the joint acquisition of control in order to divide among themselves the production facilities or the distribution networks together with the existing trademarks of the undertaking acquired in common. The implementation of this division may not in any circumstances lead to the coordination of the future behaviour of the acquiring undertakings.

4. To the extent that such a division involves the break up of a pre-existing economic entity, arrangements that make the break up possible under reasonable conditions must be considered ancillary. In this regard, the principles explained above in relation to purchase and supply arrangements over a transitional period in cases of transfer of undertakings should be applied by analogy.

V. Evaluation of ancillary restrictions in cases of concentrative joint ventures within the meaning of Article 3 (2) subparagraph 2 of the Regulation

This evaluation must take account of the characteristics peculiar to concentrative joint ventures, the constituent elements of which are the creation of an autonomous economic entity exercising on a long-term basis all the functions of an undertaking, and the absence of coordination of competitive behaviour between the parent undertakings and between them and the joint venture. This condition implies in principle the withdrawal of the parent undertakings from the market assigned to the joint venture and, therefore, their disappearance as actual or potential competitors of the new entity.

A. Non-competition obligations

To the extent that a prohibition on the parent undertakings competing with the joint venture aims at expressing the reality of the lasting withdrawal of the parents from the market assigned to the joint venture, it will be recognized as an integral part of the concentration.

B. Licenses for industrial and commercial property rights and know-how

The creation of a new autonomous economic entity usually involves the transfer of the technology necessary for carrying on the activities assigned to it, in the form of a transfer of rights and related know-how. Where the parent undertakings intend nonetheléss to retain the property rights, particularly with the aim of exploitation in other fields of use, the transfer of technology to the joint venture may be accomplished by means of licenses. Such licenses may be exclusive, without having to be limited in duration or territory, for they serve only as a substitute for the transfer of property rights. They must therefore be considered necessary to the implementation of the concentration.

C. Purchase and supply obligations

If the parent undertakings remain present in a market upstream or downstream of that of the joint venture, any purchase and supply agreements are to be examined in accordance with the principles applicable in the case of the transfer of an undertaking.

6.2.1.2. Council Regulation (EEC) No. 4064/89 Of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings

THE COUNCIL OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,

Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community, and in particular Articles 87 and 235 thereof,
Having regard to the proposal from the Commissíon,
Having regard to the opinion of the European Parliament,
Having regard to the opinion of the Economic and SocialCommittee,

1. Whereas, for the achievement of the aims of the Treaty establishing the European Economic Community, Article 3(f) gives the Community the objective of instituting "a system ensuring that competition in the common market is not distorted";

2. Whereas this system is essential for the achievement of the internal market by 1992 and its further development;

3. Whereas the dismantling of internal frontiers is resulting and will continue to result in major corporate reorganizations in the Community, particularly in the form of concentrations;

4. Whereas such a development must be welcomed as being in line with the requirements of dynamic competition and capable of increasing the competitiveness of European industry, improving the conditions of growth and raising the standard of living in the Community;

5. Whereas, however, it must be ensured that the process reorganization does not result in lasting damage to competition; whereas Community law must therefore include provisions governing those concentrations which may significantly impede effective competition in the common market or in a substantial part of it;

6. Whereas Articles 85 and 86, while applicable, according to the case-law of the Court of Justice, to certain concentrations, are not, however, sufficient to control all operations which may prove to be incompatible with the system of undistorted competition envisaged in the Treaty;

7. Whereas a new legal instrument should therefore be created in the form of a Regulation to permit effective control of all concentrations from the point of view of their effect on the structure of competition in the Community and to be the only instrument applicable to such concentrations;

8. Whereas this Regulation should therefore be based not only on Article 87 but, principally, on Article 235 of the Treaty, under which the Community may give itself the additional powers of action necessary for the attainment of its objectives, including with regard to concentrations on the markets for agricultural products listed in Annex 11 to the Treaty;

9. Whereas the provisions to be adopted in this Regulation should apply to significant structural changes the impact of which on the market goes beyond the national borders of any one Member State;

10. Whereas the scope of application of this Regulation should therefore be defined according to the geographical area of activity of the undertakings concerned and be limited by quantitative thresholds in order to coyer those concentrations which have a Community dimension; whereas, at the end of an initial phase of the application of this Regulation, these thresholds should be reviewed in of the experience gained;

11. Whereas a concentration with a Community dimension exists where the combined aggregate turnover of the undertakings concerned exceeds given levels worldwide and within the Community and where at least two of the undertakings concerned have their sole or main fields of activities in different Member States or where, although the undertakings in question act mainly in one and the same Member state, at least one of them has substantial operations in at least one other Member State; whereas that is also the case where the concentrations are effected by undertakings which do not have their principal fields of activities in the Community but which have substantial operations there;

12. Whereas the arrangements to be introduced for the control of concentrations should, without prejudice to Article 90(2) of the Treaty, respect the principle of non-discrimination between the public and the private sectors; whereas, in the public sector, calculation of the turnover of an undertaking concerned in a concentration needs, therefore, to take account of undertakings making up an economic unit with an independent power of decision, irrespective of the way in which their capital in held or of the rules of administrative supervision applicable to them;

13. Whereas it is necessary to establish whether concentrations with a Community dimension are compatible or not with the common market from the point of the need to maintain and develop effective competition in the common market; whereas, in so doing, the Commission must place its appraisal within the general framework of the achievement of the fundamental objectives referred to in the Article 2 of the Treaty, including that of strengthening the Community´s economic and social cohesion, referred to in Article 130a;

14. Whereas this Regulation should establish the principle that a concentration with a Community dimension which creates or strengthens a position as a result of which effective competition in the common market or in a substantial part of it is significantly impeded is to be declared incompatible with the common market;

15. Whereas concentrations which, by reason of the limited market share of the undertakings concerned, are not liable to impede effective competition may be presumed to be compatible with the common market; whereas, without prejudice to Articles 85 and 86 of the Treaty, an indication to this effect exists, in particular, where the market share of the undertakings concerned does not exceed 25% either in the common market or in a substantial part of it;

16. Whereas the Commission should have the task of taking all the decisions necessary to establish whether or not concentrations with a Community dimension are compatible with the common market, as well as decisions designed to restore effective competition;

17. Whereas to ensure effective control undertakings should be obliged to give prior notification of concentrations with a Community dimension and provision should be made for the suspension of concentrations for a limited period, and for the possibility of extending or waiving a suspension where necessary; whereas in the interests of legal certainty the validity of transactions must nevertheless be protected as much necessary;

18. Whereas a period within which the Commission must initiate proceedings un respect of a notified concentration and periods within which it must give a final decision on the compatibility or incompatibility with the common market of a notified concentration should be laid down;

19. Whereas the undertakings concerned must be afforded the right to be heard by the Commission when proceedings have been initiated; whereas the members of the management and supervisory bodies and the recognized representatives of the employees of the undertakings concerned, and third parties showing a legitimate interest, must also be given the opportunity to be heard.

20. Whereas the Commission should act in close and constant liaison with the competent authorities of the Member States from which it obtains comments and information;

21. Whereas, for the purposes of this Regulation, and in accordance with the case-law of the Court of Justice, the Commission must be afforded the assistance of the Member States and must also be empowered to require information to be given and to carry out the necessary investigations in order to appraise concentrations;

22. Whereas compliance with this Regulation must be enforceable by means of fines and periodic penalty payments; whereas the Court of Justice should be given unlimited jurisdiction in that regard pursuant to Article 172 of the Treaty;

23. Where as it is appropriate to define the concept of concentration in such a manner as to cover only operations bringing about a lasting change in the structure of the undertakings concerned; whereas it is therefore necessary to exclude from the scope of this Regulation those operations which have as their object or effect the coordination of the competitive

behaviour of undertakings which remain independent, since such operations fall to be examined under the appropriate provisions of the Regulations implementing Articles 85 and 86 of the Treaty-, whereas it is appropriate to make this distinction specifically in the. case of the creation of joint ventures;

24. Whereas there is no coordination of competitive behaviour within the meaning of this Regulation where two or more undertakings agree to acquire jointly control of one or more other undertakings with the object and effect of sharing amongst themselves such undertakings or their assets;

25. Whereas this Regulation should still apply where the undertakings concerned accept restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration;

26. Whereas the Commission should be given exclusive competence to apply this Regulation, subject to review by the Court of Justice;

27. Whereas the Member States may not apply their national legislation on competition to concentrations with a Community dimension, unless this Regulation makes provision therefore; whereas the relevant powers of national authorities should be limited to cases where, failing intervention by the Commission, effective competition is likely to be significantly impeded within the territory of a Member State and where the competition interests of that Member State cannot be sufficiently protected otherwise by this Regulation; whereas the Member States concerned must act promptly in such cases; whereas this Regulation cannot, because of the diversity of national law, fix a single deadline for the adoption of remedies;

28. Whereas, furthermore, the exclusive application of this Regulation to concentrations with a Community dimension is without prejudice to Article 223 of the Treaty, and does not prevent the Member States from taking appropriate measures to protect legitimate interests other than those pursued by this Regulation, provided that such measures are compatible with the general principles an other provisions of Community law;

29. Whereas concentrations not covered by this Regulation come, in principle, within the jurisdiction of the Member States; whereas, however, the Commission should have the power to act, at the request of a Member State concerned, in cases where effective competition should be significantly impeded within that Member State's territory;

30. Whereas the conditions in which concentrations involving Community undertakings are carried out in non-member countries should be observed, and provision should be made for the possibility of the Council giving the Commission an appropriate mandate for negotiation with a view to obtaining non-discriminatory treatment for Community undertakings;

31. Whereas this Regulation in no way detracts from the collective rights of employees as recognized in the undertakings concerned,

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1
Scope

1. Without prejudice to Article 22 this Regulation shall apply to all concentrations with a Community dimension as defined in paragraph 2.

2. For the purposes of this Regulation, a concentration has a Community dimension where:

   (a) the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is more than ECU 5 000 million; and

(b) the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is more than ECU 250 million, unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State.

3. The thresholds laid down in paragraph 2 will be reviewed before the end of the fourth year following that of the adoption of this Regulation by the Council acting by a qualified majority on a proposal from the Commission.

Article 2
Appraisal of concentrations

1. Concentrations within the scope of this Regulation shall be appraised in accordance with the following provisions with a view to establishing whether or not they are compatible with the common market.

   In making this appraisal, the Commission shall take into account:

   (a) the need to maintain and develop effective competition within the common market in view of, among other things, the structure of all the markets concerned and the actual or potential competition from undertakings located either within or outwith the Community;

   (b) the market position of the undertakings concerned and their economic and financial power, the alternatives available to suppliers and users, their access to supplies or markets, any legal or other barriers to entry, supply and demand trends for the relevant goods and services, the interests of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers advantage and does not form an obstacle to competition.

2. A concentration which does not create or strengthen a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared compatible with the common market.

3. A concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market.

Article 3
Definition of concentration

1. A concentration shall be deemed to arise where:

   (a) two or more previously independent undertakings merge, or

   (b) one or more persons already controlling at least one undertaking, or

   one or more undertakings

acquire whether by purchase of securities or assets, by contract or by any other means, direct or indirect control of the whole or parts of one or more other undertakings.

2. An operation, including the creation of a joint venture, which has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings which remain independent shall not constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b).

   The creation of a joint venture performing on a lasting basis all the functions of an autonomous economic entity, which does not give rise to coordination of the competitive behaviour of the

parties amongst themselves or between them and the joint venture, shall constitute a concentration within the meaning of paragraph 1 (b).

3. For the purposes of this Regulation, control shall be constituted by rights, contracts or any other means which, either separately or in combination and having regard to the considerations of fact or law involved, confer the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, in particular by:

   (a) ownership or the right to use all or part of the assets of an undertaking;

   (b) rights or contracts which confer decisive influence on the composition, voting or decisions of the organs of an undertaking.

4. Control is acquired by persons or undertakings which:

   (a) are holders of the rights or entitled to rights under the contracts concerned; or

   (b) while not being holders of such rights or entitled to rights under such contracts, have the power to exercise the rights deriving therefrom.

5. A concentration shall not be deemed to arise where:

   (a) credit institutions or other financial institutions or insurance companies, the normal activities of which include transactions and dealing in securities for their own account or for the account of others, hold on a temporary basis securities which they have acquired in an undertaking with a view to reselling them, provided that they do not exercise voting rights in respect of those securities with a view to determining the competitive behaviour of that undertaking or provided that they exercise such voting rights only with a view to preparing the disposal of all or part of that undertaking or of its assets or the disposal of those securities and that any such disposal takes place within one year of the date of acquisition; that period may be extended by the Commission on request where such institutions or companies can show that the disposal was not reasonably possible within the period set;

   (b) control is acquired by an office-holder according to the law of a Member State relating to liquidation, winding up, insolvency, cessation of payments, compositions or analogous proceedings;

   (c) the operations referred to in paragraph 1 (b) are carried out by the financial holding companies referred to in Article 5 (3) of the Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 on the annual accounts of certain types of companies, as last amended by Directive 84/569/EEC, provided however that the voting rights in respect of the holding are exercised, in particular in relation to the appointment of members of the management and supervisory bodies of the undertakings in which they have holdings, only to maintain the full value of those investments and not to determine directly or indirectly the competitive conduct of those undertakings.

Article 4
Prior notification of concentrations

1. Concentrations with a Community dimension defined in this Regulation shall be notified to the Commission not more than one week after the conclusion of the agreement, or the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest. That week shall begin when the first of those events occurs.

2. A concentration which consists of a merger within the meaning of Article 3 (1) (a) or in the acquisition of joint control within the meaning of Article 3 (1) (b) shall be notified jointly by the

parties to the merger of by those acquiring joint control as the case may be. In all other cases, the notification shall be effected by the person or undertaking acquiring control of the whole or parts of one or more undertakings.

3. Where the Commission finds that a notified concentration falls within the scope of this Regulation, it shall publish the fact of the notification, at the same time indicating the names of the parties, the nature of the concentration and the economic sectors involved. The Commission shall take account of the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

Article 5
Calculation of turnover

1. Aggregate turnover within the meaning of Article 1 (2) shall comprise the amounts derived by the undertakings concerned in the preceding financial year from the sale of products and the provision of services falling within the undertakings ordinary activities after deduction of sales rebates and of value added tax and other taxes directly related to turnover. The aggregate turnover of an undertaking concerned shall not include the sale of products or the provision of services between any of the undertakings referred to in paragraph 4.

   Turnover, in the Community or in a Member State, shall comprise products sold and services provided to undertakings or consumers, in the Community or in that Member State as the case may be.

2. By way of derogation from paragraph 1, where the concentration consists in the acquisition of parts, whether or not constituted as legal entities, of one or more undertakings, only the turnover relating to the parts which are the subject of the transaction shall be taken into account with regard to the seller or sellers.

   However, two or more transactions within the meaning of the first sub which take place within a two-year period between the same persons or undertaking shall be treated as one and the same concentration arising on the date of the last transaction.

3. In place of turnover the following shall be used:

   (a) for credit institutions and other financial institutions, as regards Article 1 (2) (a), one-tenth of their total assets.

   As regards Article 1 (2) (b) and the final part of Article 1 (2), total Community-wide turnover shall be replaced by one-tenth of total assets multiplied by the ratio between loans and advances to credit institutions and customers in transactions with Community residents and the total sum of those loans and advances.

   As regards the final part of Article 1 (2), total turnover within one Member State shall be replaced by one-tenth of total assets multiplied by the ratio between loans and advances to credit institutions and customers in transactions with residents of that Member State and the total sum of those loans and advances;

   (b) for insurance undertakings, the value of gross premiums written which shall comprise all amounts received and receivable in respect of insurance contracts issued by or on behalf of the insurance undertakings, including also outgoing reinsurance premiums, and after deduction of taxes and parafiscal contributions or levies charged by reference to the amounts of individual premiums or the total volume of premiums; as regards Article 1 (2) (b) and the final part of Article 1 (2), gross premiums received from Community residents and from residents of one Member State respectively shau be taken into account.

4. Without prejudice to paragraph 2, the aggregate turnover of an undertaking concerned within the meaning of Article 1 (2) shall be calculated by adding together the respective turnovers of the following:

   (a) the undertaking concerned;

   (b) those undertakings in which the undertaking concerned, directly or indirectly:

   - owns more than half the capital or business assets, or
   - has the power to exercise more than half the voting rights, or
   - has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertakings, or
   - has the right to manage the undertakings affairs;

   (c) those undertakings in which have in the undertaking concerned the rights or powers listed in (b);

   (d) those undertakings in which an undertaking as referred to in (c) has the rights or powers listed in (b);

   (e) those undertakings which two or more undertakings as referred to in (a) to (d) jointly have the rights or powers listed in (b).

5. Where undertakings concerned by the concentration jointly have the rights or powers listed in paragraph 4 (b), in calculating the aggregate turnover of the undertakings concerned for the purposes of Article 1 (2):

   (a) no account shall be taken of the turnover resulting from the **sale** of products or the provision of services between the joint undertaking and each of the undertakings concerned or any other undertaking connected with any one of them, as set out in paragraph 4 (b) to (e);

   (b) account shall be taken of the turnover resulting from the sale of products and the provision of services between the joint undertaking and any third undertakings. This turnover shall be apportioned equally amongst the undertakings concerned.

Article 6
Examination of the notification and initiation of proceedings

1. The Commission shall examine the notification as soon as it is received.

   (a) Where it concludes that the concentration notified does not fall within the scope of this Regulation, it shall record that finding by means of a decision.

   (b) Where it finds that the concentration notified, although falling within the scope of this Regulation, does not raise serious doubts as to its compatibility with the common market, it shall decide not to oppose it and shall declare that it is compatible with the common market.

   (c) If, on the other hand, if finds that the concentration notified falls within the scope of this Regulation and raises serious doubts as to its compatibility with the common market, it shall decide to initiate proceedings.

2. The Commission shall notify its decision to the undertakings concerned and the competent authorities of the Member States without delay.

Article 7
Suspension of concentrations

1. For the purposes of paragraph 2 a concentration as defined in Article 1 shall not be put into effect either before its notification or within the first three weeks following its notification.

2. Where the Commission, following a preliminary examination of the notification within the period provided for in paragraph 1,finds it necessary in order to ensure the full effectiveness of any decision taken later pursuant to Article 8 (3) and (4), it may decide on its own initiative to continue the suspension of a concentration in whole or in part until it takes a final decision, or to take other interim measures to that effect.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not prevent the implementation of a public bid which has been notified to the Commission in accordance with Article 4 (1), provided that the acquirer does not exercise the voting rights attached to the securities in question or does so only to maintain the full value of those investments and on the basis of a derogation granted by the Commission under paragraph 4.

4. The Commission may, on request, grant a derogation from the obligations imposed in paragraphs 1, 2 or 3 in order to prevent serious damage to one or more undertakings concerned by a concentration or to a third party. That derogation may be made subject to conditions and obligations in order to ensure conditions of effective competition. A derogation may be applied for and granted at any time, even before notification or after the transaction.

5. The validity of any transaction carried out in contravention of paragraph 1 or 2 shall be dependent on a decision pursuant to Article 6 (1) (b) or Article 8 (2) or (3) or on a presumption pursuant to Article 10 (6).

   This Article shall, however, have no effect on the validity of transactions in securities including those convertible into other securities admitted to trading on a market which is regulated and supervised by authorities recognized by public bodies, operates regularly and is accessible directly or indirectly to the public, unless the buyer and seller knew or ought to have known that the transaction was carried out in contravention of paragraph 1 or 2.

Article 8
Powers of decision of the Commission

1. Without prejudice to Article 9, all proceedings initiated pursuant to Article 6 (1) (c) shall be closed by means of a decision as provided for in paragraphs 2 to 5.

2. Where the Commission finds that, following modification by the undertakings concerned if necessary, a notified concentration fulfils the criterion laid down in Article 2 (2), it shall issue a decision declaring the concentration compatible with the common market.

   It may attach to its decision conditions and obligations intended to ensure that the undertakings concerned comply with the commitments they have entered into *vis-a-vis* the Commission with a view to modifying the original concentration plan. The decision declaring the concentration compatible shall also coyer restrictions directly related and necessary to the implementation of the concentration.

3. Where the Commission finds that a concentration fulfils the criterion laid down in Article 2 (3), it shall issue a decision declaring that the concentration is incompatible with the common market.

4. Where a concentration has already been implemented, the Commission may, in a decision pursuant to paragraph 3 or by separate decision, require the undertakings or assets brought together to be separated or the cessation of joint control or any other action that may be appropriate in order to restore conditions of effective competition.

5. The Commission may revoke the decision it has taken pursuant to paragraph 2 where:

   (a) the declaration of compatibility is based on incorrect information for which one of the undertakings is responsible or where it has been obtained by deceit; or

   (b) the undertakings concerned commit a breach of an obligation attached to the decision.

6. In the cases referred to in paragraph 5, the Commission may take a decision under paragraph 3, without being bound by the deadline referred to in Article 10 (3).

Article 9
Referral to the competent authorities of the Member States

1. The Commission may, by means of a decision notified without delay to the undertakings concerned and the competent authorities of the other Member States, refer a notified concentration to the competent authorities of the Member State concerned in the following circumstances.

2. Within three weeks of the date of receipt of the copy of the notification a Member State may inform the Commission, which shall inform the undertakings concerned, that a concentration threatens to create or to strengthen a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded on a market, within that Member State, which presents all the characteristics of a distinct market, be it a substantial part of the common market or not.

3. If the Commission considers that, having regard to the market for the 'products or services in question and the geographical reference market within the meaning of paragraph 7, there is such a distinct market and that such a threat exists, either:

   (a) It shall itself deal with the case in order to maintain or restore effective competition on the market concerned; or

   (b) It shall refer the case to the competent authorities of the Member State concerned with a view to the application of that State's national competition law.

   If, however, the Commission considers that such a distinct market or threat does not exist it shall adopt a decision to that effect which it shall address to the Member State concerned.

4. A decision to refer or not to refer pursuant to paragraph 3 shall be taken:

   (a) as a general rule within the six-week period provided for in Article 10 (1), second subparagraph, where the Commission, pursuant to Article 6 (1) (b), has not initiated proceedings; or

   (b) within three months at most of the notification of the concentration concerned where the Commission has initiated proceedings under Article 6 (1) (c), without taking the preparatory steps in order to adopt the necessary measures under Article 8 (2), second subparagraph, (3) or (4) to maintain or restore effective competition on the market concerned.

5. If within the three months referred to in paragraph 4 (b) the Commission, despite a reminder from the Member State concerned, has not taken a decision on referral in accordance with paragraph 3 nor has taken the preparatory steps referred to in paragraph 4 (b), it shall be deemed to have taken a decision to refer the case to the Member State concerned in accordance with paragraph 3 (b).

6. The publication of any report or the announcement of the findings of the examination of the concentration by the competent authority of tic Member State concerned shall be effected not more than four months after the Commission's referral.

7. The geographical reference market shall consist of the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because, in particular, conditions of competition are appreciably different in those areas. This assessment should take account in particular of the nature and characteristics of the products or services concerned, of the existence of entry barriers or of consumer preferences, of appreciable differences of the undertakings' market shares between the area concerned and neighbouring areas or of substantial price differences.

8. In applying the provisions of this Article, the Member State concerned may take only the measures strictly necessary to safeguard or restore effective competition on the market concerned.

9. In accordance with the relevant provisions of the Treaty, any Member State may appeal to the Court of Justice, and in particular request the application of Article 186, for the purpose of applying its national competition law.

10. This Article will be reviewed before the end of the fourth year following that of the adoption of this Regulation.

Article 10
Time limits for initiating proceedings and for decisions

1. The decisions referred to in Article 6 (1) must be taken within the one month at most. That period shall begin on the day following that of the receipt of a notification or, if the information to be supplied with the notification is incomplete, on the day following that of the receipt of the complete information.

   That period shall be increased to six weeks if the Commission receives a request from a Member State in accordance with Article9 (2).

2. Decisions taken pursuant to Article 8 (2) concerning notified concentrations must be taken as soon, as it appears that the serious doubts referred to in Article 6 (1) (c) have been removed, particularly as a result of modifications made by the undertakings concerned, and at the latest by the deadline laid down in paragraph 3.

3. Without prejudice to Article 8 (6), decisions taken pursuant to Article 8 (3) concerning notified concentrations must be taken within not more than four months of the date on which proceedings are initiated.

4. The period set by paragraph 3 shall exceptionally be suspended where, owing to circumstances for which one of the undertakings involved in the concentration is responsible, the Commission has had to request information by decision pursuant to Article 1 1 or to order an investigation by decision pursuant to Article 13.

5. Where the Court of Justice gives a Judgement which annuls the whole or part of a Commission decision taken under this Regulation, the periods laid down in this Regulation shall start again from the date of the Judgement.

6. Where the Commission has not taken a decision in accordance with Article 6 (1) (b) or (c) or Article 8 (2) or (3) within the deadlines set in paragraphs 1 and 3 respectively, the concentration shall be deemed to have been declared compatible with the common market, without prejudice to Article 9.

Article 11
Requests for information

1. In carrying out the duties assigned to it by this Regulation, the Commission may obtain ail necessary information from the Governments and competent authorities of the Member States, from the persons referred to in Article 3 (1) (b), and from undertakings and associations of undertakings.

2. When sending a request for information to a person, an undertaking or an association of undertakings, the Commission shall at the same time send a copy of the request to the competent authority of the Member State within the territory of which the residence of the person or the seat of the undertaking or association of undertakings is situated.

3. In its request the Commission shall state the legal basis and the purpose of the request and also the penalties provided for in Article 14 (1) (c) for supplying incorrect information.

4. The information requested shall be provided, in the case of undertakings, by their owners or their representatives and, in the case of legal persons, companies or firms, Or Of associations having no legal personality, by the persons authorized to represent them by law or by their statutes.

5. Where a person, an undertaking or an association of undertakings does not provide the information requested within the period fixed by the commission or provides incomplete information, the Commission shall by decision require the information to be provided. The decision shall specify what information is required, fix an appropriate period within which it is to be supplied and state the penalties provided for in Articles 14 (1) (c) and 15 (1) (a) and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

6. The Commission shall at the same time send a copy of its decision to the competent authority of the Member State within the territory of which the residence of the person or the seat of the undertaking or association of undertakings is situated.

Article 12
Investigations by the authorities of the Member States

1. At the request of the Commission, the competent authorities of the Member States shall undertake the investigations which the Commission considers to be necessary under Article 13 (1), or which it has ordered by decision pursuant to Article 13 (3). The officials of the competent authorities of the Member States responsible for conducting those investigations shall exercise their powers upon production of an authorization in writing issued by the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out. Such authorization shall specify the subject matter and purpose of the investigation.

2. If so requested by the Commission or by the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out. officials of the Commission may assist the officials of that authority in carrying out their duties.

Article 13
Investigative powers of the Commission

1. In carrying out the duties assigned to it by this Regulation, the Commission may undertake all necessary investigations into undertakings and associations of undertakings.

   To that end the officials authorized by the Commission shall be empowered:

(a) to examine the books and other business records;

(b) to take or demand copies of or extracts from the books and business records;

(c) to ask for oral explanations on the spot;

(d) to enter any premises, land and means of transport of undertakings.

2. The officials of the Commission authorized to carry out the investigations shall exercise their powers on production of an authorization in writing specifying the subject matter and purpose of the investigation and the penalties provided for in Article 14 (1) (d) in cases where production of the required books or other business records is incomplete. In good time before the investigation, - the Commission shall inform, in writing, the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out of the investigation and of the identities of the authorized officials.

3. Undertakings and associations of undertakings shall submit to investigations ordered by decision of the Commission. The decision shall specify the subject matter and purpose of the investigation, appoint the date on which it shall begin and state the penalties provided for in Articles 14 (1) (d) and 1 5 (1) (b) a nd the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

4. The Commission shall in good time and in writing inform the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out of its intention of taking a decision pursuant to paragraph 3. It shall hear the competent authority before taking its decision.

5. Officials of the competent authority of the Member State within the territory of which the investigation is to be carried out may, at the request of that authority or of the Commission, assist the officials of the Commission in carrying out their duties.

6. Where an undertaking or association of undertakings opposes an investigation ordered pursuant to this Article, the Member State concerned shall afford the necessary assistance to the officials authorized by the Commission to enable them to carry out their investigation. To this end the Member States shall, after consulting the Commission, take the necessary measures within one year of the entry into force of this Regulation.

Article 14
Fines

1. The Commission may by decision impose on the persons referred to in Article 3 (1) (b), undertakings or associations of undertakings fines of from ECU 1 000 to 50 000 where intentionally or negligently:

(a) they fail to notify a concentration in accordance with Article 4;

(b) they supply incorrect or misleading information in a notification pursuant to Article 4;

(c) they supply incorrect information in response to a request made pursuant to Article 11 or fail to supply information within the period fixed by a decision taken pursuant to Article 11;

(d) they produce the required books or other business records in incomplete form during investigations under Article 12 or 13, or refuse to submit to an investigation ordered by decision taken pursuant to Article 13.

2. The Commission may by decision impose fines not exceeding 10% of ,the aggregate turnover of the undertakings concerned within the meaning of Article 5 on the persons or undertakings concerned where, either intentionally or negligently, they:

(a) fail to comply with an obligation imposed by decision pursuant to Article 7 (4) or 8 (2), second subparagraph;

(b) put into effect a concentration in breach of Article 7 (1) or disregard a decision taken pursuant to Article 7 (2);

(c) put into effect a concentration declared incompatible with the common market by decision pursuant to Article 8 (3) or do not take the measures ordered by decision pursuant to Article 8 (4).

3. In setting the amount of a fine, regard shall be had to the nature and gravity of the infringement.

4. Decisions taken pursuant to paragraphs 1 and 2 shall not be of criminal nature.

Article 15
Periodic penalty payments

1. The Commission may be decision impose on the persons referred to in Article 3 (1) (b), undertakings or associations of undertakings concerned periodic penalty payments of up to ECU 25 000 for each day of delay calculated from the date set in the decision, in order to compel them:

(a) to supply complete and correct information which it has requested by decision pursuant to Article 11;

(b) to submit to an investigation which it has ordered by decision pursuant to Article 13.

2. The Commission may by decision impose on the persons referred to in Article 3 (1) (b) or on undertakings periodic penalty payments of up to ECU 1 00 000 for each day of delay calculated from the date set in the decision, in order to compel them:

(a) to comply with an obligation imposed by decision pursuant to Article 7 (4) or Article 8 (2), second sub-paragraph or

(b) to apply the measures ordered by decision pursuant to Article 8 (4).

3. Where the persons referred to in Article 3 (1) (b), undertakings or associations of undertakings have satisfied the obligation which it was the purpose of the periodic penalty payment to enforce, the Commission may set the total amount of the periodic penalty payments at a lower figure than that which would arise under the original decision.

Article 16
Review by the Court of Justice

The Court of Justice shall have unlimited jurisdiction within the meaning of Article 172 of the Treaty to review decisions whereby the Commission has fixed a fine or periodic penalty payments; it may cancel, reduce or increase the fine or periodic penalty payments imposed.

Article 17
Professional secrecy

1. Information acquired as a result of the application of Article 11, 12, 13 and 18 shall be used only for the purposes of the relevant request, investigation or hearing.

2. Without prejudice to Articles 4 (3), 18 and 20, the Commission and the competent authorities of the Member States, their officials and other servants shall not disclose information they have

acquired through the application of this Regulation of the kind covered by the obligation of professional secrecy.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not prevent publication of general information or of surveys which do not contain information relating to particular undertakings or associations of undertakings.

Article 18
Hearing of the parties and of third persons

1. Before taking any decision provided for in Articles 7 (2) and (4), Article 8 (2), second subparagraph, and (3) to (5) and Articles 14 and 1 5, the Commission shall give the persons, undertakings and associations of undertakings concerned the opportunity, at every stage of the procedure up to the consultation of the Advisory Committee, of making known their views on the objections against them.

2. By way of derogation from paragraph 1, a decision to continue the suspension of a concentration or to grant a derogation from suspension as referred to in Article 7 (2) or (4) may be taken provisionally, without the persons, undertakings or associations of undertakings concerned being given the opportunity to make known their views beforehand, provided that the Commission gives them that opportunity as soon as possible after having taken its decision.

3. The Commission shall base its decision only on objections on which the parties have been able to submit their observations. The rights of the defence shall be fully respected in the proceedings. Access to the file shall be open at least to the parties directly involved, subject to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

4. In so far as the Commission or the competent authorities of the Member States deem it necessary, they may also hear other natural or legal persons. Natural or legal persons showing a sufficient interest and especially members of the administrative or management bodies of the undertakings concerned or the recognized representatives of their employees shall be. entitled, upon application, to be heard.

Article 19
Liaison with the authorities of the Member States

1. The Commission shall transmit to the competent authorities of the Member States copies of notifications within three working days and, as soon as possible, copies of the most important documents lodged with or issued by the Commission pursuant to this Regulation.

2. The Commission shall carry out the procedures set out in this Regulation in close and constant liaison with the competent authorities of the Member States, which may express their views upon those procedures. For the purposes of Article 9 it shall obtain information from the competent authority of the Member State as referred to in paragraph 2 of that Article and give it the opportunity to make known its views at every stage of the procedure up to the adoption of a decision pursuant to paragraph 3 of that Article; to that end it shall give it access to the file.

3. An Advisory Committee on concentrations shall be consulted before any decision is taken pursuant to Article 8 (2) to (5), 14 or 15, or any provisions are adopted pursuant to Article 23.

4. The Advisory Committee shall consist of representatives of the authorities of the Member States. Each Member State shall appoint one or two representatives; if unable to attend, they may be replaced by other representatives. At least one of the representatives of a Member State shall be competent in matters of restrictive practices and dominant positions.

5. Consultation shall take place at a joint meeting convened at the invitation of and chaired by the Commission. A summary of the case, together with an indication of the most important documents and a preliminary draft of the decision to be taken for each case considered, shall be sent with the invitation. The meeting shall take place not less than 14 days after the invitation has been sent. The Commission may in exceptional cases shorten that period as appropriate in order to avoid serious harm to one or more of the undertakings concerned by a concentration.

6. The Advisory Committee shall deliver an opinion on the Commission's draft decision, if necessary by taking a vote. The Advisory Committee may deliver an opinion even if some members are absent and unrepresented. The opinion shall be delivered in writing and appended to the draft decision. The Commission shall take the utmost account of the opinion delivered by the Committee. It shall inform the Committee of the manner in which its opinion has been taken into account.

7. The Advisory Committee may recommend publication of the opinion. The Commission may carry out such publication. The decision to publish shall take due account of the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets and of the interest of the undertakings concerned in such publication's taking place.

Article 20
Publication of decisions

1. The Commission shall publish the decisions which it takes pursuant to Article 8 (2) to (5) in the *Official Journal of the European Communities.*

2. The publication shall state the names of the parties and the main content of the decision; it shall have regard to the legitimate interest of undertakings in the protection of their business secrets.

Article 21
Jurisdiction

1. Subject to review by the Court of Justice, the Commission shall have sole jurisdiction to take the decisions provided for in this Regulation.

2. No Member State shall apply its national legislation on competition to any consideration that has a Community dimension.

   The first paragraph shall be without prejudice to any Member State's power to carry out any enquiries necessary for the application of Article 9 (2) or after referral, pursuant to Article 9 (3), first subparagraph, indent (b), or (5), to take the measures strictly necessary for the application of Article 9 (8).

3. Notwithstanding paragraphs 1 and 2, Member States may take appropriate measures to protect legitimate interests other than those taken into consideration by this Regulation and compatible with the general principles and other provisions of Community law.

   Public security, plurality of the media and prudential rules shall be regarded as legitimate interests within the meaning of the first subparagraph.

   Any other public interest must be communicated to the Commission by the Member State concerned and shall be recognized by the Commission after an assessment of its compatibility with the general principles and other provisions of Community law before d to above m be taken. The Commission shall inform the Member State concerned of its decision within one month of that communication.

Article 22
Application of the Regulation

1. This Regulation alone shall apply to concentrations as defined in Article 3.
2. Regulations N° 17,1 (EEC) N° 1017168,2 (EEC) N° **40561863** and (EEC) N° 39751874 shall not apply to concentrations as defined in Article 3.
3. If the Commission finds, at the request of a Member State, that a concentration as defined in Article 3 that has no Community dimension within the meaning of Article 1 creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded within the territory of the Member State concerned it may, in so far as the concentration affects trade between Member States, adopt the decisions provided for in Article 8 (2), second subparagraph, (3) and (4).
4. Articles 2 (1) (a) and (b), 5, 6, 8 and 10 to 20 shall apply. The period within which proceedings may be initiated pursuant to Article 10 (1) shall begin on the date of the receipt of the request from the Member State. The request must be made within one month at most of the date on which the concentration was made known to the Member State or effected. This period shall begin on the date of the first of those events.
5. Pursuant to paragraph 3 the Commission shall take only the measures strictly necessary to maintain or store effective competition within the territory of the Member State at the request of which it intervenes.
6. Paragraphs 3 to 5 shall continue to apply until the thresholds referred to in Article 1 (2) have been reviewed.

Article 23
Implementing with non-member countries

The Commission shall have the power to adopt implementing provisions concerning the form, content and other details of notifications pursuant to Article 4, time limits pursuant to Article 10, and hearings pursuant to Article 18.

Article 24
Relations with non-member countries

1. The Member States shall inform the Commission of any general difficulties encountered by their undertakings with concentrations as defined in Article 3 in a non-member country.
2. Initially not more than one year after the entry into force of this Regulation and thereafter periodically the Commission shall draw up a report examining the treatment accorded to Community undertakings, in the terms referred to in paragraphs 3 and 4, as regards concentrations in non-member countries. The Commission shall submit those reports to the Council, together with any recommendations.
3. Whenever It appears to the Commission, either on the basis of the reports referred to in paragraph 2 or on the basis of other information, that a non-member country does not grant Community undertakings treatment comparable to that granted by the Community to undertakings from that non-member country, the Commission may submit proposals to the Council for an appropriate mandate for negotiation with a view to obtaining comparable treatment for Community undertakings.

4. Measures taken under this Article shall comply with the obligations of the Community or of the Member States, without prejudice to Article 234 of the Treaty, under international agreements, whether bilateral or multilateral.

Article 25
Entry into force

1. This Regulation shall enter into force on 21 September 1990.

2. This Regulation shall not apply to any concentration which was the subject of an agreement or announcement or where control was acquired within the meaning of Article 4 (1) before the date of this Regulation's entry into force and it shall not in any circumstances apply to any concentration in respect of which proceedings were initiated before that date by a Member State's authority with responsibility for competition.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

6.2.2. Joint Venture

6.2.2.1. Commission Notice on the distinction between concentrative and cooperative joint ventures under Council Regulation (EEC) N° 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings.

(94/C 385/01)
(Text with EEA relevance)

I. INTRODUCTION

1. The purpose of this notice is to provide guidance as to how the Commission interprets Article 3 of Regulation (EEC) N° 40641891 (hereinafter referred to as "the Merger Regulation") in relation to joint ventures.

2. This notice replaces the notice on the same subject adopted by the Commission on 25 July 1990.2 Changes made in the current notice reflect the experience gained by the Commission in applying the Merger Regulation since its entry into force on 21 September 1990. The principles set out in this notice will be followed and further developed by the Commission's practice in individual cases.

3. Under the Community competition rules joint ventures are undertakings which are jointly controlled by two or more other undertakings.3 In practice joint ventures encompass a broad range of operations, from merger-like operations to cooperation for particular functions such as R&D, production or distribution.

4. Joint ventures fall within the scope of the Merger Regulation if they meet the requirements of a concentration set out in Article 3 thereof.

5. According to recital 23 of the Merger Regulation it is appropriate to define the concept of concentration in such a manner as to cover only operations bringing about a lasting change in the structure of the undertakings concerned. It is therefore necessary to exclude from the scope of this Merger Regulation those operations which have as their object or effect the coordination of competitive behaviour of undertakings which remain independent.

6. The structural changes brought about by concentrations frequently reflect a dynamic process of restructuring in the markets concerned. They are permitted under the Merger Regulation unless

they result in serious damage to the structure of competition by creating or strengthening a dominant position.

In this respect concentrations are to be contrasted with arrangements between independent undertakings whereby they coordinate their competitive behaviour. The latter do not, in principle, involve a lasting change in structure of undertakings. It is therefore appropriate to submit such arrangements to the prohibition laid down in Article 85(1) of the EEC Treaty where they affect trade between Member States and have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and they can be exempted from this prohibition only where they fulfill the requirements of Article 85 (3). For this reason, cooperative arrangements are dealt with under Regulation (EEC) No 17,4 (EEC) N° **1017/68** (EEC) N° 4056/86 or (EEC) N° 3975/87 implementing Articles 85 and 86.

7. The Merger Regulation deals with the distinction between concentrative and cooperative operations in Article 3 (2)9 as follows:

"An operation, including the creation of a joint venture, which has as its object or effect the coordination of the competitive behaviour of undertakings which remain independent shall not constitute a concentration within the meaning of paragraph 1(b).

8. Although Article 3 (2), second subparagraph, refers to coordination between parent companies and the joint venture, this has to be interpreted in the light of recital 23 and Article 3 (2), first subparagraph, the purpose of which is to exclude from the scope of the Merger Regulation operations which lead to the coordination of behaviour between "undertakings which remain independent." For the purposes of the distinction between cooperative and concentrative joint ventures therefore, the coordination between the parent companies and the joint venture referred to in the second subparagraph is, relevant only in so far as it is an instrument for producing or reinforcing the coordination between the parent companies.

II. JOINT VENTURES UNDER ARTICLE 3 OF THE MERGER REGULATION

9. In order to be a concentration within the meaning of Article 3 of the Merger Regulation an operation must fulfil the following requirements:

1. Joint control

10. A joint venture may fall within the scope of the Merger Regulation where there is an acquisition of joint control by two or more undertakings, that is, its parent companies (Article 3 (l)(b». 'Me concept of control is set out in Article 3(3). This provides that control is based on the possibility of exercising decisive influence on an undertaking, which is determined by both legal and factual considerations.

11. The principles for determining joint control are set out in detail in the Commission's notice on the notion of concentration.

2. Structural change of the undertaking

12. Article 3(2), second subparagraphs stipulates that the joint venture must perform, on a lasting basis, all the functions of an autonomous economic entity.

13. Essentially this means that the joint venture must operate on a market, performing the functions normally carried out by other undertakings operating on the same market. In order to do so the joint venture must have sufficient financial and other resources including finance, staff, and assets (tangible and intangible) in order to operate a business activity on a lasting basis. In

respect of intellectual property rights it is sufficient that these rights are licensed to the joint venture for its duration.11 Joint ventures which satisfy this requirement are commonly describes as "full-function" joint ventures.

14. A joint venture is not full-function venture if it only takes over one specific function within the parent companies' business activities without access to the market. This is the case, for example, for joint ventures limited to R&D or production. Such joint ventures are auxiliary to their parent companies' business activities. This is also the case where a joint venture is essentially limited to the distribution or sales of its parent companies products and, therefore, acts principally as a sales agency. However, the fact that a joint venture makes use of the distribution network or outlet of one or more of its parent companies, normally will not disqualify it as "full-function" as long as the parent companies are acting only as agents of the joint venture.

15. The strong presence of the parent companies in upstream or downstream markets is a factor to be taken into consideration in assessing the full-function character of a joint venture where this presence leads to substantial sales or purchases between the parent companies and the joint venture. The fact that the joint venture relies almost entirely on sales to its parent companies or purchases from them only for an initial start-up period does not normally affect the full-function character of the joint venture. Such a start-up period may be n in order to establish the joint venture on a market. It will normally. not exceed a time period of three years, depending on the specific conditions of the market in question.

    Where sales from the joint venture to the parent companies are intended to be made on a lasting basis the essential question is whether regardless of these sales the joint venture is geared to play an active role on the market. In this respect the relative proportion of these sales compared with the total production of the joint venture is an important factor. Another factor is that sales to the parent companies are made on the basis of normal commercial conditions.

    In relation to purchases made by the joint venture from its parent companies, the full-function character of the joint venture is questionable in particular where little value is added to the products or services concerned at the level of the joint venture itself. In such a situation, the joint venture may, be closer to a joint sales agency. However, in contrast to this situation where a joint venture is active in a time market and performs the normal functions of a trading company in such a market, it. normally will not be an auxiliary sales agency but a full-function joint venture. A trade market is characterized by the existence of companies which specialize in the selling and distribution of products without being vertically integrated in addition to those which may be integrated, and where different sources of supply are available for the products in question. In addition, many trade markets may require operators to invest in specific facilities such as outlets, stockholding, warehouses, depots, transport fleets and sales personnel. In order to constitute a full-function joint venture in a trading market, it must have the necessary facilities and be likely to obtain a substantial proportion of its supplies not only from its parent companies but also from other competing sources.

16. Furthermore, the joint venture must he intended to operate on a lasting basis. The fact that the parent companies commit to the joint venture the resources describes above normally demonstrates that this is the case. In addition, agreements setting up a joint venture often provide for certain contingencies, for example, the failure of the joint venture or fundamental disagreement as between the parent companies. This may be achieved by the incorporation of provisions for the eventual dissolution of the joint venture itself or the possibility for one or more parent companies to withdraw from the joint venture. This kind of provision does not prevent the joint venture from being considered as operating on a lasting basis. The same is normally true where the agreement specifies a period for the duration of the joint venture where this period is sufficiently long in order to bring about a lasting change in the structure of the undertaking concerned, or where the agreement provides for the possible continuation of the joint venture be-

yond this period. By contrast, the joint venture will not be considered to operate on a lasting basis where it is established for a short finite duration. This would be the case, for example, where a joint venture is established in order to construct a specific project such as a power plant, but it will not be involved in the operation of the plant once its construction has been completed.

3. Cooperative aspects

17. The creation of a full-function joint venture normally constitutes a concentration within the meaning of Article 3 of the Merger Regulation unless its object or effect is coordination of the competitive behaviour of independent undertaking which is likely to result in a restriction of competition within the meaning of Article 85(1). In order to assess whether a joint venture is cooperative in nature it is necessary to determine whether there is coordination between the parent companies in relation to prices, markets, output or innovation. The coordination between the parent companies and the joint venture referred to in the second subparagraph of Article 3 (2) is relevant only in so far as it is an instrument for producing or reinforcing the coordination between the parent companies. Where there is a restriction of competition of this kind the Commission will have to examine the applicability of Article 85 to the whole operation by means of Regulation No 17. Where the factors leading to this restriction of competition can be separated from the creation of the joint venture itself, the former win be assessed under Regulation No 17, the latter under the rules on merger control."

3.1 Product market

1 S. The following typical situations illustrate where coordination of the competitive behaviour of the parent companies resulting in an appreciable restriction of competition may or may not occur:

- there is no possibility of coordination of the competitive behaviour of independent undertakings where the parent companies transfer their entire business activities to the joint venture or their total activities in a given industrial sector,

- coordination can normally be excluded where the parent companies are not active in the market of the joint venture or transfer to the joint venture all their activities in this market or where only one parent company remains active in the joint venture's market. The same is true where the parent companies retain only minor activities in the market of the joint venture,

- by contrast to the above, there is normally a high probability of coordination where two or more parent companies retain to a significant extent activities in the same product market as the joint venture itself in so far as these activities are in the same geographic market,

- there is also a probability of coordination where the parent companies or the joint venture specialize in specific segments of an overall product market, unless these segments are of minor importance in view of the main activities of the parent companies or the joint venture respectively or there are objective reasons for the parent companies to retain their activities outside the joint venture, e.g. technology related to other activities of the parent companies. In the latter case each of the parent companies retains a genuine interest in their specific segments. The existence of the joint venture therefore does not normally of itself justify the assumption that they would coordinate their behaviour with regard to these activities,

- where a network of cooperative links already exists between the parent companies in the joint venture's market the in object or effect of the joint venture may be to add a further link and thereby strengthen already existing coordination of competitive behaviour.

- where the parent companies are active in a market which is downstream from the joint venture's market coordination of their competitive behaviour may occur where the joint venture is their main supplier and relatively little further value is added at the level of the parent companies; equally, where the parent companies are active in a market which is upstream from the joint venture's market coordination of their competitive behavior may occur where their main customer is the joint venture either in general or in a particular geographic market,

- where two or more parent companies have a significant activity in a neighbouring market and this neighbouring market is of significant economic importance compared with that of the joint venture, the collaboration within the joint venture may lead to the coordination of the parent companies' competitive behaviour on this neighbouring niarket. In this context a neighbouring market is a separate but closely related niarket to the market of the joint venture, both markets having common characteristics including technology, customers or competitors.

3.2 Geographic market

19. The parent companies and the joint venture, may be active in the same product market but in different geographic markets. In this context two situations may be particularly relevant: the parent companies and the joint venture are each in different geographic markets, or the parent companies are in the same geographic market which is nevertheless different from that of the joint venture. In these situations coordination may or may not occur as follows:

    - where the parent companies and the joint venture are all in different geographic markets, the Commission will examine closely the likelihood of coordination between the parent companies. In doing so the Commission will consider interaction between markets, and foreseeable developments in the emergence of wider geographic markets particularly in the light of the market integration process in the Community. The same applies where one parent company and the joint venture are in the same geographic market while the other parent companies are all in different geographic markets,

    - where the parent companies are in the same geographic market, which is different from that of the joint venture, there is scope for coordination of the competitive behaviour of the parent companies where the joint venture's activities have a substantial economic importance when compared with the parent companies' activities on their home market and where there is interaction between the parent companies' and joint venture's markets or such interaction is likely to evolve in the near future. By contrast, where the joint venture's activities account for only a small proportion of the overall activities of the parent companies in the products concerned, the conclusion that collaboration in the joint venture would lead to coordination on the parent companies' market would be justified only in exceptional cases,

    - in any event, where the coordination of competitive behaviour of the parent companies takes place on geographic markets outside the Community or the EEA and has no appreciable effect on competition within the Community/EEA the joint venture is considered to be concentrative despite this coordination.

20. In relation to the abovementioned paragraphs, the fact that a joint venture leads to coordination of the competitive behaviour of the parent companies does not prevent the assumption of a concentration where these cooperative elements are only of minor economic importance relative to the operation as a whole *(de minimis)*.

    However a high accumulation of minor elements of coordination may lead to a situation where the operation as a whole has to be considered as cooperative.

III. FINAL

21. The Commission's interpretation of Article 3 with respect to joint ventures is without prejudice to the interpretation which may be given by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities.

6.2.3. Patentes y Transferencia de Tecnología

6.2.3.1. Commission Regulation (EEC) N° 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements

THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES,
Having regard to the Treaty establishing the European Economic Community,
Having regard to Council Regulation N° 19165/EEC of 2 March 1965
on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practiceS,2-as last amended by the Act of Accession of Greece, and in particular Article 1 thereof,
Having published a draft of this Regulation,
After consulting the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions,

Whereas:

(1) Regulation N° 19/65/EEC empowers the Commission to apply Article 85 (3) of the Treaty by Regulation to certain categories of agreements and concerted practices falling within the scope of Article 85 (1) to which only two undertakings are party and which include restrictions imposed in relation to the acquisition or use of industrial property rights, in particular patents, utility models, designs or trade marks, or to the rights arising out of contracts for assignment of, or the right to use, a method of manufacture or knowledge relating to the use or application of industrial processes.

(2) Patent licensing, agreements are agreements whereby one undertaking, the holder of a patent (the licensor), permits another undertaking (the licensee) to exploit the patented invention by one or more of the means of exploitation afforded by patent law, in particular manufacture, use or putting on the market.

(3) In the light of experience acquired so far, it is possible to define a category of patent licensing agreements which are capable of failing within the scope of Article 85 (1), but which can normally be regarded as satisfying the conditions laid down in Article 85 (3). To the extent that patent licensing agreements to which undertaking in only one Member State are party and which concern only one or more patents for that Member State are capable of affecting trade between Member States, it is appropriate to include them in the exempted category.

(4) The present Regulation applies to licences issued in respect of national patents of the Member States, Community patents or European patents granted for Member States, licences in respect of utility models or 'certificats d'utilite' issued in the Member States, and licences in respect of inventions for which a patent application is made within one year. Where such patent licensing agreements contain obligations relating not only to territories within the common market but also obligations relating to non-member countries, the presence of the latter does not prevent the present Regulation from applying to the obligations relating to territories within the common market.

(5) However, where licensing agreements for non-member countries or for territories which extend beyond the frontiers of the Community have effects within the common market which

may fall within the scope of Article 85 (1), such agreements should be covered by the Regulation to the same extent as would agreements for territories within the common market.

(6) The Regulation should also apply to agreements concerning the assignment and acquisition of the rights referred to in point 4 above where the risk associated with exploitation remains with the assignor, patent licensing agreements in which the licensor is not the patentee but is authorized by the patentee to grant the licence (as in the case of sub-licences) and patent licensing agreements in which the parties' rights or obligations are assumed by connected undertakings.

(7) The Regulation does not apply to agreements concerning sales alone, which are governed by the provisions of Commission Regulation (EEC) N° 1983183 of 22 June 1983 concerning the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of exclusive distribution agreements.

(8) Since the experience so far acquired is inadequate, it is not appropriate to include within the scope of the Regulation patent pools, licensing agreements entered into in connection with joint ventures, reciprocal licensing, or licensing agreements in respect of plant breeder's rights. Reciprocal agreements which do not involve any territorial restrictions within the common market should, however, be so included.

(9) On the other hand, it is appropriate to extend the scope of the Regulation to patent licensing agreements which also contain provisions assigning, or granting the right to use, non-patented technical knowledge, since such mixed agreements are commonly concluded in order to allow the transfer of a complex technology containing both patented and non-patented elements. Such agreements can only be regarded as fulfilling the conditions of Article 85 (3) for the purposes of this Regulation where the communicated technical knowledge is secret and permits a better exploitation of the licensed patents (know-how). Provisions concerning know-how are covered by the Regulation only in so far as the licensed patents are necessary for achieving the objects of the licensed technology and as Iong as at least one of the licensed patents remains in force.

(10) lt is also appropriate to extend the scope of the Regulation to patent licensing agreements containing ancillary provisions relating to trade marks, subject to ensuring that the trade-mark licence is not used to extend the effects of the patent licence beyond the life of the patents. For this purpose it is necessary to allow the licensee to identify himself within the "licensed territory", i.e. the territory covering all or part of the common market where the licensor holds patents which the licensee is authorized to exploit, as the manufacturer of the "licensed product", i.e. the product which is the subject matter of the licensed patent or which has been obtained directly from the process which is the subject matter of the licensed patent, to avoid his having to enter into a new trade-mark agreement with the licensor when the licensed patents expire in order not to lose the goodwill attaching to the licensed product.

(11) Exclusive licensing agreements, the agreements in which the licensor undertakes not to exploit the "licensed invention", 1.e. the licensed patented invention and any know-how communicated to the licensee, in the licensed territory himself and not to grant further licences there, are not in themselves incompatible with Article 85 (1) where they are concerned with the introduction and protection of a new technology in the licensed territory, by reason of the scale of the research which has been undertaken and of the risk that is involved in manufacturing and marketing a product which is unfamiliar to users in the licensed territory at the time the agreement is made. This may also be the case where the agreements are concerned with the introduction and protection of a new process for manufacturing, a product which is already known. In so far as in other cases agreements of this kind may fall within the scope of Article 85 (1), it is useful for the purposes of legal certainty to include them in Article 1, in order that they may also benefit from the exemption. However, the exemption of exclusive licensing

agreements and certain export bans imposed on the licensor and his licensees is without prejudice to subsequent developments in the case law of the Court of Justice regarding the status of such agreements under Article 85 (1).

(12) The obligations listed in Article 1 generally contribute to improving the production of goods and to promoting technical progress; they make patentees more willing to grant licences and licensees more inclined to undertake the investment required to manufacture, use and put on the market a new product or to use a new process, so that undertakings other than the patentee acquire the possibility of manufacturing a their products with the aid of the latest techniques and of developing those techniques further. The result is that the number of production facilities and the quantity and quality of goods produced in the common market are increased. This is true, in particular. of obligations on the licensor and on the licensee not to exploit the licensed invention in, and in particular not to export the licensed product into, the licensed territory in the case of the licensor and the 'territories reserved for the licensor, that is to say, territories within the common market in which the licensor has patent protection and has not granted any licences, in the case of the licensee. This is also true both of the obligation of the licensee not to conduct an active policy of putting the product on the market (i.e. a prohibition of active competition as defined in Article 1 *(1) (5))* in the territories of other licensees for a period which may equal the duration of the licence and also the obligation of the licensee not to put the licensed product on the market in the territories of other licensees for a limited period of a few years (i.e. a prohibition not only of active competition but also of 'passive competition' whereby the licensee of a territory simply responds to requests which he has not solicited from users or resellers established in the territories of other licensees-Article 1 (1) (6)). However, such obligations may be permitted under the Regulation only **in** respect of territories in which the licensed product is protected by parallel patents', that is to say, patents covering the same invention, within the meaning of the case law of the Court of Justice, and as long as the patents remain in force.

(13) Consumers will as a rule be allowed a fair share of the benefit resulting from this improvement in the supply of goods on the market. To safeguard this effect, however, it is right to exclude from the application of Article 1 cases where the parties agree to refuse to meet demand from users or resellers within their respective territories who would resell for export, or to take other steps to impede parallel imports, or where the licensee is obliged to refuse to meet unsolicited demand from the territory of other licensees (passive sales). The same applies where such action is the result of a concerted practice between the ¡¡censor and the licensee.

(14) The obligations referred to above thus do not impose restrictions which are not indispensable to the attainment of the above mentioned objectives.

(15) Competition at the distribution stage is safeguarded by the possibility of parallel imports and passive sales. The exclusivity obligations covered by the Regulation thus do not normally entail the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question. This is so even in the case of agreements which -rant exclusive licences for a territory covering the whole of the common market.

(16) To the extent that in their agreements the parties undertake obligations of the type referred to in Articles 1 and 2 but which are of more limited scope and thus less restrictive of competition than is permitted by those Articles, it is appropriate that these obligations should also benefit under the exemptions provided for in the Regulation.

(17) lf in a particular case an agreement covered by this Regulation is found to have effects which are incompatible with the provisions of Article 85 (3) of the Treaty, the Commission may withdraw the benefit of the block exemption from the undertakings concerned, in accordance with Article 7 of Regulation No 19/65/EEC.

(18) It is not necessary expressly to exclude from the category defined in the Regulation agreements which do not **fulfil** the conditions of Article 85 (1). Nevertheless it is advisable, in the interests of legal certainty for the undertakings concerned, to list in Article 2 a number of obligations which are not normally restrictive of competition, so that these also may benefit from the exemption in the event that, because of particular economic or legal circumstances, they should exceptionally fall within the scope of Article 85 (1). The list of such obligations given in Article 2 is not exhaustive.

(19) The Regulation must also specify what restrictions or provisions may not be included in patent licensing agreements if these are to benefit from the block exemption. The restrictions listed in Article 3 may fall under the prohibition of Article 85 (I); in these cases there can be no general presumption that they will lead to the positive effects required by Article 85 (3), as would be necessary for the granting of a block exemption.

(20) Such restrictions include those which deny the licensee the right enjoyed by any third party to challenge the validity of the patent or which automatically prolong the agreement by the life of any new patent granted during the life of the licensed patents which are in existence at the time the agreement is entered into. Nevertheless, the parties are free to extend their contractual relationship by entering into new agreements concerning such new patents, or to agree the payment of royalties for as long as the licensee continues to use know-how communicated by the licensor which has not entered into the public domain, regardless of the duration of the original patents and of any new patents that are licensed.

(21) They also include restrictions on the freedom of one party to compete with the other and in particular to involve himself in techniques other than those licensed, since such restrictions impede technical and economic progress. The prohibition of such restrictions should however be reconciled with the legitimate interest of the licensor in having his patented invention exploited to the full and to this end to require the licensee to use his best endeavours to manufacture and market the licensed product.

(22) Such restrictions include, further, an obligation on the licensee to continue to pay royalties after all the licensed patents ceased to be in force and the communicated know-how has entered into the public domain, since such an obligation would place the licensee at a disadvantage by comparison with his competitors, unless it is established that this obligation results from arrangements for spreading payments in respect of previous use of the licensed invention.

(23) They also include restrictions imposed on the parties regarding prices, customers or marketing of the licensed products or regarding the quantities to be manufactures or sold, especially since restrictions of the latter type may have the same effect as export bans.

(24) Finally, they include restrictions to which the licensee submits at the time the agreement is made because he wishes to obtain the licence, but which give the licensor an unjustified competitive advantage, such as an obligation to assign to the licensor any improvements the licensee may make to the invention, or to accept other licences or goods and services that the licensee does not want from the licensor.

(25) lt is appropriate to offer to parties to patent licensing agreements containing obligations which do not come within the terms of Articles 1 and 2 and yet do not entail any of the effects restrictive of competition referred to in Article 3 a simplified means of benefiting, upon notification, from the legal certainty provided by the block exemption (Article 4). This procedure should at the same **time** allow the Commission to ensure effective supervision as well as simplifying the administrative control of agreements.

(26) The Regulation should apply with retroactive effect to patent licensing agreements in existence when the Regulation comes into force where such agreements already fulfil the conditions for application of the Regulation or are modified to do so (Articles 6 to 8). Under Article 4 (3) of Regulation No 19165/EEC, the benefit of these provisions may not be claimed in actions pending at the date of entry into force of this Regulation, nor may it be relied on as grounds for claims for damages against third parties.

(27) Agreements which come within the terms of Articles 1 and 2 and which have neither the object nor the effect of restricting competition In any other way need no longer be notified. Nevertheless, undertakings will still have the right to apply in individual cases for negative clearance under Article 2 of Council Regulation No 17 or for exemption under Article 85 (3),

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1

1. *Pursuant to Article 85 (3) of the Treaty and subject to the provisions of this Regulation, it is hereby declared that Article 85 (1) of the Treaty shall not apply to patent licensing agreements, and agreements combining the licensing of patents and the communication of know-how, to which only two undertakings are party and which include one or more of the following obligations:*

   1 an obligation on the !¡censor not to license other undertakings to exploit the licensed invention in the licensed territory, covering all or part of the common market, in so far and as long as one of the licensed patents remains in force;

   2. an obligation on the licensor not to exploit the licensed invention in the licensed territory himself in so far and as long as one of the licensed patents remains in force;

   3. an obligation on the licensee not to exploit the licensed invention in territories within the common market which are reserved for the licensor, in so far and as long as the patented product is protected in those territories by parallel patents;

   4. an obligation on the licensee not to manufacture or use the licensed product, or use the patented process or the communicated know-how, in territories within the common market which are licensed to other licensees, in so far and as long as the licensed product is protected in those territories by parallel patents;

   5. an obligation on the licensee not to pursue an active policy of putting, the licensed product on the market in the territories within the common market which are licensed to other licensees, and in particular not to engage in advertising specifically aimed at those territories or to establish any branch or maintain any distribution depot there, in so far and as long as the licensed product is protected in those territories by parallel patents;

   6. an obligation on the licensee not to put the licensed product on the market in the territories licensed to other licensees within the common market for a period not exceeding, five years from the date when the product is first put on the market within the common market by the licensor or one of his licensees, in so far as and for as long as the product is protected in these territories by parallel patents;,

   7. an obligation on the licensee to use only the licensor's trade mark or the get-up determined by the licensor to distinguish the licensed product, provided that the licensee is not prevented from identifying himself as the manufacturer of the licensed product.

2. *The exemption of restrictions on putting the licensed product on the market resulting from the obligations referred to in paragraph 1 (2), (3), (5) and (6) shall apply only if the licensee manufactures the licensed product himself or has it manufactures by a connected undertaking or by a subcontractor.*

3. *The exemption provided for in paragraph 1 shall also apply where in a particular agreement the parties undertake obligations of the types referred to in that paragraph but with a more limited scope than is permitted by the paragraph.*

Article 2

1. *Article 1 shall apply notwithstanding the presence in particular of any of the following obligations, which are generally not restrictive of competition:*

   1. an obligation on the licensee to procure goods or services from the licensor or from an undertaking designated by the licensor, in so far as such products or services are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention;

   2. an obligation on the licensee to pay a minimum royalty or to produce a minimum quantity of the licensed product or to carry out a minimum number of operations exploiting the licensed invention;

   3. an obligation on the licensee to restrict his exploitation of the licensed invention to one or more technical fields of application covered by the licensed patent;

   4. an obligation on the licensee not to exploit the patent after termination of the agreement in so far as the patent is still in force;

   5. an obligation on the licensee not to grant sub-licenses or assign the licence;

   6. an obligation on the licensee to mark the licensed product with an indication of the patentee's name, the licensed patent or the patent licensing agreement;

   7. an obligation on the licensee not to divulge know-how communicated by the licensor; the licensee may be held to this obligation even after the agreement has expired;

   8. obligations:

      (a) to inform the licensor of infringements of the patent,

      (b) to take legal action against an infringer,

      (c) to assist the licensor in any legal action against an infringer,

      provided that these obligations are without prejudice to the licensee's right to challenge the validity of the licensed patent;

   9. an obligation on the licensee to observe specifications concerning the minimum quality of the licensed product, provided that such specifications are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention, and to allow the licensor to carry out related checks;

   10. an obligation on the parties to communicate to one another any experience gained in exploiting the licensed invention and to grant one another a licence in respect of inventions relating to improvements and new applications, provided that such communication or licence is non-exclusive;

   11. an obligation on the licensor to grant the licensee any more favourable terms that the]¡censor may grant to another undertaking after the agreement is entered into.

2. *In the event that, because of particular circumstances, the obligations referred to in paragraph 1 fall within the scope of Article 85 (1), they shall also be exempted even if they are not accompanied by any of the obligations exempted by Article 1.*

   The exemption provided for in this paragraph shall also apply where in an agreement the parties undertake obligations of the types referred to in paragraph 1 but with a more limited scope than is permitted by that paragraph.

Article 3

Articles 1 and 2 (2) shall not apply where:

1. the licensee is prohibited from challenging the validity of licensed patents or other industrial or commercial property rights within the common market belonging to the licensor or undertakings connected with him, without prejudice to the right of the licensor to terminate the licensing agreement in the event of such a challenge;

2. the duration of the licensing agreement is automatically prolonged beyond the expiry of the licensed patents existing at the time the agreement was entered into by the inclusion in it of any new patent obtained by the licensor, unless the agreement provides each party with the right to terminate the agreement at least annually after the expiry of the licensed patents existing at the time the agreement was entered into, without prejudice to the right of the licensor to charge royalties for the full period during which the licensee continues to use know-how communicated by the licensor which has not entered into the public domain, even if that period exceeds the life of the patents;

3. one party is restricted from competing with the other party, with undertakings connected with the other party or with other undertakings within the common market in respect of research and development, manufacture, use or sales, save as provided in Article 1 and without prejudice to an obligation on the licensee to use his best endeavours to exploit the licensed invention;

4. the licensee is charged royalties on products which are not entirely or partially patented or manufactures b means of a patented process, or for the use of know-how which has entered into the public domain otherwise than by the fault of the licensee or an undertaking, connected with him, without prejudice to arrangements whereby, in order to facilitate payment, the royalty payments for the use of a licensed invention are spread over a period extending beyond the life of the licensed patents or the entry of the know-how into the public domain;

5. the quantity of licensed products one party may manufacture or sell or the number of operations exploiting the licensed invention he may carry out are subject to limitations;

6. one party is restricted in the determination of prices, components of prices or discounts for the licensed products;

7. one party is restricted as to the customers he may serve, in particular by being prohibited from supplying certain classes of user, employing certain forms of distribution or, with the aim of sharing customers, using certain types of packaging for the products, save as provided in Article 1

   (1) (7) and Article 2 (1) (3);

8. the licensee is obliged to assign wholly or in part to the licensor rights in or to patents for improvements or for new applications of the licensed patents;

9. the licensee is induced at the time the agreement is entered into to accept farther licences which he does not want or to agree to use patents, goods or services which he does not want, unless

such patents, products or services are necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed invention;

10. without prejudice to Article 1 (1) (5), the licensee]S required, for a period exceeding, that permitted under Article 1 (1) (6), not to put the licensed product on the market in territories licensed to other licensees within the common market or does not do so as a result of a concerted practice between the parties;

11. one or both of the parties are required:

    (a) to refuse without any objectively justified reason to meet demand from users or resellers in their respective territories who would market products in other territories within the common market;

    (b) to make it difficult for users or resellers to obtain the products from other resellers within the common market, and in particular to exercise industrial or commercial property rights or take measures so as to prevent users or resellers from obtain in outside, or from putting on the market in, the licensed territory products which have been lawfully put on the market within the common market by the patentee or with his consent; or do so as a result of a concerted practice between them.

Article 4

1. The exemption provided for in Articles 1 and 2 shall also apply to agreements containing obligations restrictive of competition which are not covered by those Articles and do not fall within the scope of Article 3, on condition that the agreements in question are notified to the Commission in accordance with the provisions of Commission Regulation No 27,8 as last amended by Regulation (EEC) No 1699/75,9 and that the Commission does not oppose such exemption within a period of six months.

2. The period of six months shall run from the date on which the notification is received by the Commission. Where, however, the notification is made by registered post, the period shall run from the date shown on the postmark of the place of posting.

3. Paragraph 1 shall apply only if:

    (a) express reference is made to this Article in the notification or in a communication accompanying it; and

    (b) the information furnished with the notification is complete and in accordance with the facts.

4. The benefit of paragraph 1 may be claimed for agreements notified before the entry into force of this Regulation by submitting a communication to the Commission referring expressly to this Article and to the notification. Paragraphs 2 and 3 (b) shall apply *mutatis mutandis.*

5. The Commission may oppose the exemption. lt shall oppose exemption if it receives a request to do so from a Member State within three months of the transmission to the Member State of the notification referred to in paragraph 1 or of the communication referred to in paragraph 4. This request must be justified on the basis of considerations relating to the competition rules of the Treaty.

6. The Commission may withdraw the opposition to the exemption at any time. However, where the opposition was raised at the request of a Member State and this request is maintained, it may be withdrawn only after consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions.

7. If the opposition is withdrawn because the undertakings concerned have shown that the conditions of Article 85 (3) are fulfilled, the exemption shall apply from the date of notification.

8. If the opposition is withdrawn because the undertakings concerned have amended the agreement so that the conditions of Article 85 (3) are fulfilled, the exemption shall apply from the date on which the amendments take effect.

9. If the Commission opposes exemption and the opposition is not withdrawn, the effects of the notification shall be governed by the provisions of Regulation No 17.

Article 5

1. This Regulation shall not apply:

1. to agreements between members of a patent pool which relate to the pooled patents;

2. to patent licensing, agreements between competitors who hold interests in a joint venture or between one of them and the joint venture, if the licensing agreements relate to the activities of the joint venture;

3. to agreements under which one party grants to the other party a patent licence and that other party, albeit in separate agreements or through connected undertakings, grants to the first party a licence under patents or trade-marks or reciprocal sales rights for unprotected products or communicates to him know-how, where the parties are competitors in relation to the products covered by those agreements;

4. to licensing agreements in respect of plant breeder's rights.

2. This Regulation shall nevertheless apply:

(a) to agreements to which paragraph 1 (2) applies, under which a parent undertaking grants the joint venture a patent licence, provided that the contract products and the other products of the participating undertakings which are considered by users to be equivalent in view of their characteristics, price and intended use represent:

- in case of a licence limited to production not more than 20 %,

- in case of a licence covering production and distribution not more than 10 %, of the market for all such products in the common market or a substantial part thereof;

(b) to reciprocal licences within the meaning of point 3 of paragraph 1, provided that the parties are not subject to any territorial restriction within the common market with regard to the manufacture, use or putting on the market of the contract products or on the use of the licensed processes.

3. This Regulation shall continue to apply where the market shares referred to in point (a) of paragraph 2 are exceeded during any period of two consecutive financial years by not more than one-tenth.

Where this latter limit is also exceeded, this Regulation shall continue to apply for a period of six months following the end of the financial year during which it was exceeded.

Article 6

1. As regards agreements existing on 13 march 1962 and notified before 1 February 1963 and agreements, whether notified or not, to which Article 4 (2) (2) (b) of Regulation No 17 applies, the declaration of inapplicability of Article 85 (1) of the Treaty container in this Regulation shall

have retroactive effect from the time at which the conditions for application of this Regulation were fulfilled.

2. As regards all other agreements notified before this Regulation entered into force, the declaration of inapplicability of Article 85 (1) of the Treaty contained in this Regulation shall have retroactive effect from the time at which the conditions for application of this Regulation were fulfilled, or from the date of notification, whichever is the later.

Article 7

If agreements existing on 13 march 1962 and notified before 1 February 1963 or agreements to which Article 4 (2) (2) (b) of Regulation No 17 applies and notified before 1 January 1967 are amended before 1 April 1985 so as to fulfil the conditions for application of this Regulation, and if the amendment is communicated to the Commission before 1 July 1985 the prohibition in Article 85 (1) of the Treaty shall not apply in respect of the period prior to the amendment. The communication shall take effect from the time of its receipt by the Commission. Where the communication is sent by registered post, it shall take effect from the date shown on the postmark of the place of posting.

Article 8

1. As regards agreements to which Article 85 of the Treaty applies as a result of the accession of the United Kingdom, Ireland and Denmark, Articles 6 and 7 shall apply except that the relevant dates shall be 1 January 1973 instead of 13 March 1962 and 1 July 1973 instead of 1 February 1963 and 1 January 1967.

2. As regards agreements to which Article 85 of the Treaty applies as a result of the accession of Greece, Articles 6 and 7 shall apply except that the relevant dates shall be 1 January 1981 instead of 13 March 1962 and 1 July 1981 instead of 1 February 1963 and 1 January 1967.

Article 9

The Commission may withdraw the benefit of this Regulation, pursuant to Article 7 of Regulation No 19/65/EEC, where it finds in a particular case that an agreement exempted by this Regulation nevertheless has certain effects which are incompatible with the conditions laid down in Article 85 (3) of the Treaty, and in particular where:

1. such effects arise from an arbitration award;

2. the licensed products or the services provided using a licensed process are not exposed to effective competition in the licensed territory from identical products or services or products or services considered by users as equivalent in view of their characteristics, price and intended use;

3. the licensor does not have the right to terminate the exclusivity granted to the licensee at the latest five years from the date the agreement was entered into and at least annually thereafter if, without legitimate reason, the licensee fails to exploit the patent or to do so adequately;

4. without prejudice to Article 1 (1) (6), the licensee refuses, without objectively valid reason, to meet unsolicited demand from users or resellers in the territory of other licensees;

5. one or both of the parties:

   (a) without any objectively justified reason, refuse to meet demand from users or resellers in their respective territories who would market the products in other territories within the common market; or

(b) make it difficult for users or resellers to obtain the products from other resellers within the common market, and in particular where they exercise industrial or commercial property rights or take measures so as to prevent resellers or users from obtaining outside, or from putting on the market in, the licensed territory products which have been lawfully put on the market within the common market by the patentee or with **his** consent.

Article 10

1. This Regulation shall apply to:

   (a) patent applications;

   (b) utility models;

   (c) applications for registration of utility models;

   (d) certificats 'd'utilité' and 'certificats d'addition' under French law; and

   (e) applications for 'certificats d'utilite' and 'certificats d'additlon' under French law; equally as it applies to patents.

2. This Regulation shall also apply to agreements relating, to the exploitation of an invention lf an application within the meaning of paragraph 1 is made in respect of the invention for the licensed territory within one year from the date when the agreement was entered into.

Article 11

This Regulation shall also apply to:

1 . patent licensing agreements where the licensor is not the patentee but is authorized by the patentee to grant a licence or a sub-licence;

2. assignments of a patent or of a right to a patent where the sum payable in consideration-of the assignment is dependent upon the turnover attained by the assignee in respect of the patented products, the quantity of such products manufactures or the number of operations carried out employing the patented invention;

3. patent licensing agreements in which rights or obligations of the licensor or the licensee are assumed by undertakings connected with them.

Article 12

1. *'Connected undertakings' for the purposes of this Regulation means:*

   (a) undertakings in which a party to the agreement, directly or

   indirectly:

   - owns the capital or business assets, or
   - has the power to exercise more than half the voting rights, or
   - has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, board of directors or bodies legally representing the undertaking, or has the right to manage the affairs of the undertaking;

   (b) undertakings which directly or indirectly have in or over a party to the agreement the rights or powers listed in (a);

(c) undertakings in which an undertaking referred to in (b) directly or indirectly has the rights or powers listed in (a).

2. Undertakings in which the parties to the agreement or undertakings connected with them jointly have, directly or indirectly the rights or powers set out in paragraph 1 (a) shall be considered to be connected with each of the parties to the agreement.

Article 13

1. Information acquired pursuant to Article 4 shall be used only for the purposes of this Regulation.
2. The Commission and the authorities of the Member States, their officials and other servants shall not disclose information acquired by them pursuant to this Regulation of the kind covered by the obligation of professional secrecy.
3. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not prevent publication of general information or surveys which do not contain information relating to particular undertakings or associations of undertakings.

Article 14

This Regulation shall enter into force on 1 January 1985.

lt shall apply until 31 March 1996.10

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

Done at Brussels, 23 July 1984.

6.2.3.2. Commission Regulation (EC) No 240/96 of 31 January 1996 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of technology transfer agreements (Text with EEA relevance)

THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Having regard to the Treaty establishing the European Community,

Having regard to Council Regulation No 19/65/EEC of 2 March 1965 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices, as last amended by the Act of Accession of Austria, Finland and Sweden, and in particular Article 1 thereof,

Having, published a draft of this Regulation,

After consulting the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions,

Whereas:

(1) Regulation No 19/65/EEC empowers the Commission to apply Article 85 (3) of the Treaty by regulation to certain categories of agreements and concerted practices falling within the scope of Article 85 (1) which include restrictions imposed in relation to the acquisition or use of industrial property rights-in particular of patents, utility models, designs or trademarks-or to the rights arising out of contracts for assignment of, or the right to use, a method of manufacture of knowledge relating, to use or to the application of industrial processes.

(2) The Commission has made use of this power by adopting Regulation (EEC) No 2349/84 of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements, as last amended by Regulation (EC) No 2131/95 and Regulation (EEC) No 556/89 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of know-how licensing agreements as last amended by the Act of Accession of Austria, Finland and Sweden.

(3) These two block exemptions ought to be combined into a single regulation covering technology transfer agreements, and the rules governing patent licensing agreements and agreements for the licensing of know-how ought to be harmonized and simplified as far as possible, in order to encourage the dissemination of technical knowledge in the Community and to promote the manufacture of technically more sophisticated products. In those circumstances Regulation (EEC) No 556/89 should be repealed.

(4) This Regulation should apply to the licensing of Member States' own patents, Community patents and European patents ('pure' patent licensing agreements). It should also apply to agreements for the licensing of non-patented technical information such as descriptions of manufacturing processes, recipes, formulae, designs or drawings, commonly termed 'know-how' ('pure' know-how licensing agreements), and to combined patent and know-how licensing agreements ('mixed' agreements), which are playing, an increasingly important role in the transfer of technology. For the purposes of this Regulation, a number of terms are defined in Article 10.

(5) Patent or know-how licensing agreements are agreements whereby one undertaking, which holds a patent or know - how ('the licensor') permits another undertaking ('the licensee') to exploit the patent thereby licensed, or communicates the know-how to lt, in particular for purposes of manufacture, use or putting on the market. In the light of experience acquired so far, it is possible to define a category of licensing agreements covering, all or part of the common market which are capable of falling within the scope of Article 85 (1) but which can normally be regarded as satisfying the conditions laid down in Article 85 (3), where patents are necessary for the achievement of the objects of the licensed technology by a mixed agreement or where know-how-whether it is ancillary to patents or independent of them-is secret, substantial and identified in any appropriate form. These criteria are intended only to ensure that the licensing of the know-how or the grant of the patent licence justifies a block exemption of obligations restricting competition. This is without prejudice to the right of the parties to include in the contract provisions regarding other obligations, such as the obligation to pay royalties, even lf the block exemption no longer applies.

(6) It is appropriate to extend the scope of this Regulation to pure or mixed agreements containing the licensing of intellectual property rights other than patents (in particular, trademarks, design rights and copyright, especially software protection), when such additional licensing contributes to the achievement of the objects of the licensed technology and contains only ancillary provisions.

(7) Where such pure or mixed licensing, agreements contain not only obligations relating to territories within the common market but also obligations relating, to non-member countries, the presence of the latter does not prevent this Regulation from applying, to the obligations relating, to territories within the common market. Where licensing, agreements for non-member countries or for territories which extend beyond the frontiers of the Community have effects within the common market which may fall within the scope of Article 85 l). such agreements should be covered by this Regulation to the same extent as would agreements for territories within the common market.

(8) The objective being to facilitate the dissemination of technology and the improvement of manufacturing, processes, this Regulation should apply only where the licensee himself manufactures the licensed products or has them manufactures for his account, or where the licensed product is a service, provides the service himself or has the service provided for his account, irrespective of whether or not the licensee is also entitled to use confidential information provided by the licensor for the promotion and sale of the licensed product. The scope of this Regulation should therefore exclude agreements solely for the purpose of sale. Also to be excluded from the scope of this Regulation are agreements relating to marketing know-how communicated in the context of franchising arrangements and certain licensing agreements entered into in connection with arrangements such as joint ventures or patent pools and other arrangements in which a licence is granted in exchange for other licences not related to improvements to or new applications of the licensed technology. Such agreements pose different problems which cannot at present be dealt with in a single regulation (Article 5).

(9) Given the similarity between sale and exclusive licensing, and the danger that the requirements of this Regulation might be evaded by presenting as assignments what are in fact exclusive licenses restrictive of competition, this Regulation should apply to agreements concerning the assignment and acquisition of patents or know-how where the risk associated with exploitation remains with the assignor. lt should also apply to licensing agreements in which the licensor is not the holder of the patent or know-how but is authorized by the holder to grant the licence (as in the case of sub-licences) and to licensing agreements in which the parties' rights or obligations are assumed by connected undertakings (Article 6).

(10) Exclusive licensing agreements, i.e. agreements in which the licensor undertakes not to exploit the licensed technology in the licensed territory himself or to grant further licences there, may not be in themselves incompatible with Article 85 (1) where they are concerned with the introduction and protection of a new technology in the licensed territory, by reason of the scale of the research which has been undertaken, of the increase in the level of competition, In particular inter-brand competition, and of the competitiveness of the undertakings concerned resulting from the dissemination of innovation within the Community. In so far as agreements of this kind fall, in other circumstances, within the scope of Article 85 (1), lt is appropriate to include them in Article 1 in order that they may also benefit from the exemption.

(11) The exemption of export bans on the licensor and on the licensees does not prejudice any developments in the case law of the Court of Justice in relation to such agreements, notably with respect to Articles 30 to 36 and Article 85 (1). This is also the case, in particular, regarding the prohibition on the licensee from selling the licensed product in territories granted to other licensees (passive competition).

(12) The obligations listed in Article 1 generally contribute to improving the production of goods and to promoting- technical progress. They make the holders of patents or know-how more willing to grant licences and licensees more inclined to undertake the investment required to manufacture, use and put on the market a new product or to use a new process. Such obligations may be permitted under this Regulation in respect of territories where the licensed product is protected by patents as long as these remain in force.

(13) Since the point at which the know-how ceases to be secret can be difficult to determine, it is appropriate, in respect of territories where the licensed technology comprises know-how only, to limit such obligations to a fixed number of years. Moreover, in order to provide sufficient periods of protection, it is appropriate to take as the starting point for such periods the date on which the product is first put on the market in the Community by a licensee.

(14) Exemption under Article 85 (3) of longer periods of territorial protection for know-how agreements, in particular in order to protect expensive and risky investment or where the par-

ties were not competitors at the date of the grant of the licence, can be granted only by individual decision. On the other hand, parties are free to extend the term of their agreements in order to exploit any subsequent improvement and to provide for the payment of additional royalties. However, in such cases, further periods of territorial protection may be allowed only starting from the date of licensing of the secret improvements in the Community, and by individual decision. Where the research for improvements results in innovations which are distinct from the licensed technology the parties may conclude a new agreement benefiting from an exemption under this Regulation.

(15) Provision should also be made for exemption of an obligation on the licensee not to put the product on the market in the territories of other licensees, the permitted period for such an obligation (this obligation would ban not just active competition but passive competition too) should, however, be limited to a few years from the date on which the licensed product is first put on the market in the Community by a licensee, irrespective of whether the licensed technology comprises know-how, patents or both in the territories concerned.

(16) The exemption of territorial protection should apply for the whole duration of the periods thus permitted, as long as the patents remain in force or the know-how remains secret and substantial. The parties to a mixed patent and know-how licensing agreement must be able to take advantage in a particular territory of the period of protection conferred by a patent or by the know-how, whichever is the Longer.

(17) The obligations listed in Article 1 also generally fulfil the other conditions for the application of Article 85 (3). Consumers will, as a rule, be allowed a fair share of the benefit resulting from the improvement in the supply of goods on the market. To safeguard this effect, however, it is right to exclude from the application of Article 1 cases where the parties agree to refuse to meet demand from users or resellers within their respective territories who would resell for export, or to take other steps to impede parallel imports. The obligations referred to above thus only impose restrictions which are indispensable to the attainment of their objectives.

(18) It is desirable to list in this Regulation a number of obligations that are commonly found in licensing agreements but are normally not restrictive of competition, and to provide that in the event that because of the particular economic or legal circumstances they should fall within Article 85 (1), they too will be covered by the exemption. This list, in Article 2, is not exhaustive.

(19) This Regulation must also specify what restrictions or provisions may not be included in licensing agreements if these are to benefit from the block exemption. The restrictions listed in Article 3 may fall under the prohibition of Article 85 (1), but in their case there can be no general presumption that, although they relate to the transfer of technology, they will lead to the positive effects required by Article 85 (3), as would be necessary for the -ranting of a block exemption. Such restrictions can be declared exempt only by an individual decision, taking account of the market position of the undertakings concerned and the degree of concentration on the relevant market.

(20) The obligations on the licensee to cease using- the licensed technology after the termination of the agreement (Article 2 (1) (3)) and to make improvements available to the licensor (Article 2 (1) (4)) do not generally restrict competition. The post-term use ban may be regarded as a normal feature of licensing, as otherwise the licensor would be forced to transfer his know-how or patents in perpetuity. Undertakings by the licensee to grant back to the licensor a licence for improvements to the licensed know-how and/or patents are generally not restrictive of competition if the licensee is entitled by the contract to share in future experience and inventions made by the licensor. On the other hand, a restrictive effect on competition arises

where the agreement obliges the licensee to assign to the licensor rights to improvements of the originally licensed technology that he himself has brought about (Article 3 (6))

(21) The list of clauses which do not prevent exemption also includes an obligation on the licensee to keep paying royalties until the end of the agreement independently of whether or not the licensed know-how has entered into the public domain through the action of third parties or of the licensee himself (Article 2 (1) (7)). Moreover, the parties must be free, in order to facilitate payment, to spread the royalty payments for the use of the licensed technology over a period extending beyond the duration of the licensed patents, in particular by setting lower royalty rates. As a rule, parties do not need to be protected against the foreseeable financial consequences of an agreement freely entered into, and they should therefore be free to choose the appropriate means of financing, the technology transfer and sharing between them the risks of such use. However, the setting of rates of royalty so as to achieve one of the restrictions listed in Article 3 renders the agreement ineligible for the block exemption.

(22) An obligation on the licensee to restrict his exploitation of the licensed technology to one or more technical fields of application ('fields of use') or to one or more product markets is not caught by Article 85 (1) either, since the licensor is entitled to transfer the technology only for a limited purpose (Article 2 (1) (8))

(23) Clauses whereby the parties allocate customers within the same technological field of use or the same product market, either by an actual prohibition on supplying certain classes of customer or through an obligation with an equivalent effect, would also render the agreement ineligible for the block exemption where the parties are competitors for the contract products (Article 3 (4)). Such restrictions between undertakings which are not competitors remain subject to the opposition procedure. Article 3 does not apply to cases where the patent or know-how licence is granted in order to provide a single customer with a second source of supply. In such a case, a prohibition on the second licensee from supplying persons other than the customer concerned is an essential condition for the -rant of a second licence, since the purpose of the transaction is not to create an independent supplier in the market. The same applies to limitations on the quantities the licensee may supply to the customer concerned (Article 2 (1) (13)).

(24) Besides the clauses already mentioned, the list of restrictions which tender the block exemption inapplicable also includes restrictions regarding the selling prices of the licensed product or the quantities to be manufactures or sold, since they seriously limit the extent to which the licensee can exploit the licensed technology and since quantity restrictions particularly may have the same effect as export bans (Article 3 (1) and (5)) This does not apply where a licence is granted for use of the technology in specific production facilities and where both a specific technology is communicated for the setting-up, operation and maintenance of these facilities and the licensee is allowed to increase the capacity of the facilities or to set up further facilities for its own use on normal commercial terms. On the other hand, the licensee may lawfully be prevented from using the transferred technology to set up facilities for third parties. since the purpose of the agreement is not to permit the licensee to give other producers access to the licensor's technology while it remains secret or protected by patent (Article 2 (1) (12)).

(25) Agreements which are not automatically covered by the exemption because they contain provisions that are not expressly exempted by this Regulation and not expressly excluded-from exemption, including, those lsited in Article 4 (2), may, in certain circumstances, nonetheless be presumed to be eligible for application of the block exemption. It will be possible for the Commission rapidly to establish whether this is the case on the basis of the information undertakings are obliged to provide under Commission Regulation (EC) No 3385/94.8 The Commission may waive the requirement to supply specific information required in form A/B but which it does not deem necessary. The Commission will generally be content with

communication of the text of the agreement and with an estimate, based on directly available data. of the market structure and of the licensee's market share. Such agreements should therefore be deemed to be covered by the exemption provided for in this Regulation where they are notified to the Commission and the Commission does not oppose the application of the exemption within a specified period of time.

(26) Where agreements exempted under this Regulation nevertheless have effects incompatible with Article 85 (3), the Commission may withdraw the block exemption, in particular where the licensed products are not faced with real competition in the licensed territory (Article 7). This could also be the case where the licensee has a strong position on the market. In assessing the competition the Commission will pay special attention to cases where the licensee has more than 40% of the whole market for the licensed products and of all the products or services which customers consider interchangeable or substitutable on account of their characteristics, prices and intended use.

(27) Agreements which come within the terms of Articles 1 and 2 and which have neither the object nor the effect of restricting competition in any other way need no longer be notified. Nevertheless, undertakings will still have the right to apply in individual cases for negative clearance or for exemption under Article 85 (3) in accordance with Council Regulation No 17,9 as last amended by the Act of Accession of Austria, Finland and Sweden. They can in particular notify agreements obliging the licensor not to grant other licences in the territory, where the licensee's market share exceeds or is likely to exceed 40%,

HAS ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1

1. Pursuant to Article 85 (3) of the Treaty and subject to the conditions set out below, it is hereby declared that Article 85 (1) of the Treaty shall not apply to pure patent licensing or know-how licensing agreements and to mixed patent and know-how licensing agreements, including those agreements containing ancillary provisions relating to intellectual property rights other than patents, to which only two undertakings are party and which include one or more of the following obligations:

   (1) an obligation on the licensor not to license other undertakings to exploit the licensed technology in the licensed territory.

   (2) an obligation on the licensor not to exploit the licensed technology in the licensed territory himself;

   (3) an obligation on the licensee not to exploit the licensed technology in the territory of the licensor within the common market;

   (4) an obligation on the licensee not to manufacture or use the licensed product, or use the licensed process, in territories within the common market which are licensed to other licensees;

   (5) an obligation on the licensee not to pursue an active policy of putting the licensed product on the market in the territories within the common market which are licensed to other licensees, and in particular not to engage in advertising specifically aimed at those territories or to establish any branch or maintain an distribution depot there;

   (6) an obligation on the licensee not to put the licensed product on the market **in** the territories licensed to other licensees within the common market **in** response to unsolicited orders;

(7) an obligation on the licensee to use only the licensor's trademark or get up to distinguish the licensed product during the term of the agreement, provided that the licensee is not prevented from identifying himself as the manufacturer of the licensed products;

(8) an obligation on the licensee to limit his production of the licensed product to the quantities he requires in manufacturing his own products and to sell the licensed product only as an integral part of or a replacement part for **his** own products or otherwise in connection with the sale of his own products, provided that such quantities are freely determined by the licensee.

2. Where the agreement is a pure patent licensing agreement, the exemption of the obligations referred to in paragraph 1 is granted only to the extent that and for as long as the licensed product is protected by parallel patents, in the territories respectively of the licensee (points (1), (2), (7) and (8)) the licensor (point (3)) and other licensees (points (4) and (5). The exemption of the obligation referred to in point (6) of paragraph 1 is granted for a period not exceeding five years from the date when the licensed product is first put on the market within the common market by one of the licenses, to the extent that and for as long as, in these territories, this product is protected by parallel patents.

3. Where the agreement is a pure know-how licensing agreement, the period for which the exemption of the obligations referred to in points (1) to (5) of paragraph 1 is granted may not exceed ten years from the date when the licensed product is first put on the market within the common market by one of the licensees.

   The exemption of the obligation referred to in point (6) of paragraph 1 is granted for a period not exceeding five years from the date when the licensed product is first put on the market within the common market by one of the licensees.

   The obligations referred to in points (7) and (8) of paragraph. 1 are exempted during the lifetime of the agreement for as long as the know-how remains secret and substantial.

   However, the exemption in paragraph 1 shall apply only where the parties have identified in any appropriate form the initial know-how and any subsequent improvements to it which become available to one party and are communicated to the other party pursuant to the terms of the agreement and to the purpose thereof, and only for as long as the know-how remains secret and substantial.

4. Where the agreement is a mixed patent and know-how Licensing agreement, the exemption of the obligations referred to in points (1) to (5) of paragraph 1 shall apply in Member States in which the licensed technology is protected by necessary patents for as long as the licensed product is protected in those Member States by such patents if the duration of such protection exceeds the periods specified in paragraph 3.

   The duration of the exemption provided in point (6) of paragraph 1 may not exceed the five-year period provided for in paragraphs 2 and 3.

   However, such agreements qualify for the exemption referred to **in** paragraph 1 only for as long as the patents remain in force or to the extent that the know-how is identified and for as long as it remains secret and substantial whichever period is the longer.

5. The exemption provided for in paragraph 1 shall also apply where in a particular agreement the parties undertake obligations of the types referred to in that paragraph but with a more limited scope than is permited by that paragraph.

Article 2

1. Article 1 shall apply notwithstanding the presence in particular of any of the following, clauses, which are generally not restrictive of competition:

   (1) an obligation on the licensee not to divulge the know-how communicated by the licensor; the licensee may be held to this obligation after the agreement has expired;

   (2) an obligation on the licensee not to grant sublicenses or assign the licence;

   (3) an obligation on the licensee not to exploit the licensed know-how or patents after termination of the agreement in so far and as long as the know-how is still secret or the patents are still in force;

   (4) an obligation on the licensee to grant to the licensor a licence in respect of his own improvements to or his new applications of the licensed technology, provided:

   - that, in the case of severable improvements, such a licence is not exclusive, so that the licensee is free to use his own improvements or to license them to third parties, in so far as that does not involve disclosure of the know-how communicated by the licensor, that is still secret,

   - and that the licensor undertakes to -rant an exclusive or non-exclusive licence of his own improvements to the licensee;

   (5) an obligation on the licensee to observe minimum quality specifications, including, technical specifications, for the licensed product or to procure. goods or services from the licensor or from an undertaking designated by the licensor, in so far as these quality specifications, products or services are necessary for:

   (a) a technically proper exploitation of the licensed technology; or

   (b) ensuring that the product of the licensee conforms to the minimum quality specifications that are applicable to the licensor and other licensees; and to allow the licensor to carry out related checks;

   (6) obligations:

   (a) to inform the licensor of misappropriation of the know-how or of infringements of the licensed patents; or

   (b) to take or to assist the licensor in taking legal action against such misappropriation or infringements;

   (7) an obligation on the licensee to continue paying the royalties:

   (a) until the end of the agreement in the amounts, for the periods and according to the methods freely determined by the parties, in the event of the know-how becoming publicly known other than by action of the licensor, without prejudice to the payment of any additional damages in the event of the know-how becoming publicly known by the action of the licensee in breach of the agreement;

   (b) over a period going beyond the duration of the licensed patents, in order to facilitate payment;

   (8) an obligation on the licensee to restrict his exploitation of the licensed technology to one or more technical fields of application covered by the licensed technology or to one or more product markets;

(9) an obligation on the licensee to pay a minimum royalty or to produce a minimum quantity of the licensed product or to carry out a minimum number of operations exploiting the licensed technology;

(10) an obligation on the licensor to grant the licensee any more favourable terms that the licensor may grant to another undertaking, after the agreement is entered into;

(11) an obligation on the licensee to mark the licensed product with an indication of the licensor's name or of the licensed patent;

(12) an obligation on the licensee not to use the licensor's technology to construct facilities for third parties; this is without prejudice to the right of the licensee to increase the capacity of his facilities or to set up additional facilities for his own use on normal commercial terms, including the payment of additional royalties;

(13) an obligation on the licensee to supply only a limited quantity of the licensed product to a particular customer, where the licence was granted so that the customer might have a second source of supply inside the licensed territory; this provision shall also apply where the customer is the licensee, and the licence which was granted in order to provide a second source of supply provides that the customer is himself to manufacture the licensed products or to have them manufactures by a subcontractor;

(14) a reservation by the licensor of the right to exercise the rights conferred by a patent to oppose the exploitation of the technology by the licensee outside the licensed territory;

(15) a reservation by the]¡censor of the right to terminate the agreement if the licensee contests the secret or substantial nature of the licensed know-how or challenges the validity of licensed patents within the common market belonging to the licensor or undertakings connected with him;

(16) a reservation by the licensor of the right to terminate the licence agreement of a patent if the licensee raises the claim that such a patent is not necessary;

(17) an obligation on the licensee to use his best endeavours to manufacture and market the licensed product;

(18) a reservation by the licensor of the right to terminate the exclusivity granted to the licensee and to stop licensing improvements to him when the licensee enters into competition within the common market with the licensor, with undertakings connected with the licensor or with other undertakings in respect of research and development, production, use or distribution of competing products, and to require the licensee to prove that the licensed know-how is not being used for the production of products and the provision of services other than those licensed.

2. In the event that, because of particular circumstances, the clauses referred to in paragraph 1 fall within the scope of Article 85 (1), they shall also be exempted even If they are not accompanied by any of the obligations exempted by Article l.

3. The exemption in paragraph 2 shall also apply where an agreement contains clauses of the types referred to in paragraph 1 but with a more limited scope than is permitted by that paragraph.

Article 3

Article 1 and Article 2 (2) shall not apply where:

(1) one party is restricted in the determination of prices, components of prices or discounts for the licensed products;

(2) one party is restricted from competing within the common market with the other party, with undertakings connected with the other party or with other undertakings in respect of research and development, production, use or distribution of competing products without prejudice to the provisions of Article 2 (1) (17) and (18);

(3) one or both of the parties are required without any objectively justified reason:

(a) to refuse to meet orders from users or resellers in their respective territories who would market products in other territories within the common market;

(b) to make it difficult for users or resellers to obtain the products from other resellers within the common market, and in particular to exercise intellectual property rights or take measures so as to prevent users or resellers from obtaining outside, or from putting on the market in the licensed territory products which have been lawfully put on the market within the common market by the licensor or with his consent; or do so as a result of a concerted practice between them;

(4) the parties were already competing manufacturers before the rant of the licence and one of the the same technical field of use or within the same product market, as to the customers he may serve, in particular by being prohibited from supplying certain classes of user, employing certain forms of distribution or, with the aim of sharing customers, using certain types of packaging for the products, save as provided in Article 1 (1) (7) and Article 2 (1) (13);

(5) the quantity of the licensed products one party may manufacture or sell or the number of operations exploiting the licensed technology he may carry out are subject to limitations, save as provided in Article (1) (8) and Article 2 (1) (13);

(6) the licensee is obliged to assign in whole or in part to the licensor rights to improvements to or new applications of the licensed technology;

(7) the licensor is required, albeit in separate agreements or through automatic prolongation of the initial duration of the agreement by the inclusion of any new improvements, for a period exceeding that referred to in Article 1 (2) and (3) not to license other undertakings to exploit the licensed technology in the licensed territory, or a party is required for a period exceeding that referred to in Article 1 (2) and (3) or Article 1 (4) not to exploit the licensed technology in the territory of the other party or of other licensees.

Article 4

1. The exemption provided for in Articles 1 and 2 shall also apply agreements containing obligations restrictive of competition which not covered by those Articles and do not fall within the scope of article 3, on condition that the agreements in question are notified the Commission in accordance with the provisions of Articles 1, and 3 of Regulation (EC) No 3385/94 and that the Commission does not oppose such exemption within a period of four months.

2. Paragraph 1 shall apply, in particular, where:

(a) the licensee is obliged at the time the agreement is entered into to accept quality specifications or further licences or to procure goods or services which are not necessary for a technically satisfactory exploitation of the licensed technology or for ensuring that the production of the licensee conforms to the quality standards that are respected by the licensor and other licensees;

(b) the licensee is prohibited from contesting, the secrecy or the substantiality of the licensed know-how or from challenging the validity of patents licensed within the common market belonging to the licensor or undertakings connected with him.

3. The period of four months referred to in paragraph 1 shall run from the date on which the notification takes effect in accordance with Article 4 of Regulation (EC) N° 3385/94.

4. The benefit of paragraphs 1 and 2 may be claimed for agreements notified before the entry into force of this Regulation by submitting a communication to the Commission referring expressly to this Article and to the notification. Paragraph 3 shall apply *mutatis mutandis.*

5. The Commission may oppose the exemption within a period of four months. It shall oppose exemption if it receives a request to do so from a Member State within two months of the transmission tothe Member State of the notification referred to in paragraph 1 or of the communication referred to in paragraph 4. This request must be justified on the basis of considerations relating to the competition rules of the Treaty.

6. The Commission may withdraw the opposition to the exemption at any time. However, where the opposition was raised at the request of a Member State and this request is maintained, it may be withdrawn only after consultation of the Advisory Committee on Restrictive Practices and Dominant Positions.

7. If the opposition is withdrawn because the undertakings concerned have shown that the conditions of Article 85 (3) are satisfied, the exemption shall apply from the date of notification.

8. If the opposition is withdrawn because the undertakings concerned have amended the agreement so that the conditions of Article 85 (3) are satisfied, the exemption shall apply from the date on which the amendments take effect.

9. If the Commission opposes exemption and the opposition is not withdrawn, the effects of the notification shall be governed by the provisions of Regulation N° 17.

Article 5

1. This Regulation shall not apply to:

(1) agreements between members of a patent or know-how pool which relate to the pooled technologies;

(2) licensing agreements between competing undertakings which hold interests in a joint venture, or between one of them and the joint venture, if the licensing agreements relate to the activities of the joint venture;

(3) agreements under which one party grants the other a patent and/or know-how licence and in exchange the other party, albeit in separate agreements or through connected undertakings, grants the first party a patent, trademark or know-how licence or exclusive sales rights, where the parties are competitors in relation to the products covered by those agreements;

(4) licensing agreements containing provisions relating to intellectual property rights other than patents which are not ancillary;

(5) agreements entered into solely for the purpose of sale.

2. This Regulation shall nevertheless apply:

(1) to agreements to which paragraph 1 (2) applies, under which a parent undertaking grants the joint venture a patent or know-how licence, provided that the licensed products and the other goods and services of the participating undertakings which are considered by users to

be interchangeable or substitutable in view of their characteristics, price and intended use represent:

- in case of a licence limited to production, not more than 20 %, and
- in case of a licence covering production and distribution, not more than 10 %; of the market for the licensed products and all interchangeable or substitutable goods and services;

(2) to agreements to which paragraph 1 (1) applies and to reciprocal licences within the meaning of paragraph 1 (3), provided the parties are not subject to any territorial restriction within the common market with regard to the manufacture, use or putting on the market of the licensed products or to the use of the licensed or pooled technologies.

3. This Regulation shall continue to apply where, for two consecutive financial years, the market shares in paragraph 2 (1) are not exceeded by more than one-tenth; where that limit is exceeded, this Regulation shall continue to apply for a period of six months from the end of the year in which the limit was exceeded.

Article 6

This Regulation shall also apply to:

(1) agreements where the licensor is not the holder of the know-how or the patentee, but is authorized by the holder or the patentee to grant a licence;

(2) assignments of know-how, patents or both where the risk associated with exploitation remains with the assignor, in particular where the sum payable in consideration of the assignment is dependent on the turnover obtained by the assignee in respect of products made using the know-how or the patents, the quantity of such products manufactures or the number of operations carried out employing the know-how or the patents;

(3) licensing agreements in which the rights or obligations of the licensor or the licensee are assumed by undertakings connected with them.

Article 7

The Commission may withdraw the benefit of this Regulation, pursuant to Article 7 of Regulation No 19165/EEC, where it finds in a particular case that an agreement exempted by this Regulation nevertheless has certain effects which are incompatible with the conditions laid down in Article 85 (3) of the Treaty, and in particular where:

(1) the effect of the agreement is to prevent the licensed products from being exposed to effective competition in the licensed territory from identical goods or services or from goods or services considered by users as interchangeable or substitutable in view of their characteristics, price and intended use, which may in particular occur where the licensee's market share exceeds 40 %;

(2) without prejudice to Article 1 (1) (6), the licensee refuses, without any objectively justified reason, to meet unsolicited orders from users or resellers in the territory of other licensees;

(3) the parties:

(a) without any objectively justified reason, refuse to meet orders from users or resellers in their respective territories who would market the products in other territories within the common market; or

(b) make it difficult for users or resellers to obtain the products from other resellers within the common market, and in particular where they exercise intellectual property rights or take measures so as to prevent resellers or users from obtaining outside, or from putting on the market in the licensed territory products which have been lawfully put on the market within the common market by the licensor or with his consent;

(4) the parties were competing manufacturers at the date of the grant of the licence and obligations on the licensee to produce a minimum quantity or to use his best endeavours as referred to in Article 2 (1), (9) and (17) respectively have the effect of preventing the licensee from using competing technologies.

Article 8

1. For purposes of this Regulation:

   (a) patent applications;

   (b) utility models;

   (c) applications for registration of utility models;

   (d) topographies of semiconductor products;

   (e) *certificats d'utilité and certificats d'addition* under French law;

   (f) applications for *certificats d'utilité and certificats d'addition* under French law;

   (g) supplementary protection certificates for medicinal products or other products for which such supplementary protection certificates may be obtained;

   (h) plant breeder's certificates, shall be deemed to be patents.

2. This Regulation shall also apply to agreements relating to the exploitation of an invention if an application within the meaning of paragraph 1 is made in respect of the invention for a licensed territory after the date when the agreements were entered into but within the time-limits set by the national law or the intentional convention to be applied.

3. This Regulation shall furthermore apply to pure patent or know-how licensing, agreements or to mixed agreements whose initial duration is automatically prolonged by the inclusion of any new improvements, whether patented or not, communicated by the licensor, provide that the licensee has the right to refuse such improvements or each party has the right to terminate the agreement at the expiry of the initial term of an agreement and at least every three years thereafter.

Article 9

1. Information acquired pursuant to Article 4 shall be used only for the purposes of this Regulation.

2. The Commission and the authorities of the Member States, their officials and other servants shall not disclose information acquired by them pursuant to this Regulation of the kind covered by the obligation of professional secrecy.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not prevent publication of general information or surveys which do not contain information relating to particular undertakings or associations of undertakings.

For purposes of this Regulation:

(1) 'know-how' means a body of technical information that is secret, substantial and identified in any appropriate form;

(2) 'secret' means that the know-how package as a body or in the precise configuration and assembly of its components is not generally known or easily accessible, so that part of its value consists in the lead which the licensee gains when it is communicated to him; it is not limited to the narrow sense that each individual component of the know-how should be totally unknown or unobtainable outside the licensor's business;

(3) 'substancial' means that the know-how includes information which must be useful, i.e. can reasonably be expected at the date of conclusion of the agreement to be capable of improving the competitive position of the licensee, for example by helping him to enter a new market or giving him, an advantage in competition with other manufacturers or providers of services who do not have access to the licensed secret know-how or other comparable secret know-how;

(4) 'identified' means that the know-how is describes or recorded in such a manner as to make it possible to verify that it satisfies the criteria of secrecy and substantiality and to ensure that the licensee is not unduly restricted in his exploitation of his own technology, to be identified the know-how can either be set out in the licence agreement or in a separate document or recorded in any other appropriate form at the latest when the know-how is transferred or shortly thereafter, provided that the separate document or other record can be made available if the need arises;

(5) 'necessary patents' are patents where a licence under the patent is necessary for the putting into effect of the licensed technology in so far as, in the absence of such a licence, the realization of the licensed technology would not be possible or would by possible only to a lesser extent or in more difficult or costly conditions. Such patents must therefore be of technical, legal or economic interest to the licensee;

(6) 'licensing agreement' means pure patent licensing agreements and pure know-how licensing agreements as well as mixed patent and know-how licensing agreements;

(7) 'licensed technology' means the initial manufacturing, know-how or the necessary product and process patents, or both, existing at the time the first licensing agreement is concluded, and improvements subsequently made to the know-how or patents, irrespective of whether and to what extent they are exploited by the parties or by other licensees;

(8) 'the licensed products' are goods or services the production or provision of which requires the use of the licensed technology;

(9) 'the licensee's market share' means the proportion which the licensed products and other goods or services provided by the licensee, which are considered by users to be interchangeable or substitutable for the licensed products in view of their characteristics, price and intended use, represent the entire market for the licensed products and al¡ other interchangeable or substitutable goods and services in the common market or a substantial part of it;

(10) 'exploitation' refers to any use of the licensed technology in particular in the production, active or passive sales in a territory even if not coupled with manufacture in that territory, or leasing of the licensed products;

(11) 'the licensed territory' is the territory covering all or at least part of the common market where the licensee is entitled to exploit the licensed technology;

(12) 'territory of the licensor' means territories in which the]¡censor has not granted any licences for patents and/or know-how covered by the licensing agreement;

(13) 'parallel patents' means patents which, in spite of the divergences which remain in the absence of any unification of national rules concerning industrial property, protect the same invention in various Member States;

(14) 'connected undertakings' means:

(a) undertakings in which a party to the agreement, directly or indirectly:

- owns more than half the capital or business assets, or
- has the power to exercise more than half the voting rights, or
- has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, board of directors or bodies legally representing the undertaking, or
- has the right to manage the affairs of the undertaking;

(b) undertakings which, directly or indirectly, have in or over a party to the agreement the rights or powers listed in (a);

(c) undertakings in which an undertaking referred to in (b), directly or indirectly, has the rights or powers listed in (a);

(d) undertakings in which the parties to the agreement or undertakings connected with them jointly have the rights or powers listed in (a): such jointly controlled undertakings are considered to be connected with each of the parties to the agreement;

(15) 'ancillary provisions' are provisions relating to the exploitation of intellectual property rights other than patents, which contain no obligations restrictive of competition other than those also attached to the licensed know-how or patents and exempted under this Regulation;

(16) 'obligation' means both contractual obligation and a concerted practice;

(17) 'competing manufacturers' or manufacturers of competing products' means manufacturers who sell products which, in view of their characteristics, price and intended use, are considered by users to be interchangeable or substitutable for the licensed products.

Article 11

1 Regulation (EEC) No 556189 is hereby repealed with effect from 1 April 1996.

2. Regulation (EEC) No 2349/84 shall continue to apply until 31 March 1996.

3. The prohibition in Article 85 (1) of the Treaty shall not apply to agreements in force on 31 March 1996 which fulfil the exemption requirements laid down by R egulation (EEC) No 2349184 or (EEC) No 556/89.

Article 12

l. The Commission shall undertake regular assessments of the application of this Regulation, and in particular of the opposition procedure provided for in Article 4.

2. The Commission shall draw up a report on the operation of this Regulation before the end of the fourth year following its entry into force and shall, on that basis, assess whether any adaptation of the Regulation is desirable.

Article 13

This Regulation shall enter into force on 1 April 1996. It shall apply until 31 March 2006.
Article 11 (2) of this Regulation shall, however, enter into force on 1 January 1996.
This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

Done at Brussels, 31 January 1996.

For the Commission Karel VAN MIERT *Member of the Commission*

6.3 LINEAMIENTOS SOBRE TELECOMUNICACIONES: Draft Guidelines on the application of the Competition Act in the Telecommunications Sector – Consultation January, 1999

Contents

Summary

1. **The Competition Act**
   Purpose of competition policy and the Competition Act
   Guidelines relating to the Competition Act
   Precedent
2. **Concurrency and the extent of the Director General of Telecommunications' concurrent powers**
   Concurrency
   Extent of the Director General of Telecommunications' concurrent powers
3. **The need for Competition Act Guidelines specific to the telecommunications sector**
   The need for Guidelines
   The need for Guidelines specific to the telecommunications sector
   Scope of these Guidelines
   Further reviews of these Guidelines
4. **Relationship with Telecommunications Act licence conditions**
   Taking action under the Telecommunications Act or the Competition Act
   Interaction between the Competition Act and the Telecommunications Act
   The Competition Act and the Fair Trading Condition
5. **Market definition**
   The purpose of market definition
   Approach to market definition
   Market definition in the telecommunications sector
   Applied market definition in the telecommunications sector
6. **Assessment of market power**
   Factors relevant to assessing market power
   Joint dominance
   Applied assessments of market power in telecommunications
   Market power related concepts: Dominance, Significant Market Power and Market Influence
7. **Assessment of individual agreements and conduct**
   Pricing issues
   Non-pricing issues
   Anti-competitive agreements

Annex I Other relevant sources

Annex II Area of activity within which the Director General of Telecommunications has concurrent powers

Annex III Glossary

Summary

The Competition Act (which is based on Articles 85 and 86 of the EC Treaty) is enforced concurrently by the Director General of Fair Trading and the sector regulators. In conjunction with the regulators, the Director General of Fair Trading is required to prepare and publish advice and information, in the form of Guidelines, on the application and enforcement of the prohibitions. The regulators can also issue Guidelines specific to the sectors in which they have concurrent jurisdiction with the Director General of Fair Trading. These Guidelines are issued by the Director General

of Telecommunications in conjunction with the Director General of Fair Trading. The Guidelines are intended to set out the general principles that the Director General of Telecommunications and the Director General of Fair Trading (hereafter referred to as 'the Director General') expect to apply when exercising powers under the Competition Act in the telecommunications sector.

As the telecommunications sector in most European Union Member States has only been recently opened up to competition, there is limited jurisprudence in the application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty to the sector. This, combined with the technological, economic and historical factors that make the sector different, necessitates sector specific Guidelines so that those involved in the telecommunications sector, and those who consider themselves to have been affected by anti-competitive behaviour, are better able to assess for themselves the circumstances in which particular types of behaviour are likely to be prohibited.

These Guidelines, which are consistent with the Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators, set out the approach that will be taken in applying and enforcing the Competition Act in the telecommunications sector. They focus on market definition, the assessment of market power and the assessment of individual agreements and conduct in the telecommunications sector. The Guidelines do not set out to reproduce the Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators on these subjects which are generally as relevant to the telecommunications sector as they are to other sectors of the economy. They instead concentrate on areas where the idiosyncrasies of the telecommunications sector mean that a different emphasis or a slightly different approach in the application of the Competition Act is likely while at the same time ensuring consistency with the Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators.

The contents of the Guidelines are as follows;

- Section 1, *The Competition Act*; This section looks at the purpose of competition policy, focussing on the Competition Act and the importance of EC precedent in applying the Competition Act;
- Section 2, *Concurrency and the extent of the Director General of Telecommunications' concurrent powers;* This section looks at the area of activity within which the Director General of Telecommunications has concurrent powers to apply and enforce the Competition Act with the Director General of Fair Trading and the extent of those concurrent powers;
- Section 3, *The need for Competition Act Guidelines specific to the telecommunications sector;* This section looks at the factors that create a need for guidelines specific to the telecommunications sector focussing on the technological, economic and historical factors that distinguish the telecommunications sector from other sectors of the economy and the implications of this for the application of the Competition Act.
- Section 4, *Relationship with Telecommunication Act licence conditions;* This section reviews the way in which Telecommunications Act licence conditions and the Competition Act will interact; what the Director General of Telecommunications may do when faced with a choice between using the Telecommunications Act or the Competition Act in the context of a specific case; how information generated by Telecommunications Act will be used as an aid in the interpretation of the Competition Act, and; the role of the Fair Trading Condition once the Competition Act comes into force.
- Section 5, *Market definition;* This section looks at the purpose of market definition; the approach the Director General will take in defining markets, and; features of market definition specific to the telecommunications sector.
- Section 6, *Assessment of market power;* This section looks at how the Director General will go about assessing whether firms involved in potentially anti-competitive or abusive practices

have market power (either collectively or individually); how market power will be assessed in the context of the telecommunications sector; and how the concept of market power fits in with other related concepts.

- Section 7, *Assessment of individual agreements and conduct;* This section looks at: pricing and cost issues relevant to the telecommunications sector; examples of pricing behaviour that may be in breach of the Competition Act; examples of how behaviour not associated with pricing may be in breach of the Competition Act; and how the Director General will approach anti-competitive agreements in the telecommunications sector.

- Annex I provides details of other relevant sources, Annex II contains an extract from the Telecommunications Act that defines the area of activity within which the Director General of Telecommunications has concurrent powers with the Director General of Fair Trading and Annex III defines terms and abbreviations used in the text.

1. The Competition Act

Purpose of competition policy and the Competition Act

1.1 Competition is an essential element in the efficient working of markets. It encourages enterprise and efficiency, and widens choice. It enables consumers to buy the goods and services they want at the best possible price.

1.2 The aim of competition policy is to encourage and enhance the competitive process, but the line between vigorous but fair competition and anti-competitive or abusive conduct can be a fine one. Competition policy does not protect particular businesses which may be adversely affected by fair competition - inevitably there are winners and losers from competition - but it is designed to protect the competitive process itself.

1.3 The Competition Act 1998 replaces a number of Acts of Parliament which had previously sought to safeguard competition by allowing for intervention in response to anti-competitive behaviour, but which, for the most part, did not *prohibit* any particular kinds of behaviour, and which had become increasingly cumbersome to operate. The Competition Act is based on Articles 85 and 86 of the Treaty of Rome and introduces into United Kingdom competition law prohibitions of anti-competitive agreements, decision or practices, and of the abuse of a dominant position in a market, with the possibility of imposing penalties in the form of civil fines for breach of the prohibitions. The Competition Act is about *protection* as well as prohibition: protection of the competitive process which, in turn, protects the interests of consumers. It provides a mechanism under which competitors who believe they are suffering from unfair competition can make their position known and for the allegations to be investigated thoroughly and effectively, with the possibility of imposing interim measures to restore the status quo where necessary while the investigation continues.

Guidelines relating to the Competition Act

1.4 The Competition Act is enforced concurrently by the Director General of Fair Trading and the sector regulators. In conjunction with the regulators, the Director General of Fair Trading is required to prepare and publish advice and information, in the form of Guidelines, on the application and enforcement of the prohibitions. The regulators can also issue Guidelines specific to the sectors in which they have concurrent jurisdiction with the Director General of Fair Trading. These Guidelines are issued by the Director General of Telecommunications in conjunction with the Director General of Fair Trading.

1.5 These Guidelines are intended to set out the general principles that the Director General of Telecommunications and the Director General of Fair Trading (hereafter collectively referred to as

'the Director General') expect to apply when exercising powers under the Competition Act. However, they do not form part of the Competition Act and they do not affect its legal scope. The Director General would normally expect to follow them and to give his reasons if he departed from them. The Director General cannot legally fetter his discretion in advance and therefore he retains the ability to depart from the Guidelines where the circumstances warrant it. The Guidelines are, therefore, not legally binding on the Director General. The Guidelines will be updated from time to time to take into account developments in the telecommunications sector in the future.

An overview of the Competition Act

1.6 The Competition Act is based on Articles 85 and 86 of the EC Treaty, although it does not allow the Director General to apply those Articles directly. The Competition Act has two main features:

- **a general prohibition of anti-competitive agreements, decisions or practices,** that is those which have the object or effect of preventing, restricting or distorting competition in the UK. The prohibition is subject to certain exclusions and exemptions. Anti-competitive behaviour between businesses may occur without any clearly expressed or overt agreement and the prohibition therefore covers also decisions by associations of companies, and concerted practices, whether written or not (hereafter references to 'agreements' also cover decisions and practices). The anti-competitive nature of the agreement is judged according to its effects on competition, or its objective, rather than its wording or form; and
- **a prohibition on the abuse of a dominant position,** in a market in the UK or a part thereof, which may affect competition in that market or a related market. The prohibition is subject only to exclusions limited to specific instances. There are no exemptions. The prohibition is on the *abuse* of the dominant position: there is no prohibition on the *holding* of a dominant position.

Precedent

1.7 The Competition Act aims to ensure that, as far as possible, the UK prohibitions are interpreted, and develop, consistently with EC competition law. Section 60 of the Competition Act therefore requires that those applying the prohibitions should act so as to seek to ensure no inconsistency (subject to relevant differences such as single market objectives) with the way in which Articles 85 and 86 have been interpreted by the European Court. There is also a duty to have regard to any relevant decision or statement of the European Commission. For example, the appreciability test laid down by the European Court will be imported into the interpretation of the UK prohibition of anti-competitive agreements, so that only agreements with 'appreciable' effects on competition are caught.

1.8 EC competition law, which is the model for the prohibitions, applies to restrictive agreements, decisions, concerted practices and to abuses of a dominant position where they may affect trade between Member States of the European Union. UK businesses may, therefore, be subject to EC legislation as well as the prohibitions in the Competition Act.

1.9 There is a considerable volume of EC case law, and, while it is reflected in these Guidelines, the Guidelines should not be regarded as an authoritative interpretation of EC law.

2. Concurrency and the extent of the Director General of Telecommunications' concurrent powers

Concurrency

2.1 For a number of industries the application and enforcement of the Competition Act is carried out by the existing regulator concurrently with the Director General of Fair Trading. The Office of Fair Trading and the regulators have produced Guidelines (*Concurrent Application to Regulated Industries* - hereafter referred to as the 'Concurrency Guidelines') which deal with concurrency as it applies to all the industry sectors where a regulator has concurrent powers with the Director General of Fair Trading. Those Guidelines provide further detail on certain aspects of concurrency and how it will work in practice.

2.2 The Director General of Telecommunications is entitled to exercise, concurrently with the Director General of Fair Trading, almost all of the functions of the Director General of Fair Trading insofar as those functions relate to;

- agreements, decisions or concerted practices of the kind mentioned in the Chapter I prohibition, or
- conduct of the kind mentioned in the Chapter II prohibition, where those agreements, decisions, concerted practices or conduct relate to commercial activities connected with telecommunications.

2.3 «Commercial activities connected with telecommunications» is defined in Section 4(3) of the Telecommunications Act 1984 as follows:

> "commercial activities connected with telecommunications means any of the following, that is to say, the provision of telecommunication services, the supply or export of telecommunications apparatus and the production or acquisition of such apparatus and the production or acquisition of such apparatus for supply or export"

The Telecommunications Act goes into further detail as to what is meant by this definition and Annex II of these Guidelines contains the full text of Section 4. Throughout these Guidelines the area of activity within which the Director General of Telecommunications has concurrent jurisdiction with the Director General of Fair Trading will be referred to as the 'telecommunications sector'.

2.4 As stated in the Concurrency Guidelines, agreements or conduct which fall within the concurrent jurisdiction of the Director General of Telecommunications would normally be dealt with by the Director General of Telecommunications. The Director General of Telecommunications and the Director General of Fair Trading will, however, always consult with each other, and in some cases the Director General of Fair Trading will deal with a case that falls within the area of concurrent jurisdiction.

Extent of the Director General of Telecommunications' concurrent powers

2.5 Where cases fall within the jurisdiction of the Director General of Telecommunications, the Director General of Telecommunications has almost all of the powers of the Director General of Fair Trading to apply and enforce the Competition Act. The Director General of Telecommunications may:

- give guidance on the application of the Competition Act;
- consider complaints about breach of the prohibitions;
- impose interim measures to prevent serious and irreparable damage;
- consider notifications for a decision and give decisions on the application of the Act;

- grant exemptions to the Chapter I prohibition (subject to any necessary conditions);
- carry out own-initiative investigations: the Director General of Telecommunications has the same powers to require the production of documents and information and to search premises as the Director General of Fair Trading. Further details about these powers are given in the Guideline *Investigation and Enforcement Procedures*;
- impose financial penalties, taking account of the statutory guidance on penalties issued by the Director General of Fair Trading, and;
- require a business to do, or not to do, certain things, or make this as a condition of clearance or exemption;
- give and enforce directions to bring an infringement to an end.;
- issue general advice and information on how the Competition Act applies in the telecommunications sector.

2.6 The Director General of Fair Trading alone, however, has powers to issue guidance on penalties and to make and amend the Director's Rules which set out the procedures to be followed in enforcing the provisions of the Competition Act.

3. The need for Competition Act Guidelines specific to the telecommunications sector

The need for Guidelines

3.1 The Director General of Fair Trading and the regulators are required to publish advice and information in the form of Guidelines on the application and enforcement of the Competition Act. To that end a suite of Guidelines covering many issues that arise out of the Competition Act has been published (see Annex I for a full list). The regulators can also issue Guidelines specific to the sectors in which they have concurrent jurisdiction with the Director General of Fair Trading.

The need for Guidelines specific to the telecommunications sector

3.2 The European Commission recognises that the telecommunications sector is different in some respects to other sectors and that, given that the telecommunications sector in most European Union Member States has only been recently opened up to competition, there is limited jurisprudence in the application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty to the sector. Therefore, licensees and others require guidance about the types of behaviour and agreements which are likely to be prohibited in the context of the telecommunications sector and to that end the European Commission has published Guidelines specifically dealing with the application of Articles 85 and 86 to the telecommunications sector in the EU context (*Guidelines on the application of EEC competition rules in the telecommunications sector* (91/C 233/02) [hereafter referred to as the 'EC 1991 Guidelines'] and the 1998 *Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector* (98/C 265/02) [hereafter referred to as the 'EC Access Notice']).

3.3 The distinctive features of the telecommunications sector are, in part, the reason why telecommunications is subject to sector specific regulation (by way of the Telecommunications Act 1984 and certain EU Directives). The Director General, in line with the EC, also recognises that the distinctive features of the telecommunications sector necessitate a different emphasis or a slightly different approach in the application of competition rules (the Competition Act being based on Articles 85 and 86 of the EC Treaty) in some instances. The following paragraphs (3.4 - 3.6) outline the distinctive features of the telecommunications sector. They also indicate some of the implications that these features will have for the application of competition rules - these implications are dealt with in more detail in Section 7.

3.4 One factor which makes the telecommunications sector different arises from a combination of technological and economic features. While some of these features are found in other sectors of the economy, they are particularly significant and prevalent in the telecommunications sector;

- telecommunications networks are associated with very high fixed costs. The high level of fixed costs effectively creates a bottleneck in access provision in that for most customers it would be economic to have direct service from only one telephone operator. This access provision bottleneck (the related *'call termination externality'* is discussed below), is likely to be eroded over time,

- the existence of the access provision bottleneck gives a dominant network operator a strong incentive to abuse its position of dominance by leveraging its position (discussed in paragraphs 6.12 and 6.13) to affect competition in the provision of other network services, such as access to enhanced services, for example by some bundling or tying arrangement (as discussed in paragraphs 7.48 and 7.82),

- the high level of fixed and sunk costs and the associated economies of scale in the telecommunications sector acts as a barrier to entry as do the strong elements of vertical integration associated with economies of scope and the limited availability of radio spectrum. This means that market structures conducive to exploitative or exclusionary behaviour may be less prone to the threat of market entry in the telecommunications sector,

- economies of scale and scope, while not themselves prohibited in any way, also give rise to the possibility of network operators abusing a dominant position through, for example, the anti-competitive bundling of services from competitive markets with services from non-competitive markets as discussed in paragraph 7.82. There is also the possibility that operators may have a significant degree of pricing freedom which may be abused by those in a dominant position in an anti-competitive manner (discussed in paragraphs 7.19 - 7.48). The extent of economies of scale and scope also make certain standard economic concepts commonly used by competition authorities to assess anti-competitive behaviour (eg marginal cost, average variable cost) of less relevance to the telecommunications sector. This is discussed further in paragraphs 7.5 - 7.13.

3.5 A second major factor is the prevalence of 'externalities'. Few sectors in competitive markets exhibit the range of externalities that exist in the telecommunications sector which arise because of its network nature and the fact that a call always involves two participants. The externalities fall under three headings;

- the *'network externality'*; this is the simple welfare effect that the more people attached to the network the more value it has to those already on it. The importance of this externality declines as the vast majority of potential customers join the network. Although this externality does not directly impact on the application of competition rules to the telecommunications sector, it does have implications for sector specific regulation (BT's obligation to offer a Light User Scheme, for instance) which may in turn have implications for competition rules (see paragraph 4.2).

- the *'interoperability externality'*; this externality relates to the connection of networks and is of concern particularly in a situation where there is a dominant network supplier. The dominant network supplier has little or no interest in interconnecting with competing operators on reasonable terms as most customers are on the dominant operators network and it receives no benefit in allowing access to them. This gives the dominant network operator a strong incentive to abuse its position in fairly predictable ways, such as refusing to grant access or granting access on unfavourable terms, and this is discussed further in paragraphs 7.51 - 7.60.

- the *'call termination externality'*; this externality relates to termination of calls which originate on different networks. The effect arises because the person originating the call is not the customer of the operator who terminates the call. The terminating operator will be able to raise the price of termination with no direct effect on its own customers. The call termination externality represents a major barrier to effective competition and, even in a competitive market, may allow excessive pricing.

3.6 A third factor which makes the UK telecommunications sector different is its history. Until 1984 BT was the only provider of telecommunications services in most of the UK. The transition from monopoly to competition in the UK telecommunications sector is now well under way. However, during the remainder of the transitional period, the ex-incumbent monopolists will be in a position to abuse their positions in fairly predictable ways. Section 7 discusses some of these potential abuses in detail. The history of the telecommunications sector also means that:

- because of its public ownership BT was used by government to finance specific public service objectives and to provide subsidies for particular services. This led to some significant distortions in the relationship of prices to costs for certain services and some distortions remain. These distortions may have implications for the application of competition rules as discussed in paragraphs 7.18 - 7.18;

- as a statutory monopoly, BT had control over the provision of a wide range of services and facilities which in a liberalised market have become barriers to entry (eg access to numbers, provision of number portability and directory enquiry services). These barriers have been and are being dismantled - however, until that process is complete, these barriers can restrict effective entry thus prolonging positions of dominance, joint dominance and market structures conducive to the formation of anti-competitive agreements.

By their nature, the historical factors that make the telecommunications sector different are likely to be short term.

3.7 EC jurisprudence relating to the application of Articles 85 and 86 sets the framework for the application of the Competition Act prohibitions to the telecommunications sector as it does in all other sectors. The Director General will therefore be guided by EC jurisprudence relating to the application of Articles 85 and 86 from outside the telecommunications sector, although that jurisprudence will, because of the idiosyncrasies of the telecommunications sector, be less relevant in some instances. The Director General will also be guided by relevant cases that DGIV have dealt with, particularly under the European Community Merger Regulation. However, the lack of EC jurisprudence relating directly to the telecommunications sector, combined with the factors outlined in paragraphs 3.4 - 3.6 that make the sector different, necessitate sector specific Guidelines so that those involved in the telecommunications sector, and those who consider themselves to have been affected by anti-competitive behaviour, are better able to assess for themselves the circumstances in which particular types of behaviour are likely to be prohibited.

Scope of these Guidelines

3.8 These Guidelines, which are consistent with the Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators, set out the approach that the Director General will take in applying and enforcing the Competition Act in the telecommunications sector. They focus on market definition, the assessment of market power and the assessment of individual agreements and conduct in the telecommunications sector. The Guidelines do not set out to reproduce the Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators on these subjects which are generally as relevant to the telecommunications sector as they are to other sectors of the economy. They instead concentrate on areas where the idiosyncrasies of the telecommunications sector mean that a different emphasis or a slightly different approach in the application of the Competition Act is likely while at the same time

ensuring consistency with the Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators. These Guidelines also highlight some of the salient points contained in the EC Access Notice which the Director General is required by Section 60 of the Competition Act to have "due regard to".

3.9 Guidelines produced by the Office of Fair Trading and the regulators (listed in Annex I) relating to other aspects of the Competition Act (eg *Transitional Arrangements, Form N*) are as relevant to the telecommunications sector as they are to any other sector but do not require specific application in the telecommunications sector and are therefore not dealt with at all in these Guidelines.

Further reviews of these Guidelines

3.10 The telecommunications market and its structure are changing rapidly. This will mean that the potential for behaviour to have anti-competitive effects may vary over time as the market changes. Competition in telecommunications, even in the UK, is still relatively new and there is a corresponding lack of relevant jurisprudence. Whether particular behaviour is an abuse of a dominant position or whether particular agreements have an appreciable anti-competitive effect may therefore emerge only as the telecommunications sector matures.

3.11 It is the Director General's intention to update these Guidelines from time to time, following appropriate consultation with the industry, to take into account developments in the telecommunications sector, experience in enforcing the Competition Act (including decisions on appeal by the Competition Commission) and developments in the application of Articles 85 and 86 of the EC Treaty. Users of these Guidelines are, therefore, recommended to check that they have the most up-to-date version and for any developments since their publication, by reference to the decisions on enforcement activities which are published in Oftel's *Competition Bulletin* on a quarterly basis. The latest version of these Guidelines are also available from the Oftel library.

4. Relationship with Telecommunications Act licence conditions

4.1 A number of European Union Directives (including the Licensing Directive, the Interconnection Directive, the Revised Voice Telephony Directive, and the Amended Leased Lines Directive) prescribe various conditions and obligations that can or must be imposed on telecommunications operators. In the UK, these conditions and obligations are included (or are being included) in the Telecommunications Act licences of operators. References to 'Telecommunications Act licence conditions' will therefore include references to the conditions inserted into licences as a result of European legislation.

4.2 There will be occasions where the behaviour covered by the Competition Act is also the subject of conditions in the Telecommunications Act licences of those operating in the telecommunications sector or requirements placed on a licensee or operator by some other means. In practice this means that:

a. licensees will have to meet any more specific requirements placed on them by specific licence conditions. **The Competition Act does not therefore remove any obligations that might arise under a licence condition**. For example, all licences to public telecommunications operators prohibit undue discrimination against any person, or any class of person, in the supply of particular services, irrespective of whether or not this is an abuse of a dominant position or whether it has an anti-competitive effect (although in practice the Director General will take into account the effect on competition). This means that for those services these operators will need to ensure they do not breach the condition prohibiting undue discrimination as well as the Competition Act. (BT's licence includes a number of other conditions that contain more specific requirements such as: conditions governing connection obligations; conditions relating to unfair cross subsidy and subsidy; and a condition dealing with the control of retail prices that are below fully allocated costs.)

b. the Competition Act (under Paragraph 5 of Schedule 3) will not prohibit action that is specifically required in order to comply with a statutory obligation including licence conditions or a decision made under a licence condition (for example, the condition of BT's licence which imposes a requirement on BT to provide certain services to deaf users).

Taking action under the Telecommunications Act or the Competition Act

4.3 In some circumstances a particular agreement or practice may fall within the scope of the Director General of Telecommunications' sector specific powers (eg; the prohibition on undue preference and undue discrimination) and his concurrent powers under the Competition Act. In such cases, where the Director General of Telecommunications is satisfied that the most appropriate way of proceeding is under the Competition Act, his duty to take licence enforcement action does not apply where the Director General of Telecommunications gives notice to this effect under Section 16(5) of the Telecommunications Act 1984.

4.4 Where, therefore, the agreement or practice in question could be dealt with under the Director General of Telecommunications' sector specific powers or his concurrent powers under the Competition Act, he has some discretion as to which to use. There are relative advantages and disadvantages with either route depending on whether it is viewed from the perspective of the complainant or the complainee as set out below;

The Competition Act

The ability to impose fines for past conduct should act as a strong deterrent leading to less likelihood of breach in first place.

The Competition Act is directly enforceable by third parties through the Courts.

Interim directions may be made to prevent serious, irreparable damage to a particular person. There are no statutory time limits for confirming interim directions.

Precedent exists in the form of EC case law relating to the application of Articles 85 and 86 - although there have been a limited number of cases in the telecommunications sector. The Competition Act can be used to deal with one-off practices or agreements: there does not have to be a possibility of a further similar practice or agreement taking place.

Appeals can be made to the Competition Commission by either the complainant or the complainee on the *factual* (as well as legal) basis of decisions - the Competition Commission can substitute its own view for the view of the Director General or refer the matter back to the Director General for reconsideration. Requests for judicial review can also be made by the complainant or complainee on the *legality* (both substantive and procedural) of decisions by the Competition Commission Appeal Tribunal.

Strong powers of investigation mean that alleged breaches may be less difficult to prove.

The Telecommunications Act

There are no fines for breach of a Telecommunications Act licence condition.

Third party action through the Courts for damages can only take place after an order has been made and that order is subsequently breached.

Provisional orders may be made where any person is likely to sustain loss or damage in the period before a Final Order can be made.

Provisional orders must be confirmed within two months.

There have been a significant number of enforcement decisions concerning the application of the Telecommunications Act to competition cases in the UK telecommunications sector. In order to take action under the Telecommunications Act a breach must have occurred and a further breach must be likely.

The complainee can make appeals under the Telecommunications Act concerning orders made against it on the *legality* of the order (both in terms of whether the correct procedures were followed when making the order and whether the making of the order was within the Director General's powers under the Act). Requests for judicial review can also be made by the complainant or complainee on the *legality* (both substantive and procedural) of other decisions. The Telecommunications Act potentially represents a faster route to resolving competition cases.

4.5 **Oftel would very much welcome the views of respondents** to this consultation on which approach the Director General of Telecommunications should take when a practice or agreement can be dealt with under the Competition Act or the Telecommunications Act. A non-exhaustive list of possible approaches would include: always using the Competition Act; always using the Telecommunications Act; or deciding on a case by case basis which Act to use.

Interaction between the Competition Act and the Telecommunications Act

4.6 The statutory sectoral duties of the Director General of Telecommunications are set out in Section 3 of the Telecommunications Act. The Competition Act has amended the Telecommunications Act so that the Director General of Telecommunications' sectoral duties do not apply when exercising his concurrent powers under the Competition Act provided he gives notice to that effect. However, the Director General of Telecommunications may have regard to matters covered by his sectoral duties provided that they are matters to which the Director General of Fair Trading could have regard in exercising his powers under the Competition Act. For example, in the context of a specific Competition Act case it may be legitimate for the Director General of Telecommunications to have regard to matters covered by his sectoral duty to "maintain and promote effective competition [in the telecommunications sector]".

4.7 Following the approach of the European Commission as set out in the EC Access Notice and the EC 1991 Guidelines, when considering a case or an issue under the Competition Act, the Director General will take into account the principles established by the telecommunications sector specific regulatory rules and will seek to ensure that the competition rules and regulatory rules are applied in a manner as consistently and coherently as the legislation will allow. Recognising the need to ensure that sector specific regulation and the competition rules are applied consistently, the EC Access Notice states:

> "When appropriate, legislation such as the ONP [Open Network Provision] framework will be used as an aid in the interpretation of the competition rules. Given the duty resting on the National Regulatory Authority to ensure that effective competition is possible, application of the competition rules is likewise required for an appropriate interpretation of the ONP principles."

4.8 Thus, sector specific regulatory rules will be used as an aid to the interpretation and application of the Competition Act. For example, the information that is generated and the principles that are established by regulatory rules relating to accounting separation and cost accounting requirements will be taken into account where appropriate when considering cases under the Competition Act. This approach is consistent to that which the European Commission will adopt as set out in the EC Access Notice when applying Articles 85 and 86 in the telecommunications sector. The EC Access Notice gives some (non-exhaustive) examples of how this might work in practice; accounting separation requirements may assist in the calculation of market shares; transparent cost-accounting systems will facilitate the consideration of cases involving pricing issues (such as excessive pricing),

and; accounting separation requirements (and associated transfer charging principles) will facilitate investigations of 'price squeezing' by vertically integrated operators.

The Competition Act and the Fair Trading Condition

4.9 The Fair Trading Condition (FTC) appears in all major Public Telecommunications Operator licences at present. The FTC, like the Competition Act, is modelled on the concepts and terminology used in Articles 85 and 86 of the EC Treaty.

4.10 The FTC contains a clause stating that it shall cease to apply to any behaviour prohibited by or any prohibition enforceable under new legislation (primary or secondary) which:

a. contains a prohibition enforceable by the Director General of Telecommunications, or gives to the Director General of Telecommunications the power to enforce an existing prohibition, of any behaviour prohibited under the Condition;

b. gives to third parties in respect of a breach of that prohibition at least the rights they have under section 18 of the Telecommunications Act in respect of a breach of a Provisional or Final Order; and

c. permits the imposition on the licensee of monetary penalties in respect of the breach of that prohibition.

4.11 Oftel is, at present, of the view that the Competition Act appears to meet these criteria and consequently the FTC would automatically cease to apply to all types of agreements and conduct which would otherwise be caught by both the FTC and the Competition Act once the provisions of the latter come into force in March 2000. The FTC might in theory have a residual application to certain agreements or conduct not prohibited by the Competition Act. However, to ensure that the FTC does not apply in these cases and to ensure otherwise that Telecommunications Act licences do not contain a dormant condition, Oftel will seek to remove the FTC from all licences with effect from 1 March 2000 to coincide with the Competition Act coming into force.

5. Market Definition

5.1 The general *Market Definition* guidelines issued by the Office of Fair Trading and the regulators discuss the process of market definition at some length. The guidelines reflect current practice by competition authorities in Europe, North America and elsewhere. In particular the guidelines have taken the approach of the European Commission as set out in its *Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law* into account.

5.2 The Director General proposes to adopt the same approach to market definition in the telecommunications sector as that set out in the *Market Definition* guidelines and therefore these sector specific guidelines should be read in conjunction with those produced by the Office of Fair Trading and the regulators. This section summarises the main concepts that are relevant to this process and discusses some of the issues that are particularly relevant to the telecommunications sector.

The purpose of market definition

5.3 The prohibitions in the Competition Act are primarily designed to prevent firms from entering into agreements or practices which adversely and materially affect competition or abusing a dominant position: eg where firms, individually or collectively, can consistently charge higher prices, or supply goods of a lower quality, than they would if they faced effective competition.

5.4 In order to establish whether a firm is in a position of dominance in respect of the supply of certain products or to establish whether a restrictive agreement has an appreciable effect on competition, it is necessary to define the relevant market (or markets) and then to set the analysis of market power against the background of the operation of competition in the relevant market(s).

5.5 Market definition can thus be regarded as one stage of a competition analysis, with the investigation of the operation of competition in the relevant market being a closely related stage. The purpose of defining the relevant market is to provide a framework within which to analyse the operation of competition - market definition is not an end in itself.

5.6 However, it is important to be clear that these two stages (the third stage being the assessment of whether the agreement or practice in question has an exclusionary or exploitative effect as discussed in section 7) should not be regarded as separate, self-contained exercises. There is an interaction between the two stages, not least because there is often an overlap in the sort of information required to define the relevant market and to assess the extent of competition. In any case, market definition is not an exact science and therefore invariably involves some element of judgement; it cannot be based purely on mechanistic rules. A consideration of the factors that are important in market definition is a useful discipline in that it should involve a careful review of the information required to build up a picture of the relevant product market and the way in which firms operate and compete within it.

5.7 Market definition is therefore an important stage in any investigation for a number of pragmatic reasons:

a. the Chapter I prohibition will generally apply only to agreements which have an 'appreciable' effect on competition. The test for an 'appreciable' effect requires the definition of the relevant market and demonstration that the agreement would have an appreciable effect on competition within that market;

b. the Chapter II prohibition only applies to firms that have a dominant position in a market. In order to establish whether an undertaking has a dominant position it is first necessary to define the relevant market to allow an assessment of whether the firm in question is in a position of dominance within that market;

c. market shares, which are used as an indicator of market power, can be calculated only after the boundaries of the market have been defined. The relationship between market share and market power in the context of the Chapter I and Chapter II prohibitions is discussed in Section H of these Guidelines. Market shares are also important as firms that are party to an agreement or concerted practice with small market shares (see the *Major Provisions* Guidelines published by the OFT and the regulators) may be immune from fines under Section 40(2)(b) even where that agreement does have an appreciable effect on competition;

d. Section 60 of the Competition Act requires the Director General to have regard to any relevant decision or statement of the European Commission. He must also ensure that his decisions are not inconsistent with any decisions of the European Court. In *Continental Can* (a case concerned with an alleged abuse of dominance) the Court overturned the Commission's decision because of its failure to define the market correctly. Section 60 therefore places an obligation on the Director General to establish market definitions.

Approach to market definition

5.8 Firms often use the term 'market' to refer either to the area where they sell their products (the terms 'products' and 'services' are used interchangeably throughout the text) or more generally the sector to which they belong. However, in the context of competition analysis, the term 'market', or more specifically the relevant market, is used with a specific economic meaning and combines both

a description of the product(s) that make up the market and an assessment of the geographical dimension of the market.

5.9 The approach set out in the *Market Definition* guidelines focuses on identifying the constraints on the price-setting behaviour of firms. There are two main competitive constraints to consider: how far it is possible for *customers* to substitute other services or products for those in question (so-called demand-side substitution) and how far *suppliers* not presently supplying the relevant products could increase or switch production capacity to do so (so-called supply-side substitution). It is also important to consider the geographical scope within which demand and supply-side substitution can take place.

5.10 In terms of examining the pricing constraints on a firm, the concept of the 'hypothetical monopolist' can be a useful analytical tool for identifying close demand-side and supply-side substitutes. Although it is not intended to be a representation of the actual market situation, the 'hypothetical monopolist' concept can be constructive in trying to set the boundaries to the relevant product market in practical terms.

The Hypothetical Monopolist Test

5.11 On the demand-side the concept of the 'hypothetical monopolist' focuses on whether alternative (but not necessarily identical) products are available to customers to which they could switch, without significant effort and expense, if a monopoly supplier of the product in question tried to implement a small but significant, non-transitory price increase. The idea behind this concept is that if customers are able and likely to switch to other similar products in sufficient numbers for the initial price increase to be unprofitable, then that monopolist's product is in direct competition with those other products and they should be included in the relevant product market because they would constrain the price-setting behaviour of the 'hypothetical monopolist'. This process of assessing customer behaviour in response to a small but significant non-transitory increase in price is then repeated for this larger group of products until a set of products is arrived at where a 'hypothetical monopolist' for all the products would be able to maintain an increase in the price it charged for these goods. The concept thus involves a series of iterations, each time involving an examination of the likely reaction of customers to the change in relative prices.

5.12 The same iterative process can be repeated on the supply-side as well but in this case the focus would be on the reaction of firms currently supplying related products.

5.13 In terms of what is meant by the term 'a small but significant non-transitory price increase', The Director General proposes to adopt the same measure set out in the *Market Definition* guidelines, namely a price increase in the region of 5-10%. The small but significant and non-transitory increase in price is used solely as an analytical tool and not as a judgement about what are acceptable price increases.

5.14 In terms of assessing the scope for demand- and supply-side substitution, the factors that the Director General would take into account would include:

- evidence of how customers/other suppliers had reacted to previous changes in relative prices;
- the extent to which consumers would incur costs in switching from one product to another and also the time frame which consumers would need to organise such a shift;
- evidence that suppliers base their business decisions on the prospects of consumer substitution between products in response to relative price changes.

5.15 This list is not intended to be exhaustive but rather it is intended to illustrate the sorts of evidence that could be used to support arguments about the extent of substitution. The *Market Definition* guidelines provide a fuller discussion of the sort of evidence that the Director General will consider when considering the issue of market definition. However, the key aspect of market definition is to try to identify the actual behaviour of customers and suppliers and consequently any investigation is likely to involve a dialogue with both groups.

5.16 The *Market Definition* guidelines also discuss some other aspects of market definition such as the treatment of captive customers, the use of 'chains of substitution' arguments and complementary and secondary products. Again, it is intended that these guidelines should be read in conjunction with the *Market Definition* guidelines issued by the Office of Fair Trading and the regulators which discuss in detail how these factors can impact on the process of market definition.

Market definition in the telecommunications sector

Regulated prices

5.17 In the case of the telecommunications industry where there are certain products which are subject to price control, there might be an issue as to the appropriate price level to be used in the assessment of demand-side and supply-side substitution. There is a risk that if the current price level is too high - ie because there is little competition for a particular product - an assessment of demand-side substitution based on this level might encompass products which would not in fact be close substitutes if the price were closer to the competitive level. Any assessment of market definition must therefore be aware of this potential difficulty. However, it is intended to proceed on the basis that the prevailing price levels provide a reasonable basis from which to start the analysis *unless* there is evidence to suggest that this is not in fact the case.

Geographic markets

5.18 The relevant market is defined not only in terms of the products or services but also in terms of a particular geographic area: eg part of the UK, the whole UK etc. In trying to define the geographical boundaries to a product market the aim is to identify the extent to which the proximity of rival suppliers can impose competitive constraints on the firm in question. As with the analysis of the demand-side and the supply-side, the definition of the geographical scope of the market is based on an assessment of substitutability in response to changes in relative prices. The European Commission notice on market definition states that:

> "The relevant geographic markets comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas."

5.19 The issue of the appropriate geographical market will be an important aspect of market definition for telecommunications markets because for certain telecommunications products, geographical location can be an important determinant on the choices available to customers and the likely supply-side response of other firms. For instance, the geographical dimension is particularly relevant to products such as the provision of exchange lines or private circuits where the scope for demand and supply-side substitution is likely to depend crucially on operators being located close to the customer.

5.20 It is thus possible that the geographical market could be defined in terms of a region in the UK or even more specific areas. For instance, because of the special circumstances with regard to Kingston Communications' provision of telecommunications services in the Hull area, Oftel considered that the relevant geographical market for the purpose of considering the supply of certain telecommunications services (eg exchange lines, certain call services) was limited to the geographical

area in which Kingston operated (for example, BT's licence does not authorise it to run systems in the Hull area and although a cable franchise was available for the area, it had yet to be awarded).

Applied market definition in the telecommunications sector

5.21 It should be noted that it is not practical to pre-define the relevant markets for examining competition issues in any sector and any market definition is, particularly in a sector subject to rapid technological and regulatory change such as telecommunications, likely to become obsolete. The EC Access Notice recognises this and states;

> "any attempt to define particular product markets in [the EC Access Notice] would run the risk of rapidly becoming inaccurate or irrelevant. The definition of particular product markets... is best done in the light of a detailed examination of an individual case."

This is consistent with the main purpose of market definition, which is to identify firms with market power or those that are in a position of dominance - rather than market definition being an end in itself.

5.22 For the purposes of these guidelines, the Director General believes that it would be useful to give practical examples of how Oftel has in the past approached the issue of market definition in the context of specific competition investigations and the way in which it has made judgements about the importance of demand- and supply-side factors. While these examples of market definitions were arrived at for the purposes of the Telecommunications Act rather than the Competition Act, the approach to market definition adopted was identical to that set out here.

General telecommunications market definition (March 1996)

5.23 In the consultation process that formed part of the review preceding setting BT's Retail Price Control for the period 1997-2001, Oftel published a document - *Pricing of telecommunications services from 1997* (March 1996) - which sets out the market definitions that Oftel was proposing to use to examine the development of competition in the UK. The Director General would tend to use these market definitions as a reference point for competition investigations but, as indicated above, it would still be necessary to review them to see whether they are continue to be appropriate.

Internet access market definition (November 1997)

5.24 In a Statement published by Oftel in November 1997 (*BT Internet Services Investigation*) which discussed the position of BT Internet and BT*net*, Oftel indicated that it proposed to regard the relevant market as the provision of Internet access in the UK and that it was not proposing - at that stage - to make a distinction between a market for dial-up Internet access and a market for permanent (ie leased line) Internet access.

5.25 In the first instance, Oftel believed that it was appropriate to define a separate product market for access to the Internet compared to other forms of on-line information services. There was then an issue of whether the different means of accessing the Internet eg dial-up access via a modem or a permanent connection via a leased line constituted separate product markets.

5.26 In terms of the demand-side, it was not clear that all customers would be able to switch between these different access technologies in response to a change in relative prices. For instance, low-users - which would typically be residential or small business customers - would be unlikely to pay the additional cost of a leased line if the cost of dial-up access were to be increased. However, it was the case that a substantial proportion of dial-up customers were medium-sized and large corporate customers which were not only heavier users of the Internet but also better placed to consider upgrading their access connections in response to changes in price. It was thus possible that the

ability of the larger corporate customers to upgrade their access connections would be sufficient to protect lower use customers.

5.27 However, on the supply-side it was clear that there was considerable scope for substitution between providing dial-up access and providing leased line access ie an Internet Service Provider (ISP) that only provided leased line access would be able, quickly and easily, to switch its existing Internet platform to offer dial-up access without incurring significant additional expenditure and vice versa. In fact even at that time, most ISPs - and certainly most major ISPs - were already offering a range of different access technologies to their customers. They perceived the various access technologies as a portfolio of services which they could offer to customers wanting to arrange Internet access.

5.28 In terms of the geographical scope of the product market, it was clear that the geographical location of an ISP was not a significant factor in determining the competitive conditions as customers were able to choose between ISPs located virtually anywhere in the UK. Based on this consideration of demand- and supply-side factors, Oftel thus defined the relevant market as the provision of Internet access in the UK.

5.29 It is important to again emphasise that market definitions can and do change over time as new opportunities for demand and supply-side substitution arise. The implication of this is that in considering issues under the Competition Act, it will *always* be necessary to revisit the issue of market definition to examine whether the demand or supply conditions in the market in question have altered.

6. Assessment of market power

6.1 Some agreements between firms, such as price-fixing agreements, might be prohibited even if the firms involved did not possess market power (either individually or collectively). Apart from those Chapter I cases, an investigation under either Chapter I or Chapter II of the Competition Act should normally involve assessing the extent to which particular firms possess market power or indeed whether a particular firm could be considered to be dominant.

6.2 This section reviews some of the factors that may be taken into account when assessing market power and dominance in the context of telecommunications markets. The Office of Fair Trading and the regulators have produced a guideline on the *Assessment of Market Power*. Those guidelines go into further detail on the assessment of market power.

Factors relevant to assessing market power

6.3 There are a number of factors which need to be considered when assessing whether a firm is likely to have market power or be in a position of dominance. These include:

- market share;
- barriers to entry;
- prices and profitability;
- vertical relationships.

Market share

6.4 Although market share alone is a poor measure of market power, it is unlikely that a firm without a significant share of the relevant market would have sufficient market power to behave anti-competitively on its own. However, a large market share may not be sufficient to establish market power - for example, if entry into the market is easy, there may be a strong threat of competition

from new entrants. There could also be countervailing buyer power. If the relevant market has been defined correctly and firms have very low market shares, then they will almost certainly not possess market power, and an investigation can normally be dropped at an early stage.

6.5 Where the Chapter I prohibition is concerned the market shares of all parties to the agreement will be taken into account. There are no strict market share thresholds which determine whether or not an agreement will have an 'appreciable' effect on competition. The *Major Provisions* Guidelines indicates that agreements will not generally have appreciable effects if the combined market share of the parties is less than 25%. Exceptions to this general rule are agreements between competitors which directly or indirectly fix prices or share markets; instances where the cumulative effects of networks of similar agreements restrict competition and agreements to impose minimum resale prices. At market shares in excess of 25% agreements will be considered on a case-by-case basis and the Director General may still find that effects on competition are not appreciable.

6.6 Where the Chapter II prohibition is concerned the European Court of Justice held in the AKZO case that there was a presumption of dominance, in the absence of evidence to the contrary, if a firm has a market share persistently above 50%. Above this level the onus would normally be on the firm to demonstrate that the specific market conditions meant it was not dominant. In *United Brands* the Court held that 40 - 45% may be sufficient but it would depend on other factors, notably the shares of other competitors and entry conditions.

6.7 High market shares at a given point in time are not necessarily indicative of market power: the AKZO case explicitly refers to a market share *persistently* in excess of 50%. There is thus a need to examine changes in the pattern of market shares over time. This will also mean that just because a firm is first into a new market that firm would not automatically be presumed to be dominant.

Barriers to entry

6.8 The extent to which the actions of existing players in a market are constrained by the threat of new entry into the market is a significant factor in assessing the degree of competition in a given market. The *Assessment of Market Power* guidelines distinguish three sources of entry barriers: absolute advantages; strategic advantages, and exclusionary behaviour, and discuss each source of entry barrier in some detail.

6.9 In the context of markets for telecommunications services there may exist regulatory or technological barriers to entry and these barriers to entry may confer an absolute advantage on incumbent firms. For instance, in terms of the provision of mobile networks, there is a finite amount of radio spectrum available for mobile communications with the result that only four firms are currently licensed to operate mobile networks. Similarly, prior to December 1996, only BT and CWC were permitted to own and operate international facilities (ie the infrastructure for handling international telecommunications traffic). This regulatory restriction on market entry was an important factor in assessing the extent of competition between BT and CWC prior to full liberalisation of international facilities.

6.10 When assessing market power, the Director General will need to take into account whether there is any prospect of any relevant regulatory restrictions being eased or any relevant technological barriers being surmounted in the short to medium term and, if so, to gauge how quickly entry might occur.

Prices and profitability

6.11 In looking at the competitiveness of a market and whether an undertaking is dominant the Director General will examine whether there is genuine independent price competition in the market or whether pricing changes are, for example, better characterised in terms of a leader-follower situation. Such an analysis would need to include the impact of price regulation, where relevant, on

pricing structures. In addition, the profitability of firms in the market can also be indicative of the extent of price competition - sustained excess profits could indicate not only a lack of effective price competition between existing firms but also that there are barriers to entry which prevent excess profits from being competed away by new entrants. However, the Director General recognises the role of profit in stimulating innovation and encouraging market entry, from which consumers benefit.

Vertical integration

6.12 Vertical integration in itself does not imply that a firm is dominant. However, where a firm is dominant or has market power in one market and is vertically integrated into upstream or downstream markets around that market, then it may have the ability to affect adversely competition in the upstream or downstream markets. Consequently, the potential for vertical integration to lead to an abuse of a dominant position is likely to be a significant aspect of the analysis of market power in telecommunications.

6.13 In some cases other operators and independent service providers may rely on a vertically integrated company, which provides both the network and downstream services which are conveyed over it, for the provision of network inputs while at the same time competing with that vertically integrated operator in certain downstream markets. If the vertically integrated operator were dominant in the provision of certain network inputs there could be scope for it to leverage its position of dominance into the downstream market. The EC Access Notice states that the European Court of Justice analysis in the *Tetrapak* case (which concerned the leverage of dominance between closely related horizontal markets) is "equally applicableto closely related vertical markets". The EC Access Notice goes on to state that where an operator has;

> "a very high degree of market power on at least one of those [closely related markets]it may be appropriateto find that the particular operator was in a situation comparable to that of holding a dominant position on the markets in question as a whole."

Joint dominance

6.14 The EC Access Notice acknowledges that "the circumstance in which a joint dominant position exists, and in which it is abused, have not yet been fully clarified by the case law of the Community Courts or the practice of the Commission." However, a position of joint dominance may arise in highly concentrated, or 'oligopolistic' markets where two or more firms "together have substantially the same position vis-à-vis their customers and competitors as a single company has if it is in a dominant position". Thus, one or more firms may behave in an abusive manner (by tacitly colluding on prices, for example) without any individual firm being dominant, and without any formal (or informal) agreements and concerted practices between them (see paragraphs 7.72 - 7.85 below). Such joint dominance is particularly likely to be found where there are economic links between the companies involved (see for example the Italian Flat Glass Case - *Società Italiano Vetro v Commission*). Similarly, joint dominance may also arise where there are significant barriers to entry because the incumbents, apart from any economic links, also have special, or privileged, access to necessary inputs and these access rights are limited - for example radio spectrum for the provision of mobile services or the control of access to cables for international operators.

Applied assessments of market power in telecommunications

6.15 For the purposes of these guidelines, the Director General believes that it would be useful to give a practical example of how Oftel has approached the assessment of market power in the context of a specific case. While this example of a market power assessment was arrived at for the

purposes of the Telecommunications Act rather than the Competition Act, the approach to identifying market power adopted was similar to that set out here.

6.16 In April 1997 Oftel published a statement (*Fair Trading in the Mobile Telephony Market)* which examined the positions of both Vodafone and Cellnet. In terms of the way in which the analysis of competition was developed, Oftel first of all addressed the issue of the relevant market. Taking in to account a number of factors, Oftel considered mobile telephony to be a separate product market from fixed telephony. Oftel did, however, consider that analogue and digital mobile systems were part of the same market.

6.17 In terms of analysing the extent of competition between the various mobile networks, Oftel took into account the fact that the number of operators licensed to provide mobile networks was limited to four and that lack of spectrum constituted an effective barrier to entry for new mobile operators conferring an absolute advantage on incumbents. Oftel also took into account the fact that Orange and One-2-One were still in the process of building out their networks.

6.18 In terms of market shares Oftel noted that although the advent of One-2-One and Orange had had an impact on the market structure, the trend decline in market shares was fairly slow. At that time Vodafone and Cellnet accounted for 41.1% and 39.4% (respectively) of all subscribers. In the digital segment of the market Vodafone accounted for 35.5% of subscribers and Cellnet for 25.7%. Oftel also took into account the fact that number portability had yet to be introduced for mobile networks.

6.19 In terms of prices there was evidence to suggest that the entry of Orange and One-2-One had resulted in increased price competition. However, there was a clear distinction in terms of profitability between the two established networks and the new entrants. For example, Vodafone was highly profitable and there was little to suggest that high rates of return on sales and capital were being eroded.

6.20 Based on the information summarised above, Oftel concluded at the time that although Vodafone and Cellnet were not necessarily dominant, they did each individually possess market power.

Market power related concepts: Dominance, Significant Market Power and Market Influence

6.21 Under the Open Network Provision (ONP) Directives (eg the Interconnection Directive), the European Commission has adopted the concept of Significant Market Power (SMP). This concept is explained in some detail in Oftel's *Effective Competition Review*, although it is worth mentioning here that Significant Market Power is not intended to be assessed in relation to a relevant market or markets as defined in section 5 above. It is the policy both of the European Commission and of Oftel that decisions about SMP are without prejudice to an organisation's position under EU or UK competition rules. The EC Access Notice, for example, states;

> "...that an undertaking has significant market power under the ONP rules will generally therefore not lead to a presumption of dominance, although in a particular situation this may prove to be the case. One important factor in this consideration, however, will be whether the market definition used in the ONP procedures is appropriate for use in applying the competition rules."

6.22 The UK telecommunications regulatory regime also makes use of the concept of 'Market Influence' (the term 'Market Influence' will, subject to the consultation on the implementation of the Licensing Directive, replace the term 'Well Established Operator'. The concepts are, however, identical so the following text applies equally to both terms). Like dominance, the concept of Market Influence is assessed in relation to a relevant market or markets. The Market Influence concept however represents a level of market power (the ability to raise prices above the competitive level

for a non-transitory period without losing sales to such a degree as to make this unprofitable) *below* that of dominance. In terms of the interaction between dominance and Market Influence, it is not necessary for the Director General of Telecommunications to have declared an operator as having Market Influence before that operator can be found to dominant in a particular market. However, if a firm is found to be dominant in a particular market it is then likely to be determined to have Market Influence in the market.

7. Assessment of individual agreements and conduct

7.1 Anti-competitive behaviour can take one of two main forms under the Competition Act: abuse of a dominant position; or the making of anti-competitive agreements, decisions or concerted practices. In fact, in some cases the behaviour in question may take both forms. Many of the examples referred to in this section concern the abuse of dominance, but even where there is no dominance such behaviour when engaged in by two or more parties, may be caught by the prohibition on anti-competitive agreements and concerted practices.

7.2 There are two broad categories of anti-competitive behaviour;

Exclusionary behaviour; the abuse of a dominant position or the making of anti-competitive agreements, decisions or concerted practices for the purposes of foreclosing market entry or gaining an unfair competitive advantage against incumbent competitors (this can take a variety of forms such as predation, refusal to supply, etc).

Exploitative behaviour; the abuse of a dominant position or the making of anti-competitive agreements or concerted practices for the purposes of exploiting customers or suppliers (again this can take a variety of forms such as parallel pricing, excessive pricing, etc).

7.3 It should be noted that these two broad categories of behaviour are not mutually exclusive. For example, in a situation where a vertically integrated operator controlled certain services which formed the key inputs for firms competing with its downstream subsidiary, it could be in a position to increase the price of those inputs while at the same time reducing its retail prices. If it were to behave in this way, it is possible that that this could be considered either as an example of exclusionary or exploitative behaviour depending on the effect on competition and the nature of any complaint about this pricing strategy.

7.4 The purpose of the following paragraphs is to give guidance on the application of the Competition Act in the light of some of the specific characteristics of the telecommunications industry. It is consistent with the approach set out in the *Assessment of individual agreements and conduct* guidelines issued by the OFT and the regulators. It constitutes a non-exhaustive list of the factors which the Director General would be likely to consider when deciding whether certain practices and agreements will fall within the scope of the Competition Act.

Pricing issues

Cost concepts relevant to examining pricing issues in the telecommunications sector

7.5 Paragraphs 3.4 - 3.6 discussed some of the distinctive economic, technological and regulatory characteristics of the telecommunications sector. In particular it is the cost structure and the presence of externalities for telecommunications networks that complicates the analysis of the structure and competitive effect of specific pricing policies.

7.6 The supply of telecommunication services is characterised by economies of scale in the provision of networks (stemming from large fixed costs) and economies of scope in the provision of services (stemming from common costs - costs of production that are shared between two or more products). This means that telecommunications companies tend to be multi-product firms and that

their pricing policies need to take into account the recovery of both fixed and common costs. In particular, the incidence of low marginal costs and the existence of substantial common costs between products means that a dominant firm, subject to regulatory constraints, potentially has a great deal of pricing flexibility both in the range of prices it can offer and the freedom it has to choose from which markets to recover its costs. This can put the firm at a significant advantage over its competitors who, because of their size or because of the more limited range of products they produce, do not have the same degree of freedom. There is nothing wrong with a dominant firm having such advantages provided it does not abuse its dominant position.

7.7 In principle, prices derived from marginal costs (the cost of producing an additional unit of output) are likely to be economically efficient and to reflect the resource costs of meeting customer demand. However, the economic characteristics of telecommunications networks mean that the short-run marginal costs may be very low (or even zero) and therefore of little use in arriving at sensible pricing decisions, especially in the context of the recovery of fixed costs. An alternative and more satisfactory cost basis is that of the long run incremental cost (LRIC) of output. The LRIC measure takes into account the total long-run costs of a specified increase in output eg the provision of a new service. If the price for that new service covers its incremental costs (with any common costs being recovered through charges for the firm's other products) then it will be profitable for a company to offer this service and it should be sustainable in the long term. In turn, charges which are derived from incremental costs are better able to reflect the economic costs of providing a given service.

7.8 In relation to pricing and cost concepts, as elsewhere, the Director General will have regard to the statements, decisions and rulings of the EU and UK competition authorities. The use of LRIC as the cost base for examining pricing issues in the telecommunications sector is in line with the approach set out in the EC Access Notice. The EC Access Notice recognises that in "network industries a simple application of the above rule [a reference to the *AKZO* rule which approximates marginal costs through the use of average variable costs] would not reflect the economic reality of the network industries". The EC Access Notice goes on to state that;

> "a price which equates to the variable cost of a service may be substantially lower than the price the operator needs in order to cover the cost of providing the service.the costs considered should include the total costs which are incremental to the provision of the service.[therefore,] the Commission will often need to consider the average incremental costs of providing a service.."

Combinatorial tests

7.9 While LRIC is, therefore, a more satisfactory cost basis for examining pricing issues than marginal cost or average variable costs in the telecommunications sector, the presence of economies of scope means that if all prices are set equal to LRIC they will not result in full cost recovery for the firm: certain common costs will not be remunerated. In order to ensure that a firm was not abusing its pricing flexibility in such a situation, it would need to be able to demonstrate that its individual prices were at or above incremental costs *and* that the prices of groups of services which share common costs taken together covered the incremental and common costs of the provision of those services.

The use of LRIC in practice

7.10 Under the Network Charge Control arrangements, BT sets charges for interconnection services derived from the long run incremental costs of conveyance (with an appropriate mark up to cover common costs). Incremental costs are 'forward looking' and are based on current valuation of assets - this provides appropriate signals to new entrants (especially those providing infrastructure investment) and for investment decisions. To inform future investment and pricing decisions, costs based on historic valuation of assets are unlikely to be relevant.

7.11 The arguments presented here and the reasoning in the EC Access Notice in favour of using incremental costs as a basis for applying competition rules on interconnection prices apply equally to retail prices in the telecommunications sector. BT has recently developed a methodology in consultation with Oftel to produce cost information based on LRIC for retail products. It is intended that this methodology will be utilised from January 1999 in appropriate competition cases.

7.12 By establishing a series of reference points, for general guidance only, the cost concepts discussed above help to define the framework within which the Director General will analyse the effect on competition of any particular pricing strategy for the purposes of applying the Competition Act. In practice, when looking at pricing (and other) issues under the Competition Act, the Director General will make use of the information generated by Telecommunications Act licence conditions (including those conditions that implement ONP Directives) where that information is relevant (for example, in establishing the LRIC of a service). This is consistent with the approach of the European Commission to Article 85 and 86 cases in the telecommunications sector as set out in the EC Access Notice;

> "Pricing questions in the telecommunications sector will be facilitated by the obligations under the ONP Directives to have transparent cost-accounting systems."

7.13 Using the cost concepts set out above, a series of pricing issues are examined in paragraphs 7.19 - 7.49 below. However, these examples are for guidance and do not represent rigid pricing rules. As a point of principle, Oftel does not generally approve the retail price BT charges for new services. The merits or otherwise of a specific pricing strategy can properly be determined only on a case-by-case basis. Guidance on Oftel's policy in relation to specific cases is published in its quarterly *Competition Bulletin.*

Pricing issues and sector specific regulation

7.14 Pricing issues also need to be considered in the context of any sector specific regulatory restrictions on price movements. The Competition Act contains a general exclusion (Schedule 3, paragraph 5) for any agreements, concerted practices or conduct (including pricing) which would otherwise be caught by the Competition Act but is carried out in order to comply with a requirement imposed by or under UK statute (including, therefore the Telecommunications Act and telecommunications licences) or EC law. Accordingly, although in practice it is unlikely that Oftel would require an operator to charge a price that had an anti-competitive effect, specific prices which a licensee is required to offer as result of a licence condition or other pricing that is required to be offered by law will not be caught by the Competition Act. However, where an operator is required to set prices between a floor and a ceiling (eg BT's interconnection prices under the Network Charge Control) such prices are not excluded from review under the Competition Act.

7.15 The Schedule 3 exclusions will be strictly applied by the Director General and will not be allowed to justify activities which are not wholly covered by any relevant exclusions. This is particularly true of the exclusion in paragraph 4 for services of a general economic interest. The Director General will follow the practice of the European Court and the European Commission when applying the equivalent EC exclusion (in Article 90 of the EC Treaty). The increasingly competitive nature of the telecommunications sector in the UK means that it is unlikely that the exception would apply to any telecommunications companies. Further information on the Schedule 3 (4) exception is given in the *Concurrency* guidelines.

7.16 There may also be situations where, although price discrimination is not an explicit legal obligation, such discrimination may not be considered abusive. In the telecommunications sector BT offers uniform national prices for a range of services as part of its universal service requirement even though the costs of providing these services in remote geographical areas may be greater than the cost in urban areas. In this instance, the pricing structure may not be regarded as an abuse. In a similar vein, the 'network externality' (discussed in paragraph 3.5) means that the addition of more

customers to the network increases the value of the service to all other customers. This value is not captured in the price for the service. In these circumstances a price below incremental costs may be justified recognising the added value from having more customers supplied with the service.

7.17 The effect of regulatory restrictions may also need to be taken into account when examining the acceptability of price changes. For example, where charges are controlled within an overall price cap a reduction of charges in one area may be offset by an increase in charges in another area. In the absence of other safeguards, this might increase incentives for predatory behaviour: any such behaviour could be in breach of the Competition Act. Where a regulatory requirement to price below (or above) a level that would otherwise be caught by the Competition Act is removed, the Director General would have regard to the possible undesirability of sharp price movements for consumers, and would not necessarily regard a failure by an operator immediately to raise prices above (or reduce them below) such a level as anti-competitive. More generally, regulation may cause pricing behaviour in one market to be influenced by pricing in another market.

7.18 Further pricing issues are examined below; these should be treated as guidance rather than strict pricing rules as the merits or otherwise of a specific pricing strategy can properly be determined only on a case-by-case basis. Guidance on Oftel's policy in relation to specific cases is published in its quarterly *Competition Bulletin.*

Predatory pricing

7.19 Low prices or price reductions are normally seen as a benefit from, and the successful result of, the process of competition. However, it is an established principle of competition law that not all price competition is legitimate. In particular, predatory pricing - where the predator deliberately sacrifices short term profit by setting excessively low prices to eliminate or weaken competitors so that longer term profit will be enhanced - is anti-competitive because it seeks to exclude competition.

7.20 The Guidelines published by the Office of Fair Trading and the regulators set out three factors that are important to consider in the context of evaluating whether a price reduction is evidence of a predatory strategy:

Feasibility: This involves examining the structure of the market and the characteristics of the alleged predator in order to establish whether predation (including recoupment of profit once rivals are driven out or weakened) is a feasible strategy It may be possible to infer feasibility from the fact that a firm is in a dominant position in a market;

Incremental losses: a predatory pricing strategy involves the deliberate sacrifice of short-term profit which means that it is necessary to consider the effects of the alleged predatory action upon the profitability of the alleged predator. One way in which the incremental profitability of a price reduction could be assessed is to use a net revenue test; and,

Intent: whether there is evidence that the alleged predator intends to drive a specific competitor out of the market.

7.21 In the context of the telecommunications sector, these three criteria require some further exploration. As set out above (see paragraph 7.7), the relevant cost basis for examining pricing issues on telecommunications is that of long run incremental costs. The Director General will start from the (rebuttable) presumption that prices below LRIC are predatory. This is consistent with the approach set out in the EC Access Notice which recognises that cost structures in network industries tend to be different to most other industries and a straightforward application of the AKZO test (using average variable costs as the cost floor) is inappropriate.

7.22 There is no absolute bar to prices below this level but where a dominant operator wishes to price below LRIC it would need to justify that the price did not have an anti-competitive object or

effect (for example, by providing information to demonstrate that predation, including subsequent profit recoupment, was infeasible in the specific circumstances). To this end, the Director General is aware that circumstances may arise where pricing below LRIC would be a rational strategy for a company, reflecting competition, in addition to being good for customers. An example of this might occur in the future where there is a degree of excess capacity as competition in telecommunications markets becomes established. Such a pricing strategy would need careful analysis and the operator would need to be able to demonstrate that it was not behaving anti-competitively. Prices above LRIC would not normally be predatory (unless, for example, there was evidence of predatory intent) but might nevertheless be viewed as anti-competitive for other reasons. Although the use of such rebuttable presumptions will be a very important part of the Director General's analysis of predatory pricing, it will not be the sole determinant. The Director General will take into consideration all other relevant factors in making its final decision in any particular case.

7.23 In terms of assessing the incremental profitability of a particular price change, a net revenue test examines whether the action taken by the alleged predator to reduce its prices worsens its profitability in comparison with an alternative 'benchmark' strategy (for example, a strategy where prices are not reduced). If profitability were not adversely affected by the reduction in price because the demand increased sufficiently to offset the price reduction and at the same time the price remained sufficiently high to cover the incremental costs of the increase in output then the price reduction may be viewed as legitimate competitive behaviour. There will, of course, be the need to define the output increment that is relevant to the case under consideration.

7.24 The net revenue test can also provide an indication of intent: if a firm had no realistic expectation that a profit would be made (or made no attempt to assess changes in profitability as a result of a price reduction) and, having incurred an incremental loss made no attempt to correct it, that would at least be an indication of intent.

Anti-competitive pricing and packages of services

7.25 An additional factor that will need to be taken into account when assessing predatory pricing is the extent to which there is strong complementarity between two or more services with different economic characteristics (both in supply and demand), for example, the provision of access (ie line rentals and connections) with calls across the network. Where there is strong complementarity, it may be more appropriate to conduct the tests on the comparison between costs and revenues for all the services together - although it would also be expected that individual elements of the package would be priced so as to cover their own incremental costs. Similarly, where there are economies of scope the LRIC test will need to be carried out on combinations of services (where these costs will include any which are common to the combinations) as well as on individual services (where these costs will not be included).

Subsidies and cross-subsidies

7.26 The assessment of subsidy and cross-subsidy raises similar issues to those raised by predatory pricing and in practice will tend to be investigated in a similar manner. Predatory pricing involves the *short-run* sacrifice of profits in order to force competitors to exit followed by the recoupment of those loses in the longer run through pricing above the competitive level. However, whereas predation might be characterised mainly as a single-product issue (dealing with a pricing strategy in respect of one particular product) cross-subsidy and subsidy could perhaps be characterised mainly as a cross-product issue (low prices for one product being funded by high prices for other products) and does not necessarily, therefore, involve a *short-run* sacrifice of profits.

7.27 Thus, in the context of the Competition Act, the term cross-subsidy or subsidy refers to the situation where, as the EC 1991 Guidelines state;

> "an undertaking allocates all or part of the costs of its activity in one product or geographic market to its activity in another product or geographical market"

7.28 A cross-subsidy will normally be deemed to exist where an undertaking's revenues from an activity (eg a new business or a new product) fail to cover the costs associated with that activity (or, equally, fail to generate an 'adequate return') over its *economic lifetime*. That is, the fact that accounting profits for a particular period, such as a year, are negative, would not be sufficient to establish that an activity was in receipt of a cross-subsidy or subsidy. From an economic perspective the question of a whether or not a cross-subsidy or subsidy exists has to be related to the economic life of the underlying assets involved and this will entail not just a consideration of past losses but also future revenue streams ie it is the profitability of the activity as a whole over time which matters.

7.29 The fact that an activity is in receipt of a cross-subsidy subsidy is not itself an infringement of the Competition Act - the key issue is whether the subsidy has the object or effect of preventing, restricting or distorting competition. Where a firm is financing losses in a market where it is not dominant from profits made in another market where it is dominant there could be a significant effect on competition in breach of the Chapter II prohibition; as the EC 1991 Guidelines state:

> "subsidising activities under competition, whether concerning services or equipment, by allocating their costs to monopoly activitiesis likely to distort competition in violation of Article 86 [Article 86 is equivalent to the Chapter II prohibition]."

While this statement refers to "monopoly activities" it is likely that an abuse could also occur where a firm was dominant, short of holding an absolute monopoly.

7.30 Cross-subsidy can have a detrimental effect on those companies competing with the subsidised business or activity and also on any customers which are being charged excessive prices to fund the cross-subsidy (excessive pricing is dealt with in paragraphs 7.41 - 7.44). Although the customers of the subsidised service benefit in the short run from the low prices implied by the fact that revenues are not sufficient to cover costs, in the longer run they would lose out on the dynamic efficiency gains that competition can have if the cross-subsidy has the effect of excluding efficient competitors. Thus there is, in addition to any exclusionary or exploitative effects, the potential for a cross-subsidy to distort the signalling properties of the price mechanism and this could lead to an inefficient allocation of resources.

7.31 Given that the concern over cross-subsidy mainly relates to profit from markets in which a firm is dominant being used to cover losses in markets within which the firm is not dominant, the issue of cross-subsidy has been associated more with the regulated industries many of which are in transition from monopoly to competition.

7.32 There are various ways of assessing subsidy using both economic and accountancy concepts. For the purposes of investigations under the Competition Act, the focus will be on the measurement of cross-subsidy in economic terms. The *Assessment of individual agreements and conduct* guidelines issued by the Office of Fair Trading and the regulators discuss the assessment of cross-subsidies in some detail.

7.33 The proper economic basis for assessing cross-subsidy is a LRIC approach; the use of LRIC implies that the renewal/replacement of the underlying assets is explicitly taken into account ie long-run costs are based on the assumption that all costs or inputs are variable. The use of LRIC would therefore lead to a general principle that as long as the revenue from a product covers the LRIC of providing that product, then it is sustainable to supply it in the long term: ie the provision of the product does not detract from the firm's profits and the product could not generally be said to be in receipt of a cross-subsidy.

7.34 Where economies of scope arise between the activity under investigation and other activities it may be that a group of products sharing a common cost are all individually priced above LRIC. It could not therefore be said that any individual service is being subsidised. However, it may be that prices are not sufficiently high to cover those costs that are common among the services. This would indicate that the *group* of services in question is being subsidised and the Director General may find this behaviour in breach of the Chapter II prohibition.

7.35 The use of LRIC as the cost base can be equated to the concept of Discounted Cash Flow (DCF). It is most appropriate to apply a DCF analysis to a new service or a service in a start-up phase where a forward-looking analysis is in any case most appropriate and initial losses may be expected. A properly constructed DCF analysis should relate to the incremental cashflows that result from the project in question - it thus reflects the incremental costs as well as the benefits of the project. Thus, if a project passes an investment appraisal based on a DCF analysis, it cannot be said that the project is in receipt of a subsidy over its lifetime: the project covers the proposed 'floor' of long-run incremental costs and it is incrementally profitable for the firm in question to undertake that investment.

7.36 One important element of a DCF analysis is the underlying assumptions that are made about the development of the project and in particular those relating to the future competitive conditions in the market. It would be unreasonable to expect a firm to meet the targets set out in a business plan for a new service in their entirety. However, where a business case has been developed on the basis of unjustified and implausible assumptions at the outset and/or there has been a failure of a firm to take remedial action once it had become apparent that it would not meet the targets set out in the business plan, this could be regarded as evidence of an anti-competitive intent behind the cross-subsidy.

7.37 For long-lived, mature products there will be circumstances where a rate of return analysis based on accounting data (together with an allowance for the return on capital) may be used to analyse allegations of cross-subsidy. In such situations, it would expected that a firm would be able to justify the cost of capital figure it has chosen to use in relation to the activity it had undertaken. For example, in activities having a higher level of risk than normal a higher rate of return than is typically assumed for the firm might be appropriate.

7.38 These approaches to calculating whether or not a cross-subsidy exists need to be based in a market context ie it will need to be related to an impact on competition in a relevant market. This could mean that the cross-subsidy analysis would relate just to one product line or it may cover several products depending on the definition of the relevant market.

Price squeeze

7.39 Where a firm is vertically integrated (vertical integration is discussed in paragraphs 6.12 and 6.13) and in particular is dominant in an upstream market which supplies a key input to companies that are in competition with its downstream subsidiary, there is scope for it to act in a way that has a detrimental impact on competition. The vertically integrated firm is in a position to conduct a price (or a 'margin') squeeze on its competitors in the downstream market by raising the cost of the key input and/or lowering its retail prices in the downstream market. The effect of this pricing strategy is to reduce the gross margin available to its competitors so that competing firms which are no less efficient than the integrated firm are subject to a 'price squeeze' rendering them unprofitable - the integrated firm's *total* revenue may of course remain unchanged. Thus, when examining allegations of price squeeze it is important to note that the relevant comparison benchmark is not in terms of the margin available to a competing firm but whether the dominant firm's own downstream operation would be profitable if they were to pay the same input prices as their competitors.

7.40 In examining price squeezes and other instances of vertically integrated operators attempting to raise rivals costs anti-competitively, the Director General will use the information generated

by sector specific regulation including the Interconnection Directive accounting separation requirements. This approach is consistent with the EC Access Notice, which in the context of price squeezes, recognises that:

> " a price squeeze could be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream arm of the dominant operator. A loss making downstream arm could be hidden if the dominant operator has allocated costs to its access operations which should properly be allocated to the downstream operations, or has otherwise improperly determined the transfer prices within the organisation. The Commission Recommendation on Accounting Separation in the context of Interconnection addresses this issue by recommending separate accounting for different business areas within a vertically integrated dominant operatorHowever, the existence of separated accounts does not guarantee that no abuse exists."

Excessive pricing

7.41 Charging excessively high prices may amount to an abuse of a dominant position. Excessive pricing is of particular relevance in wholesale markets if the excessive charges are for a necessary input supplied to rivals of the dominant supplier in a downstream market and on which they were dependent. In the telecommunications sector, for example, the EC initiated proceedings in 1997 against Deutsche Telekom allegedly charging excessive interconnection tariffs and Deutsche Telekom subsequently agreed to reduce its tariffs.

7.42 The European Court of Justice (Case 26/75, General Motors Continental NV v CEC) has defined an excessive price as being, "excessive in relation to the economic value of the service provided" where the "excess could, inter alia, be determined....by making a comparison between the selling price of the product and its cost of production".

7.43 The *Assessment of individual agreements and conduct* Guidelines issued by the Office of Fair Trading and the regulators propose two methods which could be used to determine whether a price (or even a set of prices) is excessive;

An assessment of the profitability of a firm in the particular market: However, there can be difficulties in assessing profitability when investigating a complaint about excessive pricing against a multi-product firm as assessing the profitability of a product could come down largely to a debate about the allocation of those common costs. There is no single correct way of allocating costs either from an economic or an accounting perspective; and,

An assessment of the stand alone cost (SAC) of a particular service: SAC captures all the costs that an efficient firm would incur in supplying just that service on its own. There might be a reasonable expectation that a firm which is charging more than the stand-alone cost of a product is earning supra-normal profits. An approach which concentrated on building up a picture of the cost of providing a service is en line with the practice of the European Court of Justice and the EC.

7.44 However, while the Director General would expect an operator to be able to show that prices above SAC were not an abuse, it must be stressed that there are no rules of thumb that can unambiguously identify when a price is sufficiently *excessive* in relation to its costs of production to constitute a breach of the Competition Act. The cost characteristics and the pattern of prices (both through time and across products which share the same cost base) will be important considerations. The European Court of Justice (*Case 30/87, Corinne Bodson v SA Pompes Funebras*) held that if possible a comparison could be made between the prices charged by a dominant company and those charged in other geographic markets which were open to competition; this comparative approach may prove hard to apply in practice in the telecommunications sector.

Price discrimination

7.45 Price discrimination can be defined in economic terms as a situation in which different units of the same good or service are sold at prices not directly corresponding to differences in the cost of supplying them. Where there *are* objective cost reasons for a firm charging different prices to different customers - for instance, where there are different transport costs - then that pricing structure would not be considered discriminatory. Where differences in prices for the same product can be objectively verified in terms of costs, this form of pricing is sometimes referred to as 'price differentiation' in order to distinguish it from price discrimination.

7.46 In common with other regulatory authorities, the Director General makes no presumption that price discrimination by a dominant telecommunications operator is an abuse of a dominant position. Where substantial fixed or common costs have to be recovered, the Director General recognises that price discrimination, taking account of the different demand conditions the firm faces across customer groups for example, might be involved in their efficient recovery. Because there can be important economic reasons why an operator might practice price discrimination, the Director General cannot be too prescriptive: it needs to retain the flexibility to examine price discrimination issues according to the circumstances of the case. As a general principle, in examining price discrimination, the Director General will have regard to the anti-competitive effect of the discrimination, and discrimination which is clearly aimed at excluding competitors will be considered as a potential abuse. This approach is in line with that taken by the European Commission and the Office of Fair Trading (the *Assessment of individual agreements and conduct* guidelines issued by the OFT and the regulators look at price discrimination in some detail).

7.47 Specific licence conditions in public telecommunications operators' licences which prohibit undue discrimination and undue preference may still apply. These conditions generally only attach to a very narrow set of services although the scope of the conditions can be widened if an operator is determined to be in a position of Market Influence. These conditions may impose a more stringent rule as to when price discrimination is prohibited than the Competition Act; they apply irrespective of dominance nor is it necessary to assess their effect on competition, although in practice the Director General of Telecommunications will take into account the effect on competition along with other factors.

Discounting

7.48 In a fully competitive market, discounting is normally a sign of healthy competition. However, in those markets where competition is not fully established discounting of prices may be a form of anti-competitive behaviour. In general, discounts which reflect real underlying differences in costs of supply, depending on the basis of the discount, would not be seen as anti-competitive. Some forms of discounts are likely to have significant adverse effects on competition. In particular, the following forms of discounts are likely to raise significant concerns:

a. loyalty rebates, where the discount (or its level) is dependent on the customer not taking (or restricting) supplies from competitors, whether this is de facto (eg the customer must meet certain expenditure targets) or by agreement;

b. volume rebates that are calculated on the basis of total telecommunications expenditure across a range of competitive and regulated markets but the discount is only applied to spending in a competitive market;

c. discounts which are calculated across, and applied to, products offered in a range of markets including markets within which the company is dominant;

d. volume rebates that are calculated on the basis of total telecommunications expenditure but are then applied selectively to certain customers; and

e. discounts which are targeted at an excessively narrow group of customers, particularly where the group consists of only those customers who have the potential to take alternative suppliers.

Discounts are often linked to the issue of bundling which is discussed in paragraph 7.81 and 7.82.

Parallel pricing

7.49 Parallel pricing (competitors varying prices by the same amount and at the same time as each other) alone is unlikely to amount to a breach of the Competition Act, as long as there is a justifiable and rational explanation consistent with firms behaving independently. Where pricing parallelism does arise the onus would be on the firms concerned to provide this explanation. The European Court of Justice recognises (*Woodpulp II*) that while parallel pricing on its own is not proof of prohibited behaviour, it may nevertheless be indicative of other types of behaviour which would be prohibited; for example, tacit collusion between suppliers to avoid effective price competition to the detriment of consumers. Such collusive behaviour between undertakings that resulted in parallel pricing would almost certainly be caught by the Competition Act. The Court of First Instance in the *Flat Glass* case confirmed the principle that collusive pricing could be found to be an abuse of a jointly dominant position in addition to, or instead of, an infringement of the Article 85 (Chapter I) prohibition.

Non-pricing issues

7.50 As referred to in paragraphs 4.1 and 4.2 above, the Competition Act is a general prohibition on behaviour which has a particular kind of object or effect and there will be occasions where the behaviour covered by the Competition Act is also the subject of conditions in the Telecommunications Act licences of the operator(s) concerned. In some instances, conditions in Telecommunications Act licences may go further than the Competition Act prohibitions. This is particularly true in the case of granting access (including interconnection) to a dominant operator's network. The Interconnection Directive also places obligations to interconnect on operators with Significant Market Power who would not necessarily be dominant. However, the legal framework for the Telecommunications Act and the Interconnection Directive is distinct from the Competition Act. The following text gives examples of possible areas where the Competition Act may be relevant. It needs to be read with due consideration to the effect of relevant licence conditions, particularly those concerning the connection of systems providing connection services and those giving effect to the Interconnection Directive, and to Oftel's Draft *Guidelines on Interconnection and Interoperability* and *Guidelines on the operation of Conditions 17B and 17C of BT's Licence* which deal with the quality of interconnection services.

Refusal to grant access to facilities

7.51 Access (including interconnection) is at the heart of a competitive market in telecommunications services and infrastructure, being an important input to the activities of all operators but particularly those who are not in a dominant position. Refusal to grant access to facilities may raise significant concerns in the context of the Competition Act, where, in keeping with the EC Access Notice, "a refusal will only be abusive if it has exploitative or anti-competitive effects". The EC Access Notice sets out three broad types of refusal to supply;

"a. A refusal to grant access for the purposes of a service where another operator has been given access by the access provider to operate on that services market;

b. A refusal to grant access for the purposes of a service where no other operator has been given access by the access provider to operate on that services market;

c. A withdrawal of access from an existing customer."

Type (a) refusal to grant access

7.52 Taking the type (a) refusal to grant access first, the EC Access Notice states that:

> "a refusal to supplywhere a dominant facilities owner is already supplying one or more customers operating in the same downstream market would constitute discriminatory treatment which, if it would restrict competition on the downstream market, would be an abusethe dominant company's duty is to provide access in such a way that the goods and services offered to downstream companies are available on terms no less favourable than those given to other parties including its own corresponding downstream operations."

7.53 Thus, a discriminatory refusal by a dominant operator to grant the access required by a competing operator is likely to be an abuse, and subject to the Chapter II prohibition, where it restricts competition on the downstream market. Similarly, a discriminatory refusal to grant access resulting from agreements or concerted practices between undertakings might prevent, restrict or distort competition and would therefore be subject to the Chapter I prohibition.

7.54 However, there is no absolute rule that a discriminatory refusal to supply by a dominant operator, where that refusal restricts competition in the downstream market, would in all circumstances be found to be abusive. Consistent with judgements of the European Court of Justice, a refusal to supply may not be held to be an abuse if an objective justification for the refusal can be demonstrated, provided that the conduct was proportionate (ie no more restrictive than what is necessary for achieving its objectives). Relevant objectives might include safety, network integrity, the credit risk associated with the operator requesting access and a lack of spare capacity. However, as regards objective justifications, the Director General's view is that it would be for the dominant operator to provide or show the objective necessity for any such refusal.

Type (b) refusal to grant access (new services and essential facilities)

7.55 The problems relating to refusal to supply are particularly acute where a non-dominant operator is introducing, or would like to introduce, a new service; that is a service for which the company refusing access to its facilities has not provided access to those facilities either to its downstream arm or to any other company providing that service. In such cases it is not immediately obvious that the refusal to grant access would be an abuse; given that it is a new service under consideration, by definition, no other operator will have been granted access to supply the service and a refusal to grant access could not, therefore, be considered as discriminatory as in the case of type (a) refusal to supply.

7.56 However, the EC Access Notice recognises that there is considerable scope for a refusal to supply to have serious anti-competitive consequences in such circumstances where; "if there were no commercially feasible alternatives to the access being requested, then unless access is granted, the party requesting access would not be able to operate on the service market." The EC Access Notice recognises that a refusal to grant access in such circumstances would limit the development of new products or impede the development of competition and would be likely to have abusive effects.

7.57 In instances of type (b) refusals to grant access, the Director General will follow the approach set out in the EC Access Notice having particular regard to the key issue which is whether "access to the facility in question is generally *essential* [ie; refusal of access must lead to the proposed activities being made either impossible or seriously and unavoidably uneconomic] in order for companies to compete on that related market." An important element of this analysis will be whether or not the access requested by the operator launching the new service would also be necessary for other operators who wished to launch the same service.

7.58 Whether a facility should be designated as 'essential' will need to be assessed in the context of particular cases and a facility that was considered essential for the launch of one new service may not be essential for the launch of a separate new service. The *Assessment of individual agreements and conduct* guidelines issued by the OFT and the regulators contains further detail on the essential facilities doctrine. The Director General considers that a refusal to grant access for new services would be likely to have abusive effects where the refusal relates to a service with one or more of the following characteristics:

a. the service requires end to end capability across the network;

b. the service requires interconnection in order to be economically viable for the launching operator and;

c. the service requires customer premises equipment capability to interact with the network.

7.59 The Director General will also take the following issues into account: the availability of spare capacity; the preparedness of the operator seeking access to pay a reasonable price for access to the facility, and; whether there are objective reasons for refusing to provide access. Any objective justification would need to be in proportion to the damage refusal to grant access would have on competition in the relevant downstream market.

Type (c) refusal to grant access (withdrawal of access from an existing customer)

7.60 The unilateral termination of access agreements raises similar issues to type (a) and type (b) refusals to grant access. The Director General will follow the approach of the European Commission as set out in the EC Access Notice; "withdrawal of access from an existing customer will usually be abusiveobjective reasons may be provided to justify the termination. Any such reasons must be proportionate to the effects on competition of the withdrawal."

Refusal to supply; general

Refusal to supply an embedded network capability

7.61 Where a service exists on the dominant operator's network, outright refusal to provide the necessary functionality across the network interconnect is likely to be regarded as anti-competitive in most circumstances. It is likely that there would need to be strong objective reasons for the refusal to be acceptable. However, the Director General would expect the class of services that would, in practice, fall into this category of an embedded network capability to be quite small. The crucial characteristic of such a capability is that it would be impossible for an interconnecting operator to provide some service to its customers practicably without the supply of the network capability from the dominant network.

Refusal to share scarce physical resources

7.62 Any analysis of a refusal to share or supply scarce physical resources (such as access to submarine cables) where there may be capacity constraints would need to take into account the nature of those constraints (for example, whether they were absolute, the costs of duplication, the reasons for the constraint arising, whether access to the capacity is economically essential, and the extent to which the capacity is shared, or could be shared, with other operators).

Refusal to supply information

7.63 A refusal to supply information generated by the network (for example, calling line identification information) across network boundaries may be an abuse of a dominant position where such behaviour made services based on the availability of such information impossible to launch except by a dominant operator. A related behaviour would be where a dominant operator used information

generated by its network (for example, the numbers called by subscribers to that network) to identify subscribers who are using a downstream service offered by competitors. This information could be used to target a marketing initiative at known users of competing services. As such information would not be available to downstream competitors, this might represent an abuse of a dominant position in that it would give the dominant operator a significant competitive advantage in the downstream market.

Refusal to supply technical information and licences of intellectual property rights

7.64 Where a dominant operator withholds technical information which is a necessary input into its competitors' operations, the refusal to make that technical information available may be an abuse. This would be especially true where the competitors' need for such information arose from a position of dependency on the other operator (for example, where a new voice telephony operator needs to interconnect with BT but in order to do so it needs to know where it can physically make such interconnection).

7.65 Intellectual property rights (IPRs) might exist in relation to technical information, and there are circumstances in which an IPR might be exercised in a manner that would constitute an abuse of a dominant position. For example, a dominant network operator might refuse to supply interface information with the object, or effect, of distorting competition in the supply of customer equipment designed to take advantage of the new interface - in effect, using its IPR to distort competition in a neighbouring market. On the other hand the rights given to holders of IPRs are an important element in creating incentives to innovate, and the exercise of these rights should not be diminished without establishing precisely how dominance arises and without clear evidence of abuse. This issue is one which arises in other sectors as well as telecommunications and the Director General would expect to follow the judgements of the European Court of Justice and the forthcoming *Intellectual Property Rights* guidelines by the Office of Fair Trading and the regulators closely when coming to decisions in this area.

Behaviour short of outright refusal

7.66 Outright refusal to supply, as discussed above, is perhaps the clearest kind of anti-competitive behaviour relating to the supply of inputs to competitors. However, similar anti-competitive effects may be achieved by means other than outright refusal to supply, for example, unreasonable terms as a condition for supply and unreasonable delays in or refusal to allow testing (for example, of compatibility). The Director General recognises that there may be objective reasons for such behaviour but would expect a dominant operator to be able to justify the objective reason for any behaviour falling short of outright refusal to supply.

7.67 Where a licensee is under an obligation under a licence condition to do specific things (for example to provide service, to connect other operators, to declare interfaces or to publish tariffs) the Director General of Telecommunications believes it is a necessary requirement, among other things, to do so in a reasonable and timely manner. Thus unreasonable delay and negotiating tactics that exploit or strengthen a company's dominant position are likely to influence the Director General's assessment of what constitutes anti-competitive behaviour.

7.68 A particular problem with behaviour falling short of outright refusal to supply arises in relation to the time taken to supply new services. There may be a significant, but necessary, delay between the specification of a functionality and the implementation of that functionality on any particular network. That necessary and reasonable delay will depend on a number of complex factors (including, for example, the degree of new network capability needed). It is, therefore, impossible to give a simple rule of thumb as to when delay ceases to be 'reasonable', and becomes 'unreasonable'.

7.69 Oftel's expectations with regard to supply of new interconnect services in the context of sector specific regulation is explained in Oftel's Draft *Guidelines on Interconnection and Interoperability.* The Guidelines explain Oftel's expectation that operators with market power will enable other operators to interconnect Co-operative Network Services simultaneously with the launch of the corresponding retail product. Reasonable timescales for agreement of interconnect arrangements generally are also covered by Oftel's *Guidelines on the Operation of the Network Charge Controls* which state that 6 months (from the date of the original request) is the maximum time which it should take to reach agreement. The Director General would expect the same broad principles to apply when considering the timeliness of supply in the context of the Competition Act and would also follow the EC Access Notice in looking at: the time frame and conditions applicable when the responding party grants access to its own subsidiaries or downstream operations; responses to requests for access in other Member States; and the reasons given for delay.

7.70 A related issue is that of refusal to supply information needed to enable an interconnected network to use the new service, once supplied. Again, there is likely to be a necessary time delay between knowing what is technically necessary to be able to use the service and being able to implement that technical requirement. If the information is not supplied in advance of the service the effective date at which the service can actually be used is put back. In this case, how much notice is reasonable, and in the case of a service about to be launched, how much notice is 'too short' will depend on the complexity of the service requirements. Provision of information in sufficient time is a key element in the requirement to enable other operators to interconnect on the same day as launch of corresponding retail products (see paragraphs 7.68 and 7.69 above).

Wiring issues

7.71 It is possible to bundle some telecommunications products or services by physical means (as distinct from contractual means). In particular, this can occur in wiring associated with different products and/or markets (for example, if wiring for a customer's branch system is put in the same cable as wiring forming part of the public network only the network PTO can maintain the customer's wiring, excluding other players from this market). The considerations set out in paragraph 7.81 and 7.82 below concerning contractual bundling would also apply to physical bundling. The placing of wiring in customer's premises can also be done in such a way so that it makes existing wiring belonging to competitors difficult, or impossible, to access for maintenance and other purposes. Oftel has issued *Guidelines on Wiring* (February 1998) which look in some detail at when activities associated with wiring may be considered as anti-competitive.

Anti-competitive agreements

7.72 As noted in paragraph 7.1, the examples of behaviour referred to above concern the abuse of dominance (the Chapter II prohibition of the Competition Act), but it may be that such behaviour by an operator would also be caught by the restriction on anti-competitive agreements and concerted practices (the Chapter I prohibition of the Competition Act), whether or not the operators concerned are dominant. These Guidelines deal with the impact of the Competition Act on agreements but the impact of the Competition Act on agreements which have hitherto been subject to the Restrictive Trade Practices Act is subject to certain transitional arrangements which are explained in the *Transitional Arrangements* Guidelines.

Vertical agreements

7.73 Vertical agreements will be defined in a forthcoming Order made by the Secretary of State. The government proposes that vertical agreements will receive special treatment. It is proposed that, except for certain classes of agreements, they will be excluded from the scope of Chapter I. They will still however be subject to action if found to be an abuse of a dominant position under Chapter II. It is expected that the Director General will also be able to remove the benefit of special

treatment for the future (that is, not retrospectively) in certain limited circumstances. The Department of Trade and Industry is expected to consult on the issue shortly and further details on the application of this special treatment will be given in the forthcoming guidelines by the Office of Fair Trading and the regulators; *Competition Act 1998: Vertical Agreements.*

7.74 The Director General will adopt a similar approach to that set out in the *Major provisions* guidelines as to whether a restriction in a vertical agreement has an 'appreciable' effect on competition: where the undertakings involved together have a market share of less than 25% in all markets likely to be relevant, agreements will not generally have an appreciable effect and the benefit of special treatment would not, therefore, be removed. At market shares in excess of 25% agreements will be considered on a case-by-case basis and the Director General may still find that effects on competition are not appreciable and would not, therefore, remove the benefit of special treatment.

7.75 The Director General will also look inter alia at the anti-competitive effects of such agreements such as market foreclosure, raising rivals cost and competition dampening. Where the Chapter I prohibition is concerned the market shares of all parties to the agreement will be taken into account

7.76 If necessary these Guidelines for the telecommunications sector will be revised at a later date, to include further guidance on the factors and circumstances the Director General will take into account.

Horizontal agreements

7.77 Where horizontal agreements are concerned, the Director General will adopt a similar approach to that of the European Commission and European Court and that set out in the *Major provisions* guidelines as to whether a restriction in an agreement has an 'appreciable' effect on competition. In general where the undertakings involved together have a market share of less than 25% in all markets likely to be relevant, agreements will not generally have an appreciable effect. At market shares in excess of 25% agreements will be considered on a case-by-case basis and the Director General may still find that effects on competition are not appreciable.

7.78 In looking at the application of the Competition Act to horizontal agreements between competitors, there are some types of anti-competitive behaviour which would be prohibited irrespective of market share: for example, the fixing or setting of prices; collusion in the timing of price increases, and the exchange of commercially sensitive information (including cost information) for the purposes of price fixing.

Types of agreements and their potential for anti-competitive effect

7.79 The following are examples of types of agreements and their potential for anti-competitive effect.

Long term contracts

7.80 Excessively long-term supply arrangements may create a significant distortion of competition. Such contracts might occur in the wholesale markets or in retail. Whether or not a particular contract for the supply of services is unduly long will depend on its impact on competition in that segment of the market, the economic characteristics of the service contracted for and the availability and terms and conditions of shorter term contracts for the same service. Where products are standard and require little dedicated resources, fairly short contracts would be expected and their absence, or apparent excessive cost over longer terms contracts, is likely to raise significant concerns. Where significant sunk or dedicated costs are involved, or where the price differential between long and short term contracts reflect real cost differences, less concern will arise. The facility for tying in customers and therefore preventing development of competition to some extent depends on the

terms and conditions of the contract: for example, strong penalties for early termination might be a cause for concern.

Bundling

7.81 Bundling can affect competition in both the retail market (where customers are commercial undertakings) and wholesale markets. In telecommunications the issues that are likely to be of particular importance will include the technical bundling of different telecommunication products or services together (so that the individual elements are not supplied separately) and the bundling of products or services by contractual means. Bundling generally means the tying of the supply of one service or product to the supply of others but may also include situations where the supply of products or services are linked through the use of discounts (paragraph 7.48 above discusses discounting in greater detail). Although in many cases bundling may have anti-competitive effects, the issues are likely to be complex. Factors that will need to be taken into account in considering whether a particular agreement is anti-competitive include the technical and economic feasibility of unbundling and whether there is any exclusionary effect.

7.82 There are certain forms of bundling that may be similar in effect to refusal to supply (as discussed in paragraphs 7.51 - 7.60 above). Prima facie they are unlikely to be justifiable and are likely to result in the distortion of competition. In particular:

a. where a dominant operator ties the sale of a product or service where it has market dominance to one where it faces competition. For example the tying of 'own brand' equipment to the supply of the local access loop;

b. where the products or services that are tied are partially in a price regulated market and partially in an unregulated market; and

c. where the inputs required to provide products or services in a competitive market are bundled so that inputs for which the operator has a dominant position are combined with those inputs that can be supplied by third parties.

Interconnection agreements

7.83 It is necessary to highlight how the Competition Act will be applied to interconnection agreements - a form of agreement prevalent in the telecommunications sector. The EC Access Notice recognises that interconnection agreements are essential for interoperability and increase competition in downstream markets. However, the EC Access Notice also recognises that interconnection agreements may be anti-competitive where:

- they have the object of restricting competition between the parties to the agreement (for example, price fixing or market sharing);

- where they restrict competition from those not party to the agreement (through exclusivity; and,

- where the exchange of commercially sensitive information necessary to form the agreement is used for other purposes (such as market sharing).

7.84 The Interconnection Directive requires that information received by a network operator from an organisation seeking interconnection be used only for the purposes for which it is supplied. While the legal framework for the Interconnection Directive and the Competition Act are distinct the Director General will follow the EC Access Notice in considering interconnection agreements under Chapter I of the Competition Act. The EC Access Notice states that where access is "in principle unlimited" and:

"operators [will have to] introduce safeguards to ensure that confidential information is only disclosed to those parts of companies involved in making the interconnection agreements, and to ensure that the information is not used for anti-competitive purposes. Provided that these safeguards are complete and function correctly, there should be no reason in principle why simple interconnection agreements should be caught by Article 85(1)" [Article 85 (1) is equivalent to Section 2(1) of the Competition Act].

7.85 Operators determined as having Significant Market Power under the Interconnection Directive are obliged to publish a standard interconnection agreement (strictly a reference interconnection offer) which contains standard prices for access and use of its network by other operators. SMP operators must, also, adhere to the principle of non-discrimination with regard to interconnection offered to others and must offer the same terms to all other operators as they provide to themselves. In these circumstances, it is unlikely that standard interconnection agreements will be in breach of the Chapter I prohibition and they will not therefore require notification. However, where an operator does wish to notify an agreement for other reasons this will need to be done under the Competition Act procedures as notification of interconnection agreements to Oftel to meet the requirements of the Interconnection Directive cannot be considered as notification of those agreements for the purposes of Chapter I.

ANEXOS

A. LEGISLACIÓN NACIONAL

1. DECRETO LEGISLATIVO 701

Decreto Legislativo del 5 de noviembre de 1991 (publicado el 7 de noviembre de 1991). Modificado por Decreto Ley N° 25868 publicado el 24 de noviembre de 1992, Decreto Ley N° 26004 publicado el 27 de diciembre de 1992, Decreto Legislativo N° 788 publicado el 31 de diciembre de 1994 y por Decreto Legislativo N° 807 publicado el 18 de abril de 1996.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República, de conformidad con el Artículo 188° de la Constitución Política del Perú, mediante Ley N° 25327 ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, para eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción de bienes y la prestación de servicios, permitiendo que la libertad de empresa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

decreto legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia

I. Título I
II. De los Alcances de la Ley
III. Capítulo Único

Artículo 1°. - Finalidad. La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

Título II
ÁMBITO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY
CAPÍTULO ÚNICO

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación. La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807)

Título III
Prohibiciones

Artículo 3°.- Actos y conductas prohibidas. Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, res-

trinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

Artículo 4°.- Posición de dominio en el mercado. Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Artículo 5°.- Abuso de posición de dominio en el mercado. Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

a. La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

b. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

c. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d. (Derogado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).

e. (Derogado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).

f. Otros casos de efecto equivalente (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

a. La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

b. El reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;

c. El reparto de las cuotas de producción;

d. La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

e. La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye práctica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonifi-

caciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones;

f. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación o prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

g. La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

h. La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. (Agregado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).

i. Otros casos de efecto equivalente. (Agregado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).

Artículo 7° .- (Derogado por el Artículo 5° D.Leg. N° 788).

Título IV
DE LOS ORGANISMOS COMPETENTES
Capítulo I

Capítulo I

De la Comisión de Libre Competencia

Artículo 8°.- Comisión de Libre Competencia. La Comisión de Libre Competencia es un organismo con autonomía técnica y administrativa, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de la presente Ley. (Modificado por el Artículo 4° D.Leg. N° 788 y Artículo 49° D.Leg. N° 807).1

Artículo 9°. - (Derogado por los Artículos 19° y 20° del D.Ley. N° 25868).2

Artículo 10° .- (Derogado por el Artículo 5° D.Leg. N° 788).

Artículo 11° .- (Artículo 19° del D. Ley N° 25868).3

Artículo 12° .- (Derogado por el Artículo 19° D. Ley N° 25868).4

Artículo 13° .- (Derogado por el Artículo 51° del D. Leg. N° 807).5

Artículo 14° .- Atribuciones de la Secretaría. Son atribuciones de la Secretaría:

a. Dictar opinión en los procedimientos por infracciones a la presente ley. (modificado por el Artículo 5° del D. Leg N° 788)6

b. Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones de Indecopi. Excepcionalmente y con el previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro. La solicitud de retiro deberá ser motivada y será resuelta en el término de veinticuatro (24) horas por el Juez de Primera Instancia, sin correr traslado a la otra parte (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

c. Realizar estudios y publicar informes;

d. (Derogado por el Artículo 5° del D.Leg. N° 788).

e. Elaborar las propuestas de reglamentos y adoptar las directivas que pudieran requerirse;

f. Cualquier otra que señalen las leyes o los reglamentos.

Título V
Del procedimiento
Capítulo único

Artículo 15°.- Inicio de la investigación. La investigación será iniciada por la Secretaría de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Si la Secretaría estima, existen indicios razonables de violación de la presente ley, notifica al presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley.

Artículo 16°.- Plazos de contestación y prueba. El denunciado podrá contestar los cargos en un plazo de quince (15) días, ofreciendo las pruebas correspondientes. Durante este período, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse en el procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes.

El término probatorio es de treinta (30) días contados a partir del vencimiento del plazo para la contestación. Los gastos de actuación de las pruebas son de cargo de las partes que las ofrecen, sin perjuicio de lo dispuesto por Artículo 23°.

Artículo 17°.- Opinión de la Secretaría y decisión de la Comisión. Vencido el término probatorio, la Secretaría expide opinión sobre los extremos de la denuncia, sugiriendo las sanciones a que haya lugar, y presenta el caso para decisión en primera instancia, a la Comisión, quien se pronuncia en plazo no mayor de cinco (05) días.

Artículo 18°.- Apelación y trámite ante el Tribunal. Las decisiones de la Comisión son apelables ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. El Tribunal resuelve la apelación dentro de los treinta (30) días de concedido el recurso. Las partes tienen derecho a presentar informes escritos y nuevas pruebas ante el Tribunal. (Modificado por Decreto Ley N° 25868).

Artículo 19°.- Acción Penal. Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5° e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6°, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232° del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

Artículo 20°.- Compromiso de cese o modificación de actos ilegales. Exoneración de responsabilidad. Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prue-

ba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos. (Ultimo párrafo agregado por el Artículo 12° D. Leg. N° 807).

Artículo 21°.- Medidas cautelares. En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

La solicitud de medida cautelar se podrá presentar en cualquier estado del procedimiento, aceptándola o desestimándola la Comisión de Libre Competencia en un plazo no mayor de 10 días útiles. La medida cautelar podrá decretarse aun antes de iniciarse un procedimiento de investigación. Sin embargo, dicha medida caducará si no se inicia un proceso de investigación dentro de los quince (15) días útiles siguientes de su notificación.

Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión de Libre Competencia no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios señalados en el Artículo 23°. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta, hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer otra multa o una sanción distinta al final del procedimiento. (Agregado por el Artículo 13° D. Leg. N° 807).

Artículo 22°.- Denuncias maliciosas. Quien en forma maliciosa o sin motivo atendible solicite a la Secretaría investigaciones, será responsable de las costas personales sin perjuicio de la responsabilidad civil a que haya lugar. Asimismo, será sancionado por delito de calumnia.

La Secretaría debe rechazar de plano solicitudes de investigación que sean manifiestamente infundadas.

Título VI De las sanciones pecuniarias

Artículo 23°.- Imposición y graduación de sanciones. La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3°, 5° y 6° las siguientes multas:

a. Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs. siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

b. Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibi-

dos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

1. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
4. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
5. La duración de la restricción de la competencia.
6. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

Artículo 24°.- Prescripción. Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (05) años de cometida la infracción.

La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

Artículo 25°.- Acción civil . Cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos por la presente Ley podrá ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios.

Quienes hayan sido denunciados falsamente también podrán ejercitar dicha acción.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 26° .- (Derogado por el Decreto Ley N° 25868).

Artículo 27°.- Disposición derogatoria. Quedan derogados todos los dispositivos legales que se opongan a la presente ley incluyendo el Decreto Supremo N° 467-85-EF y el Decreto Supremo N° 296-90-EF.

Artículo 28°.- Entrada en vigencia. La presente ley entrará en vigencia a los treinta días del establecimiento de la Comisión Nacional de la Libre Competencia. Por tanto:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima a los cinco días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Alberto Fujimori F.
Presidente de la República

Carlos Torres y Torres Lara
Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores

Carlos Boloña Behr
Ministro de Economía y Finanzas

Victor Joy Way Rojas
Ministro de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración

2. DECRETO LEGISLATIVO 807

Decreto Legislativo del 16 de abril de 1996 (publicado el 18 de abril de 1996).

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA:

CONSIDERANDO:

Que el Congreso de la República, en virtud de las Leyes N° 26553 y 26557, ambas expedidas de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, en primer lugar, en materia de reorganización, modificación de sistemas administrativos en general, asignación y ejecución de funciones de las entidades que lo conforman, y en segundo lugar, entre otras materias, sobre Libre Competencia y Prácticas que la restrinjan o limiten, Protección al Consumidor y Propiedad Intelectual.

Que de conformidad con el Decreto Ley N° 25868 de noviembre de 1992, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Que el Decreto Legislativo N° 701 y sus modificatorias prohibieron las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, en concordancia con el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

Que el Decreto Ley N° 26122 y sus modificatorias, así como los Decretos Legislativos N° 691, N° 716 y sus modificatorias establecieron el conjunto normativo destinado a la tutela del consumidor, y a la represión de las prácticas que, realizadas a través de cualquier medio, y en especial de la publicidad, violen los derechos de los consumidores reconocidos en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú y distorsionen la competencia leal y auténtica.

Que la experiencia de los tres años de existencia de Indecopi demuestra la conveniencia de efectuar determinadas modificaciones en su estructura orgánica a fin de dotarlo de mayor efectividad y eficacia en su acción y facilitar el acceso de los usuarios a los servicios que presta y a los procedimientos que tramita, tal como se precisa en la Exposición de Motivos presentada.

Que dicha experiencia demuestra que es necesario reformar el régimen vigente, adecuándolo a las nuevas coyunturas y exigencias de una política sostenida destinada a crear un marco institucional adecuado para el real funcionamiento de una economía social de mercado, en concordancia con lo dispuesto en el Título III de la Constitución Política del Perú.

Que con el objeto de otorgar mayor seguridad a los agentes económicos en relación con los procesos seguidos ante Indecopi, es necesario que se unifique, simplifique, y organice adecuadamente la dispersa normativa de procedimientos existentes, a fin de crear un procedimiento ágil y eficiente que resulte aplicable a las materias relacionadas con la Defensa del Consumidor y la Represión de la Competencia Desleal en el mercado.

Que en concordancia con lo anterior, y a fin de reforzar la actuación de Indecopi, es necesario que se precisen claramente las facultades de las Comisiones y Oficinas que lo conforman, se eleve substancialmente el monto de las multas, se incremente la magnitud de las otras sanciones existentes y se simplifiquen los procedimientos existentes.

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

Decreto Legislativo 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi

TÍTULO I

FACULTADES DE LAS COMISIONES Y OFICINAS DEL INDECOPI

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

Artículo 3.- Las Comisiones, las Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi podrán solicitar información a cualquier organismo público y cruzar los datos recibidos con aquellos que obtengan por otros medios. De la misma manera, podrán transferir información a otros organismos públicos, siempre que dicha información no tuviera el carácter de reservada por constituir un secreto industrial o comercial.

Artículo 4.- Toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de una Comisión, de una Oficina o de una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi dentro de un procedimiento administrativo tendrá el carácter de declaración jurada.

Las transcripciones de las grabaciones o filmaciones de las declaraciones realizadas ante los funcionarios de una Comisión o una Oficina del Indecopi requieren ser certificadas por el funcionario autorizado de éstas, constituyendo instrumentos públicos. Los interesados, sin embargo, podrán solicitar el cotejo de la transcripción con la versión grabada o filmada, a fin de comprobar su exactitud. La exactitud de las copias de los documentos y registros tomadas por una Comisión u Oficina serán certificadas por el funcionario autorizado de ésta.

Las respuestas a los cuestionarios o interrogatorios deberán ser categóricas y claras. Si la persona citada por la Comisión u Oficina respectiva se niega a declarar, la Comisión u Oficina apreciará ese hecho al momento de resolver, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5 de la presente norma.

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

Artículo 6.- La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad.

Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

Artículo 8.- Las Comisiones y Oficinas podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, el mismo que será prestado de inmediato bajo responsabilidad.

Artículo 9.- Las Comisiones y Oficinas podrán aprobar pautas o lineamientos que, sin tener carácter vinculante, orienten a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas cuya aplicación tiene encomendada cada Oficina o Comisión.

Artículo 10.- Las Comisiones y Oficinas podrán dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño. Para el dictado de dicha medida será de aplicación, en lo pertinente, lo previsto en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales de cada Comisión u Oficina.

TÍTULO II

NORMATIVA SOBRE ELIMINACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS

Artículo 11.- Modifíquese el texto de los artículos 2, 5 incisos a) y f), 6 incisos a), d) y g), 14 inciso b), 19 y 23 del Decreto Legislativo N° 701, según el siguiente texto:

"Artículo 2.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley."

"Artículo 5.- (...)

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

f) Otros casos de efecto equivalente."

"Artículo 6.- (...)

a) La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor.

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios."

"Artículo 14.- (...)

b) Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones de Indecopi. Excepcionalmente y con el previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro. La solicitud de retiro deberá ser motivada y será resuelta en el término de veinticuatro (24) horas por el Juez de Primera Instancia, sin correr traslado a la otra parte."

"Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión."

"Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los artículos 3, 5 y 6, las siguientes multas:

a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs. Siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UITs siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1ro de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

g. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.

h. La dimensión del mercado afectado.

i. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.

j. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.

k. La duración de la restricción de la competencia.

l. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción."

Artículo 12.- Deróguese los incisos d) y e) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, agréguese los incisos h), i) y j) al artículo 6 e incorpórese un párrafo adicional al artículo 20 del Decreto Legislativo N° 701:

"Artículo 6.- (...)

h) La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

i) El establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

j) Otros casos de efecto equivalente."

"Artículo 20.- (...)

Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, cualquier persona podrá, dentro de un procedimiento abierto por infracción a la presente ley, solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de la responsabilidad que le corresponda a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento. El compromiso de exoneración de responsabilidad será suscrito por el interesado y el Secretario Técnico y podrá contener la obligación de guardar reserva sobre el origen de las pruebas aportadas si así lo hubiera acordado la Comisión y la naturaleza de las pruebas así lo permitiera. El incumplimiento de la obligación de reserva generará en el funcionario las responsabilidades administrativas y penales previstas para el caso de toda información declarada reservada por la Comisión. La suscripción del compromiso y el cumplimiento de lo acordado por parte del interesado lo exonera de toda responsabilidad en la práctica llevada a cabo, no pudiendo la Comisión ni ninguna otra autoridad seguirle o iniciarle procedimiento por los mismos hechos".

Artículo 13.- Agréguese como artículo 21 del Decreto Legislativo N° 701 el siguiente texto:

"Artículo 21.- En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.

La solicitud de medida cautelar se podrá presentar en cualquier estado del procedimiento, aceptándola o desestimándola la Comisión de Libre Competencia en un plazo no mayor de 10 días útiles. La medida cautelar podrá decretarse aun antes de iniciarse un procedimiento de investigación. Sin embargo, dicha medida caducará si no se inicia un proceso de investigación dentro de los quince (15) días útiles siguientes de su notificación.

Si el obligado a cumplir una medida cautelar ordenada por la Comisión de Libre Competencia no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción no menor de 10 ni mayor de 100 UIT, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios señalados en el artículo 23. La multa que corresponda deberá ser pagada dentro del plazo de cinco días, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

En caso de persistir el incumplimiento a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión podrá imponer una nueva multa, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta, hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer otra multa o una sanción distinta al final del procedimiento."

TÍTULO III

NORMATIVA SOBRE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 14.- Modifíquese el texto de los artículos 9, 16, 18, 20 y 29 del Decreto Legislativo N° 691, en los términos siguientes:

"Artículo 9.- Los anuncios televisivos y/o radiofónicos de tabaco deben difundirse dentro de un horario comprendido entre las cero horas y las seis de la mañana. La publicidad de bebidas de alto grado alcohólico y de tabaco, cualquiera que sea el medio de difusión utilizado, deben estar siempre dirigidos a adultos y no deben dar la impresión de que su consumo es saludable o que es necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social.

Los anuncios referidos a los servicios de llamadas telefónicas de contenido erótico para entretenimiento de adultos, deben estar dirigidos siempre a éstos. La difusión de este tipo de anuncios sólo está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de las cero horas a las seis de la mañana. En todos los casos, la publicidad de estos servicios deberá indicar claramente el destino de la llamada, la tarifa por minuto, el horario en que ésta es aplicable, la identificación del anunciante y de la agencia de publicidad, de ser el caso."

"Artículo 16.- El incumplimiento de las normas establecidas por este Decreto Legislativo dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones al presente Decreto Legislativo serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

La rectificación publicitaria se realizará por cuenta del infractor, en la forma que determine la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que la publicidad objeto de sanción hubiera ocasionado."

"Artículo 18.- El procedimiento para sancionar las infracciones a las normas sobre publicidad comercial se regirá por lo dispuesto en el Procedimiento Unico de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal."

"Artículo 20.- Si el obligado no cumple en un plazo de tres días con lo ordenado en la resolución que pone fin a un procedimiento, se le impondrá una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, según los criterios a los que hace referencia el artículo 16, y se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la resolución, sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda."

"Artículo 29.- A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, todos los organismos integrantes del Estado quedan impedidos de aplicar sanciones en materia de publicidad comercial, debiendo denunciar ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal las infracciones a las normas de publicidad que conozcan en el área de su competencia, a fin de que este órgano proceda a imponer las sanciones que legalmente correspondan. Está prohibido el control previo de la publicidad en cualquier área o sector de la actividad económica sin excepción. La fiscalización de los anuncios, en todos los casos, sólo podrá realizarse con posterioridad a la difusión de éstos. Es nula cualquier sanción dispuesta por un órgano del Estado que contravenga lo señalado en el presente artículo."

Artículo 15.- Modifíquese el texto de los artículos 23, 24 y 26 del Decreto Ley N° 26122 en los términos siguientes:

"Artículo 23.- Las pretensiones o pedidos a que se refiere el artículo 22 podrán acumularse. La acumulación también podrá producirse, en la medida en que no sea incompatible, con las acciones que establece la normatividad sobre publicidad."

"Artículo 24.- El incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones a la presente Ley serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

"Artículo 26.- Si el obligado no cumple en un plazo de tres (3) días con lo ordenado en la resolución que pone fin a un procedimiento, se le impondrá una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, según los criterios a los que hace referencia el artículo 24, y se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la resolución, sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda."

Artículo 16.- Agréguese un nuevo artículo 25 del Decreto Ley N° 26122, de acuerdo al siguiente texto:

"Artículo 25.- El procedimiento para sancionar las infracciones a las normas sobre competencia desleal se regirá por lo dispuesto en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal."

Artículo 17.- Deróguese los artículos 22 inciso g), 28 y 29 del Decreto Ley N° 26122, y los artículos 19, 21, 22, 23, 26, 27 y 28 del Decreto Legislativo N° 691. Adicionalmente, déjese sin efecto los párrafos segundo y tercero del artículo 92 del Decreto Supremo N° 206-92-EF, las Resoluciones N° 033-93-EF/SAFP y N° 099-93-EF/SAFP, los artículos 13 y 14 del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI y el Decreto Supremo N° 005-93-ITINCI.

TÍTULO IV

NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Artículo 18.- Modifíquese el texto de los artículos 3 inciso d), 11, 13, 16, 21, 22, 24 inciso g), 38, 40 y 41 del Decreto Legislativo N° 716, en los términos siguientes:

"Artículo 3.- (...)

d) Servicios.- Cualquier actividad de prestación de servicios, que se ofrece en el mercado a cambio de una retribución, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, de seguridad y los servicios profesionales. Se exceptúan los servicios que se brindan bajo relación de dependencia."

"Artículo 11.- En el caso de la producción, fabricación, ensamble, importación, distribución o comercialización de bienes respecto de los que no se brinde el suministro oportuno de partes y accesorios o servicios de reparación y mantenimiento o en los que dichos suministros o servicios se brinden con limitaciones, los proveedores deberán informar de tales circunstancias de manera clara e inequívoca al consumidor. De no brindar dicha información, quedarán obligados y serán responsables por el oportuno suministro de partes y accesorios, servicios de reparación y de mantenimiento de los bienes que produzcan, fabriquen, ensamblen, importen o distribuyan, durante el lapso en que los comercialicen en el mercado nacional y, posteriormente, durante un lapso razonable en función de la durabilidad de los productos."

"Artículo 13.- Queda prohibida la realización de propuestas al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre un bien o servicio que no hayan sido requeridos previamente y que generen un cargo automático en cualquier sistema de débito o que interpreten el silencio del consumidor como aceptación a dicho cargo. Si con la oferta se envió un bien, incluso si se indicara que su devolución puede ser realizada sin costo alguno para el receptor, el receptor no está obligado a conservarlo ni a restituirlo al remitente."

"Artículo 16.- Toda información sobre productos de manufactura nacional proporcionada a los consumidores deberá efectuarse en términos comprensibles en idioma castellano y de conformidad con el sistema legal de unidades de medida. Tratándose de productos de manufactura extranjera, deberá brindarse en idioma castellano la información relacionada con las condiciones de las garantías, las advertencias y riesgos previsibles, así como los cuidados a seguir en caso de que se produzca un daño."

"Artículo 21.- El precio a considerar a efectos del pago con tarjeta de crédito será el precio al contado; el proveedor deberá informar, previa y expresamente, la existencia de cargos adicionales. Toda oferta, promoción, rebaja o descuento exigible respecto de la modalidad de pago al contado, será también exigible por el consumidor que efectúa pagos mediante el uso de tarjetas de crédito, salvo que se ponga en conocimiento adecuadamente del consumidor, en la publicidad o información respectiva y de manera expresa, lo contrario."

"Artículo 22.- La publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas."

"Artículo 24.- (...)

g) El derecho que tiene el consumidor a liquidar anticipadamente el saldo del crédito, con la consiguiente reducción de los intereses y la indicación de los cargos y costos de esta operación para el consumidor."

"Artículo 38.- La Comisión de Protección al Consumidor, establecerá, directamente o mediante convenios con instituciones públicas o privadas, mecanismos alternativos de resolución de disputas del tipo de arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos, que mediante procedimientos sencillos y rápidos, atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las competencias administrativas.

El incumplimiento de acuerdos, laudos arbitrales o resoluciones en favor de los derechos de los consumidores constituyen infracciones al presente Decreto Legislativo.

La Comisión queda facultada a sancionar el incumplimiento de los acuerdos, laudos o resoluciones que pongan fin a la controversia entre las proveedores y consumidores, de la siguiente manera:

a) Si el incumplimiento del proveedor afectase un acuerdo:

   Aplicar a la parte incumplidora, en calidad de multa, hasta el triple de lo incumplido. En caso de que lo incumplido no implicase el pago de una suma de dinero, podrá imponer multas de hasta dos (2) UIT por cada cinco (05) días útiles de incumplimiento, hasta el total cumplimiento.

b) Si el incumplimiento del proveedor afectase un laudo o cualquier resolución:

   Aplicar a la parte incumplidora, en calidad de multa, hasta el triple de lo incumplido respecto de lo dispuesto en el laudo o resolución. En caso de que lo fallado en el laudo o resolución no implicase el pago de una suma de dinero, podrá imponer multas de hasta dos (2) UIT por cada cinco (05) días útiles de incumplimiento, hasta el total cumplimiento.

En todos los supuestos de incumplimiento mencionados, la Comisión podrá continuar el procedimiento y pronunciarse conforme a su competencia, independientemente de que el consumidor opte por la ejecución de lo incumplido en la vía legal correspondiente."

"Artículo 40.- El procedimiento administrativo se inicia a solicitud del consumidor agraviado o de oficio por decisión de la Comisión de Protección al Consumidor o de su Secretaría Técnica y se rige por las disposiciones contenidas en el presente Decreto Legislativo y en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal."

"Artículo 41.- (...)

b) Multa, hasta un máximo de cien (100) UIT. "

Artículo 19.- Agréguese como último párrafo del artículo 24 del Decreto Legislativo N° 716, el siguiente texto:

"Artículo 24.- (...)

Cuando una entidad bancaria o financiera conceda crédito al consumidor, estará obligada a informar previamente los datos a que se refieren los incisos b), c), d), e) y g) del presente artículo. "

Artículo 20.- Deróguese los artículos 24 inciso h), 27 y 41 último párrafo del Decreto Legislativo N° 716.

Artículo 21.- Agréguese los artículos 46, 50 y 51 al Decreto Legislativo N° 716, en los siguientes términos:

"Artículo 46.- La autoridad competente para conocer de los procedimientos administrativos y la imposición de las sanciones previstas en la presente norma, es la Comisión de Protección al Consumidor. La competencia de la Comisión de Protección al Consumidor sólo podrá ser negada por norma expresa de rango legal."

"Artículo 50.- El Secretario Técnico y la Comisión de Protección al Consumidor están facultados para reunir información relativa a las características y condiciones de los productos o servicios que se expenden en el mercado, con el objeto de informar al consumidor para permitirle tomar una adecuada decisión de consumo. La información que se ofrezca tendrá el carácter de una opinión y generará responsabilidad en caso de que la misma haya sido emitida de manera maliciosa.

Los procedimientos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor tienen carácter público. En esa medida, el Secretario Técnico y la Comisión de Protección al Consumidor se encuentran facultados para disponer la difusión de información vinculada a los mismos, siempre que lo consideren pertinente en atención a los intereses de los consumidores afectados y no constituya violación de secretos comerciales o industriales."

"Artículo 51.- El Indecopi, previo acuerdo de su Directorio, se encuentra legitimado para promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado por el artículo 82 del Código Procesal Civil, los mismos que se tramitarán en la vía sumarísima. En estos procesos se podrán acumular de manera genérica las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, reparación o sustitución de productos, reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquéllas. El Indecopi podrá delegar esta facultad en entidades públicas y privadas que estén en capacidad de representar los intereses de los consumidores. El Juez admitirá la legitimidad para obrar de la entidad respectiva, sin más trámite que la presentación del documento en que consta la delegación efectuada por Indecopi.

El Juez conferirá traslado de la demanda el mismo día que se efectúen las publicaciones a la que se hace referencia en la norma mencionada en el párrafo anterior. El Indecopi representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquéllos no manifestarán expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas dichas publicaciones, vencido el cual se citará a la audiencia de conciliación.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta será cobrada por el Indecopi, quien luego prorrateará su monto o velará por su ejecución entre los consumidores que se apersonen ante dicho organismo, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

Transcurrido un año desde la fecha en que el Indecopi cobre efectivamente la indemnización, el saldo no reclamado se destinará a un fondo especial para el financiamiento y la difusión de los derechos de los consumidores, de información relevante para los mismos y del sistema de patrocinio de intereses difusos.

Mediante Decreto Supremo se establecerán los alcances y mecanismos para llevar a cabo el adecuado uso del fondo mencionado en el párrafo anterior, así como para regular los procedimientos de distribución del monto obtenido o de ejecución de las obligaciones en favor de los consumidores afectados.

Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos anteriores, el Indecopi podrá representar los intereses individuales de los consumidores ante cualquier autoridad pública o cualquier otra persona o entidad privada, bastando para ello la existencia de una simple carta poder suscrita por el consumidor afectado. Tal poder faculta al Indecopi a exigir y ejecutar cualquier derecho del consumidor en cuestión.

TÍTULO V

PROCEDIMIENTO ÚNICO DE LA COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y DE LA COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 22.- Las disposiciones contenidas en el presente Título regirán los procedimientos administrativos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor y ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. El procedimiento seguido ante la Comisión de Protección al Consumidor se rige también por las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 716.

Artículo 23.- El procedimiento ante la Comisión correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia a pedido de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo a dar cuenta a la Comisión.

Artículo 24.- El Secretario Técnico se encargará de la tramitación del procedimiento. Para ello, cuenta con las siguientes facultades:

a) Notificar al interesado en caso que sea necesario subsanar omisiones a la solicitud presentada, y en caso de no producirse tal subsanación rechazar definitivamente la solicitud.

b) Someter a la consideración de la Comisión aquellas denuncias que tengan la documentación completa y cumplan con los requisitos exigidos por ley, a efectos de que esta última las admita a trámite.

c) Admitir denuncias a trámite, en aquellos casos en que la Comisión le haya delegado esta facultad.

d) Efectuar todas las notificaciones relativas a la tramitación del procedimiento mediante oficio, carteles, facsímil, transmisión de datos, correo electrónico o cualquier medio que garantice su recepción por parte de los destinatarios.

e) Declarar la pertinencia o improcedencia de los medios probatorios ofrecidos por las partes, disponer de oficio la actuación de medios probatorios y actuar los que correspondan.

f) Llevar a cabo las inspecciones e investigaciones necesarias para otorgar mayores elementos de juicio a la Comisión, así como las fiscalizaciones que, de ser el caso, se contemplen en disposiciones legales y reglamentarias, que considere pertinentes o que sean requeridas por la Comisión.

g) Conducir las audiencias de conciliación que sean programadas, o delegar la conducción de ellas en otras personas, de ser el caso.

h) Las demás que el Decreto Ley N° 25868, su Reglamento y demás disposiciones legales le otorgan.

Artículo 25.- La Comisión se pronunciará sobre la admisión a trámite de la denuncia, el dictado de las medidas cautelares, las nulidades por defectos de procedimiento, la resolución final, y la concesión o denegación de recursos impugnativos

Artículo 26.- Una vez admitida a trámite la denuncia, se correrá traslado de la misma al denunciado, a fin de que éste presente su descargo. El plazo para la presentación del descargo será de cinco (5) días contados desde la notificación, vencido el cual, el Secretario Técnico declarará en rebeldía al denunciado que no lo hubiera presentado.

En el caso de los procedimientos de oficio, el plazo para la presentación de descargos correrá a partir de la fecha en la que el Secretario Técnico notifica al denunciado los hechos materia de investigación, así como la tipificación y descripción de la presunta infracción. El Secretario Técnico podrá realizar las inspecciones e investigaciones que considere necesarias, antes de enviar dicha comunicación. La notificación de la denuncia podrá efectuarse simultáneamente con la realización de una inspección, ya sea a pedido del denunciante o de oficio, en caso de que el Secretario Técnico considere que su actuación sea pertinente.

Artículo 27.- En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias de las siguientes medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva:

j. La cesación de los actos materia de denuncia.

k. El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y material publicitario materia de denuncia.

l. El cese preventivo de la publicidad materia de denuncia.

m. La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.

n. El cierre temporal del establecimiento del denunciado.

o. Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad la cesación de éste.

La Comisión podrá, de considerarlo pertinente, ordenar una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte interesada. En caso de existir peligro actual o inminente si es que no se adoptan las medidas cautelares correspondientes, el Secretario Técnico podrá imponerlas, con cargo a dar cuenta inmediatamente a la Comisión. La Comisión ratificará o levantará la medida cautelar impuesta.

Artículo 28.- Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento.

Artículo 29.- En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, el Secretario Técnico podrá citar a las partes a audiencia de conciliación. La audiencia se desarrollará ante el Secretario Técnico o ante la persona que éste designe. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la denuncia, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de transacción extrajudicial. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

Artículo 30.- En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, las partes podrán someterse a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros. Si las partes decidieran someterse a arbitraje, podrán suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobará el Directorio de Indecopi a propuesta de las Comisiones correspondientes. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

Artículo 31.- Las partes sólo podrán ofrecer los siguientes medios probatorios:

g. Pericia;

h. Documentos, incluyendo todo tipo de escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y video, la telemática en general y demás objetos y bienes que recojan, contengan o representen algún hecho, una actividad humana o su resultado; y

i. Inspección.

Excepcionalmente podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas, sólo si a criterio del Secretario Técnico o de la Comisión, éstas revisten especial importancia para la resolución del caso.

Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho.

Artículo 33.- Tanto para la actuación de las pruebas como para la realización de las diligencias, el Secretario Técnico o la persona designada por éste podrá requerir la intervención de la Policía Nacional, sin necesidad de notificación previa, a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 34.- Vencido el plazo para presentar el descargo o actuadas las pruebas que fueren necesarias, el Secretario Técnico pondrá en conocimiento de la Comisión todo lo actuado. Si de la revisión de la información presentada, la Comisión considera necesario contar con mayores elementos de juicio, le indicará al Secretario Técnico que notifique a las partes a fin de que éstas absuelvan las observaciones que se establezcan en el plazo que aquélla determine, o que actúe las pruebas de oficio que considere necesarias. Las partes deberán absolver las observaciones por escrito, acompañando los medios probatorios que consideren convenientes.

Artículo 35.- Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante ésta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la importancia y trascendencia del caso.

Artículo 36.- El monto de las multas que aplique la Comisión será calculado en base a la UIT vigente en el día del pago voluntario, o en la fecha en que se haga efectiva la cobranza coactiva.

Artículo 37.- La sanción de multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución que puso fin a la instancia, en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es la apelación contra la resolución que pone fin a la instancia. El plazo para interponer dicho recurso es de cinco (5) días. No cabe plantear el recurso de reconsideración. La interposición de recursos impugnativos no procede contra la resolución que impone medidas cautelares, ni contra cualquier otra resolución que no ponga fin a la instancia. Sin embargo, el afectado por una medida cautelar podrá solicitar ante la propia Comisión su modificación o levantamiento, si aporta nuevos elementos de juicio que lo justifiquen.

Artículo 39.- Los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del proceso serán de cargo de la parte que solicita la prueba, salvo pacto en contrario. En todos los casos, la resolución final determinará si los gastos deben ser

asumidos por alguna de las partes, o reembolsados a la otra parte o al Indecopi, según sea el caso, de manera adicional a la sanción que haya podido imponerse.

Artículo 40.- El Secretario Técnico de la Comisión queda encargado de llevar un registro de las sanciones aplicadas, con la finalidad de informar al público, así como para detectar casos de reincidencia.

Artículo 41.- Los plazos establecidos en el presente Decreto Legislativo se computarán en días hábiles y podrán excepcionalmente ser prorrogados, de oficio o a petición de parte, si la complejidad del caso lo amerita. En ningún caso se podrá conceder como plazo adicional uno mayor a tres veces el plazo establecido.

TÍTULO VI

ELIMINACIÓN DE EXIGENCIAS Y FORMALIDADES COSTOSAS

Artículo 42.- En los procedimientos seguidos ante todas las Oficinas, Comisiones y el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi no es obligatoria la intervención de abogado y en consecuencia no puede establecerse como requisito de admisibilidad de los recursos que se presenten en dichos procedimientos que éstos estén autorizados por letrado.

Sin embargo, las partes tienen el derecho de hacerse asesorar o representar por abogado en cualquier procedimiento seguido ante Indecopi. En este caso, las Oficinas, Comisiones y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual deberán brindarle las máximas facilidades para el ejercicio de su función, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y en sus disposiciones reglamentarias.

TÍTULO VII

PUBLICACIÓN DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

TÍTULO VIII

PROHIBICIONES, INCOMPATIBILIDADES Y RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS

Artículo 44.- Es incompatible con el desempeño de las funciones de miembro del Directorio, vocal del Tribunal, Jefe de Oficina y Secretario Técnico ejercer el cargo de Presidente de la República, Vicepresidente, Miembro del Congreso, Contralor General de la República, Ministro de Estado, Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, Subcontralor General de la República, Vice Ministro y Director General de Ministerio, Alcalde y cualquier otro cargo en que se ejerza autoridad política, mientras ejerza el cargo o hasta seis meses después de cesar en el mismo por cualquier causa.

Artículo 45.- Los miembros del Directorio, los vocales del Tribunal, los miembros de las Comisiones, los Jefes de Oficina, los Secretarios Técnicos, y, en general, el personal de Indecopi o los

que ocupen cargos funcionales equivalentes en las entidades delegadas de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788, están prohibidos de:

a) Defender o asesorar pública o privadamente causas ante el Indecopi, o ante cualquier entidad delegada de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788, salvo causa propia o la de su cónyuge o concubino. Esta prohibición subsistirá a su alejamiento del cargo para aquellas causas en que hubiesen participado directamente como funcionarios de Indecopi o de una entidad delegada según fuera el caso.

b) Aceptar de los usuarios o sus abogados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge o concubino, ascendiente, descendiente o hermano, por el ejercicio de sus funciones.

c) Admitir o formular recomendaciones en procesos seguidos ante el Indecopi o cualquier entidad delegada de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788, salvo aquellas que les corresponde efectuar en ejercicio de las competencias de su cargo.

d) En el caso de los vocales del Tribunal, miembros de Comisiones y Jefes de Oficina sostener conversaciones con las partes, o sus abogados, o representantes, en las que se toquen o discutan las posiciones planteadas en un expediente en trámite ante dicho funcionario o ante el órgano funcional del cual forma parte dicho funcionario, salvo que esté presente la otra parte, su abogado o su representante en dicha conversación.

Artículo 46.- Los vocales del Tribunal, los miembros de las Comisiones, los Jefes de Oficina y los Secretarios Técnicos y los que ocupen cargos funcionales equivalentes en las entidades delegadas de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788 son recusables por las causales previstas en el artículo 17 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. El órgano o funcionario que conoce del procedimiento conocerá también de la recusación, la misma que deberá formularse por escrito.

El órgano o funcionario que acepte la procedencia de la causal deberá abstenerse de conocer el caso en cuestión, pero de no aceptarla emitirá un informe al respecto y formará un cuaderno, remitiéndolo al Presidente de la Sala competente del Tribunal para que resuelva sobre la procedencia de la causal, sin que esto pueda suspender el procedimiento. En caso de que la causal se invoque o se refiera a un vocal del Tribunal, se remitirá el cuaderno a la otra Sala para que ésta resuelva.

También resultan aplicables a las personas mencionadas los supuestos de responsabilidad previstos en el artículo 28 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y las sanciones previstas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo N° 276, en lo que sea pertinente. Corresponde al Órgano de Control Interno del Indecopi realizar las investigaciones correspondientes, sea de oficio o a instancia de parte. Las sanciones a que se refiere este artículo serán impuestas por el Directorio del Indecopi.

TÍTULO IX

NORMATIVA SOBRE EL TRIBUNAL

Artículo 47- Deróguese el inciso d) del artículo 13 y modifíquese los artículos 11 y 12 del Decreto Ley N° 25868, en los términos siguientes:

"Artículo 11.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual está constituido por dos Salas: la Sala de Defensa de la Competencia, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones del Indecopi y la Sala de la Propiedad Intelectual, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Oficinas del Indecopi. Cada Sala contará con el apoyo de un Secretario Técnico, que será designado por el Directorio.

La Sala de Propiedad Intelectual está integrada por cuatro vocales y la Sala de Defensa de la Competencia por seis vocales, todos ellos designados por Resolución Suprema refrendada por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales a propuesta del Directorio el que tomará en consideración la opinión del Consejo Consultivo. Los vocales reunidos en Sala Plena elegirán de su seno un Presidente y un Vicepresidente por un período de un año. Asimismo, cada Sala elegirá a un Presidente y Vicepresidente de Sala por el mismo lapso. Los Vicepresidentes podrán sustituir a los Presidentes en casos de ausencia o impedimento. Los cargos son ejercidos por un período de un año, siendo posible la reelección.

En caso de ausencia o impedimento de algún vocal, un vocal de una Sala podrá ser también reemplazado por un vocal de la otra para completar el quórum necesario.

Con la periodicidad que determine el Presidente del Tribunal, o cuando las necesidades funcionales lo exijan o lo soliciten al menos tres vocales o el Directorio del Indecopi, se producirá la reunión de Sala Plena del Tribunal con la asistencia de los vocales integrantes de ambas Salas. Las funciones del Secretario Técnico, en el caso de Sala Plena, serán ejercidas por el Secretario Técnico de la Sala a la cual pertenezca el Presidente del Tribunal. El quórum para la reunión de Sala Plena es de siete vocales, tomando las decisiones por mayoría simple de los vocales asistentes, teniendo el Presidente del Tribunal voto dirimente. La Sala Plena se reunirá para:

c. Dictar directivas para la determinación de las competencias entre los distintos órganos funcionales.

d. Resolver las contiendas de competencia que surjan entre los órganos funcionales.

e. Designar al Presidente del Tribunal.

f. Dictar directivas de orden procesal.

g. Adoptar los acuerdos que sean necesarios para su mejor desarrollo y funcionamiento".

"Artículo 12. - Son requisitos para ser designado miembro del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ser profesional titulado con no menos de cinco años de experiencia profesional y con reconocida solvencia moral. El cargo de vocal del Tribunal podrá ser desempeñado a tiempo completo o a tiempo parcial, según establezca el Directorio en cada caso."

Artículo 48.- Modifíquese el artículo 14 del Decreto Ley N° 25868 en los términos siguientes:

"Artículo 14.- La Sala de Propiedad Intelectual requiere la concurrencia de tres vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones por dos votos conformes. El Presidente de la Sala tiene voto dirimente en caso de empate.

La Sala de Defensa de la Competencia requiere la concurrencia de cuatro vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones por tres votos conformes. El Presidente de la Sala tiene voto dirimente en caso de empate.

Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere que el caso amerita reserva porque podría vulnerarse el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas en el proceso."

TÍTULO X

NORMATIVA SOBRE LAS COMISIONES

Artículo 49.- Modifíquese los artículos 18, 19 incisos c) y d), 20 incisos a) y c), 27 y 49 del Decreto Ley N° 25868 en los términos siguientes:

"Artículo 18.- El Indecopi tiene siete Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, que son las siguientes:

a. Comisión de Libre Competencia;

b. Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;

c. Comisión de Protección al Consumidor;

d. Comisión de Represión de la Competencia Desleal;

e. Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales;

f. Comisión de Salida del Mercado; y

g. Comisión de Acceso al Mercado."

"Artículo 19.- (...)

c) Están integradas por seis miembros, uno de los cuales la preside;

d) Eligen a su Presidente y Vice Presidente;"

"Artículo 20.- (...)

a) Son designados por el Directorio del Indecopi, previa opinión del Consejo Consultivo.

c) El cargo de Presidente es ejercido por un año, transcurrido el cual quien detente el cargo puede ser reelegido, siendo el límite máximo para el ejercicio del cargo 5 años consecutivos;"

"Artículo 27.- Las resoluciones de las Comisiones que pongan fin a la instancia podrán ser apeladas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Secretario Técnico de la Comisión podrá apersonarse, en los procedimientos iniciados o impulsados de oficio, ante el Tribunal a fin de sustentar y defender las resoluciones que hubiese dictado su Comisión en las apelaciones que se hubieran planteado contra ellas. Dicha defensa se ejercerá en aquellos casos en que la Comisión respectiva lo considere necesario y será ejercida por el Secretario Técnico o la persona que éste designe."

"Artículo 49.- Todos los cargos que desempeñan las personas que laboran en el Indecopi son remunerados, con excepción de los miembros del Consejo Consultivo. El pago de la remuneración a que se refiere el párrafo anterior procede siempre que no se trate de funcionarios o servidores públicos que desempeñan otros empleos o cargos remunerados por el Estado. En este último caso perciben una dieta, conforme a lo que establezca el Reglamento del presente Decreto Ley."

Artículo 50.- Agréguese un párrafo adicional al artículo 26 e incorpórese el artículo 26 BIS al Decreto Ley N° 25868, en los términos siguientes:

"Artículo 26.- (...)

La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales es el Organismo Nacional de Normalización y Acreditación."

"Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757, el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formu-

lación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizará a través de un informe que será elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede también será de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior."

Artículo 51.- Modifíquese el artículo 46 del Decreto Ley N° 25868 en los términos siguientes:

"Artículo 46.- Cada una de las Comisiones a que se refiere el Capítulo II del Título V del presente Decreto Ley, cuenta con una Secretaría Técnica que le sirve de órgano de enlace con la estructura orgánica administrativa del Indecopi.

Cada una de las Secretarías Técnicas a que se refiere el párrafo anterior depende funcionalmente de su correspondiente Comisión y está a cargo de una o más personas, designadas por el Directorio del Indecopi, teniendo en cuenta las propuestas de la Comisión respectiva.

En caso de ausencia o impedimento de quien se encuentra nombrado para ejercer la Secretaría Técnica, asumirá sus funciones la persona que la Comisión designe para el efecto, quien actuará como Secretario Técnico encargado. Dicha encargatura no podrá comprender un período superior a un mes. Luego de dicho plazo corresponde al Directorio de Indecopi designar a la persona que ejerza el cargo. Este artículo es también aplicable a los Secretarios Técnicos del Tribunal, en lo que fuera pertinente."

Artículo 52.- Modifíquese la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, en los siguientes términos:

"La Comisión de Salida del Mercado es competente para conocer sobre la declaratoria de insolvencia de los deudores, el reconocimiento de la titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos, la realización de las Juntas de Acreedores y todos los demás asuntos relacionados con dichos temas, conforme a lo establecido en el presente Decreto Ley."

Artículo 53.- En toda norma vinculada con la aplicación del Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, o con la declaración de insolvencia, reestructuración, liquidación o quiebra de empresas o personas naturales que realicen actividad empresarial en forma individual, cuando se refiera a la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, se entenderá referida a la Comisión de Salida del Mercado. En toda norma vinculada a la eliminación de barreras burocráticas tal como ha quedado definido en el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868, cuando se mencione a la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado, se entenderá referida a la Comisión de Acceso al Mercado.

Asimismo, entiéndase que toda referencia a la Comisión de Supervisión de Publicidad y Represión de la Competencia Desleal en cualquier norma legal, ha quedado sustituida por la referencia a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Por otra parte, cualquier referencia a la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Paraarancelarias ha quedado sustituida por la referencia a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales.

Artículo 54.- Cuando en un procedimiento a cargo de la Comisión de Salida del Mercado surjan controversias entre las partes involucradas, y siempre que éstas lo soliciten y la Comisión lo acepte en este sentido, la resolución que emita la Comisión sobre el tema materia de controversia tendrá carácter de laudo arbitral definitivo e inapelable, siempre que en la tramitación se haya

cumplido con las disposiciones contenidas en el reglamento que se menciona en el párrafo siguiente.

Las partes se sujetarán al reglamento arbitral que haya elaborado la Comisión de Salida del Mercado y que haya sido aprobado por el Directorio del Indecopi. La existencia de esta vía no enerva el derecho de las partes a someterse a un arbitraje distinto.

TÍTULO XI

TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA EXTRANJERA

Artículo 55.- Transfiérase las funciones de la Oficina de Transferencia de Tecnología Extranjera a las Oficinas de Signos Distintivos e Invenciones y Nuevas Tecnologías.

Artículo 56.- Se entienden registrados los contratos de transferencia de tecnología extranjera a que se refiere la Decisión N° 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena con el registro de las licencias de uso de signos distintivos ante la Oficina de Signos de Distintivos del Indecopi; con el registro de la licencia para la explotación de patentes u otros derechos de propiedad industrial y la inclusión en el listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia de origen extranjero ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi según corresponda.

Artículo 57.- Quedan establecidos como Organismos Nacionales Competentes, para efectos del registro de contratos de transferencia de tecnología extranjera a que se refiere la Decisión N° 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la Oficina de Signos Distintivos o la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi, según corresponda.

TÍTULO XII

NORMATIVA SOBRE LAS OFICINAS

Artículo 58.- Modifíquese los artículos 30, 32 inciso a) y 38 del Decreto Ley N° 25868, según el siguiente texto:

"Artículo 30.- El Indecopi tiene tres oficinas destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, que son las siguientes:

a) La Oficina de Signos Distintivos;

b) La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías; y

c) La Oficina de Derechos de Autor."

"Artículo 32.- (...)

a) Son designados por el Directorio del Indecopi, previa opinión del Consejo Consultivo."

"Artículo 38.- Las resoluciones de las Oficinas a que se refiere el presente capítulo podrán ser apeladas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. El Jefe de Oficina podrá apersonarse, en los procedimientos iniciados o impulsados de oficio, ante el Tribunal a fin de sustentar y defender las resoluciones que hubiese dictado en las apelaciones que se hubieran planteado contra ellas. Dicha defensa se ejercerá en aquellos casos en que el Jefe de Oficina respectivo lo considere necesario y será ejercida por el Jefe de Oficina o por la persona que éste designe."

TÍTULO XIII

NORMATIVA SOBRE EL DIRECTORIO

Artículo 59.- Modifíquese los incisos c) y d) y agréguese los incisos e) y f) al artículo 4 del Decreto Ley N° 25868, los que quedarán redactados de la siguiente manera:

"Artículo 4.- (...)

c) Designar a los miembros del Consejo Consultivo, a los miembros de las Comisiones y a sus Secretarios Técnicos, a los Secretarios Técnicos del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, así como a los Jefes de las Oficinas a que se refieren los Capítulos II y III del Título V del presente Decreto Ley. Para la elección de los miembros de las Comisiones y de los Jefes de Oficina contará con la opinión que emita el Consejo Consultivo.

d) Expedir directivas normando el funcionamiento administrativo del Indecopi, en el marco de las normas contenidas en el presente Decreto Ley y en su reglamento.

e) Crear o desactivar, así como modificar el régimen de las Gerencias y Subgerencias de la institución.

f) Otras que se le encomienden."

TÍTULO XIV

NORMATIVA SOBRE EL CONSEJO CONSULTIVO

Artículo 60.- Modifíquese los artículos 6, 7 inciso e) y 8 del Decreto Ley N° 25868, en los términos siguientes:

"Artículo 6.- El Consejo Consultivo es el órgano de consulta del Indecopi. Está integrado por profesionales y especialistas de reconocida capacidad y experiencia. En su designación deberá buscarse que sus integrantes representen distintos sectores de la actividad pública y privada que guarden relación con el rol y funciones de Indecopi y que reflejen pluralidad de perspectivas."

"Artículo 7.- (...)

e) Emitir opinión, a solicitud del Directorio, en la designación de los vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, los miembros de las Comisiones y los Jefes de Oficina."

"Artículo 8.- El Consejo Consultivo será presidido por el Presidente del Directorio del Indecopi y estará integrado por un número no menor a seis y no mayor a doce miembros. La designación de sus integrantes así como la determinación del número de miembros corresponde al Directorio del Indecopi."

TÍTULO XV

NORMATIVA SOBRE LAS GERENCIAS

Artículo 61.- Agréguese un último párrafo al artículo 44 del Decreto Ley N° 25868, de acuerdo al siguiente texto:

"Sin perjuicio de lo establecido en los incisos precedentes, el Directorio se encuentra facultado para crear nuevas Gerencias y Subgerencias, así como para desactivarlas o modificar su régimen, de acuerdo con las necesidades de la institución, y siempre dentro del marco de lo que dispongan las normas presupuestarias."

Artículo 62.- Modifíquese el artículo 45 del Decreto Ley N° 25868, de acuerdo al siguiente texto:

"Artículo 45.- Las funciones específicas de cada una de las Gerencias se establece en el Reglamento del presente Decreto Ley y en los acuerdos que sobre el particular tome el Directorio del Indecopi."

TÍTULO XVI

DESTINO DE LOS BIENES INCAUTADOS O DECOMISADOS

Artículo 63.- En los casos en que las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi ordenen la incautación o decomiso de bienes, ya sea de manera provisional o definitiva, dichos bienes serán depositados en el lugar que para el

efecto señale el accionante, a su cuenta, costo y riesgo, debiendo designarse al depositario en el propio acto de la diligencia. El depositario al aceptar el cargo será instruido de sus obligaciones y responsabilidades. Cuando la incautación o decomiso sea ordenado de oficio, corresponderá al Indecopi la designación del depositario.

Luego de consentida la resolución de primera instancia o agotada la vía administrativa en los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, y no habiéndose impugnado lo ordenado ante el Poder Judicial dentro del término de ley, los bienes incautados o decomisados serán adjudicados por el Directorio del Indecopi a entidades estatales que desarrollen labores o programas de apoyo social, a instituciones sin fines de lucro o a actividades benéficas, las mismas que deberán velar porque dichos bienes no sean comercializados, salvo en los casos a que se refiere el siguiente párrafo.

Tratándose de bienes que consignen un signo distintivo ilegítimo o utilicen derechos de propiedad intelectual de manera ilegal, se procederá, de ser posible, a la destrucción o eliminación de dichos signos distintivos ilegítimos o derechos de propiedad usados ilegalmente, antes de proceder a su adjudicación.

El Indecopi procederá a la destrucción de los bienes incautados o decomisados, una vez transcurridos los términos de ley conforme a lo prescrito en el párrafo anterior, en los casos siguientes:

a. Cuando atenten contra la salud, la moral o el orden público; o

b. Cuando su distribución cause un perjuicio económico directo al titular del derecho de propiedad intelectual por generarle una restricción a su actividad comercial o constituir competencia en el mercado.

TÍTULO XVII

PROCESOS JUDICIALES

Artículo 64.- Modifíquese el artículo 17 del Decreto Ley N° 25868, de acuerdo al siguiente texto:

"Artículo 17.- Las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual podrán ser impugnadas en la vía judicial, en primera instancia, ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República a que se refiere el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las resoluciones que expida la referida Sala podrán ser apeladas, en segunda instancia, ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Las resoluciones emitidas por las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnatorios que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por algún órgano funcional del Indecopi cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Corte Suprema del Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución impugnada."

Artículo 65.- Los órganos funcionales del Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respectiva, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Los actuales vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual seguirán conociendo de las apelaciones que se planteen contra las resoluciones de las Comisiones y Oficinas, hasta que se instalen la Sala de Defensa de la Competencia y la Sala de Propiedad Intelectual, creadas por el presente Decreto Legislativo.

SEGUNDA.- Las normas de procedimientos contenidas en el presente Decreto Legislativo serán de aplicación a los procedimientos iniciados luego de la entrada en vigencia del mismo.

TERCERA.- Las personas que actualmente se desempeñan como miembros suplentes de las Comisiones del Indecopi se convertirán en miembros titulares a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

CUARTA.- Las Comisiones del Indecopi que tengan a su cargo expedientes que de acuerdo al artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 sean de competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, deberán remitirlos de manera inmediata a esta última Comisión una vez instalada ésta.

QUINTA.- A efectos de adecuar la estructura organizativa del Indecopi a las modificaciones dispuestas en la presente norma y con cargo a sus recursos propios, exonéresele por el plazo de 180 días calendario, computados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, de las normas de austeridad en materia de contratación de personal y remuneraciones establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, facultándolo a modificar su cuadro de asignación de personal y a efectuar recategorizaciones, dando cuenta de tales acciones a la Oficina de Instituciones y Organismos del Estado.

SEXTA.- En tanto no se dicten las disposiciones que establezcan las normas de procedimiento para la tramitación de acciones de oficio o a petición de parte ante la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales y ante la Comisión de Acceso al Mercado, serán de aplicación las normas del Procedimiento Único contenidas en el Título V del presente Decreto Ley, en lo que fuera pertinente.

SÉTIMA.- Por Decretos Supremos refrendados por el Ministerio de Industria, Turismo e Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales se aprobarán los Textos Únicos Ordenados de los Decretos Leyes N° 25868 y 26122; de los Decretos Legislativos N° 691, 701 y 716; de los Decretos Supremos N° 025-93-ITINCI y N° 020-94-ITINCI; y de las demás normas relacionadas a los temas del Indecopi.

OCTAVA.- Por Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se aprobará la lista de organismos de la Administración Pública en los que no se requerirá de la intervención de abogado para la tramitación de procedimientos administrativos.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Déjese sin efecto el artículo 3° del Decreto Supremo N° 075-93-EF, así como los artículos 19, 20 y 23 del Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI y todas las demás normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

SEGUNDA- El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial "El Peruano".

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de abril de mil novecientos noventa y seis.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI
Presidente Constitucional de la República

ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ
Presidente del Consejo de Ministros

LILLIANA CANALE NOVELLA
Ministra de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales

B. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

B.1 Legislación Norteamericana

1. SHERMAN ACT

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

Section 3. Trusts in Territories or District of Columbia illegal; combination a felony

Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding $10,000,000 if a corporation, or, if any other person, $350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or both said punishments, in the discretion of the court.

Section 4. Jurisdiction of courts; duty of United States attorneys; procedure

The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises.

Section 5. Bringing in additional parties

Whenever it shall appear to the court before which any proceeding under section 4 of this title may be pending, that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned, whether they reside in the district in which the court is held or not; and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof.

Section 6. Forfeiture of property in transit

Any property owned under any contract or by any combination, or pursuant to any conspiracy (and being the subject thereof) mentioned in section 1 of this title, and being in the course of transportation from one State to another, or to a foreign country, shall be forfeited to the United States, and may be seized and condemned by like proceedings as those provided by law for the forfeiture, seizure, and condemnation of property imported into the United States contrary to law.

Section 6a. Conduct involving trade or commerce with foreign nations

Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless -

(1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect -

(A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or

(B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and

(2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.

If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

Section 7. «Person» or «persons» defined

The word «person», or «'persons», wherever used in sections 1 to 7 of this title shall be deemed to include corporations and associations existing under or authorized by the laws of either the United States, the laws of any of the Territories, the laws of any State, or the laws of any foreign country.

2. THE CLAYTON ACT

15 U.S.C. §26: Injunctive relief for private parties; exception; costs

Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, That nothing herein contained shall be construed to entitle any person, firm,

corporation, or association, except the United States, to bring suit for injunctive relief against any common carrier subject to the jurisdiction of the Surface Transportation Board under subtitle IV of Title 49. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney's fee, to such plaintiff.

15 U.S.C. §26a: Restrictions on the purchase of gasohol and synthetic motor fuel

(a) Limitations on the use of credit instruments; sales, resales, and transfers. Except as provided in subsection (b) of this section, it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, directly or indirectly to impose any condition, restriction, agreement, or understanding that—

(1) limits the use of credit instruments in any transaction concerning the sale, resale, or transfer of gasohol or other synthetic motor fuel of equivalent usability in any case in which there is no similar limitation on transactions concerning such person's conventional motor fuel; or

(2) otherwise unreasonably discriminates against or unreasonably limits the sale, resale, or transfer of gasohol or other synthetic motor fuel of equivalent usability in any case in which such synthetic or conventional motor fuel is sold for use, consumption, or resale within the United States.

(b) Credit fees; equivalent conventional motor fuel sales; labeling of pumps; product liability disclaimers; advertising support; furnishing facilities. Nothing in this section or in any other provision of law in effect on December 2, 1980, which is specifically applicable to the sale of petroleum products shall preclude any person referred to in subsection (a) of this section from imposing a reasonable fee for credit on the sale, resale, or transfer of the gasohol or other synthetic motor fuel referred to in subsection (a) of this section if such fee equals no more than the actual costs to such person of extending that credit.

The prohibitions in this section shall not apply to any person who makes available sufficient supplies of gasohol and other synthetic motor fuels of equivalent usability to satisfy his customers' needs for such products, if the gasohol and other synthetic fuels are made available on terms and conditions which are equivalent to the terms and conditions on which such person's conventional motor fuel products are made available.

Nothing in this section shall-preclude any person referred to in subsection (a) of this section from requiring reasonable labeling of pumps dispensing the gasohol or other synthetic motor fuel referred to in subsection (a) of this section to indicate, as appropriate, that such gasohol or other synthetic motor fuel is not manufactured, distributed, or sold by such person; preclude such person from issuing appropriate disclaimers of product liability for damage resulting from use of the gasohol or other synthetic motor fuel;

require such person to provide advertising support for the gasohol or other synthetic motor fuel; or

require such person to furnish or provide, at such person's own expense, any additional pumps, tanks, or other related facilities required for the sale of the gasohol or other synthetic motor fuel.

(c) «United States» defined. As used in this section, «United States» includes the several States, the District of Columbia, any territory of the United States and any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States.

15 U.S.C. §27: Effect of partial invalidity

If any clause, sentence, paragraph, or part of this Act shall, for any reason, be adjudged by any court of competent jurisdiction to be invalid, such judgment shall not affect, impair, or invalidate the remainder thereof, but shall be confined in its operation to the clause, sentence, paragraph, or part thereof directly involved in the controversy in which such judgment shall have been rendered.

3. FEDERAL TRADE COMMISSION ACT (partes pertinentes)

TITLE 15 - COMMERCE AND TRADE

CHAPTER 2 - FEDERAL TRADE COMMISSION; PROMOTION OF EXPORT TRADE AND PREVENTION OF UNFAIR METHODS OF COMPETITION

SUBCHAPTER I - FEDERAL TRADE COMMISSION

AN ACT To create a Federal Trade Commission, to define its powers and duties, and for other purposes.

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That a commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (hereinafter referred to as the Commission), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of the Commissioners shall be members of the same political party. The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed: *Provided, however,* That upon the expiration of his term of office a Commissioner shall continue to serve until his successor shall have been appointed and shall have qualified. The President shall choose a chairman from the Commission's membership. No Commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment. Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. A vacancy in the Commission shall not impair the right of the remaining Commissioners to exercise all the powers of the Commission.

The Commission shall have an official seal, which shall be judicially notice.

§ 42. Employees; expenses

Each commissioner shall receive a salary, payable in the same manner as the salaries of the judges of the courts of the United States. The commission shall appoint a secretary, who shall receive a salary, and it shall have authority to employ and fix the compensation of such attorneys, special experts, examiners, clerks, and other employees as it may from time to time find necessary for the proper performance of its duties and as may be from time to time appropriated for by Congress.

With the exception of the secretary, a clerk to each Commissioner, the attorneys, and such special experts and examiners as the Commission may from time to time find necessary for the conduct of its work, all employees of the Commission shall be a part of the classified civil service, and shall enter the service under such rules and regulations as may be prescribed by the Commission and by the Director of the Office of Personnel Management.

All of the expenses of the Commission, including all necessary expenses for transportation incurred by the Commissioners or by their employees under their orders, in making

any investigation, or upon official business in any other places than in the city of Washington, shall be allowed and paid on the presentation of itemized vouchers therefor approved by the Commission.

Until otherwise provided by law, the Commission may rent suitable offices for its use.

The General Accounting Office shall receive and examine all accounts of expenditures of the Commission.

§ 43. Office and place of meeting

The principal office of the Commission shall be in the city of Washington, but it may meet and exercise all its powers at any other place. The Commission may, by one or more of its members, or by such examiners as it may designate, prosecute any inquiry necessary to its duties in any part of the United States.

§ 44. Definitions

The words defined in this section shall have the following meaning when found in this subchapter, to wit:

"Commerce" means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation.

"Corporation" shall be deemed to include any company, trust, so-called Massachusetts trust, or association, incorporated or unincorporated, which is organized to carry on business for its own profit or that of its members, and has shares of capital or capital stock or certificates of interest, and any company, trust, so-called Massachusetts trust, or association, incorporated or unincorporated, without shares of capital or capital stock or certificates of interest, except partnerships, which is organized to carry on business for its own profit or that of its members.

"Documentary evidence" includes all documents, papers, correspondence, books of account, and financial and corporate records.

"Acts to regulate commerce" means subtitle IV of title 49 and the Communications Act of 1934 (47 U.S.C. 151 et seq.) and all Acts amendatory thereof and supplementary thereto.

"Antitrust Acts" means the Act entitled "An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies", approved July 2, 1890; also sections 73 to 77, inclusive, of an Act entitled "An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes", approved August 27, 1894; also the Act entitled "An Act to amend sections 73 and 76 of the Act of August 27, 1894, entitled 'An Act to reduce taxation, to provide revenue for the Government, and for other purposes' ", approved February 12, 1913; and also the Act entitled "An Act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes", approved October 15, 1914.

"Banks" means the types of banks and other financial institutions referred to in section 57a(f)(2) of this title.

§ 45. Unfair methods of competition unlawful; prevention by Commission

(a) Declaration of unlawfulness; power to prohibit unfair practices; inapplicability to foreign trade

(1) Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.

(2) The Commission is hereby empowered and directed to prevent persons, partnerships, or corporations, except banks, savings and loan institutions described in section 57a(f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a(f)(4) of this title, common carriers subject to the Acts to regulate commerce, air carriers and foreign air carriers subject to part A of subtitle VII of title 49, and persons, partnerships, or corporations insofar as they are subject to the Packers and Stockyards Act, 1921, as amended (7 U.S.C. 181 et seq.), except as provided in section 406(b) of said Act (7 U.S.C. 227(b)), from using unfair methods of competition in or affecting commerce and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce.

(3) This subsection shall not apply to unfair methods of competition involving commerce with foreign nations (other than import commerce) unless -

- (A) such methods of competition have a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect -
  - (i) on commerce which is not commerce with foreign nations, or on import commerce with foreign nations; or
  - (ii) on export commerce with foreign nations, of a person engaged in such commerce in the United States; and
- (B) such effect gives rise to a claim under the provisions of this subsection, other than this paragraph. If this subsection applies to such methods of competition only because of the operation of subparagraph (A)(ii), this subsection shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States.

(b) Proceeding by Commission; modifying and setting aside orders

Whenever the Commission shall have reason to believe that any such person, partnership, or corporation has been or is using any unfair method of competition or unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce, and if it shall appear to the Commission that a proceeding by it in respect thereof would be to the interest of the public, it shall issue and serve upon such person, partnership, or corporation a complaint stating its charges in that respect and containing a notice of a hearing upon a day and at a place therein fixed at least thirty days after the service of said complaint. The person, partnership, or corporation so complained of shall have the right to appear at the place and time so fixed and show cause why an order should not be entered by the Commission requiring such person, partnership, or corporation to cease and desist from the violation of the law so charged in said complaint. Any person, partnership, or corporation may make application, and upon good cause shown may be allowed by the Commission to intervene and appear in said proceeding by counsel or in person. The testimony in any such proceeding shall be reduced to writing and filed in the office of the Commission. If upon such hearing the Commission shall be of the opinion that the method of competition or the act or practice in question is prohibited by this subchapter, it shall make a report in writing in which it shall state its findings as to the facts and shall issue and cause to be served on such person, partnership, or corporation an order requiring such person, partnership, or corporation to cease and desist from using such method of competition or such act or practice. Until the expiration of the time allowed for filing a petition for re-

view, if no such petition has been duly filed within such time, or, if a petition for review has been filed within such time then until the record in the proceeding has been filed in a court of appeals of the United States, as hereinafter provided, the Commission may at any time, upon such notice and in such manner as it shall deem proper, modify or set aside, in whole or in part, any report or any order made or issued by it under this section. After the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time, the Commission may at any time, after notice and opportunity for hearing, reopen and alter, modify, or set aside, in whole or in part any report or order made or issued by it under this section, whenever in the opinion of the Commission conditions of fact or of law have so changed as to require such action or if the public interest shall so require, except that (1) the said person, partnership, or corporation may, within sixty days after service upon him or it of said report or order entered after such a reopening, obtain a review thereof in the appropriate court of appeals of the United States, in the manner provided in subsection (c) of this section; and (2) in the case of an order, the Commission shall reopen any such order to consider whether such order (including any affirmative relief provision contained in such order) should be altered, modified, or set aside, in whole or in part, if the person, partnership, or corporation involved files a request with the Commission which makes a satisfactory showing that changed conditions of law or fact require such order to be altered, modified, or set aside, in whole or in part. The Commission shall determine whether to alter, modify, or set aside any order of the Commission in response to a request made by a person, partnership, or corporation under paragraph (FOOTNOTE 1) (2) not later than 120 days after the date of the filing of such request. (FOOTNOTE 1) So in original. Probably should be "clause".

(c) Review of order; rehearing

Any person, partnership, or corporation required by an order of the Commission to cease and desist from using any method of competition or act or practice may obtain a review of such order in the court of appeals of the United States, within any circuit where the method of competition or the act or practice in question was used or where such person, partnership, or corporation resides or carries on business, by filing in the court, within sixty days from the date of the service of such order, a written petition praying that the order of the Commission be set aside. A copy of such petition shall be forthwith transmitted by the clerk of the court to the Commission, and thereupon the Commission shall file in the court the record in the proceeding, as provided in section 2112 of title 28. Upon such filing of the petition the court shall have jurisdiction of the proceeding and of the question determined therein concurrently with the Commission until the filing of the record and shall have power to make and enter a decree affirming, modifying, or setting aside the order of the Commission, and enforcing the same to the extent that such order is affirmed and to issue such writs as are ancillary to its jurisdiction or are necessary in its judgement to prevent injury to the public or to competitors pendente lite. The findings of the Commission as to the facts, if supported by evidence, shall be conclusive. To the extent that the order of the Commission is affirmed, the court shall thereupon issue its own order commanding obedience to the terms of such order of the Commission. If either party shall apply to the court for leave to adduce additional evidence, and shall show to the satisfaction of the court that such additional evidence is material and that there were reasonable grounds for the failure to adduce such evidence in the proceeding before the Commission, the court may order such additional evidence to be taken before the Commission and to be adduced upon the hearing in such manner and upon such terms and conditions as to the court may seem proper. The Commission may modify its findings as to the facts, or make new findings, by reason of the additional evidence so taken, and it shall file such modified or new findings, which, if supported by evidence, shall be conclusive, and its recommendation, if any, for the modification or setting aside of its original order, with the return of such additional evidence. The judgment and decree of

the court shall be final, except that the same shall be subject to review by the Supreme Court upon certiorari, as provided in section 1254 of title 28.

(d) Jurisdiction of court

Upon the filing of the record with it the jurisdiction of the court of appeals of the United States to affirm, enforce, modify, or set aside orders of the Commission shall be exclusive.

(e) Exemption from liability

No order of the Commission or judgement of court to enforce the same shall in anywise relieve or absolve any person, partnership, or corporation from any liability under the Antitrust Acts.

(f) Service of complaints, orders and other processes; return

Complaints, orders, and other processes of the Commission under this section may be served by anyone duly authorized by the Commission, either (a) by delivering a copy thereof to the person to be served, or to a member of the partnership to be served, or the president, secretary, or other executive officer or a director of the corporation to be served; or (b) by leaving a copy thereof at the residence or the principal office or place of business of such person, partnership, or corporation; or (c) by mailing a copy thereof by registered mail or by certified mail addressed to such person, partnership, or corporation at his or its residence or principal office or place of business. The verified return by the person so serving said complaint, order, or other process setting forth the manner of said service shall be proof of the same, and the return post office receipt for said complaint, order, or other process mailed by registered mail or by certified mail as aforesaid shall be proof of the service of the same.

(g) Finality of order

An order of the Commission to cease and desist shall become final -

(1) Upon the expiration of the time allowed for filing a petition for review, if no such petition has been duly filed within such time; but the Commission may thereafter modify or set aside its order to the extent provided in the last sentence of subsection (b).

(2) Except as to any order provision subject to paragraph (4), upon the sixtieth day after such order is served, if a petition for review has been duly filed; except that any such order may be stayed, in whole or in part and subject to such conditions as may be appropriate, by -

- (A) the Commission;
- (B) an appropriate court of appeals of the United States, if
  - (i) a petition for review of such order is pending in such court, and
  - (ii) an application for such a stay was previously submitted to the Commission and the Commission, within the 30-day period beginning on the date the application was received by the Commission, either denied the application or did not grant or deny the application; or
- (C) the Supreme Court, if an applicable petition for certiorari is pending.

(3) For purposes of subsection (m)(1)(B) of this section and of section 57b(a)(2) of this title, if a petition for review of the order of the Commission has been filed -

o (A) upon the expiration of the time allowed for filing a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals and no petition for certiorari has been duly filed;

o (B) upon the denial of a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals; or

o (C) upon the expiration of 30 days from the date of issuance of a mandate of the Supreme Court directing that the order of the Commission be affirmed or the petition for review be dismissed.

(4) In the case of an order provision requiring a person, partnership, or corporation to divest itself of stock, other share capital, or assets, if a petition for review of such order of the Commission has been filed -

o (A) upon the expiration of the time allowed for filing a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals and no petition for certiorari has been duly filed;

o (B) upon the denial of a petition for certiorari, if the order of the Commission has been affirmed or the petition for review has been dismissed by the court of appeals; or

o (C) upon the expiration of 30 days from the date of issuance of a mandate of the Supreme Court directing that the order of the Commission be affirmed or the petition for review be dismissed.

(h) Modification or setting aside of order by Supreme Court

If the Supreme Court directs that the order of the Commission be modified or set aside, the order of the Commission rendered in accordance with the mandate of the Supreme Court shall become final upon the expiration of thirty days from the time it was rendered, unless within such thirty days either party has instituted proceedings to have such order corrected to accord with the mandate, in which event the order of the Commission shall become final when so corrected.

(i) Modification or setting aside of order by Court of Appeals

If the order of the Commission is modified or set aside by the court of appeals, and if (1) the time allowed for filing a petition for certiorari has expired and no such petition has been duly filed, or (2) the petition for certiorari has been denied, or (3) the decision of the court has been affirmed by the Supreme Court, then the order of the Commission rendered in accordance with the mandate of the court of appeals shall become final on the expiration of thirty days from the time such order of the Commission was rendered, unless within such thirty days either party has instituted proceedings to have such order corrected so that it will accord with the mandate, in which event the order of the Commission shall become final when so corrected.

(j) Rehearing upon order or remand

If the Supreme Court orders a rehearing; or if the case is remanded by the court of appeals to the Commission for a rehearing, and if (1) the time allowed for filing a petition for certiorari has expired, and no such petition has been duly filed, or (2) the petition for certiorari has been denied, or (3) the decision of the court has been affirmed by the Supreme Court, then the order of the Commission rendered upon such rehearing shall become final in the same manner as though no prior order of the Commission had been rendered.

(k) "Mandate" defined

As used in this section the term "mandate", in case a mandate has been recalled prior to the expiration of thirty days from the date of issuance thereof, means the final mandate.

(l) Penalty for violation of order; injunctions and other appropriate equitable relief

Any person, partnership, or corporation who violates an order of the Commission after it has become final, and while such order is in effect, shall forfeit and pay to the United States a civil penalty of not more than $10,000 for each violation, which shall accrue to the United States and may be recovered in a civil action brought by the Attorney General of the United States. Each separate violation of such an order shall be a separate offense, except that in a case of a violation through continuing failure to obey or neglect to obey a final order of the Commission, each day of continuance of such failure or neglect shall be deemed a separate offense. In such actions, the United States district courts are empowered to grant mandatory injunctions and such other and further equitable relief as they deem appropriate in the enforcement of such final orders of the Commission.

(m) Civil actions for recovery of penalties for knowing violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices; jurisdiction; maximum amount of penalties; continuing violations; de novo determinations; compromise or settlement procedure

- (1)

  - (A) The Commission may commence a civil action to recover a civil penalty in a district court of the United States against any person, partnership, or corporation which violates any rule under this chapter respecting unfair or deceptive acts or practices (other than an interpretive rule or a rule violation of which the Commission has provided is not an unfair or deceptive act or practice in violation of subsection (a)(1) of this section) with actual knowledge or knowledge fairly implied on the basis of objective circumstances that such act is unfair or deceptive and is prohibited by such rule. In such action, such person, partnership, or corporation shall be liable for a civil penalty of not more than $10,000 for each violation.

  - (B) If the Commission determines in a proceeding under subsection (b) of this section that any act or practice is unfair or deceptive, and issues a final cease and desist order, other than a consent order, with respect to such act or practice, then the Commission may commence a civil action to obtain a civil penalty in a district court of the United States against any person, partnership, or corporation which engages in such act or practice -

    - (1) after such cease and desist order becomes final (whether or not such person, partnership, or corporation was subject to such cease and desist order), and

    - (2) with actual knowledge that such act or practice is unfair or deceptive and is unlawful under subsection (a)(1) of this section. In such action, such person, partnership, or corporation shall be liable for a civil penalty of not more than $10,000 for each violation.

  - (C) In the case of a violation through continuing failure to comply with a rule or with subsection (a)(1) of this section, each day of continuance of such failure shall be treated as a separate violation, for purposes of subparagraphs (A) and (B). In determining the amount of such a civil penalty, the court shall take into account the degree of culpability, any history of prior such conduct, ability to pay, effect on ability to continue to do business, and such other matters as justice may require.

o (2) If the cease and desist order establishing that the act or practice is unfair or deceptive was not issued against the defendant in a civil penalty action under paragraph (1)(B) the issues of fact in such action against such defendant shall be tried de novo. Upon request of any party to such an action against such defendant, the court shall also review the determination of law made by the Commission in the proceeding under subsection (b) of this section that the act or practice which was the subject of such proceeding constituted an unfair or deceptive act or practice in violation of subsection (a) of this section.

o (3) The Commission may compromise or settle any action for a civil penalty if such compromise or settlement is accompanied by a public statement of its reasons and is approved by the court.

(n) Standard of proof; public policy consideration

The Commission shall have no authority under this section or section 57a of this title to declare unlawful an act or practice on the grounds that such act or practice is unfair unless the act or practice causes or is likely to cause substantial injury to consumers which is not reasonably avoidable by consumers themselves and not outweighed by countervailing benefits to consumers or to competition. In determining whether an act or practice is unfair, the Commission may consider established public policies as evidence to be considered with all other evidence. Such public policy considerations may not serve as a primary basis for such determination.

§ 46. Additional powers of Commission

The Commission shall also have power -

(a) Investigation of persons, partnerships, or corporations

To gather and compile information concerning, and to investigate from time to time the organization, business, conduct, practices, and management of any person, partnership, or corporation engaged in or whose business affects commerce, excepting banks, savings and loan institutions described in section 57a(f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a(f)(4) of this title, and common carriers subject to the Act to regulate commerce, and its relation to other persons, partnerships, and corporations.

(b) Reports of persons, partnerships, and corporations

To require, by general or special orders, persons, partnerships, and corporations, engaged in or whose business affects commerce, excepting banks, savings and loan institutions described in section 57a(f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a(f)(4) of this title, and common carriers subject to the Act to regulate commerce, or any class of them, or any of them, respectively, to file with the Commission in such form as the Commission may prescribe annual or special, or both annual and special, reports or answers in writing to specific questions, furnishing to the Commission such information as it may require as to the organization, business, conduct, practices, management, and relation to other corporations, partnerships, and individuals of the respective persons, partnerships, and corporations filing such reports or answers in writing. Such reports and answers shall be made under oath, or otherwise, as the Commission may prescribe, and shall be filed with the Commission within such reasonable period as the Commission may prescribe, unless additional time be granted in any case by the Commission.

(c) Investigation of compliance with antitrust decrees

Whenever a final decree has been entered against any defendant corporation in any suit brought by the United States to prevent and restrain any violation of the antitrust Acts, to make investigation, upon its own initiative, of the manner in which the decree has

been or is being carried out, and upon the application of the Attorney General it shall be its duty to make such investigation. It shall transmit to the Attorney General a report embodying its findings and recommendations as a result of any such investigation, and the report shall be made public in the discretion of the Commission.

(d) Investigations of violations of antitrust statutes

Upon the direction of the President or either House of Congress to investigate and report the facts relating to any alleged violations of the antitrust Acts by any corporation.

(e) Readjustment of business of corporations violating antitrust statutes

Upon the application of the Attorney General to investigate and make recommendations for the readjustment of the business of any corporation alleged to be violating the antitrust Acts in order that the corporation may thereafter maintain its organization, management, and conduct of business in accordance with law.

(f) Publication of information; reports

To make public from time to time such portions of the information obtained by it hereunder as are in the public interest; and to make annual and special reports to the Congress and to submit therewith recommendations for additional legislation; and to provide for the publication of its reports and decisions in such form and manner as may be best adapted for public information and use: *Provided,* That the Commission shall not have any authority to make public any trade secret or any commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, except that the Commission may disclose such information to officers and employees of appropriate Federal law enforcement agencies or to any officer or employee of any State law enforcement agency upon the prior certification of an officer of any such Federal or State law enforcement agency that such information will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes.

(g) Classification of corporations; regulations

From time to time classify corporations and (except as provided in section 57a(a)(2) of this title) to make rules and regulations for the purpose of carrying out the provisions of this subchapter.

(h) Investigations of foreign trade conditions; reports

To investigate, from time to time, trade conditions in and with foreign countries where associations, combinations, or practices of manufacturers, merchants, or traders, or other conditions, may affect the foreign trade of the United States, and to report to Congress thereon, with such recommendations as it deems advisable.

(i) Investigations of foreign antitrust law violations

With respect to the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 (15 U.S.C. 6201 et seq.), to conduct investigations of possible violations of foreign antitrust laws (as defined in section 12 of such Act (15 U.S.C. 6211)).

Provided, That the exception of "banks, savings and loan institutions described in section 57a(f)(3) of this title, Federal credit unions described in section 57a(f)(4) of this title, and common carriers subject to the Act to regulate commerce" from the Commission's powers defined in clauses (a) and (b) of this section, shall not be construed to limit the Commission's authority to gather and compile information, to investigate, or to require reports or answers from, any person, partnership, or corporation to the extent that such action is necessary to the investigation of any person, partnership, or corporation, group of persons, partnerships, or corporations, or industry which is not engaged or is engaged only incidentally in banking, in business as a savings and loan institution, in business as a

Federal credit union, or in business as a common carrier subject to the Act to regulate commerce.

The Commission shall establish a plan designed to substantially reduce burdens imposed upon small businesses as a result of requirements established by the Commission under clause (b) relating to the filing of quarterly financial reports. Such plan shall (1) be established after consultation with small businesses and persons who use the information contained in such quarterly financial reports; (2) provide for a reduction of the number of small businesses required to file such quarterly financial reports; and (3) make revisions in the forms used for such quarterly financial reports for the purpose of reducing the complexity of such forms. The Commission, not later than December 31, 1980, shall submit such plan to the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate and to the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives. Such plan shall take effect not later than October 31, 1981.

No officer or employee of the Commission or any Commissioner may publish or disclose information to the public, or to any Federal agency, whereby any line-of-business data furnished by a particular establishment or individual can be identified. No one other than designated sworn officers and employees of the Commission may examine the line-of-business reports from individual firms, and information provided in the line-of-business program administered by the Commission shall be used only for statistical purposes. Information for carrying out specific law enforcement responsibilities of the Commission shall be obtained under practices and procedures in effect on May 28, 1980, or as changed by law.

Nothing in this section (other than the provisions of clause (c) and clause (d)) shall apply to the business of insurance, except that the Commission shall have authority to conduct studies and prepare reports relating to the business of insurance. The Commission may exercise such authority only upon receiving a request which is agreed to by a majority of the members of the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate or the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives. The authority to conduct any such study shall expire at the end of the Congress during which the request for such study was made.

§ 47. Reference of suits under antitrust statutes to Commission

In any suit in equity brought by or under the direction of the Attorney General as provided in the antitrust Acts, the court may, upon the conclusion of the testimony therein, if it shall be then of opinion that the complainant is entitled to relief, refer said suit to the Commission, as a master in chancery, to ascertain and report an appropriate form of decree therein. The Commission shall proceed upon such notice to the parties and under such rules of procedure as the court may prescribe, and upon the coming in of such report such exceptions may be filed and such proceedings had in relation thereto as upon the report of a master in other equity causes, but the court may adopt or reject such report, in whole or in part, and enter such decree as the nature of the case may in its judgment require.

§ 46a. Concurrent resolution essential to authorize

After June 16, 1933, no new investigations shall be initiated by the Commission as the result of a legislative resolution, except the same be a concurrent resolution of the two Houses of Congress.

§ 47. Reference of suits under antitrust statutes to Commission

In any suit in equity brought by or under the direction of the Attorney General as provided in the antitrust Acts, the court may, upon the conclusion of the testimony therein, if it shall be then of opinion that the complainant is entitled to relief, refer said suit to the

Commission, as a master in chancery, to ascertain and report an appropriate form of decree therein. The Commission shall proceed upon such notice to the parties and under such rules of procedure as the court may prescribe, and upon the coming in of such report such exceptions may be filed and such proceedings had in relation thereto as upon the report of a master in other equity causes, but the court may adopt or reject such report, in whole or in part, and enter such decree as the nature of the case may in its judgment require.

§ 48. Information and assistance from departments

The several departments and bureaus of the Government when directed by the President shall furnish the Commission, upon its request, all records, papers, and information in their possession relating to any corporation subject to any of the provisions of this subchapter, and shall detail from time to time such officials and employees to the Commission as he may direct.

§ 49. Documentary evidence; depositions; witnesses

For the purposes of this subchapter the Commission, or its duly authorized agent or agents, shall at all reasonable times have access to, for the purpose of examination, and the right to copy any documentary evidence of any person, partnership, or corporation being investigated or proceeded against; and the Commission shall have power to require by subpoena the attendance and testimony of witnesses and the production of all such documentary evidence relating to any matter under investigation. Any member of the Commission may sign subpoenas, and members and examiners of the Commission may administer oaths and affirmations, examine witnesses, and receive evidence.

Such attendance of witnesses, and the production of such documentary evidence, may be required from any place in the United States, at any designated place of hearing. And in case of disobedience to a subpoena the Commission may invoke the aid of any court of the United States in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of documentary evidence.

Any of the district courts of the United States within the jurisdiction of which such inquiry is carried on may, in case of contumacy or refusal to obey a subpoena issued to any person, partnership, or corporation issue an order requiring such person, partnership, or corporation to appear before the Commission, or to produce documentary evidence if so ordered, or to give evidence touching the matter in question; and any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.

Upon the application of the Attorney General of the United States, at the request of the Commission, the district courts of the United States shall have jurisdiction to issue writs of mandamus commanding any person, partnership, or corporation to comply with the provisions of this subchapter or any order of the Commission made in pursuance thereof.

The Commission may order testimony to be taken by deposition in any proceeding or investigation pending under this subchapter at any stage of such proceeding or investigation. Such depositions may be taken before any person designated by the commission and having power to administer oaths. Such testimony shall be reduced to writing by the person taking the deposition, or under his direction, and shall then be subscribed by the deponent. Any person may be compelled to appear and depose and to produce documentary evidence in the same manner as witnesses may be compelled to appear and testify and produce documentary evidence before the Commission as hereinbefore provided.

Witnesses summoned before the Commission shall be paid the same fees and mileage that are paid witnesses in the courts of the United States and witnesses whose deposi-

tions are taken and the persons taking the same shall severally be entitled to the same fees as are paid for like services in the courts of the United States.

§ 50. Offenses and penalties

Any person who shall neglect or refuse to attend and testify, or to answer any lawful inquiry or to produce any documentary evidence, if in his power to do so, in obedience to an order of a district court of the United States directing compliance with the subpoena or lawful requirement of the Commission, shall be guilty of an offense and upon conviction thereof by a court of competent jurisdiction shall be punished by a fine of not less than $1,000 nor more than $5,000, or by imprisonment for not more than one year, or by both such fine and imprisonment.

Any person who shall willfully make, or cause to be made, any false entry or statement of fact in any report required to be made under this subchapter, or who shall willfully make, or cause to be made, any false entry in any account, record, or memorandum kept by any person, partnership, or corporation subject to this subchapter, or who shall willfully neglect or fail to make, or to cause to be made, full, true, and correct entries in such accounts, records, or memoranda of all facts and transactions appertaining to the business of such person, partnership, or corporation, or who shall willfully remove out of the jurisdiction of the United States, or willfully mutilate, alter, or by any other means falsify any documentary evidence of such person, partnership, or corporation, or who shall willfully refuse to submit to the Commission or to any of its authorized agents, for the purpose of inspection and taking copies, any documentary evidence of such person, partnership, or corporation in his possession or within his control, shall be deemed guilty of an offense against the United States, and shall be subject, upon conviction in any court of the United States of competent jurisdiction, to a fine of not less than $1,000 nor more than $5,000, or to imprisonment for a term of not more than three years, or to both such fine and imprisonment.

If any persons, partnership, or corporation required by this subchapter to file any annual or special report shall fail so to do within the time fixed by the Commission for filing the same, and such failure shall continue for thirty days after notice of such default, the corporation shall forfeit to the United States the sum of $100 for each and every day of the continuance of such failure, which forfeiture shall be payable into the Treasury of the United States, and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States brought in the case of a corporation or partnership in the district where the corporation or partnership has its principal office or in any district in which it shall do business, and in the case of any person in the district where such person resides or has his principal place of business. It shall be the duty of the various United States attorneys, under the direction of the Attorney General of the United States, to prosecute for the recovery of the forfeitures. The costs and expenses of such prosecution shall be paid out of the appropriation for the expenses of the courts of the United States.

Any officer or employee of the Commission who shall make public any information obtained by the Commission without its authority, unless directed by a court, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, upon conviction thereof, shall be punished by a fine not exceeding $5,000, or by imprisonment not exceeding one year, or by fine and imprisonment, in the discretion of the court.

§ 51. Effect on other statutory provisions

Nothing contained in this subchapter shall be construed to prevent or interfere with the enforcement of the provisions of the antitrust Acts or the Acts to regulate commerce, nor shall anything contained in this subchapter be construed to alter, modify, or repeal the said antitrust Acts or the Acts to regulate commerce or any part or parts thereof.

§ 52. Dissemination of false advertisements

(a) Unlawfulness

It shall be unlawful for any person, partnership, or corporation to disseminate, or cause to be disseminated, any false advertisement -

(1) By United States mails, or in or having an effect upon commerce, by any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly the purchase of food, drugs, devices, services, or cosmetics; or

(2) By any means, for the purpose of inducing, or which is likely to induce, directly or indirectly, the purchase in or having an effect upon commerce, of food, drugs, devices, services, or cosmetics. (b) Unfair or deceptive act or practice The dissemination or the causing to be disseminated of any false advertisement within the provisions of subsection (a) of this section shall be an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce within the meaning of section 45 of this title.

§ 53. False advertisements; injunctions and restraining orders

(a) Power of Commission; jurisdiction of courts

Whenever the Commission has reason to believe -

(1) that any person, partnership, or corporation is engaged in, or is about to engage in, the dissemination or the causing of the dissemination of any advertisement in violation of section 52 of this title, and

(2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission under section 45 of this title, and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or the order of the Commission to cease and desist made thereon has become final within the meaning of section 45 of this title, would be to the interest of the public,

the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States or in the United States court of any Territory, to enjoin the dissemination or the causing of the dissemination of such advertisement. Upon proper showing a temporary injunction or restraining order shall be granted without bond. Any suit may be brought where such person, partnership, or corporation resides or transacts business, or wherever venue is proper under section 1391 of title 28. In addition, the court may, if the court determines that the interests of justice require that any other person, partnership, or corporation should be a party in such suit, cause such other person, partnership, or corporation to be added as a party without regard to whether venue is otherwise proper in the district in which the suit is brought. In any suit under this section, process may be served on any person, partnership, or corporation wherever it may be found.

(b) Temporary restraining orders; preliminary injunctions

Whenever the Commission has reason to believe -

(1) that any person, partnership, or corporation is violating, or is about to violate, any provision of law enforced by the Federal Trade Commission, and

(2) that the enjoining thereof pending the issuance of a complaint by the Commission and until such complaint is dismissed by the Commission or set aside by the court on review, or until the order of the Commission made thereon has become final, would be in the interest of the public -

the Commission by any of its attorneys designated by it for such purpose may bring suit in a district court of the United States to enjoin any such act or practice. Upon a proper showing that, weighing the equities and considering the Commission's likelihood of ultimate success, such action would be in the public interest, and after notice to the defendant, a temporary restraining order or a preliminary injunction may be granted without bond: *Provided, however,* That if a complaint is not filed within such period (not exceeding 20 days) as may be specified by the court after issuance of the temporary restraining order or preliminary injunction, the order or injunction shall be dissolved by the court and be of no further force and effect: *Provided further,* That in proper cases the Commission may seek, and after proper proof, the court may issue, a permanent injunction. Any suit may be brought where such person, partnership, or corporation resides or transacts business, or wherever venue is proper under section 1391 of title 28. In addition, the court may, if the court determines that the interests of justice require that any other person, partnership, or corporation should be a party in such suit, cause such other person, partnership, or corporation to be added as a party without regard to whether venue is otherwise proper in the district in which the suit is brought. In any suit under this section, process may be served on any person, partnership, or corporation wherever it may be found.

(c) Service of process; proof of service

Any process of the Commission under this section may be served by any person duly authorized by the Commission -

(1) by delivering a copy of such process to the person to be served, to a member of the partnership to be served, or to the president, secretary, or other executive officer or a director of the corporation to be served;

(2) by leaving a copy of such process at the residence or the principal office or place of business of such person, partnership, or corporation; or

(3) by mailing a copy of such process by registered mail or certified mail addressed to such person, partnership, or corporation at his, or her, or its residence, principal office, or principal place or business.

The verified return by the person serving such process setting forth the manner of such service shall be proof of the same.

(d) Exception of periodical publications

Whenever it appears to the satisfaction of the court in the case of a newspaper, magazine, periodical, or other publication, published at regular intervals -

(1) that restraining the dissemination of a false advertisement in any particular issue of such publication would delay the delivery of such issue after the regular time therefor, and

(2) that such delay would be due to the method by which the manufacture and distribution of such publication is customarily conducted by the publisher in accordance with sound business practice, and not to any method or device adopted for the evasion of this section or to prevent or delay the issuance of an injunction or restraining order with respect to such false advertisement or any other advertisement, the court shall exclude such issue from the operation of the restraining order or injunction.

§ 54. False advertisements; penalties

(a) Imposition of penalties

Any person, partnership, or corporation who violates any provision of section 52(a) of this title shall, if the use of the commodity advertised may be injurious to health because

of results from such use under the conditions prescribed in the advertisement thereof, or under such conditions as are customary or usual, or if such violation is with intent to defraud or mislead, be guilty of a misdemeanor, and upon conviction shall be punished by a fine of not more than $5,000 or by imprisonment for not more than six months, or by both such fine and imprisonment; except that if the conviction is for a violation committed after a first conviction of such person, partnership, or corporation, for any violation of such section, punishment shall be by a fine of not more than $10,000 or by imprisonment for not more than one year, or by both such fine and imprisonment: Provided, That for the purposes of this section meats and meat food products duly inspected, marked, and labeled in accordance with rules and regulations issued under the Meat Inspection Act (21 U.S.C. 601 et seq.) shall be conclusively presumed not injurious to health at the time the same leave official "establishments."

(b) Exception of advertising medium or agency

No publisher, radio-broadcast licensee, or agency or medium for the dissemination of advertising, except the manufacturer, packer, distributor, or seller of the commodity to which the false advertisement relates, shall be liable under this section by reason of the dissemination by him of any false advertisement, unless he has refused, on the request of the Commission, to furnish the Commission the name and post-office address of the manufacturer, packer, distributor, seller, or advertising agency, residing in the United States, who caused him to disseminate such advertisement. No advertising agency shall be liable under this section by reason of the causing by it of the dissemination of any false advertisement, unless it has refused, on the request of the Commission, to furnish the Commission the name and post-office address of the manufacturer, packer, distributor, or seller, residing in the United States, who caused it to cause the dissemination of such advertisement.

§ 55. Additional definitions

For the purposes of sections 52 to 54 of this title -

(a) False advertisement

o (1) The term "false advertisement" means an advertisement, other than labeling, which is misleading in a material respect; and in determining whether any advertisement is misleading, there shall be taken into account (among other things) not only representations made or suggested by statement, word, design, device, sound, or any combination thereof, but also the extent to which the advertisement fails to reveal facts material in the light of such representations or material with respect to consequences which may result from the use of the commodity to which the advertisement relates under the conditions prescribed in said advertisement, or under such conditions as are customary or usual. No advertisement of a drug shall be deemed to be false if it is disseminated only to members of the medical profession, contains no false representation of a material fact, and includes, or is accompanied in each instance by truthful disclosure of, the formula showing quantitatively each ingredient of such drug.

o (2) In the case of oleomargarine or margarine an advertisement shall be deemed misleading in a material respect if in such advertisement representations are made or suggested by statement, word, grade designation, design, device, symbol, sound, or any combination thereof, that such oleomargarine or margarine is a dairy product, except that nothing contained herein shall prevent a truthful, accurate, and full statement in any such advertisement of all the ingredients contained in such oleomargarine or margarine.

(b) Food

The term "food" means (1) articles used for food or drink for man or other animals, (2) chewing gum, and (3) articles used for components of any such article.

(c) Drug

The term "drug" means (1) articles recognized in the official United States Pharmacopoeia, official Homoeopathic Pharmacopoeia of the United States, or official National Formulary, or any supplement to any of them; and (2) articles intended for use in the diagnosis, cure, mitigation, treatment, or prevention of disease in man or other animals; and (3) articles (other than food) intended to affect the structure or any function of the body of man or other animals; and (4) articles intended for use as a component of any article specified in clause (1), (2), or (3); but does not include devices or their components, parts, or accessories.

(d) Device

The term "device" (except when used in subsection (a) of this section) means an instrument, apparatus, implement, machine, contrivance, implant, in vitro reagent, or other similar or related article, including any component, part, or accessory, which is -

(1) recognized in the official National Formulary, or the United States Pharmacopeia, or any supplement to them,

(2) intended for use in the diagnosis of disease or other conditions, or in the cure, mitigation, treatment, or prevention of disease, in man or other animals, or

(3) intended to affect the structure or any function of the body of man or other animals, and which does not achieve any of its principal intended purposes through chemical action within or on the body of man or other animals and which is not dependent upon being metabolized for the achievement of any of its principal intended purposes.

(e) Cosmetic

The term "cosmetic" means (1) articles to be rubbed, poured, sprinkled, or sprayed on, introduced into, or otherwise applied to the human body or any part thereof intended for cleansing, beautifying, promoting attractiveness, or altering the appearance, and (2) articles intended for use as a component of any such article; except that such term shall not include soap.

(f) Oleomargarine or margarine

For the purposes of this section and section 347 of title 21, the term "oleomargarine" or "margarine" includes -

(1) all substances, mixtures, and compounds known as oleomargarine or margarine;

(2) all substances, mixtures, and compounds which have a consistence similar to that of butter and which contain any edible oils or fats other than milk fat if made in imitation or semblance of butter.

§ 56. Commencement, defense, intervention and supervision of litigation and appeal by Commission or Attorney General

(a) Procedure for exercise of authority to litigate or appeal

- (1) Except as otherwise provided in paragraph (2) or (3), if -
  - (A) before commencing, defending, or intervening in, any civil action involving this subchapter (including an action to collect a civil penalty) which the Commission, or the Attorney General on behalf of the Commission, is authorized to commence, defend, or intervene in, the Commission gives written notification and undertakes to consult with the Attorney General with respect to such action; and

- (B) the Attorney General fails within 45 days after receipt of such notification to commence, defend, or intervene in, such action; the Commission may commence, defend, or intervene in, and supervise the litigation or, such action and any appeal of such action in its own name by any of its attorneys designated by it for such purpose.

o (2) Except as otherwise provided in paragraph (3), in any civil action -

- (A) under section 53 of this title (relating to injunctive relief);

- (B) under section 57b of this title (relating to consumer redress);

- (C) to obtain judicial review of a rule prescribed by the Commission, or a cease and desist order issued under section 45 of this title; or

- (D) under the second paragraph of section 49 of this title (relating to enforcement of a subpena) and under the fourth paragraph of such section (relating to compliance with section 46 of this title);

the Commission shall have exclusive authority to commence or defend, and supervise the litigation of, such action and any appeal of such action in its own name by any of its attorneys designated by it for such purpose, unless the Commission authorizes the Attorney General to do so. The Commission shall inform the Attorney General of the exercise of such authority and such exercise shall not preclude the Attorney General from intervening on behalf of the United States in such action and any appeal of such action as may be otherwise provided by law.

o (3)

- (A) If the Commission makes a written request to the Attorney General, within the 10-day period which begins on the date of the entry of the judgment in any civil action in which the Commission represented itself pursuant to paragraph (1) or (2), to represent itself through any of its attorneys designated by it for such purpose before the Supreme Court in such action, it may do so, if -

- (i) the Attorney General concurs with such request; or

- (ii) the Attorney General, within the 60-day period which begins on the date of the entry of such judgment -

- (a) refuses to appeal or file a petition for writ of certiorari with respect to such civil action, in which case he shall give written notification to the Commission of the reasons for such refusal within such 60-day period; or

- (b) the Attorney General fails to take any action with respect to the Commission's request.

- (B) In any case where the Attorney General represents the Commission before the Supreme Court in any civil action in which the Commission represented itself pursuant to paragraph (1) or (2), the Attorney General may not agree to any settlement, compromise, or dismissal of such action, or confess error in the Supreme Court with respect to such action, unless the Commission concurs.

- (C) For purposes of this paragraph (with respect to representation before the Supreme Court), the term "Attorney General" includes the Solicitor General.

o (4) If, prior to the expiration of the 45-day period specified in paragraph (1) of this section or a 60-day period specified in paragraph (3), any right of the Commission to commence, defend, or intervene in, any such action or appeal may be extinguished due to any procedural requirement of any court with respect to the time in which any pleadings,

notice of appeal, or other acts pertaining to such action or appeal may be taken, the Attorney General shall have one-half of the time required to comply with any such procedural requirement of the court (including any extension of such time granted by the court) for the purpose of commencing, defending, or intervening in the civil action pursuant to paragraph (1) or for the purpose of refusing to appeal or file a petition for writ of certiorari and the written notification or failing to take any action pursuant to paragraph 3(A)(ii).

o (5) The provisions of this subsection shall apply notwithstanding chapter 31 of title 28, or any other provision of law.

(b) Certification by Commission to Attorney General for criminal proceedings

Whenever the Commission has reason to believe that any person, partnership, or corporation is liable for a criminal penalty under this subchapter, the Commission shall certify the facts to the Attorney General, whose duty it shall be to cause appropriate criminal proceedings to be brought.

§ 57. Separability clause

If any provision of this subchapter, or the application thereof to any person, partnership, or corporation, or circumstance, is held invalid, the remainder of this subchapter, and the application of such provisions to any other person, partnership, corporation, or circumstance, shall not be affected thereby.

§ 57a. Unfair or deceptive acts or practices rulemaking proceedings

(a) Authority of Commission to prescribe rules and general statements of policy

o (1) Except as provided in subsection (h) of this section, the Commission may prescribe -

- (A) interpretive rules and general statements of policy with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title), and

- (B) rules which define with specificity acts or practices which are unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title), except that the Commission shall not develop or promulgate any trade rule or regulation with regard to the regulation of the development and utilization of the standards and certification activities pursuant to this section. Rules under this subparagraph may include requirements prescribed for the purpose of preventing such acts or practices.

o (2) The Commission shall have no authority under this subchapter, other than its authority under this section, to prescribe any rule with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title). The preceding sentence shall not affect any authority of the Commission to prescribe rules (including interpretive rules), and general statements of policy, with respect to unfair methods of competition in or affecting commerce.

(b) Procedures applicable

o (1) When prescribing a rule under subsection (a)(1)(B) of this section, the Commission shall proceed in accordance with section 553 of title 5 (without regard to any reference in such section to sections 556 and 557 of such title), and shall also (A) publish a notice of proposed rulemaking stating with particularity the text of the rule, including any alternatives, which the Commission proposes to promulgate, and the reason for the proposed rule; (B) allow interested persons to submit written data, views, and arguments, and make all such submissions publicly available; (C) provide an opportunity for an in-

formal hearing in accordance with subsection (c) of this section; and (D) promulgate, if appropriate, a final rule based on the matter in the rulemaking record (as defined in subsection (e)(1)(B) of this section), together with a statement of basis and purpose.

- (2)

  - (A) Prior to the publication of any notice of proposed rulemaking pursuant to paragraph (1)(A), the Commission shall publish an advance notice of proposed rulemaking in the Federal Register. Such advance notice shall -

    - (i) contain a brief description of the area of inquiry under consideration, the objectives which the Commission seeks to achieve, and possible regulatory alternatives under consideration by the Commission; and

    - (ii) invite the response of interested parties with respect to such proposed rulemaking, including any suggestions or alternative methods for achieving such objectives.

  - (B) The Commission shall submit such advance notice of proposed rulemaking to the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate and to the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives. The Commission may use such additional mechanisms as the Commission considers useful to obtain suggestions regarding the content of the area of inquiry before the publication of a general notice of proposed rulemaking under paragraph (1)(A).

  - (C) The Commission shall, 30 days before the publication of a notice of proposed rulemaking pursuant to paragraph (1)(A), submit such notice to the Committee on Commerce, Science, and Transportation of the Senate and to the Committee on Energy and Commerce of the House of Representatives.

- (3) The Commission shall issue a notice of proposed rulemaking pursuant to paragraph (1)(A) only where it has reason to believe that the unfair or deceptive acts or practices which are the subject of the proposed rulemaking are prevalent. The Commission shall make a determination that unfair or deceptive acts or practices are prevalent under this paragraph only if -

  - (A) it has issued cease and desist orders regarding such acts or practices, or

  - (B) any other information available to the Commission indicates a widespread pattern of unfair or deceptive acts or practices.

(c) Informal hearing procedure

The Commission shall conduct any informal hearings required by subsection (b)(1)(C) of this section in accordance with the following procedure:

(1)

- (A) The Commission shall provide for the conduct of proceedings under this subsection by hearing officers who shall perform their functions in accordance with the requirements of this subsection.

- (B) The officer who presides over the rulemaking proceedings shall be responsible to a chief presiding officer who shall not be responsible to any other officer or employee of the Commission. The officer who presides over the rulemaking proceeding shall make a recommended decision based upon the findings and conclusions of such officer as to all relevant and material evidence, except that such recommended decision may be made by another officer if the officer who presided over the proceeding is no longer available to the Commission.

o (C) Except as required for the disposition of ex parte matters as authorized by law, no presiding officer shall consult any person or party with respect to any fact in issue unless such officer gives notice and opportunity for all parties to participate.

(2) Subject to paragraph (3) of this subsection, an interested person is entitled -

o (A) to present his position orally or by documentary submission (or both), and

o (B) if the Commission determines that there are disputed issues of material fact it is necessary to resolve, to present such rebuttal submissions and to conduct (or have conducted under paragraph (3)(B)) such cross-examination of persons as the Commission determines (i) to be appropriate, and (ii) to be required for a full and true disclosure with respect to such issues.

(3) The Commission may prescribe such rules and make such rulings concerning proceedings in such hearings as may tend to avoid unnecessary costs or delay. Such rules or rulings may include (A) imposition of reasonable time limits on each interested person's oral presentations, and (B) requirements that any cross-examination to which a person may be entitled under paragraph (2) be conducted by the Commission on behalf of that person in such manner as the Commission determines (i) to be appropriate, and (ii) to be required for a full and true disclosure with respect to disputed issues of material fact.

(4)

o (A) Except as provided in subparagraph (B), if a group of persons each of whom under paragraphs (2) and (3) would be entitled to conduct (or have conducted) cross-examination and who are determined by the Commission to have the same or similar interests in the proceeding cannot agree upon a single representative of such interests for purposes of cross-examination, the Commission may make rules and rulings (i) limiting the representation of such interest, for such purposes, and (ii) governing the manner in which such cross-examination shall be limited.

o (B) When any person who is a member of a group with respect to which the Commission has made a determination under subparagraph (A) is unable to agree upon group representation with the other members of the group, then such person shall not be denied under the authority of subparagraph (A) the opportunity to conduct (or have conducted) cross-examination as to issues affecting his particular interests if (i) he satisfies the Commission that he has made a reasonable and good faith effort to reach agreement upon group representation with the other members of the group and (ii) the Commission determines that there are substantial and relevant issues which are not adequately presented by the group representative.

(5) A verbatim transcript shall be taken of any oral presentation, and cross-examination, in an informal hearing to which this subsection applies. Such transcript shall be available to the public.

(d) Statement of basis and purpose accompanying rule; "Commission" defined; judicial review of amendment or repeal of rule; violation of rule

o (1) The Commission's statement of basis and purpose to accompany a rule promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section shall include (A) a statement as to the prevalence of the acts or practices treated by the rule; (B) a statement as to the manner and context in which such acts or practices are unfair or deceptive; and (C) a statement as to the economic effect of the rule, taking into account the effect on small business and consumers.

- (2)

  - (A) The term "Commission" as used in this subsection and subsections (b) and (c) of this section includes any person authorized to act in behalf of the Commission in any part of the rulemaking proceeding.

  - (B) A substantive amendment to, or repeal of, a rule promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section shall be prescribed, and subject to judicial review, in the same manner as a rule prescribed under such subsection. An exemption under subsection (g) of this section shall not be treated as an amendment or repeal of a rule.

- (3) When any rule under subsection (a)(1)(B) of this section takes effect a subsequent violation thereof shall constitute an unfair or deceptive act or practice in violation of section 45(a)(1) of this title, unless the Commission otherwise expressly provides in such rule.

(e) Judicial review; petition; jurisdiction and venue; rulemaking record; additional submissions and presentations; scope of review and relief; review by Supreme Court; additional remedies

- (1)

  - (A) Not later than 60 days after a rule is promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section by the Commission, any interested person (including a consumer or consumer organization) may file a petition, in the United States Court of Appeals for the District of Columbia circuit or for the circuit in which such person resides or has his principal place of business, for judicial review of such rule. Copies of the petition shall be forthwith transmitted by the clerk of the court to the Commission or other officer designated by it for that purpose. The provisions of section 2112 of title 28 shall apply to the filing of the rulemaking record of proceedings on which the Commission based its rule and to the transfer of proceedings in the courts of appeals.

  - (B) For purposes of this section, the term "rulemaking record" means the rule, its statement of basis and purpose, the transcript required by subsection (c)(5) of this section, any written submissions, and any other information which the Commission considers relevant to such rule.

- (2) If the petitioner or the Commission applies to the court for leave to make additional oral submissions or written presentations and shows to the satisfaction of the court that such submissions and presentations would be material and that there were reasonable grounds for the submissions and failure to make such submissions and presentations in the proceeding before the Commission, the court may order the Commission to provide additional opportunity to make such submissions and presentations. The Commission may modify or set aside its rule or make a new rule by reason of the additional submissions and presentations and shall file such modified or new rule, and the rule's statement of basis of purpose, with the return of such submissions and presentations. The court shall thereafter review such new or modified rule.

- (3) Upon the filing of the petition under paragraph (1) of this subsection, the court shall have jurisdiction to review the rule in accordance with chapter 7 of title 5 and to grant appropriate relief, including interim relief, as provided in such chapter. The court shall hold unlawful and set aside the rule on any ground specified in subparagraphs (A), (B), (C), or (D) of section 706(2) of title 5 (taking due account of the rule of prejudicial error), or if -

- (A) the court finds that the Commission's action is not supported by substantial evidence in the rulemaking record (as defined in paragraph (1)(B) of this subsection) taken as a whole, or

- (B) the court finds that -

- (i) a Commission determination under subsection (c) of this section that the petitioner is not entitled to conduct cross-examination or make rebuttal submissions, or

- (ii) a Commission rule or ruling under subsection (c) of this section limiting the petitioner's cross-examination or rebuttal submissions, has precluded disclosure of disputed material facts which was necessary for fair determination by the Commission of the rulemaking proceeding taken as a whole. The term "evidence", as used in this paragraph, means any matter in the rulemaking record.

o (4) The judgment of the court affirming or setting aside, in whole or in part, any such rule shall be final, subject to review by the Supreme Court of the United States upon certiorari or certification, as provided in section 1254 of title 28.

o (5)

- (A) Remedies under the preceding paragraphs of this subsection are in addition to and not in lieu of any other remedies provided by law.

- (B) The United States Courts of Appeal shall have exclusive jurisdiction of any action to obtain judicial review (other than in an enforcement proceeding) of a rule prescribed under subsection (a)(1)(B) of this section, if any district court of the United States would have had jurisdiction of such action but for this subparagraph. Any such action shall be brought in the United States Court of Appeals for the District of Columbia circuit, or for any circuit which includes a judicial district in which the action could have been brought but for this subparagraph.

- (C) A determination, rule, or ruling of the Commission described in paragraph (3)(B)(i) or (ii) may be reviewed only in a proceeding under this subsection and only in accordance with paragraph (3)(B). Section 706(2)(E) of title 5 shall not apply to any rule promulgated under subsection (a)(1)(B) of this section. The contents and adequacy of any statement required by subsection (b)(1)(D) of this section shall not be subject to judicial review in any respect.

(f) Unfair or deceptive acts or practices by banks, savings and loan institutions, or Federal credit unions; promulgation of regulations by Board of Governors of Federal Reserve System, Federal Home Loan Bank Board, and National Credit Union Administration Board; agency enforcement and compliance proceedings; violations; power of other Federal agencies unaffected; reporting requirements

o (1) In order to prevent unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (including acts or practices which are unfair or deceptive to consumers) by banks or savings and loan institutions described in paragraph (3), each agency specified in paragraph (2) or (3) of this subsection shall establish a separate division of consumer affairs which shall receive and take appropriate action upon complaints with respect to such acts or practices by banks or savings and loan institutions described in paragraph (3) subject to its jurisdiction. The Board of Governors of the Federal Reserve System (with respect to banks) and the Federal Home Loan Bank Board (with respect to savings and loan institutions described in paragraph (3)) and the National Credit Union Administration Board (with respect to Federal credit unions described in paragraph (4)) shall prescribe regulations to carry out the purposes of this section, including regulations defining with specificity such unfair or deceptive acts or practices, and containing requirements prescribed

for the purpose of preventing such acts or practices. Whenever the Commission prescribes a rule under subsection (a)(1)(B) of this section, then within 60 days after such rule takes effect each such Board shall promulgate substantially similar regulations prohibiting acts or practices of banks or savings and loan institutions described in paragraph (3), or Federal credit unions described in paragraph (4), as the case may be, which are substantially similar to those prohibited by rules of the Commission and which impose substantially similar requirements, unless (A) any such Board finds that such acts or practices of banks or savings and loan institutions described in paragraph (3), or Federal credit unions described in paragraph (4), as the case may be, are not unfair or deceptive, or (B) the Board of Governors of the Federal Reserve System finds that implementation of similar regulations with respect to banks, savings and loan institutions or Federal credit unions would seriously conflict with essential monetary and payments systems policies of such Board, and publishes any such finding, and the reasons therefor, in the Federal Register.

o (2) Enforcement. - Compliance with regulations prescribed under this subsection shall be enforced under section 1818 of title 12, in the case of -

- (A) national banks, banks operating under the code of law for the District of Columbia, and Federal branches and Federal agencies of foreign banks, by the division of consumer affairs established by the Office of the Comptroller of the Currency;

- (B) member banks of the Federal Reserve System (other than national banks and banks operating under the code of law for the District of Columbia), branches and agencies of foreign banks (other than Federal branches, Federal agencies, and insured State branches of foreign banks), commercial lending companies owned or controlled by foreign banks, and organizations operating under section 25 or 25(a) (FOOTNOTE 1) of the Federal Reserve Act (12 U.S.C. 601 et seq., 611 et seq.), by the division of consumer affairs established by the Board of Governors of the Federal Reserve System; and (FOOTNOTE 1) See References in Text note below.

- (C) banks insured by the Federal Deposit Insurance Corporation (other (FOOTNOTE 2) banks referred to in subparagraph (A) or (B)) and insured State branches of foreign banks, by the division of consumer affairs established by the Board of Directors of the Federal Deposit Insurance Corporation. (FOOTNOTE 2) So in original. Probably should be "(other than".

o (3) Compliance with regulations prescribed under this subsection shall be enforced under section 1818 of title 12 with respect to savings associations as defined in section 1813 of title 12.

o (4) Compliance with regulations prescribed under this subsection shall be enforced with respect to Federal credit unions under sections 1766 and 1786 of title 12.

o (5) For the purpose of the exercise by any agency referred to in paragraph (2) of its powers under any Act referred to in that paragraph, a violation of any regulation prescribed under this subsection shall be deemed to be a violation of a requirement imposed under that Act. In addition to its powers under any provision of law specifically referred to in paragraph (2), each of the agencies referred to in that paragraph may exercise, for the purpose of enforcing compliance with any regulation prescribed under this subsection, any other authority conferred on it by law.

o (6) The authority of the Board of Governors of the Federal Reserve System to issue regulations under this subsection does not impair the authority of any other agency designated in this subsection to make rules respecting its own procedures in enforcing compliance with regulations prescribed under this subsection.

o (7) Each agency exercising authority under this subsection shall transmit to the Congress each year a detailed report on its activities under this paragraph during the preceding calendar year. The terms used in this paragraph that are not defined in this subchapter or otherwise defined in section 1813(s) of title 12 shall have the meaning given to them in section 3101 of title 12.

(g) Exemptions and stays from application of rules; procedures

o (1) Any person to whom a rule under subsection (a)(1)(B) of this section applies may petition the Commission for an exemption from such rule.

o (2) If, on its own motion or on the basis of a petition under paragraph (1), the Commission finds that the application of a rule prescribed under subsection (a)(1)(B) of this section to any person or class or (FOOTNOTE 3) persons is not necessary to prevent the unfair or deceptive act or practice to which the rule relates, the Commission may exempt such person or class from all or part of such rule. Section 553 of title 5 shall apply to action under this paragraph. (FOOTNOTE 3) So in original. Probably should be "of".

o (3) Neither the pendency of a proceeding under this subsection respecting an exemption from a rule, nor the pendency of judicial proceedings to review the Commission's action or failure to act under this subsection, shall stay the applicability of such rule under subsection (a)(1)(B) of this section.

(h) Restriction on rulemaking authority of Commission respecting children's advertising proceedings pending on May 28, 1980

The Commission shall not have any authority to promulgate any rule in the children's advertising proceeding pending on May 28, 1980, or in any substantially similar proceeding on the basis of a determination by the Commission that such advertising constitutes an unfair act or practice in or affecting commerce.

(i) Meetings with outside parties

o (1) For purposes of this subsection, the term "outside party" means any person other than (A) a Commissioner; (B) an officer or employee of the Commission; or (C) any person who has entered into a contract or any other agreement or arrangement with the Commission to provide any goods or services (including consulting services) to the Commission.

o (2) Not later than 60 days after May 28, 1980, the Commission shall publish a proposed rule, and not later than 180 days after May 28, 1980, the Commission shall promulgate a final rule, which shall authorize the Commission or any Commissioner to meet with any outside party concerning any rulemaking proceeding of the Commission. Such rule shall provide that -

- (A) notice of any such meeting shall be included in any weekly calendar prepared by the Commission; and

- (B) a verbatim record or a summary of any such meeting, or of any communication relating to any such meeting, shall be kept, made available to the public, and included in the rulemaking record.

(j) Communications by investigative personnel with staff of Commission concerning matters outside rulemaking record prohibited

Not later than 60 days after May 28, 1980, the Commission shall publish a proposed rule, and not later than 180 days after May 28, 1980, the Commission shall promulgate a final rule, which shall prohibit any officer, employee, or agent of the Commission with any in-

vestigative responsibility or other responsibility relating to any rulemaking proceeding within any operating bureau of the Commission, from communicating or causing to be communicated to any Commissioner or to the personal staff of any Commissioner any fact which is relevant to the merits of such proceeding and which is not on the rulemaking record of such proceeding, unless such communication is made available to the public and is included in the rulemaking record. The provisions of this subsection shall not apply to any communication to the extent such communication is required for the disposition of ex parte matters as authorized by law.

§ 57a-1. Omitted

§ 57b. Civil actions for violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices

(a) Suits by Commission against persons, partnerships, or corporations; jurisdiction; relief for dishonest or fraudulent acts

o (1) If any person, partnership, or corporation violates any rule under this subchapter respecting unfair or deceptive acts or practices (other than an interpretive rule, or a rule violation of which the Commission has provided is not an unfair or deceptive act or practice in violation of section 45(a) of this title), then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation for relief under subsection (b) of this section in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State.

o (2) If any person, partnership, or corporation engages in any unfair or deceptive act or practice (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) with respect to which the Commission has issued a final cease and desist order which is applicable to such person, partnership, or corporation, then the Commission may commence a civil action against such person, partnership, or corporation in a United States district court or in any court of competent jurisdiction of a State. If the Commission satisfies the court that the act or practice to which the cease and desist order relates is one which a reasonable man would have known under the circumstances was dishonest or fraudulent, the court may grant relief under subsection (b) of this section.

(b) Nature of relief available

The court in an action under subsection (a) of this section shall have jurisdiction to grant such relief as the court finds necessary to redress injury to consumers or other persons, partnerships, and corporations resulting from the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be. Such relief may include, but shall not be limited to, rescission or reformation of contracts, the refund of money or return of property, the payment of damages, and public notification respecting the rule violation or the unfair or deceptive act or practice, as the case may be; except that nothing in this subsection is intended to authorize the imposition of any exemplary or punitive damages.

(c) Conclusiveness of findings of Commission in cease and desist proceedings; notice of judicial proceedings to injured persons, etc.

o (1) If (A) a cease and desist order issued under section 45(b) of this title has become final under section 45(g) of this title with respect to any person's, partnership's, or corporation's rule violation or unfair or deceptive act or practice, and (B) an action under this section is brought with respect to such person's, partnership's, or corporation's rule violation or act or practice, then the findings of the Commission as to the material facts in the proceeding under section 45(b) of this title with respect to such person's, partnership's, or corporation's rule violation or act or practice, shall be conclusive unless (i) the terms of such cease and desist order expressly provide that the Commission's findings shall not

be conclusive, or (ii) the order became final by reason of section 45(g)(1) of this title, in which case such finding shall be conclusive if supported by evidence.

o (2) The court shall cause notice of an action under this section to be given in a manner which is reasonably calculated, under all of the circumstances, to apprise the persons, partnerships, and corporations allegedly injured by the defendant's rule violation or act or practice of the pendency of such action. Such notice may, in the discretion of the court, be given by publication.

(d) Time for bringing of actions

No action may be brought by the Commission under this section more than 3 years after the rule violation to which an action under subsection (a)(1) of this section relates, or the unfair or deceptive act or practice to which an action under subsection (a)(2) of this section relates; except that if a cease and desist order with respect to any person's, partnership's, or corporation's rule violation or unfair or deceptive act or practice has become final and such order was issued in a proceeding under section 45(b) of this title which was commenced not later than 3 years after the rule violation or act or practice occurred, a civil action may be commenced under this section against such person, partnership, or corporation at any time before the expiration of one year after such order becomes final.

(e) Availability of additional Federal or State remedies; other authority of Commission unaffected

Remedies provided in this section are in addition to, and not in lieu of, any other remedy or right of action provided by State or Federal law. Nothing in this section shall be construed to affect any authority of the Commission under any other provision of law.

§ 57b-1. Civil investigative demands

(a) Definitions

For purposes of this section:

(1) The terms "civil investigative demand" and "demand" mean any demand issued by the commission under subsection (c)(1) of this section.

(2) The term "Commission investigation" means any inquiry conducted by a Commission investigator for the purpose of ascertaining whether any person is or has been engaged in any unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) or in any antitrust violations.

(3) The term "Commission investigator" means any attorney or investigator employed by the Commission who is charged with the duty of enforcing or carrying into effect any provisions relating to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) or any provisions relating to antitrust violations.

(4) The term "custodian" means the custodian or any deputy custodian designated under section 57b-2(b)(2)(A) of this title.

(5) The term "documentary material" includes the original or any copy of any book, record, report, memorandum, paper, communication, tabulation, chart, or other document.

(6) The term "person" means any natural person, partnership, corporation, association, or other legal entity, including any person acting under color or authority of State law.

(7) The term "violation" means any act or omission constituting an unfair or deceptive act or practice in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title) or any antitrust violation.

(8) The term "antitrust violation" means -

o (A) any unfair method of competition (within the meaning of section 45(a)(1) of this title);

o (B) any violation of the Clayton Act (15 U.S.C. 12 et seq.) or of any other Federal statute that prohibits, or makes available to the Commission a civil remedy with respect to, any restraint upon or monopolization of interstate or foreign trade or commerce;

o (C) with respect to the International Antitrust Enforcement Assistance Act of 1994 (15 U.S.C. 6201 et seq.), any violation of any of the foreign antitrust laws (as defined in section 12 of such Act (15 U.S.C. 6211)) with respect to which a request is made under section 3 of such Act (15 U.S.C. 6202); or

o (D) any activity in preparation for a merger, acquisition, joint venture, or similar transaction, which if consummated, may result in any such unfair method of competition or in any such violation.

(b) Actions conducted by Commission respecting unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce

For the purpose of investigations performed pursuant to this section with respect to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title); all actions of the Commission taken under section 46 and section 49 of this title shall be conducted pursuant to subsection (c) of this section.

(c) Issuance of demand; contents; service; verified return; sworn certificate; answers; taking of oral testimony

o (1) Whenever the Commission has reason to believe that any person may be in possession, custody, or control of any documentary material or tangible things, or may have any information, relevant to unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce (within the meaning of section 45(a)(1) of this title), or to antitrust violations, the Commission may, before the institution of any proceedings under this subchapter, issue in writing, and cause to be served upon such person, a civil investigative demand requiring such person to produce such documentary material for inspection and copying or reproduction, to submit such tangible things, to file written reports or answers to questions, to give oral testimony concerning documentary material or other information, or to furnish any combination of such material, answers, or testimony.

o (2) Each civil investigative demand shall state the nature of the conduct constituting the alleged violation which is under investigation and the provision of law applicable to such violation.

o (3) Each civil investigative demand for the production of documentary material shall -

- (A) describe each class of documentary material to be produced under the demand with such definiteness and certainty as to permit such material to be fairly identified;

- (B) prescribe a return date or dates which will provide a reasonable period of time within which the material so demanded may be assembled and made available for inspection and copying or reproduction; and

- (C) identify the custodian to whom such material shall be made available.

o (4) Each civil investigative demand for the submission of tangible things shall -

- (A) describe each class of tangible things to be submitted under the demand with such definiteness and certainty as to permit such things to be fairly identified;

- (B) prescribe a return date or dates which will provide a reasonable period of time within which the things so demanded may be assembled and submitted; and

- (C) identify the custodian to whom such things shall be submitted.

o (5) Each civil investigative demand for written reports or answers to questions shall -

- (A) propound with definiteness and certainty the reports to be produced or the questions to be answered;

- (B) prescribe a date or dates at which time written reports or answers to questions shall be submitted; and

- (C) identify the custodian to whom such reports or answers shall be submitted.

o (6) Each civil investigative demand for the giving of oral testimony shall -

- (A) prescribe a date, time, and place at which oral testimony shall be commenced; and

- (B) identify a Commission investigator who shall conduct the investigation and the custodian to whom the transcript of such investigation shall be submitted.

o (7)

- (A) Any civil investigative demand may be served by any Commission investigator at any place within the territorial jurisdiction of any court of the United States.

- (B) Any such demand or any enforcement petition filed under this section may be served upon any person who is not found within the territorial jurisdiction of any court of the United States, in such manner as the Federal Rules of Civil Procedure prescribe for service in a foreign nation.

- (C) To the extent that the courts of the United States have authority to assert jurisdiction over such person consistent with due process, the United States District Court for the District of Columbia shall have the same jurisdiction to take any action respecting compliance with this section by such person that such district court would have if such person were personally within the jurisdiction of such district court.

o (8) Service of any civil investigative demand or any enforcement petition filed under this section may be made upon a partnership, corporation, association, or other legal entity by -

- (A) delivering a duly executed copy of such demand or petition to any partner, executive officer, managing agent, or general agent of such partnership, corporation, association, or other legal entity, or to any agent of such partnership, corporation, association, or other legal entity authorized by appointment or by law to receive service of process on behalf of such partnership, corporation, association, or other legal entity;

- (B) delivering a duly executed copy of such demand or petition to the principal office or place of business of the partnership, corporation, association, or other legal entity to be served; or

- (C) depositing a duly executed copy in the United States mails, by registered or certified mail, return receipt requested, duly addressed to such partnership, corporation, association, or other legal entity at its principal office or place of business.

o (9) Service of any civil investigative demand or of any enforcement petition filed under this section may be made upon any natural person by -

- (A) delivering a duly executed copy of such demand or petition to the person to be served; or

- (B) depositing a duly executed copy in the United States mails by registered or certified mail, return receipt requested, duly addressed to such person at his residence or principal office or place of business.

o (10) A verified return by the individual serving any civil investigative demand or any enforcement petition filed under this section setting forth the manner of such service shall be proof of such service. In the case of service by registered or certified mail, such return shall be accompanied by the return post office receipt of delivery of such demand or enforcement petition.

o (11) The production of documentary material in response to a civil investigative demand shall be made under a sworn certificate, in such form as the demand designates, by the person, if a natural person, to whom the demand is directed or, if not a natural person, by any person having knowledge of the facts and circumstances relating to such production, to the effect that all of the documentary material required by the demand and in the possession, custody, or control of the person to whom the demand is directed has been produced and made available to the custodian.

o (12) The submission of tangible things in response to a civil investigative demand shall be made under a sworn certificate, in such form as the demand designates, by the person to whom the demand is directed or, if not a natural person, by any person having knowledge of the facts and circumstances relating to such production, to the effect that all of the tangible things required by the demand and in the possession, custody, or control of the person to whom the demand is directed have been submitted to the custodian.

o (13) Each reporting requirement or question in a civil investigative demand shall be answered separately and fully in writing under oath, unless it is objected to, in which event the reasons for the objection shall be stated in lieu of an answer, and it shall be submitted under a sworn certificate, in such form as the demand designates, by the person, if a natural person, to whom the demand is directed or, if not a natural person, by any person responsible for answering each reporting requirement or question, to the effect that all information required by the demand and in the possession, custody, control, or knowledge of the person to whom the demand is directed has been submitted.

o (14)

- (A) Any Commission investigator before whom oral testimony is to be taken shall put the witness on oath or affirmation and shall personally, or by any individual acting under his direction and in his presence, record the testimony of the witness. The testimony shall be taken stenographically and transcribed. After the testimony is fully transcribed, the Commission investigator before whom the testimony is taken shall promptly transmit a copy of the transcript of the testimony to the custodian.

- (B) Any Commission investigator before whom oral testimony is to be taken shall exclude from the place where the testimony is to be taken all other persons except the person giving the testimony, his attorney, the officer before whom the testimony is to be taken, and any stenographer taking such testimony.

- (C) The oral testimony of any person taken pursuant to a civil investigative demand shall be taken in the judicial district of the United States in which such person resides, is found, or transacts business, or in such other place as may be agreed upon by the Commission investigator before whom the oral testimony of such person is to be taken and such person.

- (D)

- (i) Any person compelled to appear under a civil investigative demand for oral testimony pursuant to this section may be accompanied, represented, and advised by an attorney. The attorney may advise such person, in confidence, either upon the request of such person or upon the initiative of the attorney, with respect to any question asked of such person.

- (ii) Such person or attorney may object on the record to any question, in whole or in part, and shall briefly state for the record the reason for the objection. An objection may properly be made, received, and entered upon the record when it is claimed that such person is entitled to refuse to answer the question on grounds of any constitutional or other legal right or privilege, including the privilege against self-incrimination. Such person shall not otherwise object to or refuse to answer any question, and shall not himself or through his attorney otherwise interrupt the oral examination. If such person refuses to answer any question, the Commission may petition the district court of the United States pursuant to this section for an order compelling such person to answer such question.

- (iii) If such person refuses to answer any question on grounds of the privilege against self-incrimination, the testimony of such person may be compelled in accordance with the provisions of section 6004 of title 18.

- (E)

- (i) After the testimony of any witness is fully transcribed, the Commission investigator shall afford the witness (who may be accompanied by an attorney) a reasonable opportunity to examine the transcript. The transcript shall be read to or by the witness, unless such examination and reading are waived by the witness. Any changes in form or substance which the witness desires to make shall be entered and identified upon the transcript by the Commission investigator with a statement of the reasons given by the witness for making such changes. The transcript shall then be signed by the witness, unless the witness in writing waives the signing, is ill, cannot be found, or refuses to sign.

- (ii) If the transcript is not signed by the witness during the 30-day period following the date upon which the witness is first afforded a reasonable opportunity to examine it, the Commission investigator shall sign the transcript and state on the record the fact of the waiver, illness, absence of the witness, or the refusal to sign, together with any reasons given for the failure to sign.

- (F) The Commission investigator shall certify on the transcript that the witness was duly sworn by him and that the transcript is a true record of the testimony given by the witness, and the Commission investigator shall promptly deliver the transcript or send it by registered or certified mail to the custodian.

- (G) The Commission investigator shall furnish a copy of the transcript (upon payment of reasonable charges for the transcription) to the witness only, except that the Commission may for good cause limit such witness to inspection of the official transcript of his testimony.

- (H) Any witness appearing for the taking of oral testimony pursuant to a civil investigative demand shall be entitled to the same fees and mileage which are paid to witnesses in the district courts of the United States.

(d) Procedures for demand material

Materials received as a result of a civil investigative demand shall be subject to the procedures established in section 57b-2 of this title.

(e) Petition for enforcement

Whenever any person fails to comply with any civil investigative demand duly served upon him under this section, or whenever satisfactory copying or reproduction of material requested pursuant to the demand cannot be accomplished and such person refuses to surrender such material, the Commission, through such officers or attorneys as it may designate, may file, in the district court of the United States for any judicial district in which such person resides, is found, or transacts business, and serve upon such person, a petition for an order of such court for the enforcement of this section. All process of any court to which application may be made as provided in this subsection may be served in any judicial district.

(f) Petition for order modifying or setting aside demand

o (1) Not later than 20 days after the service of any civil investigative demand upon any person under subsection (c) of this section, or at any time before the return date specified in the demand, whichever period is shorter, or within such period exceeding 20 days after service or in excess of such return date as may be prescribed in writing, subsequent to service, by any Commission investigator named in the demand, such person may file with the Commission a petition for an order by the Commission modifying or setting aside the demand.

o (2) The time permitted for compliance with the demand in whole or in part, as deemed proper and ordered by the Commission, shall not run during the pendency of such petition at the Commission, except that such person shall comply with any portions of the demand not sought to be modified or set aside. Such petition shall specify each ground upon which the petitioner relies in seeking such relief, and may be based upon any failure of the demand to comply with the provisions of this section, or upon any constitutional or other legal right or privilege of such person.

(g) Custodial control of documentary material, tangible things, reports, etc.

At any time during which any custodian is in custody or control of any documentary material, tangible things, reports, answers to questions, or transcripts of oral testimony given by any person in compliance with any civil investigative demand, such person may file, in the district court of the United States for the judicial district within which the office of such custodian is situated, and serve upon such custodian, a petition for an order of such court requiring the performance by such custodian of any duty imposed upon him by this section or section 57b-2 of this title.

(h) Jurisdiction of court

Whenever any petition is filed in any district court of the United States under this section, such court shall have jurisdiction to hear and determine the matter so presented, and to enter such order or orders as may be required to carry into effect the provisions of this section. Any final order so entered shall be subject to appeal pursuant to section 1291 of title 28. Any disobedience of any final order entered under this section by any court shall be punished as a contempt of such court.

(i) Commission authority to issue subpoenas or make demand for information

Notwithstanding any other provision of law, the Commission shall have no authority to issue a subpoena or make a demand for information, under authority of this subchapter or any other provision of law, unless such subpoena or demand for information is signed by a Commissioner acting pursuant to a Commission resolution. The Commission shall not delegate the power conferred by this section to sign subpoenas or demands for information to any other person.

(e) Petition for enforcement

Whenever any person fails to comply with any civil investigative demand duly served upon him under this section, or whenever satisfactory copying or reproduction of material requested pursuant to the demand cannot be accomplished and such person refuses to surrender such material, the Commission, through such officers or attorneys as it may designate, may file, in the district court of the United States for any judicial district in which such person resides, is found, or transacts business, and serve upon such person, a petition for an order of such court for the enforcement of this section. All process of any court to which application may be made as provided in this subsection may be served in any judicial district.

(f) Petition for order modifying or setting aside demand

o (1) Not later than 20 days after the service of any civil investigative demand upon any person under subsection (c) of this section, or at any time before the return date specified in the demand, whichever period is shorter, or within such period exceeding 20 days after service or in excess of such return date as may be prescribed in writing, subsequent to service, by any Commission investigator named in the demand, such person may file with the Commission a petition for an order by the Commission modifying or setting aside the demand.

o (2) The time permitted for compliance with the demand in whole or in part, as deemed proper and ordered by the Commission, shall not run during the pendency of such petition at the Commission, except that such person shall comply with any portions of the demand not sought to be modified or set aside. Such petition shall specify each ground upon which the petitioner relies in seeking such relief, and may be based upon any failure of the demand to comply with the provisions of this section, or upon any constitutional or other legal right or privilege of such person.

(g) Custodial control of documentary material, tangible things, reports, etc.

At any time during which any custodian is in custody or control of any documentary material, tangible things, reports, answers to questions, or transcripts of oral testimony given by any person in compliance with any civil investigative demand, such person may file, in the district court of the United States for the judicial district within which the office of such custodian is situated, and serve upon such custodian, a petition for an order of such court requiring the performance by such custodian of any duty imposed upon him by this section or section 57b-2 of this title.

(h) Jurisdiction of court

Whenever any petition is filed in any district court of the United States under this section, such court shall have jurisdiction to hear and determine the matter so presented, and to enter such order or orders as may be required to carry into effect the provisions of this section. Any final order so entered shall be subject to appeal pursuant to section 1291 of title 28. Any disobedience of any final order entered under this section by any court shall be punished as a contempt of such court.

(i) Commission authority to issue subpoenas or make demand for information

Notwithstanding any other provision of law, the Commission shall have no authority to issue a subpoena or make a demand for information, under authority of this subchapter or any other provision of law, unless such subpoena or demand for information is signed by a Commissioner acting pursuant to a Commission resolution. The Commission shall not delegate the power conferred by this section to sign subpoenas or demands for information to any other person.

(j) Applicability of this section

The provisions of this section shall not -

(1) apply to any proceeding under section 45(b) of this title, any proceeding under section 11(b) of the Clayton Act (15 U.S.C. 21(b)), or any adjudicative proceeding under any other provision of law; or

(2) apply to or affect the jurisdiction, duties, or powers of any agency of the Federal Government, other than the Commission, regardless of whether such jurisdiction, duties, or powers are derived in whole or in part, by reference to this subchapter.

§ 57b-2. Confidentiality

(a) Definitions

For purposes of this section:

(1) The term "material" means documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony.

(2) The term "Federal agency" has the meaning given it in section 552(e) (FOOTNOTE 1) of title 5. (FOOTNOTE 1) See References in Text note below.

(b) Procedures respecting documents, tangible things, or transcripts of oral testimony received pursuant to compulsory process or investigation

o (1) With respect to any document, tangible thing, or transcript of oral testimony received by the Commission pursuant to compulsory process in an investigation, a purpose of which is to determine whether any person may have violated any provision of the laws administered by the Commission, the procedures established in paragraph (2) through paragraph (7) shall apply.

o (2)

▪ (A) The Commission shall designate a duly authorized agent to serve as custodian of documentary material, tangible things, or written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony, and such additional duly authorized agents as the Commission shall determine from time to time to be necessary to serve as deputies to the custodian.

▪ (B) Any person upon whom any demand for the production of documentary material has been duly served shall make such material available for inspection and copying or reproduction to the custodian designated in such demand at the principal place of business of such person (or at such other place as such custodian and such person thereafter may agree or prescribe in writing or as the court may direct pursuant to section 57b-1(h) of this title) on the return date specified in such demand (or on such later date as such custodian may prescribe in writing). Such person may upon written agreement between such person and the custodian substitute copies for originals of all or any part of such material.

o (3)

▪ (A) The custodian to whom any documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony are delivered shall take physical possession of such material, reports or answers, and transcripts, and shall be responsible for the use made of such material, reports or answers, and transcripts, and for the return of material, pursuant to the requirements of this section.

- (B) The custodian may prepare such copies of the documentary material, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony, and may make tangible things available, as may be required for official use by any duly authorized officer or employee of the Commission under regulations which shall be promulgated by the Commission. Notwithstanding subparagraph (C), such material, things, and transcripts may be used by any such officer or employee in connection with the taking of oral testimony under this section.

- (C) Except as otherwise provided in this section, while in the possession of the custodian, no documentary material, tangible things, reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony shall be available for examination by any individual other than a duly authorized officer or employee of the Commission without the consent of the person who produced the material, things, or transcripts. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either House of the Congress or to any committee or subcommittee of the Congress, except that the Commission immediately shall notify the owner or provider of any such information of a request for information designated as confidential by the owner or provider.

- (D) While in the possession of the custodian and under such reasonable terms and conditions as the Commission shall prescribe -

- (i) documentary material, tangible things, or written reports shall be available for examination by the person who produced the material, or by any duly authorized representative of such person; and

- (ii) answers to questions in writing and transcripts of oral testimony shall be available for examination by the person who produced the testimony or by his attorney.

o (4) Whenever the Commission has instituted a proceeding against a person, partnership, or corporation, the custodian may deliver to any officer or employee of the Commission documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony for official use in connection with such proceeding. Upon the completion of the proceeding, the officer or employee shall return to the custodian any such material so delivered which has not been received into the record of the proceeding.

o (5) If any documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony have been produced in the course of any investigation by any person pursuant to compulsory process and -

- (A) any proceeding arising out of the investigation has been completed; or

- (B) no proceeding in which the material may be used has been commenced within a reasonable time after completion of the examination and analysis of all such material and other information assembled in the course of the investigation; then the custodian shall, upon written request of the person who produced the material, return to the person any such material which has not been received into the record of any such proceeding (other than copies of such material made by the custodian pursuant to paragraph (3)(B)).

o (6) The custodian of any documentary material, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony may deliver to any officers or employees of appropriate Federal law enforcement agencies, in response to a written request, copies of such material for use in connection with an investigation or proceeding under the jurisdiction of any such agency. The custodian of any tangible things may make such things available for inspection to such persons on the same basis. Such materials shall not be made available to any such agency until the custodian received certification of any officer of such agency that such information will be maintained in confidence and will be used

only for official law enforcement purposes. Such documentary material, results of inspections of tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony may be used by any officer or employee of such agency only in such manner and subject to such conditions as apply to the Commission under this section. The custodian may make such materials available to any State law enforcement agency upon the prior certification of any officer of such agency that such information will be maintained in confidence and will be used only for official law enforcement purposes.

o (7) In the event of the death, disability, or separation from service in the Commission of the custodian of any documentary material, tangible things, written reports or answers to questions, and transcripts of oral testimony produced under any demand issued under this subchapter, or the official relief of the custodian from responsibility for the custody and control of such material, the Commission promptly shall -

- (A) designate under paragraph (2)(A) another duly authorized agent to serve as custodian of such material; and

- (B) transmit in writing to the person who produced the material or testimony notice as to the identity and address of the successor so designated. Any successor designated under paragraph (2)(A) as a result of the requirements of this paragraph shall have (with regard to the material involved) all duties and responsibilities imposed by this section upon his predecessor in office with regard to such material, except that he shall not be held responsible for any default or dereliction which occurred before his designation.

(c) Information considered confidential

o (1) All information reported to or otherwise obtained by the Commission which is not subject to the requirements of subsection (b) of this section shall be considered confidential when so marked by the person supplying the information and shall not be disclosed, except in accordance with the procedures established in paragraph (2) and paragraph (3).

o (2) If the Commission determines that a document marked confidential by the person supplying it may be disclosed because it is not a trade secret or commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, within the meaning of section 46(f) of this title, then the Commission shall notify such person in writing that the Commission intends to disclose the document at a date not less than 10 days after the date of receipt of notification.

o (3) Any person receiving such notification may, if he believes disclosure of the document would cause disclosure of a trade secret, or commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential, within the meaning of section 46(f) of this title, before the date set for release of the document, bring an action in the district court of the United States for the district within which the documents are located or in the United States District Court for the District of Columbia to restrain disclosure of the document. Any person receiving such notification may file with the appropriate district court or court of appeals of the United States, as appropriate, an application for a stay of disclosure. The documents shall not be disclosed until the court has ruled on the application for a stay.

(d) Particular disclosures allowed

o (1) The provisions of subsection (c) of this section shall not be construed to prohibit -

- (A) the disclosure of information to either House of the Congress or to any committee or subcommittee of the Congress, except that the Commission immediately shall no-

tify the owner or provider of any such information of a request for information designated as confidential by the owner or provider;

- (B) the disclosure of the results of any investigation or study carried out or prepared by the Commission, except that no information shall be identified nor shall information be disclosed in such a manner as to disclose a trade secret of any person supplying the trade secret, or to disclose any commercial or financial information which is obtained from any person and which is privileged or confidential;

- (C) the disclosure of relevant and material information in Commission adjudicative proceedings or in judicial proceedings to which the Commission is a party; or

- (D) the disclosure to a Federal agency of disaggregated information obtained in accordance with section 3512 (FOOTNOTE 1) of title 44, except that the recipient agency shall use such disaggregated information for economic, statistical, or policymaking purposes only, and shall not disclose such information in an individually identifiable form.

o (2) Any disclosure of relevant and material information in Commission adjudicative proceedings or in judicial proceedings to which the Commission is a party shall be governed by the rules of the Commission for adjudicative proceedings or by court rules or orders, except that the rules of the Commission shall not be amended in a manner inconsistent with the purposes of this section.

(e) Effect on other statutory provisions limiting disclosure

Nothing in this section shall supersede any statutory provision which expressly prohibits or limits particular disclosures by the Commission, or which authorizes disclosures to any other Federal agency.

(f) Exemption from disclosure

Any material which is received by the Commission in any investigation, a purpose of which is to determine whether any person may have violated any provision of the laws administered by the Commission, and which is provided pursuant to any compulsory process under this subchapter or which is provided voluntarily in place of such compulsory process shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5.

§ 57b-3. Rulemaking process

(a) Definitions

For purposes of this section:

(1) The term "rule" means any rule promulgated by the Commission under section 46 or section 57a of this title, except that such term does not include interpretive rules, rules involving Commission management or personnel, general statements of policy, or rules relating to Commission organization, procedure, or practice. Such term does not include any amendment to a rule unless the Commission -

o (A) estimates that such amendment will have an annual effect on the national economy of $100,000,000 or more;

o (B) estimates that such amendment will cause a substantial change in the cost or price of goods or services which are used extensively by particular industries, which are supplied extensively in particular geographic regions, or which are acquired in significant quantities by the Federal Government, or by State or local governments; or

o (C) otherwise determines that such amendment will have a significant impact upon persons subject to regulation under such amendment and upon consumers.

(2) The term "rulemaking" means any Commission process for formulating or amending a rule.

(b) Notice of proposed rulemaking; regulatory analysis; contents; issuance

o (1) In any case in which the Commission publishes notice of a proposed rulemaking, the Commission shall issue a preliminary regulatory analysis relating to the proposed rule involved. Each preliminary regulatory analysis shall contain -

- (A) a concise statement of the need for, and the objectives of, the proposed rule;

- (B) a description of any reasonable alternatives to the proposed rule which may accomplish the stated objective of the rule in a manner consistent with applicable law; and

- (C) for the proposed rule, and for each of the alternatives described in the analysis, a preliminary analysis of the projected benefits and any adverse economic effects and any other effects, and of the effectiveness of the proposed rule and each alternative in meeting the stated objectives of the proposed rule.

o (2) In any case in which the Commission promulgates a final rule, the Commission shall issue a final regulatory analysis relating to the final rule. Each final regulatory analysis shall contain -

- (A) a concise statement of the need for, and the objectives of, the final rule;

- (B) a description of any alternatives to the final rule which were considered by the Commission;

- (C) an analysis of the projected benefits and any adverse economic effects and any other effects of the final rule;

- (D) an explanation of the reasons for the determination of the Commission that the final rule will attain its objectives in a manner consistent with applicable law and the reasons the particular alternative was chosen; and

- (E) a summary of any significant issues raised by the comments submitted during the public comment period in response to the preliminary regulatory analysis, and a summary of the assessment by the Commission of such issues.

o (3)

- (A) In order to avoid duplication or waste, the Commission is authorized to -

- (i) consider a series of closely related rules as one rule for purposes of this subsection; and

- (ii) whenever appropriate, incorporate any data or analysis contained in a regulatory analysis issued under this subsection in the statement of basis and purpose to accompany any rule promulgated under section 57a(a)(1)(B) of this title, and incorporate by reference in any preliminary or final regulatory analysis information contained in a notice of proposed rulemaking or a statement of basis and purpose.

- (B) The Commission shall include, in each notice of proposed rulemaking and in each publication of a final rule, a statement of the manner in which the public may obtain copies of the preliminary and final regulatory analyses. The Commission may charge a reasonable fee for the copying and mailing of regulatory analyses. The regulatory analyses shall be furnished without charge or at a reduced charge if the Commission determines that waiver or reduction of the fee is in the public interest because furnishing the information primarily benefits the general public.

o (4) The Commission is authorized to delay the completion of any of the requirements established in this subsection by publishing in the Federal Register, not later than the date of publication of the final rule involved, a finding that the final rule is being promulgated in response to an emergency which makes timely compliance with the provisions of this subsection impracticable. Such publication shall include a statement of the reasons for such finding.

o (5) The requirements of this subsection shall not be construed to alter in any manner the substantive standards applicable to any action by the Commission, or the procedural standards otherwise applicable to such action.

(c) Judicial review

o (1) The contents and adequacy of any regulatory analysis prepared or issued by the Commission under this section, including the adequacy of any procedure involved in such preparation or issuance, shall not be subject to any judicial review in any court, except that a court, upon review of a rule pursuant to section 57a(e) of this title, may set aside such rule if the Commission has failed entirely to prepare a regulatory analysis.

o (2) Except as specified in paragraph (1), no Commission action may be invalidated, remanded, or otherwise affected by any court on account of any failure to comply with the requirements of this section.

o (3) The provisions of this subsection do not alter the substantive or procedural standards otherwise applicable to judicial review of any action by the Commission.

(d) Regulatory agenda; contents; publication dates in Federal Register

o (1) The Commission shall publish at least semiannually a regulatory agenda. Each regulatory agenda shall contain a list of rules which the Commission intends to propose or promulgate during the 12-month period following the publication of the agenda. On the first Monday in October of each year, the Commission shall publish in the Federal Register a schedule showing the dates during the current fiscal year on which the semiannual regulatory agenda of the Commission will be published.

o (2) For each rule listed in a regulatory agenda, the Commission shall -

- (A) describe the rule;
- (B) state the objectives of and the legal basis for the rule; and
- (C) specify any dates established or anticipated by the Commission for taking action, including dates for advance notice of proposed rulemaking, notices of proposed rulemaking, and final action by the Commission.

o (3) Each regulatory agenda shall state the name, office address, and office telephone number of the Commission officer or employee responsible for responding to any inquiry relating to each rule listed.

o (4) The Commission shall not propose or promulgate a rule which was not listed on a regulatory agenda unless the Commission publishes with the rule an explanation of the reasons the rule was omitted from such agenda.

§ 57b-4. Good faith reliance on actions of Board of Governors

(a) "Board of Governors" defined

For purposes of this section, the term "Board of Governors' means the Board of Governors" of the Federal Reserve System.

(b) Use as defense

Notwithstanding any other provision of law, if -

(1) any person, partnership, or corporation engages in any conduct or practice which allegedly constitutes a violation of any Federal law with respect to which the Board of Governors of the Federal Reserve System has rulemaking authority; and

(2) such person, partnership, or corporation engaged in such conduct or practice in good faith reliance upon, and in conformity with, any rule, regulation, statement of interpretation, or statement of approval prescribed or issued by the Board of Governors under such Federal law; then such good faith reliance shall constitute a defense in any administrative or judicial proceeding commenced against such person, partnership, or corporation by the Commission under this subchapter or in any administrative or judicial proceeding commenced against such person, partnership, or corporation by the Attorney General of the United States, upon request made by the Commission, under any provision of law.

(c) Applicability of subsection (b)

The provisions of subsection (b) of this section shall apply regardless of whether any rule, regulation, statement of interpretation, or statement of approval prescribed or issued by the Board of Governors is amended, rescinded, or held to be invalid by judicial authority or any other authority after a person, partnership, or corporation has engaged in any conduct or practice in good faith reliance upon, and in conformity with, such rule, regulation, statement of interpretation, or statement of approval.

(d) Request for issuance of statement or interpretation concerning conduct or practice

If, in any case in which -

(1) the Board of Governors has rulemaking authority with respect to any Federal law; and

(2) the Commission is authorized to enforce the requirements of such Federal law; any person, partnership, or corporation submits a request to the Board of Governors for the issuance of any statement of interpretation or statement of approval relating to any conduct or practice of such person, partnership, or corporation which may be subject to the requirements of such Federal law, then the Board of Governors shall dispose of such request as soon as practicable after the receipt of such.

§ 57b-5. Agricultural cooperatives

(a) The Commission shall not have any authority to conduct any study, investigation, or prosecution of any agricultural cooperative for any conduct which, because of the provisions of sections 291 and 292 of title 7, is not a violation of any of the antitrust Acts or this subchapter.

(b) The Commission shall not have any authority to conduct any study or investigation of any agricultural marketing orders.

§ 57c. Authorization of appropriations

There are authorized to be appropriated to carry out the functions, powers, and duties of the Commission not to exceed $92,700,000 for fiscal year 1994; not to exceed $99,000,000 for fiscal year 1995; and not to exceed $102,000,000 for fiscal year 1996.

§ 58. Short title

This subchapter may be cited as the "Federal Trade Commission Act".

B.2 Legislación Europea

1. TRATADO DE ROMA (partes pertinentes)

Artículo 85:

1. Son incompatibles con el Mercado Común, y quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas y todas las decisiones de las asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que puedan perjudicar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto, o como efecto, impedir, restringir o falsear la competencia dentro del Mercado Común y, en particular, los que consistan en:

   a. Fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción.

   b. Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.

   c. Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.

   d. Aplicar a los terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

   e. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según sus usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1, podrán ser declaradas inaplicables a:

   - Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas.

   - Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas.

   - Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

     a. Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.

     b. Ofrezcan a dichas empresas las posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Artículo 86:

Es incompatible con el Mercado Común, y queda prohibida, en la medida en que pueda ser perjudicial para el comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva por parte de una o de varias empresas, de una posición dominante sobre el Mercado Común o sobre una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

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

B.3 Tratados Internacionales

1. Decisión 285-CAN

Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia

LA COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA;

VISTOS: El Capítulo VIII del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones 230, 258 y 281 y la Propuesta 226/Rev. 2 de la Junta;

CONSIDERANDO:

Que la Comisión aprobó la Decisión 230, que contiene las normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia;

Que mediante Decisión 258 se establece que la Comisión, a propuesta de la Junta, revisará las normas sobre competencia comercial;

Que mediante Decisión 281 se establece que a más tardar el 31 de marzo de 1991, la Comisión, a propuesta de la Junta, revisará las normas sobre competencia comercial establecidas en la Decisión 230;

Que para alcanzar los objetivos del proceso de integración es conveniente perfeccionar las normas subregionales sobre competencia, para que constituyan mecanismos eficaces que permitan prevenir o corregir las distorsiones generadas por los comportamientos empresariales que la restrinjan, impidan o falseen;

Que debido a su origen y alcances se hace necesario distinguir entre las prácticas objeto de la presente Decisión, del dumping y de los subsidios, además de las restricciones a las exportaciones;

DECIDE:

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.- Las normas previstas en la presente Decisión tienen por objeto prevenir o corregir distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia.

Artículo 2.- Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro.

Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión.

Quedan excluidas de la presente Decisión las prácticas que lleven a cabo una o más empresas situadas en un solo País Miembro pero que no tengan efectos en la Subregión. En estos casos será de aplicación la legislación nacional respectiva.

Para los efectos de la presente Decisión, se entiende dentro de la amenaza de perjuicio, el retraso sensible para la creación de una producción.

Artículo 3.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior, podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas.

A efectos de la presente Decisión también se considera como práctica restrictiva de la libre competencia, la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en el mercado.

Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico de los productos involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Artículo 4.- Se consideran acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

a) La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas;

d) La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

f) Otros de efectos equivalentes.

Artículo 5.- Se considera abuso de posición de dominio en el mercado:

a) La manipulación indebida o imposición directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;

c) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos, entre otros, el no abastecimiento de insumos a empresas con las que se compite por el mercado del producto final;

d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

f) Otros casos de efectos equivalentes.

II. PROCEDIMIENTO

Artículo 6.- Están facultados para presentar una solicitud:

a) Los Países Miembros a través de sus respectivos organismos de enlace; y,

b) La empresa o empresas que tengan interés legítimo, en la medida en que lo permitan las legislaciones nacionales.

En la solicitud deberá proporcionarse la siguiente información:

- la naturaleza de las prácticas restrictivas y el período de su duración;
- las características de los productos o servicios objeto de las prácticas;
- las características de los productos afectados;
- las empresas involucradas;
- las evidencias que permitan presumir la existencia de una amenaza de perjuicio o perjuicio ocasionados a la producción o las exportaciones, que se deriven de las prácticas restrictivas de la libre competencia;
- las características de las medidas solicitadas.

Recibido el reclamo, la Junta procederá a comunicarlo a los organismos de enlace en donde realicen su actividad económica las empresas involucradas en la investigación.

Artículo 7.- La Junta no iniciará la investigación cuando la solicitud esté incompleta. En tal caso deberá comunicarlo al reclamante, detallando la información faltante, dentro de los diez días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud.

De estimarse suficiente la solicitud, en un plazo de diez días hábiles contados a partir del día de su presentación, la Junta se pronunciará mediante Resolución motivada. Adicionalmente, dicha Resolución será comunicada a la empresa o empresas reclamantes.

Artículo 8.- Durante la investigación, la Junta podrá pedir y acopiar pruebas e informaciones de los organismos de enlace y, por su intermedio o directamente, de los productores, exportadores, importadores, distribuidores o consumidores que tengan interés legítimo en la investigación. Asimismo, ellos podrán suministrar informaciones, o en su caso, presentar alegatos a la Junta.

En los casos en que la Junta pida, acopie, o reciba pruebas e informaciones directamente, deberá comunicarlo a los organismos de enlace respectivos.

Artículo 9.- En desarrollo de la facultad de la Junta para solicitar y acopiar pruebas, ésta podrá dar tratamiento confidencial a la información entregada, respecto de la que el aportante solicite y justifique tal tratamiento, por cuanto es la fuente de la misma y su divulgación le puede traer consecuencias desfavorables.

Asimismo, podrán tener carácter confidencial los documentos internos elaborados por la Junta o los Países Miembros, en las partes que contengan tal clase de información.

Cuando se pretenda el tratamiento confidencial de una prueba, el solicitante aportará un resumen de la información susceptible de divulgación o una explicación que justifique la razón por la que no puede resumirse. En este último caso, la Junta podrá no aceptar tal justificación, evento en el que podrá no tener en cuenta esta prueba.

Del mismo modo, aun cuando la solicitud se encuentre justificada, podrá no tenerse en cuenta la información si quien la facilitó no presenta un resumen no confidencial de la misma, siempre que sea susceptible de resumirse.

Los interesados en la investigación podrán solicitar por escrito las informaciones facilitadas o elaboradas en aplicación de la presente Decisión, las cuales podrán ser suministradas si no tienen carácter confidencial.

El presente artículo no obsta la divulgación de informaciones generales y, en particular, de los motivos en que se fundamenten las Resoluciones a que se refiere la presente Decisión, en la medida en que sean requeridos en el curso de un procedimiento judicial. Tal divulgación tendrá en cuenta no revelar los secretos comerciales de quienes tengan interés legítimo en la investigación.

Artículo 10.- En el curso de la investigación, la Junta podrá convocar de oficio o a petición de cualquiera de los interesados, a reuniones con el propósito de procurar una solución directa y cuyos compromisos y resultados quedarán consignados en Acta.

Ningún interesado estará obligado a asistir a una reunión y su ausencia no irá en detrimento de su causa.

La Junta se pronunciará mediante Resolución motivada, en la cual se indicará los compromisos asumidos y, si se suspende la investigación, o se continúa la misma a solicitud del reclamado.

Las empresas o las autoridades del país donde se realiza la práctica, proporcionarán la información necesaria para verificar el cumplimiento de los compromisos asumidos. Cuando éstos se incumplan o no se proporcione la información pertinente, la Junta reanudará la investigación.

Artículo 11.- Para realizar la investigación, la Junta dispondrá de un plazo de dos meses contados a partir de la fecha de publicación de la Resolución a que se refiere el artículo 7 de la presente Decisión.

En casos excepcionales, el plazo podrá ser ampliado hasta en dos meses, evento en el cual la Junta deberá comunicarlo al solicitante.

Artículo 12.- Para su pronunciamiento, la Junta deberá considerar la existencia de pruebas positivas respecto a:

a) Las prácticas restrictivas de la libre competencia;

b) La amenaza de perjuicio o el perjuicio; y,

c) La relación de causa a efecto entre las prácticas y la amenaza de perjuicio o el perjuicio.

Artículo 13.- La determinación de la existencia de la amenaza de perjuicio o del perjuicio y de la relación de causalidad con las prácticas restrictivas de la libre competencia, podrá basarse, entre otros, en el examen de:

a) El volumen de comercio de los productos objeto de las prácticas, particularmente para determinar si se ha modificado de manera significativa, tanto en términos absolutos como en relación con la producción y consumo del País Miembro afectado;

b) Los precios de los productos o servicios objeto de las prácticas, en particular para determinar si son considerablemente diferentes a los precios de los productos o servicios similares en ausencia de las prácticas; y,

c) Los efectos que resulten sobre la producción o exportaciones afectadas por las prácticas, según se deduzca de las tendencias reales o virtuales de los factores económicos pertinentes, tales como: producción, ventas domésticas, exportación, distribución, participación en los mercados, utilización de la capacidad instalada, empleo, existencias y beneficios.

Artículo 14.- Al término de la investigación, en un plazo de diez días hábiles contados a partir de lo previsto en el artículo 11, la Junta se pronunciará mediante Resolución motivada, en mérito a sus conclusiones y con base en la información disponible.

La Resolución indicará las características de las medidas que se establezcan, los plazos de su adopción y vigencia. Cuando sea del caso, las condiciones que determinen la vigencia de las medidas.

Artículo 15.- Una vez que la Junta verifique, a petición de los organismos de enlace o de los interesados, que se modificaron o cesaron las causas que motivaron la Resolución a que se refiere el artículo anterior, la dejará sin efecto parcial o totalmente, modificándola o derogándola. Para su pronunciamiento, la Junta dispondrá de dos meses.

La Junta podrá asimismo verificar de oficio que se modificaron o cesaron las causas que motivaron la referida Resolución, modificándola o derogándola.

III. MEDIDAS

Artículo 16.- La Junta se pronunciará con una declaración de prohibición cuando determine la existencia de una práctica restrictiva de la libre competencia que genere amenaza de perjuicio o perjuicio. Podrá asimismo determinar la aplicación de medidas tendientes a eliminar o atenuar las distorsiones que motivaron el reclamo. Los Países Miembros adoptarán las medidas necesarias para que cesen sus efectos.

Las medidas correctivas podrán consistir en la autorización para que los países donde realicen su actividad económica las empresas afectadas puedan aplicar aranceles preferenciales en relación con los compromisos arancelarios subregionales, para los casos de importaciones de los productos afectados por la práctica restrictiva de la libre competencia.

Artículo 17.- Cuando la amenaza de perjuicio o perjuicio sea evidente, la Junta, en el curso de la investigación, podrá dirigir recomendaciones tendientes a hacer cesar la práctica.

IV. DISPOSICIÓN FINAL

Artículo 18.- La presente Decisión sustituye la Decisión 230, en lo que se refiere a las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia.

Dada en la ciudad de Lima, Perú, a los veintiún días del mes de marzo de mil novecientos noventa y uno.

2. Tratado de Asunción-MERCOSUR

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominados «Estados Partes»;

CONSIDERANDO que la ampliación de las actuales dimensiones de sus mercados nacionales, a través de la integración, constituye condición fundamental para acelerar sus procesos de desarrollo económico con justicia social;

ENTENDIENDO que ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;

TENIENDO en cuenta la evolución de los acontecimientos internacionales, en especial la consolidación de grandes espacios económicos y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países;

EXPRESANDO que este proceso de integración constituye una respuesta adecuada a tales acontecimientos;

CONCIENTES de que el presente Tratado debe ser considerado como un nuevo avance en el esfuerzo tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina, conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980;

CONVENCIDOS de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes;

REAFIRMANDO su voluntad política de dejar establecidas las bases para una unión cada vez más estrecha entre sus pueblos, con la finalidad de alcanzar los objetivos arriba mencionados,

ACUERDAN:

CAPÍTULO I
PROPÓSITOS, PRINCIPIOS E INSTRUMENTOS

ARTÍCULO 1 Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que debe estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará «Mercado Común del Sur» (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;
- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales;
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes;
- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

ARTÍCULO 2 El Mercado Común estará fundado en la reciprocidad de derechos y obligaciones entre los Estados Partes.

ARTÍCULO 3 Durante el período de transición, que se extenderá desde la entrada en vigor del presente Tratado hasta el 31 de diciembre de 1994, y a fin de facilitar la constitución del Mercado Común, los Estados Partes adoptan un Régimen General de Origen,

un Sistema de Solución de Controversias y Cláusulas de Salvaguardia, que constan como Anexos II, III y IV del presente Tratado.

ARTÍCULO 4 En las relaciones con terceros países, los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio. A tal efecto, aplicarán sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influenciados por subsidios, dumping o cualquier otra práctica desleal.

Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.

ARTÍCULO 5 Durante el período de transición, los principales instrumentos para la constitución del Mercado Común serán:

a) Un Programa de Liberación Comercial, que consistirá en rebajas arancelarias progresivas, lineales y automáticas, acompañadas de la eliminación de restricciones no arancelarias o medidas de efectos equivalentes, así como de otras restricciones al comercio entre los Estados Partes, para llegar al 31 de diciembre de 1994 con arancel cero, sin restricciones no arancelarias sobre la totalidad del universo arancelario (Anexo I);

b) La coordinación de políticas macroeconómicas que se realizará gradualmente y en forma convergente con los programas de desgravación arancelaria y de eliminación de restricciones no arancelarias indicados en el literal anterior;

c) Un arancel externo común, que incentive la competitividad externa de los Estados Partes;

d) La adopción de acuerdos sectoriales, con el fin de optimizar la utilización y movilidad de los factores de producción y de alcanzar escalas operativas eficientes.

ARTÍCULO 6 Los Estados Partes reconocen diferencias puntuales de ritmo para la República del Paraguay y para la República Oriental del Uruguay, las que constan en el Programa de Liberación Comercial (Anexo I).

ARTÍCULO 7 En materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional.

ARTÍCULO 8 Los Estados Partes se comprometen a preservar los compromisos asumidos hasta la fecha de la celebración del presente Tratado, inclusive los acuerdos firmados en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Integración, y a coordinar sus posiciones en las negociaciones comerciales externas que emprendan durante el período de transición.

Para ello:

a) Evitarán afectar los intereses de los Estados Partes en las negociaciones comerciales que realicen entre sí hasta el 31 de diciembre de 1994;

b) Evitarán afectar los intereses de los demás Estados Partes o los objetivos del Mercado Común en los acuerdos que celebraren con otros países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración durante el período de transición;

c) Celebrarán consultas entre sí siempre que negocien esquemas amplios de desgravación arancelaria tendientes a la formación de zonas de libre comercio con los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración;

d) Extenderán automáticamente a los demás Estados Partes cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que concedan a un producto originario de o destinado a terceros países no miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración.

CAPÍTULO II
ESTRUCTURA ORGÁNICA

ARTÍCULO 9 La Administración y ejecución del presente Tratado y de los acuerdos específicos y decisiones que se adopten en el marco jurídico que el mismo establece durante el período de transición, estará a cargo de los siguientes órganos:

a) Consejo del Mercado Común.

b) Grupo Mercado Común.

ARTÍCULO 10 El Consejo es el órgano superior del Mercado Común, correspondiéndole la conducción política del mismo y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución definitiva del Mercado Común.

ARTÍCULO 11 El Consejo estará integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y los Ministros de Economía de los Estados Partes.

Se reunirá las veces que estime oportuno, y por lo menos una vez al año lo hará con la participación de los Presidentes de los Estados Partes.

ARTÍCULO 12 La Presidencia del Consejo se ejercerá por rotación de los Estados Partes y en orden alfabético, por períodos de seis meses.

Las reuniones del Consejo serán coordinadas por los Ministros de Relaciones Exteriores y podrán ser invitados a participar en ellas otros Ministros o autoridades de nivel ministerial.

ARTÍCULO 13 El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercado Común y será coordinado por los Ministerios de Relaciones Exteriores.

El Grupo Mercado Común tendrá facultad de iniciativa. Sus funciones serán las siguientes:

- velar por el cumplimiento del Tratado;
- tomar las providencias necesarias para el cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Consejo;
- proponer medidas concretas tendientes a la aplicación del Programa de Liberación Comercial, a la coordinación de políticas macroeconómicas y a la negociación de acuerdos frente a terceros;
- fijar el programa de trabajo que asegure el avance hacia la constitución del Mercado Común.

El Grupo Mercado Común podrá construir los Sub-grupos de Trabajo que fueren necesarios para el cumplimiento de sus cometidos.

Inicialmente contará con los Sub-grupos mencionados en el Anexo V.

El Grupo Mercado Común establecerá su Reglamento interno en el plazo de 60 días a partir de su instalación.

ARTÍCULO 14 El Grupo Mercado Común estará integrado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros alternos por país, que representen a los siguientes organismos públicos:

- Ministerio de Relaciones Exteriores;
- Ministerio de Economía o sus equivalentes (áreas de Industria, Comercio Exterior y/o Coordinación Económica);
- Banco Central.

Al elaborar y proponer medidas concretas en el desarrollo de sus trabajos, hasta el 31 de diciembre 1994, el Grupo Mercado Común podrá convocar, cuando así lo juzgue conveniente, a representantes de otros organismos de la Administración Pública y del Sector Privado.

ARTÍCULO 15 El Grupo Mercado Común contará con una Secretaría Administrativa, cuyas principales funciones consistirán en la guarda de documentos y comunicación de actividades del mismo.

Tendrá su sede en la ciudad de Montevideo.

ARTÍCULO 16 Durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados Partes.

ARTÍCULO 17 Los idiomas oficiales del Mercado Común serán el español y el portugués y la versión oficial de los documentos de trabajo será la del idioma del país sede de cada reunión.

ARTÍCULO 18 Antes del establecimiento del Mercado Común, el 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes convocarán a una reunión extraordinaria con el objeto de determinar la estructura institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común, así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones.

CAPÍTULO III
VIGENCIA

ARTÍCULO 19 El presente Tratado tendrá duración indefinida y entrará en vigor 30 días después de la fecha de depósito del tercer instrumento de ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Gobierno de la República del Paraguay que comunicará la fecha de depósito a los gobiernos de los demás Estados Partes.

El Gobierno de la República del Paraguay notificará al Gobierno de cada uno de los demás Estados Partes la fecha de entrada en vigor del presente Tratado.

CAPÍTULO IV
ADHESIÓN

ARTÍCULO 20 El presente Tratado estará abierto a la adhesión, mediante negociación, de los demás países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración, cuyas solicitudes podrán ser examinadas por los Estados Partes después de cinco años de vigencia de este Tratado.

No obstante, podrán ser consideradas antes del referido plazo las solicitudes presentadas por países miembros de la Asociación Latinoamericana de Integración que no formen parte de esquemas de integración subregional o de una asociación extraregional.

La aprobación de las solicitudes será objeto de decisión unánime de los Estados Partes.

CAPÍTULO V
DENUNCIA

ARTÍCULO 21 El Estado Parte que desee desvincularse del presente Tratado deberá comunicar esa intención a los demás Estados Partes de manera expresa y formal, efectuando dentro de los sesenta (60) días la entrega del documento de denuncia al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay que lo distribuirá a los demás Estados Partes.

ARTÍCULO 22 Formalizada la denuncia, cesarán para el Estado denunciante los derechos y obligaciones que correspondan a su condición de Estado Parte, manteniéndose los referentes al programa de liberación del presente Tratado y otros aspectos que los Estados Partes, junto con el Estado denunciante, acuerden dentro de los sesenta (60) días posteriores a la formalización de la denuncia.

Esos derechos y obligaciones del Estado denunciante continuarán en vigor por un período de dos (2) años a partir de la fecha de la mencionada formalización.

CAPÍTULO VI
DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 23. El presente Tratado se denominará «Tratado de Asunción».

ARTÍCULO 24. Con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común se establecerá una Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR. Los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes mantendrán informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del Mercado Común objeto del presente Tratado.

HECHO en la ciudad de Asunción, a los veintiséis días del mes de marzo del año mil novecientos noventa y uno, en un original en los idiomas español y portugués, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El Gobierno de la República del Paraguay será el depositario del presente Tratado y enviará copia debidamente autenticada del mismo a los Gobiernos de los demás Estados Partes signatarios y adherentes.

(Fdo.:)

3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte-NAFTA

Capítulo XV: Política en materia de competencia monopolios y empresas del Estado

Artículo 1501: Legislación en materia de competencia

1. Cada una de las Partes adoptará o mantendrá medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia y emprenderá las acciones que procedan al respecto, reconociendo que estas medidas coadyuvarán a lograr los objetivos de este Tratado. Con este fin, las Partes realizarán ocasionalmente consultas sobre la eficacia de las medidas adoptadas por cada Parte.

2. Cada una de las Partes reconoce la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus autoridades para impulsar la aplicación efectiva de la legislación en materia de competencia en la zona de libre comercio. Las Partes cooperarán también en cues-

tiones relacionadas con el cumplimiento de la legislación en materia de competencia y consultarán sobre asuntos de interés mutuo, incluidos la asistencia legal mutua, la comunicación, la consulta y el intercambio de información relativos a la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia en la zona de libre comercio.

3. Ninguna de las Partes podrá recurrir a los procedimientos de solución de controversias de este Tratado respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este artículo.

Artículo 1502: Monopolios y empresas del Estado

1. Ninguna disposición de este Tratado se interpretará para impedir a las Partes designar un monopolio.

2. Cuando una Parte pretenda designar un monopolio, y esta designación pueda afectar los intereses de personas de otra Parte, la Parte:

   (a) siempre que sea posible, notificará la designación a la otra Parte, previamente y por escrito;

   (b) al momento de la designación, procurará introducir en la operación del monopolio condiciones que minimicen o eliminen cualquier anulación o menoscabo de beneficios, en el sentido del Anexo 2004, "Anulación y menoscabo".

3. Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que cualquier monopolio de propiedad privada que la Parte designe, o gubernamental que mantenga o designe:

   (a) actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos;

   (b) excepto cuando se trate del cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los incisos (c) o (d), actúe solamente según consideraciones comerciales en la compra o venta del bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente, incluso en lo referente a su precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones para su compra y venta;

   (c) otorgue trato no discriminatorio a la inversión de los inversionistas, a los bienes y a los proveedores de servicios de otra Parte al comprar y vender el bien o servicio monopolizado en el mercado pertinente; y

   (d) no utilice su posición monopólica para llevar a cabo prácticas contrarias a la competencia en un mercado no monopolizado en su territorio que afecten desfavorablemente la inversión de un inversionista de otra Parte, de manera directa o indirecta, inclusive a través de las operaciones con su matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común, y asimismo a través del suministro discriminatorio del bien o servicio monopolizado, del otorgamiento de subsidios cruzados o de conducta predatoria.

4. El párrafo 3 no se aplica a la adquisición de bienes o servicios por parte de organismos gubernamentales, para fines oficiales, y sin el propósito de reventa comercial o de utilizarlos en la producción de bienes o en la prestación de servicios para su venta comercial.

5. Para los efectos de este artículo, "mantener" significa la designación antes de la entrada en vigor de este Tratado y su existencia al 1° de enero de 1994.

Artículo 1503: Empresas del Estado

1. Nada de lo dispuesto en este Tratado se interpretará para impedir a una Parte mantener o establecer empresas del Estado.

2. Cada una de las Partes se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que toda empresa del Estado que la misma mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con los Capítulos XI, "Inversión", y XIV, "Servicios financieros", cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.

3. Cada una de las Partes se asegurará que cualquier empresa del Estado, que la misma mantenga o establezca, otorgue trato no discriminatorio a las inversiones de inversionistas de otra Parte en su territorio, en lo referente a la venta de sus bienes y servicios.

Artículo 1504: Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia

La Comisión establecerá un Grupo de Trabajo en Materia de Comercio y Competencia, integrado por representantes de cada una de las Partes, para informar y hacer las recomendaciones que procedan a la Comisión, dentro de un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de este Tratado, sobre los trabajos ulteriores referentes a las cuestiones pertinentes acerca de la relación entre las leyes y políticas en materia de competencia, y el comercio en la zona de libre comercio.

Artículo 1505: Definiciones

Para efectos de este capítulo:

designar significa establecer, designar, autorizar o ampliar el ámbito del monopolio para incluir un bien o servicio adicional, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado;

empresa del Estado significa, salvo lo dispuesto en el Anexo 1505, una empresa propiedad o bajo control de una Parte mediante participación accionaria;

mercado significa el mercado geográfico y comercial para un bien o servicio;

monopolio significa una entidad, incluido un consorcio u organismo gubernamental que, en cualquier mercado pertinente en territorio de una Parte, ha sido designado proveedor o comprador único de un bien o servicio, pero no incluye a una entidad a la que se le haya otorgado un derecho de propiedad intelectual exclusivo derivado solamente de dicho otorgamiento;

monopolio gubernamental significa un monopolio propiedad o bajo control, mediante participación accionaria, del gobierno federal de una Parte o de otro monopolio de esa índole;

según consideraciones comerciales significa de conformidad con las prácticas normales de negocios que lleven a cabo las empresas privadas que conforman esa industria;

suministro discriminatorio incluye:

(a) trato más favorable a la matriz, subsidiaria u otra empresa de participación común que a una empresa no afiliada; o

(b) trato más favorable a un tipo de empresas que a otro, en circunstancias similares; y

trato no discriminatorio significa el mejor trato, entre trato nacional y trato de nación más favorecida, como se señala en las disposiciones pertinentes de este Tratado.

Anexo 1505
Definiciones específicas de los países sobre empresas del Estado

Para efectos del Artículo 1503(3), *empresa del Estado:*

(a) respecto a Canadá, significa una *Crown Corporation* en el sentido que la define la *Financial Administration Act* o una *Crown Corporation* en el sentido que la defina la legislación provincial comparable, o entidad equivalente, o que se haya constituido conforme a cualquier otra legislación provincial;

(b) respecto a México, no incluye la Compañía Nacional de Subsistencias Populares y sus filiales, o cualquier empresa sucesora o sus filiales, para el propósito de venta de maíz, frijol y leche en polvo.

BIBLIOGRAFÍA

PUBLICACIONES

1. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico, parte general.* Lima: 1997a.
2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El Derecho de la Libre Competencia.* Lima: Editorial San Marcos, 1997b, 713 p.
3. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. «Introducción al Derecho Penal de la Competencia. Análisis histórico y comparativo del Decreto Legislativo 701». En Revista *Derecho PUC* N° 48, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, p. 253 y ss.
4. ACKLEY, Garner. *Teoría Macroeconomía.* México: Unión Tipográfica Editorial Hispano–Americana, 1968, 636 p.
5. ADAMS, Walter y James BROCK. «Revitalizing a structural antitrust policy». En: *The Antitrust Bulletin* N° 1194, p. 235 y ss.
6. ADAMS, Michael y Steven SHAVELL. *Zur Strafbarkeit des Versuchs.* GA, 1990, p. 337 y ss.
7. AFTALION, Enrique. «El mito de la libre concurrencia y el Derecho Penal Económico». En: *Jurisprudencia Argentina* N° 1961-VI, Buenos Aires: 1961, p. 66 y ss.
8. AGUDELO VILLA, Hernando. *De los Monopolios a la Democracia Económica.* Bogotá: Editorial Planeta Colombiana S.A., 1999, 137 p.
9. ALBALADEJO, F. *El Negocio Jurídico.* Barcelona: Librería Bosch, 1958.
10. ALLEN, G. C. *Monopoly and Restrictive Practices.* Londres: Allen and Unwin Ltd., 1968.
11. ALMONACID SIERRA, Juan Jorge y Nelson Gerardo GARCÍA LOZADA. *Derecho de la Competencia.* Bogotá: 1998, 451 p.
12. ALTPETER. *Strafwurdidigkeit und Straftatsystem.* Francfort/Berna: 1990.
13. ALVAREZ GARCÍA, Javier. «Bien Jurídico y Constitución». En: *Cuadernos de Política Criminal.* 1991, p. 5 y ss.
14. ANAYA, Eduardo. *Los grupos de poder económico.* Editorial Horizonte, Lima: 1990.
15. ANDERSEN, William R. y Paul ROGERS. *Antitrust Law: Policy and Practice.* 2da. Edición, Estados Unidos de Norteamérica: Editorial Offices, 1992, 1110 p.
16. AREEDA, Philip. «The rule of reason-a Catechism on Competition». En: *Antitrust Law Journal* 55. Estados Unidos de Norteamérica: 1986, p. 569 y ss.
17. AREEDA, Philip. *Antitrust Analysis: Problems, Texts, Cases.* s/f.
18. ARQUI, Kevin. «Perspectives on the 1992 U.S: Goverment Horizontal Merger Guidelines». En: *Antitrust Law Journal* Vol 6, pp. 121-138.
19. ARROYO ZAPATERO, Luis. «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución». En: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* N° 1, 1997, p.100 y ss.
20. ASCARELLI, Tulio. *Teoría de la Concurrencia y de los Bienes Inmateriales.* Barcelona: Ed. Bosch, 1970, 816 p.

21. ARMSTRONG, M. Cowan, S. y J. VICKERS. *Regulatory Reform. Economic Analisys and Britbish Experience.* MIT Press, 1994.
22. AZCUENAGA, Mary. «Market power as a screenin evaluating horizontal restraints». En: *Antitrust Law Journal* 60, 1991-92, p. 935 y ss.
23. AZEMA, Jacques. «La dépénalisation du droit de la concurrence». En: *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Compare.* París: 1989, p. 651 y ss.
24. BAJO FERNÁNDEZ. Miguel y Otros. *Manual de Derecho Penal, parte especial. Delitos patrimoniales y económicos.* Madrid: 1993. BAJO FERNÁNDEZ. Miguel. *Derecho Penal Económico. Aplicado a la Actividad Empresarial.* Madrid: Editorial Civitas S.A., 1978, 597 p.
25. BAJO FERNÁNDEZ. Miguel. *Derecho Penal Económico. Aplicado a la Actividad Empresarial.* Madrid: Editorial Civitas S.A., 1978, 597 p.
26. BAKER, Jonathan. Per se rules in the antitrust analysis of horizontal restraints En: *The Antitrust Bulletin* 36, Estados Unidos de Norteamérica: 1991, p. 733 y ss.
27. BAKER, Donald y BALTO, David. «Foreign competition and the market power inquiry». En: *Antitrust Law Journal* 60, 1991-92, p. 944 y ss.
28. BANCO MUNDIAL. «Peru: Establishing a Competitive Market Environment. Report No. 11446-PE». *Documento de Trabajo del Banco Mundial.* 1993.
29. BARRERA GRAF, Jorge. «Libre Competencia. Competencia Desleal y Monopolios en Estudios». En: *Homenaje del Dr. Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas.* Tomo I, Derecho Constitucional. México: UNAM, 1988.
30. BAUCHE GARCÍA, Diego Mario. *La Empresa.* Lima: Editorial Porra S.A. y Universidad de Lima, 1983, 709 p.
31. BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial.* Madrid: Editorial Civitas. S.A., 1993, 1034 p.
32. BAUMOL, William J. y ORDOVER. «Use of Antitrus to Subvert competition». En: *Journal of Law & Economics* Vol. XXVIII. Chicago: The University of Chicago, 1985.
33. BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común.* Madrid: Editorial Civitas. S.A., 1992, 1339 p.
34. BERNARD, Yves y Jean-Claude COLLI. *Diccionario Económico y Financiero.* Cuarta Edición, Asociación para el Progreso de la Dirección, 1414 p.
35. BERNALES BALLESTEROS, Enrique Alberto. *La Constitución de 1993. Análisis Comparado.* Lima: 1996.
36. BERGSON, Abram «On Monopoly welfare Losses». En: *American Economic Review* 63, December, 1973.
37. BLAISE, Jean-Bernard. «Droit de la Concurrence». *Revista Trimestral de Droit Europeen,* 1987, p. 671 y ss.
38. BONNER, Roger Alan y Reinald KRUEGER. «The basics of antitrust policy: A review of ten nations and the European Comunities». En: *Technical Paper* N° 160, Washington D.C.: World Bank, 1991.
39. BONNEY, P. *Mergers and Market Power in the Electric Utility Industry.* PECO Energy, 1996, p. 8.
40. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox, A policy at war with Itself.* Nueva York: The Free Press, 1978.
41. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Lima: Editorial San Marcos, 1994, 423 p.

42. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. «Delitos contra la Economía». En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1952, p. 235 y ss.
43. BRENNAN, Thimothy J. «Regulating by 'Capping' Prices». En: *EAG* 88-11, September 16, 1988.
44. BRIZ ESCRIBANO, Julián. *La defensa de la competencia desde un enfoque de organización sectorial.* Madrid: ICEA, 1987.
45. BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil.* Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1983, 792 p.
46. BROWN, Donald M. y Frederick R. WARREN-BOULTON. «Testing the Structure-Competition Relationship on Cross-Sectional Firm Data». En: *EAG* 6, May 11, 1988.
47. BROWN, Adrian. «Judicial Review of Commission decisions under the Merger regulation: The first cases». En: *European Competition Law Review* 15, Reino Unido: 1994, p. 296 y ss.
48. BRUSICK, Philippe. «Conjunto de principios y normas de las Naciones Unidas para el control de las prácticas restrictivas: un primer paso decisivo» En: Revista de Derecho Industrial, Buenos Aires: 1983, p. 253 y ss.
49. BUNDESMINISTERIUM FUR WIRTSCHAFT. «Competition Policy in a Social Market Economy» En: *Dokumentation* No. 358, Alemania, 1992.
50. BUENO CAMPOS, Eduardo y OTROS. *Economía de la Empresa. Análisis de las Decisiones Empresariales.* Madrid: Ediciones Pirámide S.A., 1996, 758 p.
51. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «¿Dejar Competir o no Dejar Competir? He ahí el dilema. Las prácticas predatorias y abuso de posición de dominio. En: *Themis*, Revista de Derecho, No. 36, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 65-89.
52. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Estudios de Análisis Económico del Derecho.* Lima: Ara Editores, 1996, 429 p.
53. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «La legislación antimonopólica y el mito del Muro de Berlín». En: *Themis*, Revista de Derecho, No. 30, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995a, pp. 243-256.
54. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Legislación Antimonopolios». En: BOZA, Beatriz. *Invirtiendo en el Perú.* Lima: 1994, p. 265 y ss.
55. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. «Los Monopolios en la Constitución entre el mito y la verdad» En: Revista *Derecho y Sociedad*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f, pp. 8-10.
56. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia.* Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1983, 877 p.
57. CALVO-CARAVACA, Alfonso Luis. *Política y Derecho de la Competencia en la CEE: Una aproximación.*
58. CAMP, Jack. «Predatory pricing and dangerous probability of monopolization». En: *Antitrust Law and Economics Review* 22, Estados Unidos de Norteamérica: 1990, p. 19 y ss.
59. CANELLOS. Silber: «Concentration in the Common Market». *CML Rev.* 1970, vol. VII, pp. 5-35, 138-166.
60. CARBONELL MATEAU, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales.* Valencia: 1995.
61. CÁRDENAS, Emilio. «Características de un abuso de posición de dominante». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1984.

62. CARVAJAL, Lizardo. *Metodología de la Investigación. Curso General y Aplicado.* 11ma. edición, corregida y aumentada, Cali: 1994, 140 p.
63. CARLTON, Dennis y William BISHOP. «Merger policy and market definition under the EC Merger Regulation». En: FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE. *Antitrust in a Global Economy.* Estados Unidos de Norteamética: 1994, p. 409 y ss.
64. CASTAÑEDA, Gabriel y OTROS. «Antecedentes económicos para la Ley Federal de Defensa de Competencia Económica». En: *Trimestre Económico* Vol. LX, No. 237, México: 1993.
65. CASTELL BORRAS, Brigitte. *La Defensa de la Competencia en la C.E.E. Artículo 85 del Tratado de Roma.*
66. CASTELL, Jean Gabriel. «The Extraterritorial effects of antitrust Law». En: *Academia de Droit International de la Haya. Reunell descours.* La Haya-Boston-Londres: Martinus Nijhoff Publisher, 1984.
67. CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia.* Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas S.A., 1995, 742 p.
68. CEAL. *Un paso decisivo hacia la integración hemisférica, memorias.* Cartagena: 1996.
69. CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO. *Constitución de 1993. Lectura y Comentarios.* Lima: 1994, 506 p.
70. CHILE. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Funciones que cumplen los organismos antimonopólicos.*
71. CLARKE, Richard N., Frederick R. WARREN-BOULTON, David D. SMITH y Marilyn J. SIMON. «Sourcer of the Crisis in Liability Insurance: An Economic Analysis». En: *EAG* 88-2, February 16, 1988. *Yale Journal on Regulation* 5, Summer 1988, pp. 367-395.
72. COOTER, Robert y Thomas ULEN. *Derecho y Economía.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998, 686 p.
73. CONRATH, Craig. «Practical Hanbook of Antimonopoliy kaw enforcement for an economy in transition» Mimeo, U.S. Justice Departament, 1992.
74. CONSUMER AND CORPORATE AFFAIRS. *Merger enforcement guidelines: director and investigations research, competition act.* Ontario: 1991, 93 p.
75. COOKE, E. Terence. *International Mergers & Acquisitions Basil Blackwell.* Oxford: 1988, 516 p.
76. COSSÍO DÍAZ, José Ramón. *Derecho y Análisis Económico.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998, 374 p.
77. DARANAS PELÁEZ, Mariano. *Concentración de empresas y defensa de la competencia. Las fusiones ante el Derecho Antitrust.* Madrid: Colegio Universitario San Pablo, 1972.
78. DENECKERE, Raymond y Carl DAVISON. «Incentives to Form Coalitions whit Bertrand Competition». En: *Rand Journal of Economics* 16, 1985, pp 473-486.
79. DE AZEVEDO SODRE FILHO, Antonio y Lionel ZACLIS. *Comentários á la Legislacao Antitrute.* Sao Paulo: 1992.
80. DE CAMARGO VIDIGAL, Gerardo. *Teoría General del Derecho Económico.* Biblioteca Felaban, Bogotá: Editorial Excelsior, 1986, 199 p.
81. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad Extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo I, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, 542 p.

82. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad Extracontractual.* Biblioteca Para leer el Código Civil, Vol. IV, Tomo II, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, 639 p.
83. *Decreto Legislativo 701* (que dispone la eliminación de las practicas monopólicas y restrictivas de la libre competencia). Lima: Diario Oficial El Peruano, 7 de noviembre de 1991.
84. DEMSETZ, Harold. *La competencia: aspectos económicos, jurídicos y políticos.* Versión Española de CABALLERO, Francisco y Francisco SANZ. Madrid: Alianza Editorial, 1986.
85. *Diccionario Enciclopédico Larousse.* 5ta Edición, Santa Fe de Bogotá: Ediciones Larousse Colombia Ltda., 1998, 1792 p.
86. DR. HARO. *Competencia. Conducta Irracional y Teoría Económica.* Año VIII, II Etapa, Universidad de Columbia, s/f.
87. DR. HARO. *Competencia. Las Leyes Antimonopólicas.* Tomo I. Universidad de Columbia, s/f.
89. DR. HARO. *Competencia. Una Revisión de la Teoría Microeconómica.* Tomo I, Universidad de Columbia, s/f
89. DORNBUSCH, Rudiger y Stanley FISCHER. *Economía Micro y Macro.* Tomos III y IV, Quinta Edición, Bogotá: Massachussetts Institute of Technology y Editorial McGraw-Hill, 1994, 443 p.
90. DORNBUSCH, Rudiger y Stanley FISCHER. *Macroeconomía.* Bogotá: Editorial McGraw-Hill, 1981, 692 p.
91. DUBOIS, J. P. *La posicion dominante et son abus dans l'article 86 du traite de la CEE.* Preface Berthold Goldman, París: Libraries Techniques, 1968.
92. EKELUND, Robert B. Jr. y Robert D. TOLLISON. *Economics.* 3ra. Edición, Nueva York: 1991, 999 p.
93. ELIAS, Inés y Jessica SALAZAR. «Regulación de Fusiones y Adquisiciones: El Caso de Backus-CNC». En: *Seminario de Investigación Económica de la Universidad del Pacifico.* 1994.
94. *Enciclopedia Jurídica Omeba.* Buenos Aires: Editorial Briskill S.A, 1989.
95. ESPINOZA MARTY, Rodrigo. *Ley Antimonopolios: Análisis y Estudio Crítico.*
96. ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico. Parte General.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1987, 589 p.
97. EZAINE, Amado. *Enciclopedia de la Ciencia Jurídica. Diccionario Jurídico.* Lima: AFA Editores Importadores S.A., 615 p.
98. FARGOSI Y STIGLITZ. «La defensa de la competencia y la responsabilidad civil». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1990, pp. 918-925.
99. FERNÁNDEZ BACA, Jorge. «La ley Antimonopolio: ¿ Por qué y cómo aplicarla?. En: *Themis*, Revista de Derecho, No. 21, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, p. 87 y ss.
100. FERNÁNDEZ BACA, Jorge. *La Ley de Antimonopolios. Cuadernos de Trabajo.* Lima: Instituto Libertad y Democracia, 1990.
101. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GOMEZ-ACABO, Alejandro. *El Problema del Oligopolio en el Derecho de la Competencia: Reflexiones en Torno al Mercado. La Libre Competencia y la Geometría.*
102. FERNÁNDEZ LERGA GARRALDA, Carlos. *Derecho de la Competencia.* Pamplona: 1994.
103. FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis. *El Derecho y la Empresa.* Bilbao: Ediciones Deusto S.A., 1981, 488 p.

104. FICEK, Edmund F. *Comprehensive CPA Business Law Review.* Nueva York: McGraw-Hill Book Company, 1983, 622 p.
105. FIKENTSCHER, Wolfgang. «Las tres funciones del control de la Economía». En: *Revista de Derecho Mercantil* No. 172-173, Abril-Agosto, 1984, pp. 459-486.
106. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Funciones que cumplen los organismos antimonopólicos.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1992.
107. FISHER, Alan A., Frederick I. JHONSON y Robert LANDE. «The Prices effects of Horizontal Mergers». En: *California Law Review* 77, 1989, pp. 777-827.
108. FISHWICK, F. *Definition of the relevant Market in Community Competition Policy.* Commision of European Communities, 1986.
109. FLINT CALVANI, Terry y John SIEGFRIED. *Economic Analysis and Antitrust Law.* 2da. Edición, Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 421 p.
110. FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Términos Jurídicos.* Lima: Editores Importadores S.A., 1984.
111. FLORES POLO, Pedro. *Prácticas Restrictivas de la Competencia en el Perú. Un Caso para Reflexionar.* s/f.
112. FONT GALÁN, Juan Ignacio. *Constitución Económica y Derecho de la Competencia.*
113. FOX, Eleonor y Lawrence SULLIVAN. *Cases and Material on Antitrust.* American Casebook Series, Nueva York: West Publishing Co., 1989.
114. FRANCK, Louis. *La Libre Concurrence.* 2da. Edición. París: Presses Universitaires de France, 1967.
115. FRICH PHILIPP, Walter y Gerardo MANCEBO MURIEL. *La Competencia Desleal.* México: Editorial Trillas, 1975.
116. FRIEDRICH A., Hayer (Premio Nobel de Economía). *Derecho Legislación y Libertad.* Unión Editorial S.A., 360 p.
117. FROEB, Luke. «Auctions and Antitrust». En: *EAG* 88-8, August 22, 1988.
118. Froeb, Luke. «Criminal Plea Bargaining with Uncertainty: An Empirical Model of Sentencing». *EAG* 88-4, March 14, 1988.
119. FROEB, Luke, Preston WILLIAMS y Michael A. WILLIAMS. «Deterring Bid Rigging in Forest Service Timber Auctions». En: *EAG* 88-5, May 5, 1988.
120. GACETA JURÍDICA. *Guía rápida de procesos para no especialistas.* Lima: Gaceta Jurídica, mayo 2000, 317 p.
121. GALÁN CORONA, Eduardo. *Acuerdos Restrictivos de la Libre Competencia.* Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1997, 434 p.
122. GALBRAITH, J. K. *El Monopolio y la Concentración del Poder Económico.*
123. GARRIGUÉS, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil.* Tomo I. México: Editorial Porrúa S.A., 1979.
124. GARRIGUÉS, Joaquín. *Temas de Derecho Vivo.* Madrid: Editorial Tecnos, 1978a.
125. GARRIGUÉS, Joaquín. «La Defensa de la Competencia Mercantil». En: *Temas de Derecho Vivo.* Madrid: Editorial Tecnos, 1978b, pp. 140-193.
126. GARRIDO, C. y PÉREZ W. «Las grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos en los años noventa". En: *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos.* Siglo XXI Editores, 1998.
127. GLAIS, M. y P. LAURENT. P. *Traite d Economies et de Droit de la Concurrense.* París: PUF, 1983.

128. GARRONE, José Alberto y Mario E. CASTRO SANMARTINO. *Manual de Derecho Comercial.* 2da. Edición, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot y Legal Network International, 1996.
129. GELLHORN, Ernest y William E. KOVACIC. *Antitrust Law and Economics.* St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1994, 520 p.
130. GELLHORN, Ernest. *Antitrus Law and Economics.* Nutshell Series. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1976.
131. GERMAN, Rafael. «Latin American Antitrust». En: *Lawyer of the Americas* Vol. 14, No. 1, Florida: University of Miami, 1982, p. 1 y ss.
132. GINSBURG. «The Goals of Antitrust Revised». En: *JITE* 147, 1991, p. 24 y ss.
133. GREEN, R. y D. NEWBERY. «Competition in the British Electric Spot Market». En: *Journal of Political Economy* Vol. 100, Octubre 1992, pp. 929-953.
134. GOETZ, Charles J. *Law and Economics.* St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1984, 547 p.
135. GÓMEZ LEYVA, Delio. *De las Restricciones, del Abuso y de la Deslealtad en la Competencia Económica.* Santa Fe de Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1998. 526 p.
136. GUTIÉRREZ, Pedro. «Aproximación al estudio de la legislación sobre monopolios y la defensa de la competencia». En *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires: 1987-II, p. 833 y ss.
137. GUTIÉRREZ SAMOHOD, Alfredo. «Principios de Derecho Económico. La regulación jurídica del mercado». En: *Revista de Derecho Económico* No. 60-61, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1983, p. 63 y ss.
138. GUYENOT, Jean Pierre. *Los Grupos de Interés Económico.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 337 p.
139. HAGUE, Stonier. *Manual de Teoría Económica.* Madrid: 1972, 591 p.
140. HAUSMAN, Jerry, Gregory LEONARD y and Douglas ZONA. «Competitive Analisis whit Differentiated Products». En: *Annales d'Ecobnomies et de Statistique* 34, 1994, pp. 159-180.
141. HANKE, Barry. *United States, Common market and international antitrust: a comparative guide.* Nueva York: Law & Business Harcourt Brace Jovanovich, 1979, 946 p.
142. HARBERGUER, Arnold. «Monopoly and Resource allocation» *American Economic Review* 44, Papers and Proceedings 77, 1984.
143. HAYEK, Friedrich A. «La razón de la competencia». En: *Estudios Privados*, No. 2, 1974, pp. 137-142.
144. HAYEK, Friedrich A. «Derecho Legislación y Libertad». *El Orden Político de una Sociedad Libre*, Volumen III. Unión Editorial S.A., s/f, 360 p.
145. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. «La aplicación del articulo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso AKZO». En: *Actas de Derecho Industrial* 14, Madrid : 1991-1992, p. 247 y ss.
146. HOVENKAMP, Herbet. *Antitrust.* Black Letter Series, 3ra. Edición, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1999, 338 p.
147. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice.* St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1994, 759 p.
148. HOWENKAMP, Herbert. *Antitrust.* Black Letter Series, St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993, 347 p.
149. HUNTER, Alex. *Monopolio y Competencia.* Madrid: Editorial Tecnos, 1974, 383 p.

150. HURDLE, Gloria J., Richard L. JOHNSON, Andrew S. JOSKOW, Gregory J. WERDEN y Michael A. WILLIAMS. «Concentration, Potential Entry, and Performance in the Airline Industry». En: *EAG* 88-3, February 19, 1988. *Journal of Industrial Economics* Vol. 38, 119, December 1989.
151. HUSTED, Steven y Michael MELVIN. *Internacional Economic.* 2da. Edición, Nueva York, 1993, 527 p.
152. INDECOPI. *Compendio de Jurisprudencia Sala de Defensa de la Competencia 1999.* Tomo I, 3ra. Edición, Lima: 2000, 569 p.
153. INDECOPI. *Compendio de Jurisprudencia Sala de Defensa de la Competencia 1998.* Tomo I, 2da. Edición, Lima: 2000, 872 p.
154. INDECOPI. *Compendio de Jurisprudencia Sala de Defensa de la Competencia 1997.* Tomo I, Lima: 2000, 943 p.
155. INDECOPI. *Jurisprudencia de Defensa de la Competencia 1996.* Lima: 1999, 628 p.
156. INDECOPI. *Precedentes de Observancia Obligatoria en materia de Defensa de la Competencia.* Lima: 1999, 652 p.
157. INDECOPI. *Recopilación Ordenada de las Leyes del INDECOPI.* Lima: 1999, 527 p.
158. INDECOPI. *Preguntas sobre Políticas de Libre Competencia en el Marco de una Economía Global.* Lima: 1998a, 15 p.
159. INDECOPI. *Reflexiones sobre la Competitividad y Competencia.* Lima: 1998b, 26p.
160. INDECOPI. *Políticas de Competencia y el Proceso de Reformas Económicas en América Latina.* Lima: s/f, 190 p.
161. IRIARTE MACIAS, Manuel de J. *Estudio sobre las Normas Antimonopolísticas en la Legislación Colombiana.*
162. JATAR, Ana Julia. *Competition Policy in Latin America: the promotion of a social change, the interamerican dialogue.* Washington D.C.: Enero 1995.
163. J & A GARRIGUÉS ABOGADOS. *Guía de Derecho de las Comunidades Europeas para Empresarios Latinoamericanos.* Lima: Estudio Oleachea, 1991, 84 p.
164. JORDE, Thomas M., Mark A. LEMLEY y Robert H. MNOOKIN. *Antitrust Gilbert Summaries.* Estados Unidos de Norteamérica: Matthew Bender Co., 1994, 330 p.
165. JOSKOW, P. *Horizontal Market Power in Wholesale Market Power.* Appendix A, Edison Electric Institute, 1995, p. 41.
166. KAFKA, Folke. *Análisis Económico.* 2da. Edición, Lima: 1983, 246 p.
167. KIMMEL, Sheldon. «Pareto Inferior Trade?». En: *EAG* 88-12, September 19, 1988.
168. KINTNER, Earl W. *A International Antitrust: A Businessman Guide to the International Aspects of United States. Antitrust Law and to Key Foreign Antitrust Laws.* Nueva York-Londres: Mac Millan, 1974, 391 p.
169. KIRZNER, I. *Competencia y Empresarialidad.* 2da. Edición, Unión Europea, 1998.
170. KHEMANI, S. y M. DUTZ. «The Instruments of competition policy and their relevance for economic development». En: *Regulatory policies and Reform: A Comparative Perspective.* Frichtak (Editor), World Bank, Private Sector Development Departament, 1995.
171. KORAH, Valentine. *Introducción al Derecho y practica de la competencia en la C.E.E.* Barcelona: 1988.
172. KRESALJA, Baldo. *Materiales de Enseñanza de Derecho de la Competencia.* Lima; Pontificia Universidad Católica del Perú, Agosto 1996.
173. KWOKA, Jr. Jhon, E. WHITE y J. LAWRENCE. *The Antitrust Revolution. The Role of Economics.* 2da. Edición. Nuev York: Haper Collins College Publisher, 1994, 468 p.

174. KRONMAN, Anthony y T. PONER. *The Economic of Contract Law.* Canadá: 1979, 274 p.
175. LAMAS PUCCIO. *Derecho Penal Económico.* 2da. Edición, Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 1996, 756 p.
176. LAPLAZA, Francisco. «Concentración de poder económico y Derecho Penal». En: *Revista del Foro,* Lima: Colegio de Abogados de Lima: 1969-1970-II, p. 31 y ss.
177. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Curso del Acto Jurídico.* Lima: 1983, 193 p.
178. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual de Derecho Civil.* Lima: 1963, 121 p.
179. LE PERA, Sergio. *Cuestiones de derecho comercial moderno.* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, 364 p.
180. LEBE, Edmond. *Trist et Cartels Internationaux.*
181. LEIBENSTEIN, H. «Allocative efficiency vs x-inefficency». En: *American Economic Review* 56, 1996, pp. 392-415.
182. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico.* 2da. Edición. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL, 1994, 629 p.
183. MAAS, Noel. «El Dumping: una forma importada de monopolio». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1980-B, p. 944 y ss.
184. MAGNUSSON, Prof. *Trademarks & Unfair Competition. Cases, Notes, Statute.* Part 1. Nueva York: Queens University, Faculty of Law. Fall 1996, 182 p.
185. MAITAL, Shlomo. *Ejecutive Economic.* Nueva York: The Free Press, 1994, 286 p.
186. MALPICA, Carlos. *Los Dueños del Peru.* Lima: 1990.
187. MALPICA, Carlos. *El Poder Económico en el Perú.* 2da. Edición, Lima: Mosca Azul Editores, 1989, 552 p.
188. MALUEG, David A. y John L. SOLOW. «A Note on Welfare in the Durable- Goods Monopoly». En: *EAG* 88-14, October 4, 1988. *Economica* 56, November 19, 1989, pp. 523-527.
189. MASSAGUER, José. *Aproximación Sistemática General del Derecho de la Competencia y de los Bienes Inmateriales.*
190. MARCOVICH, Richard. «The fuctions; Aallocative Eficiency, and Legality of Tieins: A Comment». En: *Journal of Law & Economics* Vol. XXVIII. University of Chicago, 1985.
191. MARIN, P. «Competition in European Aviation: pricing Policy and Market Estructure». En: *Journal of Industrial Economics* Vol 43, No. 2, Junio 1995, pp. 141-159.
192. MARRIS, Robin. «A model of the managerial neterprice». En: *The Quartely Journal of Economics* Vol. LXXVII, No. 2, May, 1963.
193. MARVEL, Howard y Stephen MC CAFFER. «The Welfare Effects of Resale Prince Maitenanse». En: *Journal of Law and Economics* Vol XXVIII. University of Chicago, 1985.
194. MCAFEE, R. Preston y Michael A. WILLIAMS. *Horizontal Mergers and Antitrust Policy.*
195. McGUCKIN, Robert H, Frederick R. Warrent- Boulton, and Peter waldstein, "analysis of merger Using stock Market returns" EAG 88-1 January 28, 1988
196. MENA COELLO, Manuel. *Libre Mercado y Propiedad Intelectual.* Tomos I y II, Lima: Serproin S.R.Ltda., 1997, 562 p. y 765 p.
197. MENÉNDEZ, Aurelio. *La Competencia Desleal.* Madrid: Editorial Civitas S.A., 1988, 171 p.
198. MEYERMAN, Geralde. *La Integración Regional y la Política de Competencia.* Banco Mundial.
199. MILLER LE ROY, Roger y Roger E. MEINERS. *Economía Micro y Macro.* 3ra. Edición, Tomos I y II, Bogotá: Editorial Mc Graw-Hill, 1994, 362 p. y 703 p.

200. MILLER LE ROY, Roger. *Economics Today.* 7ma. Edición, Nueva York: 1991, 944 p.
201. MILLER LE ROY, Roger. *Microeconomía.* Bogotá: Editorial Mc Graw-Hill, 1980, 610 p.
202. MINISTERIO DE JUSTICIA. *Libre Competencia.* Trujillo: Editora Normas Legales S.A., 1996, 390 p.
203. MINISTÉRIO DA JUSTICA. SECRETARIA DE DIREITO ECONOMICO. *Lesgilacao Brasileira de Defensa da Ordem Economica.* 2da. Edición. Brasilia, D.F.: 1996, 488 p.
204. MIRANDA GALLINO, Rafael. *Delitos contra el Orden Económico.* Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.
205. MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *El Régimen General de La Libre Competencia. Características Principales.*
206. *Martos Nuñez,* Juan Antonio. *Derecho Penal Económico.* Madrid: Editorial Montecorvo, 1987, 589 p.
207. MIXAN MASS, Florencio. *Prueba Indiciaria.* Trujillo: Ediciones BLG, 375 p.
208. MOCHÓN, Francisco. *Principios de Economía.* Madrid: Mc Graw-Hill, 1997, 460 p.
209. MOCHÓN, Francisco. Principios de Economía. Mc-Graw Hill. España – 1995. 460p.
210. MONT, Luis y Felipe IRARRAZABAL. *Ley Antimonopolios.* Tomos VII y VIII, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1996, 262 p. y 305 p.
211. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Procesal Civil.* Lima: Estudio Javier de Belaúnde Abogados y Studium Ediciones, 1987, 263 p.
212. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Estudios sobre Responsabilidad por Daños.* Tomo V, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1982, 351 p.
213. *Normativa internacional referida a las prácticas que puedan distorsionar la competencia.* 7 de junio de 1990.
214. MUGUILLO, Roberto Alfredo. «Apostillas en torno al reciente proyecto de ley de defensa de competencia». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1986-B.
215. MUÑIZ ZICHES, Jorge. «La defensa del mercado». En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa* No. 42, Lima: Junio.1993, pp. 111-126.
216. NOAM, Eli. «Market Power and Regulation: simulaneous aproach». En: *Journal of Industrial Economics.* Oxford: 1984.
217. NORTH, Douglas C. *El marco institucional para el desarrollo económico.* Lima: Instituto Apoyo y Banco Interandino, junio 1995.
218. NYE, William. «An Economic Profile of Export Trading Companies». *EAG* 88-15, November 18, 1988.
219. OCAMPO VÁZQUEZ, Fernando. «La Posición de dominio en el mercado: entre el uso y el abuso. Comentarios de Jurisprudencia». En: *Ius Et Veritas.* Lima: pp. 305- 315.
220. ORDOVER, Janusz y Jonathan BAKER. «Entry Analisys under the 1992 Horizontal Merger Guidelines». En: *Antitrust Law Journal* Vol. 6, pp. 139-146.
221. ORTIZ BLANCO, Luis y Simón COHEN. *Derecho de la Competencia Europeo y Español.* Madrid: Editorial Dykinson S.L., 1999, 320 p.
222. O'FARREL, Jorge E. y Enrique VERA VILLALOBOS. «El acto ilícito en las leyes argentinas de defensa de la Competencia». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley,* Tomo 1986-A.
223. OLAECHEA A. C., José Antonio. «El surgimiento del Derecho de la Libre Competencia y sus Escuelas Básicas». En: *Themis,* Revista de Derecho, 2da. Época, Lima: No. 11, Junio de 1988, pp. 41-44 y No. 12, Setiembre de 1988, pp. 40-45.

224. OLIVEIRA, Gesner. «Competition policy in Brazil an Mercosur: aspects of the Recent Experience» No. 3-B, Marzo 1998.
225. OPAZO BRULL, Ernesto. *La Comisión Antimonopólica y estudio del Título V de la Ley N° 43305.*
226. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. UNIDAD DE COMERCIO. *Inventario de Leyes y normas Nacionales referidas a las practicas sobre Competencia en el Hemisferio Occidental.* Mimeo, 1997, SG/TU/WG.COMPOL/DOC.1/97/Rev.4
227. OTAMENDI. «Los delitos de la ley de Defensa de la Competencia». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1982-B, pp. 1011-1024.
228. OTAMENDI. «Presupuestos Básicos para la aplicación de la ley de defensa de la competencia». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1981-B, pp. 905-917.
229. PACHA TORRES, Guillermo. *Manual del Código Procesal Civil.* Lima: 1993, 678 p.
230. PALACIOS GARCIA, Luis. *Práctica Procesal Civil. Teoría y Modelos.* Vols. 1, 2 y 3. Lima: Ediciones Jurídicas, 1993, 606 p., 768 p. y 572 p.
231. PASTOR, Santos. *Sistema Jurídico y Economía. Una Introducción al análisis económico del Derecho.* Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1989, 263 p.
232. PAZ CHEY, Cándido. «El Ilícito comercial; de la dogmática monopolista a la Política antitrust (Un ensayo sobre el derecho alemán de la competencia desleal)». En: Revista de Derecho Mercantil No. 159, Ene-Mar. 1981, pp. 7-47.
233. PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional Peruano y La Constitución de 1979. Apreciación y Comentarios.* Tomos I y II, Lima: 440 p. y 897 p.
234. PÉREZ MIRANDA, Rafael. *Propiedad Industrial y Competencia en México. Un enfoque de derecho Económico.* México: Editorial Porrúa, 1994, 242 p.
235. PIERCE, R. «Antitrust policy in the electricity industry». En: *Energy Law Journal* Vol. 17, 1996, pp. 29-58.
236. PITTMAN, Russell W. «Railroads and Competition: Why the Santa Fe/Southern Pacific Merger Had to Die». *EAG* 88-10, August 26, 1988. *Journal of Industrial Economics*, forthcoming.
237. POSNER, Richard A. *El Análisis Económico.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998, 682 p.
238. POSNER, Richard A. *Antitrus Law. An Economics Prospective.* University of Chicago, 1976.
239. QUIROGA GLAVE, María del Rosario y Miguel A. RODRÍGUEZ ZEVALLOS. *La Concentración de Empresas y la Libre Competencia.* Lima: Editorial Cultural Cuzco S.A., 1997, 268 p.
240. RAWLS. *Antitrust Law: an Economic Perspective.* The University of Chicago Press, 1971.
241. REICH, Norbert. *Mercado y Derecho.* Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1985.
242. *Restrictive Business Practices Law 5748-1988.* 2da. Edición, Aryeh Greenfield-A.G. Publications, July 1994.
243. RIPERT, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Comercial.* Tomo II, Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1954.
244. ROBERT, H., Lander STURGIS y M. SOBIN. «Reserve Engineering of Computer Sotware and U.S. Antitrust Law». En: *Harvard Journal of Law & Technology* Vol. 9, No. 2, Summer, 1996, 281 p.

245. RODRÍGUEZ, A. E. «The Role of Merger policy in Recently Liberalized Economies». Mimeo. Presentado durante el Seminario *Políticas de Competencia y el proceso de reformas económicas en América Latina.* Lima: Agosto, 1996.
246. ROSIGNOLI, Juan Antonio. «Hacia una aproximación del Derecho de la Competencia en España». En: *Información Comercial Española* No. 650. Especial sobre Política de Competencia. Revista de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda. Madrid: Octubre de 1987.
247. ROVIRA, Raúl L. «Observaciones al Proyecto de Ley de Defensa de la Comoetencia». En: *Revista Jurídica Argentina La Ley.* Buenos Aires: Tomo 1986-B, pp. 1026-1030.
248. RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Tomo 3, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, 536 p.
249. RUBÉN TARAMONA, José. *Procesos Especiales y No Contenciosos en el Derecho Procesal Civil.* Lima: Editorial Huallaga, 1988, 844 p.
250. RUIZ D., Gonzalo. «Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia». En: *Themis*, Revista de Derecho No. 41, 2000, pp. 297-310.
251. RUIZ D., Gonzalo. *Criterios del Análisis para Concentraciones Horizontales.* Patrocinado por la Comisión Federal de la Competencia, 30/05/96.
252. SAMUELSON, Paul A y William D. NORDHAUS. *Economía.* 13ra. Edición, Madrid: Mc Graw-Hill, 1990-1993.
253. SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. *Procesos de Ejecución y Procesos Cautelares.* Lima: Editorial San Marcos, 371 p.
254. SECRETARIA DE LA UNCTAD. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Manual de legislación sobre practicas comerciales restrictivas.* Ginebra: 1993.
255. SCHERER, F.M. *Industrial Market Structure and Economic Performance.* Chicago: Norwestern University, 1970.
256. SCHELLING, Tomas C. *Choice And Concecuence. Perspectives of an Errant Economist.* Cambridge-Londres: Harvard University Press, 1984, 363 p.
257. SCHWARTMAN, David. «The burden of Monopoly». En: *Journal of Political Economy* 58, December 1960.
258. SCHWARTZ, Marius. «Investments in Oligopoly: Welfare Effects and Tests for Predation». *EAG* 88-16, November 24, 1988. *Oxford Economic Papers*, forthcoming.
259. SEGUNDO CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO EMPRESARIAL. *Formas de Control, Colaboración, Competencia Empresarial y Propiedad Industrial.* Colombia: Los Talleres de Impreandes Presencia S.A., 1998, 401 p.
260. SGHERER, F.M. *Industrial Market Structure and Economics Perfomance.* Chicago: Rand Mc Nally y College Publishing Co., 1978.
261. SHAPIRO, Carl, «Merger whit differentiated Products», *Antitrust* 10, 1996, pp. 23-30.
262. SIERRA BRAVO, R. *Tesis doctorales y Trabajos de Investigación Científica.* Madrid: Paraninfo S.A.
263. SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Introducción a la Juseconomía.* 2da. Edición, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, 405 p.
264. SIMON, Raúl Luis. *Los Trust en el Hecho y el Derecho.* Imprenta Nascimento, 1947.
265. SOLA CANIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado.* Barcelona: Montaner y Simon S.A., 1962, 650 p.
266. STIGLER, George. «The statistics of monopoly and merger». En: *Journal of Political Economy* 64, February 1956.

267. STONE. Andrew. «Complex Transactions Under Uncertainty. Brazil´s Machine Tool Industry». En: *Policy Research Working Paper.* Brasil, 1994, 17 p.
268. SULLIVAN, E. Thomas y Jeffrey L. HARRISON. *Understanding Antitrust and its Economic Implications.* 2da. Edición, Estados Unidos de Norteamérica: Matthew Bender & Co. Editorial Offices, 1994.
269. SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Handbook of the Law of Antitrust.* West Publishing Co., 1977, 886 p.
270. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Compendio de Doctrina sobre Promoción de la Competencia 1992-1999.* Santa Fe de Bogotá: Arfo Editores Ltda., 2000, 576 p.
271. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Actuaciones en Materia de Promoción de la Competencia 1994-1998.* 100 p.
272. SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *Aplicación de la política de competencia a nivel internacional y su desarrollo en el ámbito nacional.* Cartagena de Indias: 1998, 417 p.
273. THE FAIR TRADE COMMISSION. *Fair Act and Enforcement decree.* Ewachon-Corea: 1993, 124 p.
274. THE PERU REPORT. *Peru: The Top 4500.* Lima: Peru Reporting E.I.R.L., 1993.
275. THE PERU REPORT. *Peru: The Top 5000.* Lima: Peru Reporting E.I.R.L., 1993.
276. THE TRUST. *Bridge or Abyss between comon and civil law jurisdictions.* Fran Someveldt (Editor), Kluwer Lucian Taxation, 1992, 98 p.
277. THORELLI, Hans B. *The federal antitrust policy: origination of an american tradition.*
278. TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico.* Barcelona: 1993.
279. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito.* Barcelona: 1985.
280. TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Nueva Constitución del Perú 1993. Antecedentes, Documentos e Historia documentada.* Lima: 1993, 480 p.
281. TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *Derecho de la Empresa. Nuevos temas.* Vol. II, Lima: Editorandina, 1989, 213 p.
282. TRAIN, K. *Optimal Regulation. The Economic Theory of Natural Monopoly.* Massachussetts Institute of Technology Press, 1994.
283. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. *Asociaciones y Uniones de Empresas Prácticas Restrictivas de la Competencia.* Madrid: Editorial Moneda y Crédito S.A., 1969, 152 p.
284. UNIVERSIDAD DE LIMA, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. *Tutela del Consumidor.* Edición 1999-2, 314 p.
285. UNIVERSIDAD DE LIMA, FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. *Competencia Desleal.* s/f.
286. UNIVERSIDAD DE LIMA. MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL. *Derecho Constitucional Económico.* Tomos II y III. Dirección Universitaria de Coordinación y Desarrollo Académico. Departamento de Publicaciones de Material de Lectura. s/f.
287. U.S. DEPARTAMENT OF JUSTICE Y FEDERAL TRADE COMMISSION. *Horizontal Merger Guidelines.* Mimeo. 1992.
288. VAN HECKE, George A. «Le Droit antitrust: Aspects Comparatifs el Internationaux». En: *Academia de Droit Internationaux.* Ley de 1963, t. 106, p. 253-255.
289. VELA GALLO, Francisco. *Derecho Procesal Civil.* 8va. Edición, Lima: Cultural Cuzco Editores S.A., 1991, 339 p.
290. VELÁSQUEZ GAVILANES, Raúl. *Del Monopolio Económico al Monopolio Fiscal.*
291. VICENT CHULIA, Francisco. *Poderes Públicos y Derecho de la Competencia.*

292. VON KALINOWSKI. *Antitrust. Laws and trade regulation tables and indexes.* Nueva York: M. Bend, 800 p.
293. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Teoría General del Acto Jurídico.* Lima: Cultural Cuzco S.A., 1985, 582 p.
294. WERDEN, Gregory J. *Identifing Market Power in Electric Power Generation.* Mimeo. 1995, p. 14.
295. WERDEN, Gregory J. «Price Fixing Civil Damages: Setting the Record Straight». En: *EAG* 88-13, September 20, 1988. *Antitrust Bulletin* Vol. 34, Summer 1989, pp. 307-335.
296. WERDEN, Gregory J. «The Divergence of SIC Industries from Antitrust Markets: Some Evidence from Price Fixing Cases». *EAG* 88-9, August 24, 1988. *Economics Letters* Volume 28, 1988, p. 193.
297. WERDEN, Gregory J. «The use and misuse of shipments data in defining geografic markets». En: *Antitrust Bulletin*, Otoño, 1981, pp. 719-737.
298. WILLIAMSON, Oliver «Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs». En: *American Economic Review* 18, 1968, March, pp. 18-36.
299. ZAMORA CABOT, Francisco Javier. «Algunas claves actuales del derecho antitrust de los Estados Unidos». En: *Revista de Derecho Mercantil* Nos. 181-182, 1986, Jul-Dic, pp. 367- 422.

PÁGINAS WEB

1. http://www.srz.com/pub/antitrust_issues.html
2. http://www.clicac.gob.pa
3. mail to: Millar@khlaw.com
4. http://www.consumersinternational.org/members/republic_of_panama1.html
5. http://www.lancion.com.ar/00/09/04/E01.HTM
6. http://www.diariomedico.com/sanidad/san060700combis.html
7. http://www.es.derecho.org/doctrinal/z2
8. http://www.congreso.gob.pe/comision/1999-00/codigo/pren.htm
9. http://www.cepchile.cl/cep/3-2.htm
10. http://www.americaeconomica.net/(numeros/81/noticias/necuteleco.htm
11. http://www.elsiglo.net.economia/23e/1.htm
12. http://www.libreriabosch.es/jmb/84-7698-592-4.html
13. http://www.ftc.org
14. http://www.ftc.gov
15. http://www.consumer.gov
16. http://www4.law.cornell.edu/uscode/15/ch2.html
17. http://www4.law.cornell.edu/uscode/15/41.html
18. http://www.ftc.gov.business-info-connection.com
19. http://www.google.com
20. http://www.democracy.net/archive/06121997
21. http://www.farr-law.com/creddiv.htm
22. http://www.antitrust.de
23. http://www.techalawjournal.com/atr/Default.htm
24. http://www.ll.georgetown.edu/lr/rs/antitrust.html

25. http://www.antitrustthemovie.com/homehtml
26. http://www.findlaw.com/01antitrust/microsoft.html
27. http://www.mcbinch.com/antitrust/
28. http://www.fedlaw.gsa.gov/legal5a.htm
29. http://www.antitrustlaw.com
30. http://www.antitrustcases.com
31. http://www.usdoj.gov.atr/cases.html
32. http://www.wa.gov/ago/trust/
33. http://www.webpages.metrolink.net/
34. http://www.oecd.org/daf/clp
35. http://www.ripon.edu/faculty/bowenju/antitrust/INTRO.htm
36. http://www.europa.eu.int/comm/dg04/merger/closet/en/peryear.htm
37. http://europa.eu.int/comm/dg04/rapid.htm
38. http://eur-op.eu.int/general/en/s-ad.htm
39. http://www.works/articles/internet_ economy.pdf
40. http://www.usdoj.gov/atr/cases.html
41. http://www.findlaw.com/01topics/10cyberspace/index.html
42. http://euro.ecom.cmu.edu /resoucers/elibrary/eclliks.shtml
43. http://www.moraldefense.com/Campaigns/microsoft7Lecture/Harvard_Antitrust_Lecture.htm
44. http://www.phillipsnizer.com/internetlib.thm
45. http://www.srz.com/pub/antitrust_issues.html
46. http://www. Internetindicators.com
47. http://www.ftc.gov/os/1998/9806.tes.htm
48. http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/hitch.htm
49. http://www.ftc.gov/opa/1999/9902/rp22599.htm
50. http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/2428.htm
51. http://www.ftc.gov/speeches/other/dvatspeech.htm
52. http://www.antitrust.org/related/cicco.html
53. http://www.stolaf.edu.pe/people/becker/antitrust/antitrust.html
54. http://www.agcm.it
55. http://www.antitrustinstitute.org

TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
Estudio exegético del Decreto Legislativo 701
Legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia
Se terminó de imprimir en junio de 2002,
en los talleres de Galileo Galilei,
Jr. Sucre 470, teléf: 2633826-2632041
e-mail: *galileoediciones@hotmail.com*,
Lima 32, Perú.

TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL D.L. 701

LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA REGULATORIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PINKAS FLINT

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2002

TRATADO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ESTUDIO EXEGÉTICO DEL D.L. 701

LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA REGULATORIA DE LA LIBRE COMPETENCIA

PINKAS FLINT

Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2002

PINKAS FLINT BLANCK es Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y experto en Negociaciones Internacionales de las Naciones Unidas (UNCTAD/GATT). Magíster en Derecho por la Universidad de Harvard, Magíster en Administración por la Escuela de Administración de Negocios para Graduados (ESAN) y MBA por la Université dú Québec á Montreal (UQAM). Obtuvo el Diploma de Empresariato de Harvard Business School y el Diploma de Alta Gerencia de la Universidad de Oxford. Actualmente es profesor del Programa Magíster de ESAN y del Programa de Maestría de Derecho Empresarial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha publicado varios textos en el área del Derecho Empresarial, Derecho Laboral, Negociaciones Empresariales, Bancarias y Gestión de Empresas en Crisis. Es conferencista y profesor visitante del INCAE de Costa Rica, IESE de España, ICESI, Universidad de los Andes y Universidad Piloto de Colombia y Universidad Gabriela Mistral de Chile. Es Abogado Senior del Estudio Flint Abogados, firma especializada en derecho empresarial. Es igualmente socio de Flint Consulting Group, empresa con amplia experiencia en el reflotamiento y reconversión de empresas en crisis. Es autor de varios textos de Derecho y Administración, entre ellos, ***La Negociación Empresarial***, ***Derecho Empresarial***, ***Gestión de Empresas en Crisis Técnicas de Reflotamiento***, ***Derecho Concursal Uso de Figuras Jurídico Financieras y Económico Estratégicas para Empresas en Épocas de Crisis***, ***Tratado de Defensa de la Libre Competencia*** y ***Negociaciones Eficaces***.

CONTENIDO

CAPÍTULO I
El mercado y la libre competencia

CAPÍTULO II
Análisis exegético del Decreto Legislativo 701

CAPÍTULO III
El tratamiento de la libre competencia en la legislación comparada

CAPÍTULO IV
Línea jurisprudencial administrativa de observancia obligatoria

CAPÍTULO V
El Derecho de la libre competencia en el Siglo XXI

CAPÍTULO VI
Lineamientos para el análisis de temas de defensa de la libre competencia

Próximas publicaciones

Comprensión de la Literatura Coreana, Colección Orientalia 7
Varios, traducción de Lee Yongsun y Ricardo Sumalavia

Constituciones, derecho y justicia en el indigenismo en América Latina
Antonio Peña Jumpa, Coordinador

Cultura andina y represión. Colección Clásicos Peruanos
Pierre Duviols

Derecho y ciudadanía. Ensayos de interés público
Gorki Gonzáles, Editor

El mundo al revés
Susan Ramírez

Estado y mercado en la Historia del Perú
Carlos Contreras, Juan Manuel Glave, Editores

Historia del Derecho Civil Peruano. Tomo III
Carlos Ramos Núñez

Historia, razón, libertad. Una introducción al pensamiento político y filosófico de Eric Weil
Francis Guibal

Macroeconomía Enfoques y Modelos
Félix Jiménez

Modelos macroeconómicos para una economía dolarizada - Colección Textos Universitarios PUCP
Oscar Dancourt y Waldo Mendoza