

CAPÍTULO III

LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS EN EL DERECHO COMPARADO AMERICANO

I. Marco regulatorio

II. Prácticas restrictivas reguladas

CAPÍTULO III

LAS PRÁCTICAS RESTRICATIVAS EN EL DERECHO COMPARADO AMERICANO

INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización, aunado a los acuerdos regionales que estimulan el intercambio comercial, ha determinado que el modelo de desarrollo económico sustentado en el mercado sea aceptado de forma general por la comunidad internacional. Esta situación ha creado la necesidad de aplicar y fortalecer las leyes de competencia.

La paulatina liberación de los mercados y la reducción de restricciones arancelarias y no arancelarias al comercio entre Estados, fomentada principalmente por la OMC, ha estimulado un incremento considerable de los flujos del comercio internacional; sin embargo, al permitir el acceso de bienes y servicios en un territorio, se permite comúnmente el acceso de inversiones y de empresas extranjeras las cuales compiten directamente con las empresas locales.

Por lo tanto, al eliminar los obstáculos impuestos por los gobiernos, resulta indispensable asegurar que los mercados no sean objeto de limitaciones "privadas", resultado de prácticas restrictivas cuyo propósito fundamental es reducir o eliminar la competencia.

Un sistema económico en el que no exista una adecuada regulación de la competencia, puede permitir e incluso fomentar la realización de ciertas actividades o prácticas anticompetitivas por parte de las empresas, a efecto de adquirir o ejercer poder sobre el mercado, lo que ocasionaría que los logros obtenidos a través de la apertura económica se desvanezcan resultando perjudicados los consumidores.

Como hemos comentado, las prácticas anticompetitivas son de dos tipos: prácticas restrictivas y prácticas desleales. Al estudio de las primeras está dedicado este capítulo.

I. MARCO REGULATORIO

El marco regulatorio de cada uno de los países se integra por instrumentos jurídicos de diferentes ámbitos: multilateral, regional e interno.

En el ámbito multilateral existe un ordenamiento de la ONU, diversas disposiciones contenidas en los acuerdos de la OMC en forma dispersa, así como una serie de recomendaciones no vinculatorias de la OCDE.

Sin embargo, el grueso de regulación es de origen interno, lo cual ocasiona algunos problemas cuando las prácticas restrictivas rebasan los límites jurisdiccionales de un Estado, por lo que suele aplicarse el derecho interno en forma extraterritorial, situación que ha propiciado que muchos países suscriban acuerdos de cooperación en la materia.

1. Regulación en el ámbito multilateral

En el ámbito multilateral (y plurilateral) no existe un instrumento que regule en forma integral las prácticas restrictivas; sólo existen algunos instrumentos que regulan parcialmente la materia, pero la mayoría no son de carácter vinculatorio.

El "Conjunto de principios y normas equitativas convenidas multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas" (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la resolución 35/63 del 5 de diciembre de 1980) es administrado por la UNCTAD. No es vinculante, y establece como objetivos:

1. Lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo.
2. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a los objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes, por ejemplo, mediante:
 - a) La creación, el fomento y la protección de la competencia
 - b) El control de la concentración del capital, o del poder económico, o de ambas cosas
 - c) El fomento de las innovaciones.

3. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.
4. Eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo puedan entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y, en particular, para el comercio y el desarrollo en los países en desarrollo.
5. Formular un Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas para su adopción en el plano internacional, y facilitar así la adopción y el fortalecimiento de las leyes y políticas en esa esfera en los planos nacional y regional.

El Conjunto de principios y normas se aplica a las prácticas comerciales restrictivas que tengan efectos desfavorables sobre el comercio internacional, a todas las transacciones de bienes y servicios y a todas las empresas, incluidas las transnacionales. La excepción a su aplicación la constituyen los acuerdos intergubernamentales que se refieran a determinadas prácticas de modo específico (capítulo B, inciso ii).

Establece una serie de principios convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas (capítulo C), principios y normas aplicables a las empresas, incluidas las empresas transnacionales (capítulo D), principios y normas que deben seguir los Estados en los ámbitos nacional, regional y subregional (capítulo E), medidas internacionales (capítulo F) y finalmente, un mecanismo institucional internacional (capítulo G).

La segunda fuente de regulación en el ámbito multilateral es la OMC, en cuyo contexto existen varias normas dispersas relativas a este tema, las cuales tienen carácter obligatorio para sus miembros. Dichas normas se encuentran en los Artículos III, VI, XI, XVI, XVII y XXIII del GATT y en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, en la medida en que las acciones contrarias a la competencia pueden subsanarse presentando reclamaciones por las infracciones cometidas¹.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) y el Acuerdo de la OMC sobre

¹ Véase OMC, *El Comercio hacia el Futuro*, 2ª edición, Ginebra, 1998.

los Servicios de Telecomunicaciones Básicas (en vigor el 10 de enero de 1998), contienen disposiciones sobre la obligación de los Estados de garantizar que se actúe en el sector privado de conformidad con determinadas normas de competencia.

El ADPIC se refiere al control de las prácticas contrarias a la competencia y el MIC a la obligación de los Estados de cumplir lo dispuesto en los Artículos III y XI en la esfera de las inversiones. En materia de competencia, el GATS contiene normas sobre los monopolios y los proveedores exclusivos de servicios. Estos principios se han desarrollado considerablemente en las normas y compromisos sobre telecomunicaciones.

La labor de la OMC en los próximos años tiene dos componentes principales: 1) el "programa incorporado" de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, es decir, el programa de aplicación de los diversos acuerdos y compromisos, en particular el calendario de negociaciones, nuevas o reanudadas, sobre varios temas; y 2) el otro componente abarca la gran variedad de cuestiones que se están examinando, algunas antiguas y otras nuevas, para el sistema GATT-OMC.

En 1996 fue establecido el Grupo de Trabajo sobre Política de Competencia, encargado de desarrollar funciones de investigación, sin que exista la intención, de momento, de crear un acuerdo específico sobre la materia; sin embargo, es muy probable su elaboración pues diversos países interesados en el tema están pugnando porque dicho acuerdo sea negociado.

Otro organismo dedicado al estudio de cuestiones de competencia es la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economía de mercado². En la OCDE los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas, con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros.

Las actividades de la OCDE en relación con los problemas del comercio y la competencia se remontan a comienzos del decenio de 1980, y han sido promovidas por el Comité de Legislación y Política de la Competencia y el Comité de Comercio.

² Europa: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía; América del Norte: Canadá, Estados Unidos, México; Pacífico: Australia, Japón, Nueva Zelanda, República de Corea. Actualmente está en consideración la membresía de la República Eslovaca.

El Comité de OCDE de Política y Legislación de Competencia busca principalmente promover la comprensión común y la cooperación entre las autoridades de política de competencia. Los miembros del Comité son las autoridades de la competencia (o autoridades antitrust) en cada uno de los países miembros de la OCDE. El interés público y gubernamental en el trabajo del Comité ha crecido en años recientes, paralelamente al reconocimiento de la importancia de la competencia como un medio de mejorar la actuación económica y el bienestar del consumidor.

Hasta la fecha el Consejo de la OCDE ha emitido una serie de recomendaciones no vinculantes para sus miembros:

- Acerca de la acción eficaz contra los cárteles centrales (1998).
- Acerca de la cooperación entre los países miembros en prácticas anticompetitivas que afectan el comercio internacional (1995).
- Acerca de la aplicación de leyes y política de competencia para patentes, know-how y acuerdos de licencias (1989).
- Para la cooperación entre los países miembros en áreas de conflicto potencial entre las políticas de competencia y de comercio (1986).
- Acerca de la cooperación entre los países miembros en prácticas restrictivas de comercio que afectan el comercio internacional (1986). (Reemplazado por la Recomendación de 1995).
- Política de competencia y sectores exentos o regulados (1979).
- Acerca de la acción contra prácticas restrictivas de comercio que afectan el comercio internacional incluyendo aquellas que involucran a empresas multinacionales (1978).
- Acerca de la acción contra prácticas restrictivas de comercio que relacionan al uso de marcas de fábrica y licencias de la marca de fábrica (1978).
- Acerca de la acción contra la inflación en el campo de política de competencia (1971).

La recomendación sobre la cooperación entre países miembros respecto a prácticas que afectan el comercio internacional (1995), establece entre otras acciones: la notificación, el intercambio de información, la asistencia mutua en las investigaciones, la coordinación de las investigaciones, la cortesía positiva, las consultas y un mecanismo de conciliación en la aplicación del derecho de la competencia.

Por su parte, la recomendación de 1998, relativa a una acción eficaz contra los cárteles centrales, recomienda la convergencia y eficacia de las

leyes que prohíben esos cárteles y una cooperación internacional, así como la aplicación del principio de cortesía en el cumplimiento de esas leyes³.

2. Leyes fundamentales de la defensa de la libre competencia

2.1 Canadá

El primer antecedente de la legislación canadiense en materia de competencia data de 1889 con la aprobación de una ley que prohibía conspiraciones, combinaciones y acuerdos que limitaran la competencia (*Act for Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, S.D. 1889, c.41).

Esta ley fue incorporada al Código Penal de 1892 (sección 520), y posteriormente, en 1960 se consolidó la Ley de Investigación de Combinaciones (*Combines Investigation Act*). Finalmente en 1986 fue expedida la *Competition Act*, y la *Competition Tribunal Act*.

2.1.1 Competition Act

En 1986 las disposiciones existentes en materia de competencia se agruparon en la *Competition Act*, ley fundamental en la materia la cual establece las normas básicas para la realización de actividades comerciales en el Canadá con disposiciones penales y civiles.

“El propósito de esta ley reside en mantener o fomentar la competencia en el Canadá, con el fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense, y así incrementar las oportunidades de participación del Canadá en los mercados mundiales, y al mismo tiempo reconocer el papel de la competencia extranjera en el Canadá. La intención es que las pequeñas y medianas empresas del Canadá tengan la misma oportunidad de participar en la economía canadiense y que los consumidores puedan contar con precios competitivos y variedad de productos” (Secc. 1.1. *Competition Act*)⁴.

³ Véase UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/11, 31 de marzo de 1999, p. 20.

⁴ Traducción tomada de OEA, *Inventario de leyes y normas nacionales sobre políticas de competencia en el hemisferio occidental*, FIAA.ngcp/inf/03/Cor.1, 10 de mayo de 1999.

De lo cual podemos derivar cuatro objetivos fundamentales:

- a) Promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense
- b) Incrementar las oportunidades de participación del Canadá en los mercados mundiales
- c) Que las pequeñas y medianas empresas del Canadá tengan oportunidades equitativas de participación en la economía canadiense
- d) Asegurar que los consumidores puedan contar con precios competitivos y variedad de productos.

Mediante la *Miscellaneous Statute Law Amendment Act, 1999*, que entró en vigor el 17 de junio de 1999, fueron reformadas diversas disposiciones comprendidas en las secciones 45 a 53, entre otras, con objeto de lograr mayor consistencia entre las versiones en inglés y en francés de la *Competition Act*⁵.

2.1.2 Competition Tribunal Act (1986, c., assented to 17th june, 1986)

Esta ley define la estructura y facultades del *Competition Tribunal* (Tribunal de Competencia), corte cuasi judicial encargada, junto con el *Bureau of Competition*, de la aplicación de la legislación en materia de prácticas restrictivas de competencia.

A reserva del estudio que se hará posteriormente de dicha autoridad, en términos generales, este tribunal está facultado para realizar la revisión de materias civiles, incluidas las fusiones. Su función es exclusivamente adjudicadora y no investigativa.

2.1.3 Competition regulations

Son disposiciones administrativas reglamentarias de la *Competition Act* las cuales desarrollan cuestiones específicas de la ley y, principalmente, del procedimiento. Son emitidas por el *Tribunal of Competition* y por el *Competition Bureau*.

⁵ Un cambio sustantivo para analizar es el párrafo 10 (1) (b) de la *Competition Act*, el cual establece las circunstancias en las cuales el Comisionado puede iniciar una investigación. Esta ley cambia la frase “*whenever he believes on reasonable ground that*” a “*whenever the Commissioner has reason to believe that*”, el cambio hace la versión inglesa consistente con la francesa. Véase comunicado del *Competition Bureau*, consultable en internet: <http://strategis.ic.ca/SSG/>.

2.2 Chile

La legislación chilena en materia de defensa de la competencia data de 1959 (Ley N° 13.305⁶), sin embargo es hasta 1973, mediante la promulgación del Decreto Ley N° 211 (en adelante DL N° 211 o Ley antimonopolios), cuando su vigencia y su aplicación adquieren mayor relevancia.

Los principales organismos de aplicación de la Ley antimonopolios son la Comisión Resolutiva, la Comisión Preventiva Central y la Fiscalía Nacional Económica; existen además organismos de carácter regional (Comisiones Preventivas Regionales y Fiscalías Regionales).

Las prácticas restrictivas o monopólicas en la legislación chilena son sancionadas en dos vertientes: mediante el desarrollo de un procedimiento administrativo realizado ante las Comisiones (aplicando la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil), o mediante un proceso penal ante los Tribunales de Justicia el cual sólo se justifica en casos extraordinarios.

Por otra parte, dada la generalidad de la Ley antimonopolios, vale la pena destacar la importancia de la jurisprudencia emitida por las Comisiones, toda vez que ésta ha sido la encargada de “completar” la tipificación de las conductas anticompetitivas, sin que ello signifique “que el sistema chileno de defensa de la competencia se funde en el principio del precedente judicial (*case law*), pues las Comisiones, si bien tienen en cuenta la doctrina contenida en fallos anteriores, no están obligadas a respetarla en lo sucesivo, pudiendo en consecuencia variar su posición de un caso a otro”⁷.

2.2.1 Decreto Ley N° 211 (1973)

En 1973 se promulgó y publicó el Decreto Ley N° 211 el cual derogó la ley 13.305 de 1959. Este decreto ley ha sufrido diversas reformas; la primera de ellas mediante el DL 2760 de 1979, la segunda mediante la Ley 19336 (publicada el 29 de septiembre de 1994 en el DO), la cual modificó el Artículo 7; y la Ley 19610 (publicada el 19 de mayo de 1999 en el DO) que fortalece las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica.

⁶ La Ley N° 13.305 en su capítulo V tipificaba el delito de monopolio y creaba una Comisión Antimonopolios para ejercer las facultades sancionatorias y de control que la propia ley otorgaba.

⁷ Comunicación de Chile al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, OMC, WT/WGTCP/W/75, 7 de abril de 1998, p. 3.

El DL N° 211 es la ley vigente en materia de protección de la libre competencia, y se erige en el impulsor de políticas y reformas legislativas que fomenten un ambiente competitivo.

Ésta es la ley actualmente en vigor y su aplicación durante estos 24 años ha servido para crear en Chile un sistema de defensa de la competencia flexible y dinámico, que ha sabido adaptarse a las circunstancias cambiantes del mercado sin faltar a sus principios de base, ya que han cumplido una labor de primera importancia en la desregulación de los mercados nacionales⁸.

Los cuatro primeros párrafos del preámbulo del DL N° 211 —los que sólo tienen un valor como antecedente histórico de interpretación de la norma—, contienen los objetivos de la legislación de competencia en Chile:

1. Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta o demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor;
2. Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la colectividad;
3. Que, por tanto, *resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución;*
4. Que, sin embargo, cierta producción de bienes y servicios puede o debe, en determinadas circunstancias, realizarse a través de organizaciones de estructura monopólica estatal, siempre que los fines perseguidos redunden en beneficio de la comunidad y su creación, funcionamiento y resguardos se prevean mediante una ley expresa.

La ley está dividida en cinco títulos, que establecen disposiciones generales, estructura y facultades de las Comisiones Preventivas Regionales y Central, de la Comisión Resolutiva y de la Fiscalía Nacional Económica, así como disposiciones relativas al proceso penal.

⁸ WT/WGTC/W/75.

La Ley N° 19610 (publicada en el DO el 19 de mayo de 1999), modificó el título IV del DL N° 211, dotando a la Fiscalía Nacional Económica de una estructura más funcional y eficiente, asignándole amplias facultades para la investigación y tramitación de casos en materia de competencia

2.3 Estados Unidos de Norteamérica

Estados Unidos cuenta con la tradición regulatoria más antigua en la materia y sus disposiciones han sido adoptadas por las legislaciones de diversos países. En función de lo anterior, vale la pena comentar cómo ha evolucionado la regulación.

En su origen, la *Sherman Act* fue una disposición cuyo objetivo era la protección de la libertad de empresa que se veía amenazada por el ejercicio de la propia libertad y por el poder económico que habían adquirido los conglomerados empresariales. En aquellos momentos se pensaba que el sistema de libertad de comercio era la mejor solución tanto para la protección de las libertades individuales como para la consecución del interés público.

En el debate parlamentario hubo pocas referencias a objetivos económicos ya que en realidad la ley no era más que una readopción de los principios sobre restricción del comercio establecidos en el *Common Law*. Las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act* prohibían —y prohíben actualmente— todos los actos individuales o colectivos que intentaran restringir o monopolizar el comercio entre varios estados de la Unión.

Pero esta posición absoluta no duró mucho ya que en 1898 los tribunales norteamericanos adoptaron la “*rule of reason*”, regla que debía utilizarse al enjuiciar una práctica restrictiva privada bajo los parámetros reglamentados en la *Sherman Act* que, por sí misma, constituye una excepción al principio general de prohibición.

Por otra parte, en 1911 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos varió en cierto sentido el objeto sobre el cual aplicar el juicio de razonabilidad. Las restricciones a la libertad de comercio dejaron paso a las restricciones en las condiciones de competencia como objeto de enjuiciamiento. Aunque el cambio parezca poco significativo, sus consecuencias son de gran trascendencia, no sólo en el momento en que fue adoptado, sino también en el desarrollo futuro del derecho antitrust. Con esta modificación el juicio antitrust no se referirá simplemente a las relaciones empresariales. Por el contrario, estará referido a los efectos que la práctica producirá sobre la estructura del mercado. Lo razonable supondrá un análisis de los efectos de

una restricción sobre el sistema competitivo, por lo que existe una clara desviación desde el ámbito de los principios jurídicos —libertad, igualdad— hacia el ámbito de los principios económicos —competencia, eficiencia⁹.

Una vez introducidos en el análisis antitrust objetivos económicos la evolución de la funciones asignadas a este tipo de normas sufrió una fuerte desviación. Hasta los años setenta el control de legalidad de las actuaciones empresariales supuso un análisis multifuncional. Los tribunales norteamericanos interpretaban esta norma con el propósito de alcanzar diversos fines político-sociales. Si bien es cierto que en ocasiones los tribunales utilizaban el análisis económico, también lo es que objetivos como el garantizar el acceso al mercado, la independencia de los distribuidores, la dispersión del poder económico, la protección de las pequeñas empresas, etc. —más relacionados con la defensa de la libertad que de la eficiencia— estuvieron presentes en la mayor parte de las resoluciones judiciales.

Coincidiendo con la pérdida de competitividad de la empresa estadounidense, y apoyándose en las doctrinas defendidas por la generación de *lawyer-economist* surgidos de la *Chicago School of Law*, se introdujo definitivamente en el enjuiciamiento antitrust el análisis económico. Predicando como fin de las normas antitrust el bienestar de los consumidores, se defendió la eficiencia económica como único objetivo, despreciando cualquiera otra de las funciones hasta ahora contempladas. La eficiencia económica asegura como ningún otro el bienestar de los consumidores y, para ello, si es necesario, deben sacrificarse otras funciones y objetivos, como la defensa de la libertad de empresa, la existencia de pequeñas empresas o la libertad efectiva de acceso al mercado.

En la actual doctrina jurídica norteamericana existe una abierta disputa acerca de cuáles son las funciones de estas normas. Enmarcados en dos corrientes principales —Harvard y Chicago—, los máximos exponentes de la literatura antitrust se debaten sobre los principios que deben utilizarse en el juicio de legalidad de las actuaciones de los operadores privados en el mercado. A pesar de la influencia que la escuela de Chicago ha tenido y

⁹ Una restricción de comercio supone un ataque a la libertad de comercio: se dificulta el acceso al mercado mediante la oposición de barreras de entrada, se elimina un competidor o se restringe la libertad de los competidores. Sin embargo, la competencia como objeto de protección no implica necesariamente un rechazo de los ataques contra la libertad de comercio, sino que, al contrario, en algunas ocasiones supondrá la promoción de una actuación restrictiva. El Tribunal Supremo de los EE.UU. sólo ha tenido en cuenta la eficiencia económica en la medida en que este fin fuera compatible con los otros fines del derecho antitrust.

tiene en el sistema antitrust norteamericano, en la actualidad se defiende cada vez más que, si bien la eficiencia económica debe ser uno de los objetivos de las normas antitrust, debe verse completado por otros objetivos políticos y sociales. Según la más reciente doctrina norteamericana, estos objetivos político-sociales no deben eliminar la eficiencia económica, sino que todos ellos deben utilizarse conjuntamente en el enjuiciamiento antitrust, pues fundamentarse únicamente en la eficiencia económica es desconocer las funciones asignadas —en el pasado, pero también ahora— a estas normas por el órgano legislativo.

Antitrust en Estados Unidos no es solamente el conjunto de leyes encargadas de regular dicha materia ya que, además de diversos estatutos federales y estatales, regulación administrativa (*guidelines*), la evolución de esta materia y los criterios de aplicación a casos concretos derivados de decisiones jurisdiccionales, constituyen los instrumentos indispensables para aplicar e interpretar la legislación.

La legislación antitrust en Estados Unidos se fundamenta básicamente en cuatro leyes federales: *Sherman Act*, *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act*, y la *Hart-Scott-Rodino Act*, mismas que describiremos brevemente.

2.3.1 Sherman Act, de 1890 (15 U.S.C. §§ 1 a 7)

Esta ley fue un producto de la creciente preocupación por la concentración del comercio y de la industria y de la hostilidad pública contra las empresas gigantes de finales del siglo pasado. La competencia era eliminada en los mercados y los consumidores sufrían las consecuencias.

La Ley Sherman fue concebida como una amplia carta de libertades económicas dirigida a preservar el ejercicio de una competencia libre e irrestricta como norma de comercio. La ley se fundamenta en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas competitivas generará una mejor asignación de nuestros recursos económicos, precios más bajos, mejor calidad y el máximo progreso material, al mismo tiempo que produce un entorno que nos permita preservar nuestras instituciones políticas y sociales democráticas¹⁰.

¹⁰ Corte Suprema, *Northern Pacific Railway Co. vs. United States*, 356 U.S. 1,4 (1958).

La ley no dio definición alguna de lo que constituye “restricción del comercio” o “monopolio”. La vaguedad e incertidumbre de la ley hicieron necesario que los tribunales buscaran en el *common law* una guía para interpretar estas palabras. Sin embargo, en el *common law* no era ilegal toda restricción del comercio ni todo monopolio. Si eran razonables, eran válidos. Con todo, la *Sherman Act* declaraba ilegal “toda restricción de comercio” y “tentativa de monopolio”.

Esta ley contiene dos disposiciones principales:

1. Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los estados o con países extranjeros... (sección 1)
2. Considera reo de delito punible a toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier parte de la actividad o el comercio entre los diversos estados o con naciones extranjeras, y toda persona que se coaligue o entre en combinación con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los estados federados o con otros países (sección 2).

La sección 1 requiere algún tipo de acción colectiva por parte de dos o más empresas. Por consiguiente, los asuntos relacionados con ésta tienden a centrarse en la prueba de la existencia de un acuerdo anticompetitivo que constituya una amenaza para la competencia. En cambio, la sección 2 guarda más relación con la estructura del mercado y con los niveles de concentración del mercado (la existencia de un monopolio), así como la adquisición o utilización indebida de un poder monopolístico. No se centra en el monopolio en sí, sino en la forma en que se ha creado o mantiene un monopolio¹¹.

Mediante la *Antitrust Technical Corrections Act* de 1999 se hicieron diversas reformas a las leyes antitrust. Su contenido esencial es:

- a) Abrogación de la publicidad de la *Taking Evidence Act* de 1913, en lo concerniente a documentos públicos (*public depositions*) para uso en procesos legales en equidad (*suits in equity*) (15 USC § 30).
- b) Abrogación de las disposiciones de la *Panama Canal Act*, la cual prohíbe el uso del Canal de Panamá a infractores de las leyes antitrust (15 USC § 31).

¹¹ WT/WGTCP/W/35, 1 de octubre de 1997, p. 6.

- c) Adición a la 15 USC § incluyendo prohibiciones para restringir el comercio en y entre los territorios de los Estados Unidos y el Distrito de Columbia.
- d) Enmiendas técnicas a la *Wilson Tariff Act*.

Esta ley aclara que las leyes antitrust incluyen el Distrito de Columbia y los territorios de los Estados Unidos, mediante la adición al 15 USC § 3.

La sección 3 (la cual se convertirá en 3(a) bajo la enmienda), actualmente regula el comercio del Distrito de Columbia o algún territorio y los estados, o países extranjeros. El error de la sección 3 que trata el comercio entre territorios y el Distrito, pareciera argumentar que tales circunstancias quedan fuera del alcance de las leyes antitrust. Además, la actual sección 3, emplea los términos de la sección 1 (generalmente aplicable a las colusiones (*conspiracies*), pero no de la sección 2 (aplicable a monopolización).

El nuevo lenguaje de la sección 3(b), aclara que la conducta prohibida por la sección 2 también comprende el Distrito de Columbia y los territorios de los Estados Unidos¹².

2.3.2 Clayton Act, de 1914 (15 U.S.C., §§ 12-29)

Debido a la ambigüedad de la *Sherman Act* nadie podía saber con certeza qué prácticas eran ilegales, por lo que en 1914 se aprobó la *Clayton Act* prohibiendo determinadas prácticas monopólicas¹³. Es una ley casuística y no general como lo era la *Sherman Act*.

Esta ley declara ilegales: la discriminación de precios, los contratos de exclusivas, la adquisición de acciones entre corporaciones y las direcciones de enlace cuando tales prácticas disminuyan la competencia o tiendan a crear un monopolio.

Su contenido puede ser resumido en tres apartados: 1) prohibición de ciertas prácticas restrictivas de la competencia, distintas de los acuerdos de trust; 2) expresión de los medios legales para impedir la realización de prácticas prohibidas; y 3) disposiciones laborales.

La *Clayton Act* es la principal disposición legislativa estadounidense en la que, entre otras normas, se prohíben las fusiones anticompetitivas, las

¹² Véase: *Comments on the Antitrust Technical Correction Act of 1999 (HR 1801) by the Section of Antitrust Law of the American Bar Association*, october 29, 1999.

¹³ Harold Koontz y Richard W. Gamble, *La intervención política en la empresa*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1961, p. 352.

adquisiciones de capital que surtan efectos de reducir sustancialmente la competencia entre la sociedad adquirente y la sociedad adquirida, así como la discriminación en los precios, las vinculaciones y la exclusividad en las transacciones cuando es probable que se coarte la competencia.

Fue modificada en 1936 por la *Robinson-Patman Act* para prohibir la discriminación en los precios en ciertas circunstancias, y en 1950 por la *Celler Kefauver Act* para incluir las adquisiciones de activos (además de las adquisiciones de capital ya reguladas) y las adquisiciones de empresas que no fueran competidoras directas (fusiones que abarquen varias ramas de actividad)¹⁴.

Resultan considerables también las reformas que sufrió la *Clayton Act* mediante la ley del procedimiento civil antitrust (15 USC §§ 1311-1314).

2.3.3 The Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. §§ 41 – 51)

Esta ley estableció una comisión reguladora independiente provista de poderes de investigación y autoridad, compartida con la *Antitrust Division* del Departamento de Justicia para hacer cumplir las prohibiciones de la *Clayton Act*.

Las disposiciones principales de esta ley son:

- Prohíbe los métodos injustos de comercio y prácticas ilegales o fraudulentas (*deceptives*).
- Crea la Comisión Federal de Comercio como una oficina administrativa y la invistió de poderes amplios para aplicar las leyes antitrust.
- Faculta a la Comisión con autoridad exclusiva para aplicar la Sección 5 de la misma ley.

2.3.4 Ley Hart-Scott-Rodino de Mejoramiento de Legislación Antitrust de 1976

Esta ley exige que las empresas notifiquen las fusiones o adquisiciones propuestas cuando el tamaño de las partes y el tamaño de la negociación excedan de ciertos límites, impidiendo a las partes consumir la negociación sino dentro de un plazo establecido, a efecto de que las autoridades de

¹⁴ WT/WGTC/W/35, 1 de octubre de 1997, p. 7.

defensa de la competencia puedan investigar y en su caso impedir o modificar los términos en que se pretenda constituir una fusión que pueda coartar la competencia.

2.3.5 Otras regulaciones

Existen diversas leyes relacionadas con la importación-exportación entre las cuales destacan:

1. *The Webb-Pomerene Act* (1918) (15 USC § 61 et. Seq.). Otorga una exención antitrust limitada para la formación y operación de asociaciones u otro tipo de comerciantes que comercian bienes o mercancía para llevar a cabo ventas de exportación colectiva.
2. *The Export Trading Company Act* (1982) (15 USC § 4001 et. Seq.). Crea un procedimiento por el cual alguna persona relacionada con el comercio de exportación puede requerir un Certificado de Revisión de la Secretaría de Comercio, el cual otorga una inmunidad antitrust parcial, respecto a la prosecución antitrust civil y penal por el gobierno, en relación a las acciones desarrolladas de conformidad con su certificado.
3. *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (1982) (15 USC § 6^a). Establece que la *Sherman Act* no será aplicable a las conductas relacionadas con comercio (diferentes al comercio de importación) con países extranjeros, salvo que la conducta tenga un efecto "directo, sustancial y razonablemente previsible" en el comercio de los Estados Unidos o el comercio de importación o exportación realizado por una persona dentro de los Estados Unidos.

Existen además una serie de regulaciones emitidas por el Departamento de Justicia, denominadas *Guidelines*, las cuales se refieren a aspectos específicos de regulación tales como:

- a) Horizontal Merger Guidelines (1992, rev. En 1997)
- b) Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (1995).
- c) Antitrust Enforcement for International Operations (1998).
- d) Statements of Antitrust Enforcement Policy and Analytical Principles Relating to Health Care and antitrust (1996).

2.3.6 Leyes estatales

Cada uno de los estados que conforman la federación cuenta con legislación antitrust y dichas leyes se aplican de forma paralela a las federales cuando las prácticas anticompetitivas se realizan dentro del mercado de un estado. Las leyes estatales tienden a ser una copia de la legislación federal.

Aunque los términos de las leyes de los estados son diferentes, los propósitos de sus disposiciones son sorprendentemente uniformes. Son declarados ilegales todos los arreglos, contratos, acuerdos o combinaciones destinadas a restringir el comercio. La mayoría de los estados indican que las acciones condenadas son las que suprimen el comercio con objeto de aumentar los precios y reducir la producción. Estas leyes prohíben asimismo a toda persona entrar en semejantes acuerdos bajo pena de multa o cárcel, o ambas cosas¹⁵.

Durante los primeros años de la legislación antitrust existía una duda considerable respecto a la constitucionalidad de las leyes estatales. Se emitieron muchos argumentos respecto a las facultades exclusivas del Congreso para emitir la regulación y estatutos federales antitrust. Sin embargo, en la actualidad se reconoce una importante complementariedad en ambos tipos de regulaciones¹⁶.

La percepción de que las leyes estatales y federales son complementarias es afirmado por el desarrollo legislativo reciente. La mayoría de los estatutos de los estados son prácticamente iguales a la legislación federal y, además, la mayoría de los estados siguen las resoluciones federales en la interpretación de sus estatutos propios.

2.4 México

Los antecedentes de la legislación en materia de prácticas restrictivas datan de 1934¹⁷ con la publicación de la Ley Orgánica del artículo 28 Constitucional en materia de monopolios (DOF 31 de agosto de 1934), la cual fue

¹⁵ Harold Koontz y Richard W. Gamble, *ob. cit.*, p. 349.

¹⁶ Ralph Folsom y Michael Gordon, *International Business Transactions*, Hornbook Series, West Publishing Co., 1995, p. 865.

¹⁷ El primer antecedente de la regulación en materia de monopolios se encuentra en el Artículo 20 de la Constitución de 1857, el cual fue incluido con algunas

durante más de 50 años la ley más importante en la materia. Sin embargo, al no expedirse su reglamento, dicha ley no tuvo aplicación práctica significativa.

Posteriormente se expidieron diversas leyes relacionadas: Ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica (DOF 30 de diciembre de 1950), la Ley de Industrias de Transformación (DOF 13 de mayo de 1941), la Ley de Asociaciones de productores para distribución y venta de sus productos (DOF 25 de junio de 1937), todas derogadas por la ley vigente.

Hoy día las leyes vigentes son la Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento, y el reglamento de la Comisión Federal de Competencia.

2.4.1 Ley Federal de Competencia Económica (LFCE)

La Ley Federal de Competencia Económica (publicada en el DOF el 24 de diciembre de 1992, vigente desde el 23 de junio de 1993)¹⁸, reglamentaria del Artículo 28 constitucional en materia de competencia económica, monopolios y libre concurrencia, es de observancia general en toda la República y aplicable a todas las áreas de la actividad económica¹⁹.

Esta ley busca proteger: i) La libre concurrencia; ii) la libre competencia; y iii) dar certidumbre a los particulares, tanto en su quehacer económico ordinario, como en la actuación de la autoridad sobre tal respecto, objetivo este último que traduce muy bien la interrelación entre lo económico y lo jurídico, al dar certidumbre legal a la actividad económica.

La ley "tiene como objeto fundamental proteger el proceso de libre competencia y libre concurrencia donde participan actual o potencialmente agentes económicos con carácter de competidores"²⁰.

Lo anterior es corroborado por el Artículo segundo de dicha ley, el cual dispone que: "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".

reformas en el Artículo 28 de la Constitución de 1917 vigente en la actualidad. Sin embargo, no es sino hasta 1934 que se emite la legislación reglamentaria que consideramos inicia la aplicación de dicho precepto constitucional.

¹⁸ Reformada mediante decreto publicado en el DOF el 23 de enero de 1998.

¹⁹ Artículo 1 LFCE.

²⁰ Javier Aguilar Álvarez, "Análisis constitucional de la Ley Federal de Competencia Económica", en *Informe de Competencia Económica*, segundo semestre de 1996, pp. 70 y 71.

Esta ley en gran medida toma el modelo norteamericano de división entre prácticas monopólicas absolutas y relativas, y la aplicación de las reglas “*per se*” y “*rule of reason*”.

La ley consta de 39 artículos y siete capítulos:

- Capítulo I. Disposiciones generales,
- Capítulo II. De los monopolios y las prácticas monopólicas
- Capítulo III. De las concentraciones
- Capítulo IV. De la Comisión Federal de Competencia
- Capítulo V. Del procedimiento
- Capítulo VI. De las sanciones
- Capítulo VII. Del recurso de reconsideración

La ley regula los monopolios, prácticas monopólicas, las concentraciones; establece la Comisión Federal de Competencia y sus atribuciones, regula el procedimiento ante dicho organismo, las sanciones imponibles por la comisión de las conductas prohibidas y establece un recurso de reconsideración. Permite la acción correctiva del Estado para evitar el abuso monopólico, el surgimiento de barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores y fusiones de empresas que deriven en prácticas monopólicas.

2.4.2 Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica (RLFCE)

Fue publicado en el DOF el 4 de marzo de 1998 (siete años después que la ley). El reglamento ha sido el instrumento con el cual se han superado varias deficiencias de la ley, por lo que existen diversas disposiciones reglamentarias que por su naturaleza deberían constar en la ley (acto legislativo) y no en el reglamento (acto formalmente administrativo).

Dentro de las disposiciones más relevantes del reglamento destaca el señalamiento de la fecha en que empiezan a correr los términos en la Comisión “y con el fin de que los particulares puedan conocer el plazo en que recibirán respuesta, se ha establecido que éste comienza a correr una vez que se ha presentado el documento ante la Oficialía de Partes”²¹.

²¹ Luis A. Prado Robles y León Ricardo Elizondo Castro, “Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica”, en *Informe de Competencia Económica*, 1997, CFC, p. 94.

El capítulo segundo detalla los supuestos de las prácticas monopólicas absolutas y relativas, y aun cuando aparentemente sólo "...se pretende dar mayor claridad a los supuesto de prácticas monopólicas absolutas y relativas, no con el fin de ampliar los tipos de conducta, sino para precisarlos..."²², lo cierto es que jurídicamente existe una ampliación de los tipos de conducta.

El capítulo tercero del reglamento proporciona una serie de criterios para la determinación de los conceptos de mercado relevante y poder sustancial, estableciendo la obligación de la Comisión de publicar en el DOF el método de cálculo de los índices para determinar el grado de concentración que existe en el mercado relevante y los criterios de su aplicación.

El capítulo IV contiene las disposiciones para determinar si una concentración debe ser impugnada y sancionada (Artículo 15), condiciones que puede establecer la Comisión a los agentes económicos (Artículo 16), supuesto de la obligatoriedad de las notificaciones (Artículos 17-18), contenido de la notificación de la concentración (Artículo 20), actos que no es necesario notificar (Artículo 21).

Los capítulos V y VI regulan el procedimiento de consultas y opiniones que pueden ser solicitadas a la Comisión; y finalmente, el capítulo VII se refiere al recurso de reconsideración.

2.4.3 Reglamento Interior de la Comisión Federal de Competencia

Publicado en el DOF el 12 de octubre de 1993. Tal como dispone su Artículo primero, este reglamento "tiene por objeto establecer la estructura orgánica y las bases de operación de la Comisión Federal de Competencia".

Esta Comisión es el órgano mexicano de aplicación de la legislación en materia de competencia. Es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI), dotado de autonomía técnica y operativa.

3. Ámbito de aplicación y excepciones

El ámbito de aplicación se presenta esencialmente en tres vertientes: sujetos, actividad económica y territorio. Respecto a los sujetos, algunas legislaciones establecen como excepción determinados organismos o empresas

²² *Ibíd.*

gubernamentales; en relación a la actividad económica existen sectores, que sin encontrarse completamente exentos de la legislación de competencia, cuentan con una regulación específica (telecomunicaciones, energía, sector financiero, etc.).

El ámbito de aplicación territorial presenta en todos los sistemas jurídicos estudiados visos de "extraterritorialidad"; ello se debe a que al ampliarse los mercados, las empresas (transnacionales principalmente) pueden realizar actos en un país, produciendo efectos en otro y limitando la competencia. En relación con esos actos los países aplican la legislación de forma "extraterritorial", valiéndose para ello de la "cooperación internacional".

3.1 Canadá

La *Competition Act* establece un amplio marco regulatorio dentro del cual las empresas gozan de una medida importante de autonomía.

Respecto a los sujetos, esta ley se aplica a todas las personas, incluso a las *Crown Companies*. Se aplica, en principio, a todos los sectores de la economía; sin embargo, existe una serie de excepciones a las actividades siguientes:

1. La negociación colectiva, incluidas las actividades y negociaciones de asociaciones de pescadores (*Competition Act*, sección 4)
2. Actividades reguladas por la sección 45 y 61 de la *Competition Act*. Las secciones 45 y 46 no rigen para los acuerdos o convenios concluidos entre personas que normalmente desempeñan actividades en la negociación de títulos-valores o entre dichas personas y la emisión de un título-valor específico, en el caso de una distribución primaria, o el vendedor de un título-valor específico, en el caso de una distribución secundaria, en el cual el acuerdo o convenio tiene una relación razonable con la suscripción de un título-valor específico (Sección 5(1) *Competition Act*).
3. El deporte de aficionados. La presente ley no rige para aquellos acuerdos o convenios concluidos entre equipos, clubes y ligas en relación con la participación en un deporte aficionado (Sección 6(1) *Competition Act*).

Existe otra excepción de carácter limitado, en el caso de abuso de posición, para el ejercicio legítimo de los derechos de propiedad intelectual. Dicha excepción, que figura en el apartado 5) de la sección 79 de la

Competition Act, estipula que los actos realizados “en el marco del ejercicio de un derecho o disfrute de un interés” al amparo de la legislación sobre propiedad intelectual no son actos anticompetitivos en el sentido de las disposiciones relativas al abuso de posición dominante.

En Canadá no se ha desarrollado detalladamente el tratamiento de los derechos de propiedad intelectual en el marco de la Ley de Competencia. Sin embargo, se reconoce que la innovación tecnológica tiene consecuencias importantes para el bienestar; que los mercados competitivos pueden proporcionar incentivos suficientes para innovar y que la innovación en sí misma puede actuar como catalizador para incrementar la competencia.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación territorial, la ley es aplicable a los actos cuyos efectos restrinjan la competencia, independientemente de la nacionalidad de los sujetos y del lugar donde se preparen. Canadá no aplica, comúnmente, sus leyes en forma extraterritorial; sin embargo, ha suscrito diversos tratados de cooperación con países como Estados Unidos y la Unión Europea.

3.2 Chile

La ley es aplicable a toda persona, nacional o extranjera, incluyendo al Estado. Dispone el Artículo 1 del DL 211:

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.

Con fundamento en este artículo dicha ley se aplica a toda persona física o jurídica que realice cualquier hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia. La aplicación respecto del Estado y sus organismos, tiene como fundamento el N° 21 del Artículo 19 constitucional.

No obstante lo anterior, existe una serie de excepciones. La ley cierra toda posibilidad a que pueda existir “legalmente” un monopolio concesionado a los particulares, sin embargo, existe la posibilidad de que sea reservado a determinadas instituciones, en términos del Artículo 4, segundo inciso:

Sólo 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.

Esto es, actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios. Dicha reserva debe hacerse mediante la promulgación de un ley por el Congreso Nacional que declare en forma expresa tal reserva²³.

En el tercer inciso del Artículo 4° del DL N° 211 se establece una excepción por causa de interés nacional, en los siguientes términos:

No obstante y siempre que el interés nacional lo exija, se podrá autorizar por decreto supremo fundado y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva que se establece en la presente ley, la celebración o el mantenimiento de aquellos actos o contratos que, referidos en los artículos precedentes, sean sin embargo necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales o se trate de los actos o contratos en que sea parte alguna de las instituciones señaladas en los incisos primero y segundo del artículo 16 de la Ley 10.336.

Es decir, dicha disposición permite la celebración o el mantenimiento de las conductas monopólicas (actos o contratos) desarrolladas por particulares o por las instituciones que señala el párrafo segundo siempre y cuando sean autorizados por decreto supremo fundado, previo informe favorable de la Comisión resolutiva y sólo en dos supuestos: que sean necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales y que se trate de actos o contratos en cual sea parte alguna institución.

Existen determinados sectores que, sin excluirse de la aplicación de la Ley antimonopolios, cuentan con regulación y disposiciones específicas tendientes a fomentar la competencia en dichos sectores, tales como transportes y el sector eléctrico, así como aquellos que por su propia naturaleza pueden constituir monopolios naturales. El Artículo 5 excluye "parcialmente" de la aplicación de la ley a determinados sectores, pues establece que:

Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a propiedad intelectual e industrial, a la minería, especialmente al petróleo, a la producción, comercio

²³ Señala el documento WT/WGTCP/W/75 que: "De esta manera, el Estado y la Administración cuentan con la posibilidad de asumir directamente y con carácter exclusivo el ejercicio de actividades económicas generalmente relativas a servicios básicos. Sin embargo, la reserva de un monopolio al Estado no puede realizarse por la sola voluntad de la Administración, será preciso la dictación por el Congreso Nacional de una ley en la que se contemple expresamente tal reserva".

y distribución del salitre, yodo y cobre; y las contenidas en el Código Sanitario; las contempladas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas, las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales; las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamentos y cabotajes y crédito prendario.

No obstante, el mismo Artículo 5, en su tercer párrafo reitera que: “Con todo, no podrá establecerse ningún estanco... sin previo informe de la Comisión Resolutiva”.

(...) si bien existen leyes, reglamentos y disposiciones administrativas que tienden a entorpecer la competencia, también la legislación puede servir para aumentar el grado de competencia que alcanza una industria. Por ejemplo, reglas claras y objetivas de interconexión y acceso a servicios públicos en los cuales existen economías de red son fundamentales para que exista competencia entre éstos. Asimismo, existen sectores de la economía —los llamados monopolios naturales— donde aún la competencia no es posible, por lo cual son regulados para evitar que las empresas abusen de su poder de mercado...²⁴.

En los casos presentados ante las comisiones, es común que éstas tengan que declararse incompetentes cuando se encuentra involucrada una ley diversa a la Ley antimonopolios, por ejemplo, en materia de protección al consumidor²⁵, “a menos que haya un problema de competencia coexistente”. Por ejemplo, un condominio entregó los ductos de TV Cable a una sola empresa del mercado no pudiendo acceder las demás a ofrecer sus servicios a los habitantes del mismo. Aquí hay un problema de derechos del consumidor

²⁴ Pablo Serra, “La política de competencia en Chile”, en *Revista de Análisis Económico*, vol. 10, N° 2, p. 64.

²⁵ En la práctica se aplica una doctrina que el Profesor Ricardo Paredes resume de la siguiente manera: “Las Comisiones son competentes para conocer cualquier caso que tenga que ver con los efectos sobre la competencia, incluso en el caso que existan otras leyes que traten los temas. Así, por ejemplo, en el caso de la legislación sobre patentes o en el caso de conductas que afecten a empresas expresamente reguladas por su carácter monopólico, la ley es aplicable en cuanto las conductas sobrepasen el espíritu para el cual fue hecha la ley específica”. Ricardo Paredes M., “Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile”, en *Estudios Públicos*, N° 58, 1995, p. 235.

pues se atenta al principio de libertad de elección entre los bienes disponibles en el mercado y también hay un problema de libre competencia. El asunto se trata por cuerdas separadas, la infracción a los derechos del consumidor de acuerdo a lo establecido en el estatuto jurídico respectivo y la infracción a la libre competencia de acuerdo a lo establecido en el DL 211.

3.3 *Estados Unidos de Norteamérica*

El gobierno federal y sus órganos son inmunes a las leyes antimonopolio. Bajo la “doctrina de la acción del Estado”, las acciones privadas emprendidas de conformidad con una política claramente articulada de cada entidad federativa y sujeta a la activa supervisión del Estado está protegida de las responsabilidades antimonopólicas.

Existen, además, excepciones a la aplicación de las leyes antimonopolio para algunas actividades en determinados sectores por lo que diversos estatutos, que tienen como objeto regular un sector específico de la actividad industrial o comercial, establecen regímenes especiales para el tratamiento de materias específicas²⁶.

En cuanto al ámbito de aplicación territorial, las leyes antitrust de EE.UU. se aplican sobre cualquier conducta comercial anticompetitiva que afecte tanto el comercio interno como el comercio internacional de Estados Unidos.

El alcance jurisdiccional de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos se extiende a cualquier comportamiento que afecte al comercio interior o al comercio exterior de los Estados Unidos; por ejemplo, al comercio de importación o exportación, cualquiera que sea el lugar en que tenga lugar tal comportamiento —dentro o fuera de las fronteras territoriales de los Estados Unidos— y cualquiera que sea la nacionalidad de las partes en cuestión²⁷.

En el caso del comercio de importación de los Estados Unidos, el comportamiento impugnado es todo acto realizado en el extranjero que

²⁶ La información para el desarrollo de este tema fue obtenida mediante una consulta directa del índice del *United States Code*. Cabe precisar que únicamente son presentadas las leyes más trascendentes, sin que ello implique que sean necesariamente todas las que existen. Véase también el *Antitrust Division Manual*, Department of Justice, 3ª edición, 1998.

²⁷ WT/WCTCP/W35, 1 de octubre de 1997.

“estuviera destinado a producir y de hecho produjera algún efecto sustancial en los Estados Unidos”²⁸.

En el caso del comercio de exportación de los Estados Unidos, los tribunales estadounidenses tienen jurisdicción sobre las personas o empresas que hayan realizado actos cuyo efecto “directo, sustancial y razonablemente previsible” pueda afectar la competencia en el comercio de los EE.UU. Por otra parte, si las autoridades extranjeras de defensa de la competencia están en mejores condiciones de tomar las medidas correctivas, los organismos estadounidenses pueden colaborar con aquéllas.

Excepciones sectoriales a la aplicación de las leyes antitrust

Acuerdos de operación conjunta de periódicos <i>Newspaper Joint Operating Arrangements</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Newspaper Preservation Act of 1970, 15 U.S.C. §§ 1801-1804</i>
Aseguradoras <i>Insurance Immunities</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>McCarran-Ferguson Insurance Regulation Act, 15 U.S.C. § 1011-1015</i>
Asociaciones laborales <i>Labor Immunities</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Section 6 Clayton Act, 15 U.S.C. § 17</i> • <i>Section 20 Clayton Act, 29 U.S.C. § 52</i> • <i>Norris-LaGuardia Act of 1932, 29 U.S.C. §§ 101-110, 113-115</i>
Comunicaciones	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Communications Act of 1934, 47 U.S.C. § 151 et seq., as amended by the Telecommunications Act of 1996</i> • <i>Cable Communications Policy Acts of 1984 and 1992, 47 U.S.C. §§ 521-559</i>
Cooperativas Agrícolas	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Section 6 Clayton Act, 15 U.S.C. § 17</i> • <i>Capper-Volstead Agricultural Producers' Associations Act, 7 U.S.C. §§ 291-292</i> • <i>Capper-Volstead Cooperative Marketing Act of 1926, 7 U.S.C. § 455</i> • <i>Agricultural Marketing Agreement Act of 1937, 7 U.S.C. § 608b-c</i>
Cooperativas pesqueras	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Fishermen's Collective Marketing Act, 15 U.S.C. §§ 521-522</i>
Deportes Profesionales <i>Professional Sports</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Sports Broadcasting Act, 15 U.S.C. §§ 1291-1295</i>

²⁸ OEA, *Inventario de leyes...*, ob. cit., p. 46.

Energía	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Naval Petroleum Reserves Production Act of 1996</i>, 10 U.S.C. § 7430(g), (h), (i), §7431(b)(2) • <i>National Petroleum Reserves in Alaska</i>, 42 U.S.C. §§ 6504(d), 6506 • <i>Deepwater Port Act</i>, 33 U.S.C. §§ 1501-1524 • <i>Department of Energy Organization Act</i>, 42 U.S.C. § 7101 <i>et seq.</i> • <i>Atomic Energy Act of 1954</i>, 42 U.S.C. § 2135 • <i>Federal Coal Leasing Amendments Act of 1976</i>, 30 U.S.C. § 181 <i>et seq.</i> • <i>Outer Continental Shelf Lands Act Amendments of 1978</i>, 43U.S.C. 1331,1337(c) <i>et seq.</i>
Gobiernos locales	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Local Government Antitrust Act of 1984</i>, 15 U.S.C. §§ 34-36
Joint Ventures de pequeños negocios <i>Small Business Joint Ventures</i>	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Small Business Act</i>, 15 U.S.C. §§ 638-640
Operaciones bancarias Banking	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Bank Merger Acts of 1960 and 1966</i>, 12 U.S.C. §1828(c) • <i>Bank Holding Company Act</i>, 12 U.S.C. §§ 1841-1850, 1971-1978
Transportes	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Interstate Commerce Commission Termination Act</i>, Pub. L. N° 104-88, 109 Stat. 803 • <i>Federal Aviation Act of 1958</i>, 49 U.S.C. §§ 408, 409, 412 • <i>Shipping Act of 1984</i>, 46 U.S.C. §§ 1701-1721 • <i>Federal Property and Administrative Services Act</i>, 40 U.S.C. § 488

3.4 México

El Artículo 3 de la LFCE establece que “están sujetos a lo dispuesto por esta ley todos los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica”, con lo cual podemos concluir que en su ámbito personal de aplicación, quedan comprendidos “todos” los agentes económicos.

Los párrafos cuarto, octavo, noveno y décimo del Artículo 28 constitucional, establecen una serie de “excepciones” a la aplicación de la legislación de competencia, los que en términos constitucionales, *no constituyen monopolios*:

1. Las funciones que el Estado ejerza en áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear, así como electricidad²⁹, desarrolladas por organismos y empresas estatales (párrafo 5)
2. 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
3. Las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses³⁰ y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores con ciertas limitaciones³¹.
4. Los privilegios que por determinado tiempo se concedan 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.

En nuestra opinión, la terminología empleada por la CPEUM es inadecuada, toda vez que con fundamento en la teoría económica, se trata de verdaderos monopolios, "constitucionalmente permitidos", es decir, estructuras o empresas con características monopólicas que, por disposición constitucional, se encuentran facultados para existir y operar.

²⁹ Actualmente existe un proyecto de reformas a la Constitución a efecto de integrar el sector eléctrico a las actividades de áreas prioritarias, mismas que comentaremos con posterioridad.

³⁰ Esta disposición constitucional tiene una clara influencia de la legislación norteamericana ¿por qué las asociaciones de trabajadores no constituyen monopolios? Porque se considera que el trabajo no es una mercancía.

³¹ Los requisitos establecidos por la misma Constitución para que esta sociedades funcionen legalmente como monopolios son las siguientes:

- a) que sean sociedades o asociaciones cooperativas de productores
- b) que vendan directamente en los mercados extranjeros
- c) que esa actividad represente un interés o el interés general
- d) que los bienes producidos sean la principal fuente de riqueza de la región
- e) que no sean artículos de primera necesidad
- f) que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados; y
- g) previa autorización de las legislaturas respectivas en cada caso.

En síntesis, están exentos de la aplicación de la LFCE las funciones estratégicas reservadas al Estado, el mercado laboral, los privilegios concedidos a la propiedad intelectual e industrial y, en ciertas condiciones, las cooperativas exportadoras³².

Por áreas estratégicas se entiende aquellas actividades que por su contenido revisten especial importancia en el desarrollo económico del país y que no pueden ser sujetas, en su prestación, de concesión alguna a particulares, ya que las mismas involucran un concepto de soberanía nacional y de autonomía económica.

El Artículo 4 de la LFCE señala que las dependencias y organismos que tengan a su cargo las funciones ejercidas por el Estado, en forma exclusiva, respecto de las áreas estratégicas (y que por disposición constitucional *no constituyen monopolios*), *estarán sujetas a lo dispuesto por esta ley respecto de actos que no estén expresamente comprendidos dentro de las áreas estratégicas*.

Por otra parte, existen diversos sectores o áreas productivas que por sus características particulares requieren de una legislación especial, mismos que clasificamos de la siguiente forma:

Transportes	<ul style="list-style-type: none"> • Reglamento del Servicio Ferroviario (DOF 12 de mayo de 1995) • Ley de Aviación Civil (DOF 12 de mayo de 1995) • Ley de Aeropuertos (DOF 22 de diciembre de 1995) • Ley de Navegación (DOF 4 de enero de 1994) • Ley de Puertos (DOF 19 de julio de 1993) • Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal (DOF 22 de diciembre de 1993) • Reglamento de Autotransporte Federal y Servicios Auxiliares (DOF 22 de noviembre de 1994) • Reglamento del Servicio Ferroviario (DOF 30 de septiembre de 1996)
Telecomunicaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Ley Federal de Telecomunicaciones (DOF 7 de junio de 1995) • Reglamento de Comunicación Vía Satélite • Decreto que crea la Comisión Federal de Telecomunicaciones (Cofetel)
Energéticos	<ul style="list-style-type: none"> • Ley reglamentaria del Artículo 27 constitucional en el ramo del petróleo (Reformas DOF el 11 de mayo de 1995) • Ley de la Comisión Reguladora de Energía • Reglamento de Gas Natural (DOF 8 de noviembre de 1995)

³² CFC, *Informe de Competencia Económica*, segundo semestre de 1996, CFC, México, p. 15.

Sector financiero

- Ley General de Instituciones de Crédito
 - Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Crédito
 - Ley para Regular las Agrupaciones Financieras
 - Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (DOF 23 de mayo de 1996)
-

II. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS REGULADAS

En esta materia las legislaciones estudiadas siguen, en términos generales, las disposiciones de la doctrina norteamericana en cuanto a la forma de evaluar las prácticas restrictivas bajo dos criterios: “*per se unreasonable*” y “*rule of reason*”.

Así, mientras determinados acuerdos han sido considerados inherentemente anticompetitivos (*per se unreasonable*); bajo la regla de la razón (*rule of reason*) ciertos acuerdos pueden ser prohibidos sólo si un análisis de sus propósitos y efectos indica que dichos acuerdos restringen la competencia de forma “*unreasonable*”.

Aun cuando la introducción de una regla de razón puede ser justificable por cuanto da a la ley una interpretación práctica, pone en las leyes antitrust palabras que no estaban en ellas. Hace de la determinación de restricciones razonables o no razonables un elemento de incertidumbre en virtualmente todos los casos. Si una combinación cae en la prohibición de las leyes antitrust se ha convertido en materia a determinar por los tribunales a la vista de los hechos en determinados casos individuales. Esta interpretación ha obligado a los tribunales a encontrar normas de razonabilidad. Los restantes factores estudiados en este apartado son normas ideadas por los tribunales³³.

El abuso de posición dominante, o monopolización, generalmente es sancionado como *per se unreasonable*. Los acuerdos horizontales pueden ser tratados bajo el criterio *per se unreasonable* o bajo el de la *rule of reason*.

La mayoría de acuerdos verticales no son caracterizados como *per se unreasonable*. Sólo lo han sido la fijación vertical de precios, el mantenimiento

³³ Harold Koontz y Richard W. Gamble, *op. cit.*, p. 357.

de precio de reventa y ciertas formas de *tying*. Las restricciones verticales que no involucran precios han sido tratadas únicamente bajo la regla de la razón.

El criterio "per se" va perdiendo vigencia paulatinamente; en Estados Unidos, muchas de las prácticas que antaño eran consideradas ilegales "per se", a la luz de los criterios de los tribunales requieren de un estudio de sus alcances y efectos.

1. *Abuso de posición dominante o monopolización*

Esta conducta anticompetitiva requiere como primer supuesto la existencia de una empresa con una posición privilegiada de mercado la cual, valiéndose de su poder de mercado, realiza actos tendientes a eliminar la competencia. Para ello se vale de diversas estrategias, generalmente relacionadas con la fijación y determinación de precios, ya sea mediante precios de exclusión³⁴ o precios abusivos³⁵.

1.1 *Canadá*

La disposición relativa al abuso de posición dominante, correspondiente a la sección 79, es uno de los elementos clave de la *Competition Act*. Para que la disposición se aplique, es preciso que una o más personas ejerzan un control sustancial de un tipo de actividad en todo el Canadá, y hayan realizado o estén realizando prácticas anticompetitivas que impidan o

³⁴ Estrategia deliberada de una empresa, generalmente en situación dominante, que consiste en eliminar los competidores del mercado fijando los precios a un nivel muy bajo o vendiendo a un precio inferior al costo marginal. Después de haber conseguido eliminar del mercado a sus competidores y de disuadir a las firmas aspirantes de su entrada en el mercado, la empresa que se dedica a esta práctica podrá entonces aumentar sus precios y realizar beneficios más importantes. OCDE, p. 73.

³⁵ Precios claramente superiores al nivel de competencia debido a la existencia de un monopolio o al ejercicio de un poder sobre el mercado. Sin embargo, en ausencia de poder sobre el mercado proveniente de una fuerte concentración, resulta sumamente difícil fijar un umbral a partir del cual un precio deba considerarse como abusivo o poco razonable. Al constituir el sistema de precios el eje de la organización de la producción en economía de mercado, la flexibilidad de los precios resulta fundamental. OCDE, p. 75.

reduzcan considerablemente la competencia. En esas circunstancias, el tribunal puede dictar una orden por la que se prohíba, o se corrija por algún otro medio, la conducta anticompetitiva en cuestión.

Sin embargo, al determinar si las actividades anticompetitivas están teniendo o pueden tener por efecto impedir o reducir sustancialmente la competencia, el Tribunal puede tener en cuenta si la práctica es el resultado de una mayor fuerza competitiva (párrafo 4)³⁶. En la disposición se reconoce que los consumidores se benefician cuando una empresa se distancia de sus rivales en el mercado, como resultado de la innovación de sus productos o de la mejora de los sistemas de distribución. En la legislación se establece también que el ejercicio legítimo de los derechos de propiedad intelectual, no supone una conducta anticompetitiva (sección 79(5) *Competition Act*).

Para determinar la existencia de abuso es preciso no sólo que la práctica reduzca sustancialmente la competencia, sino que se trate de una práctica anticompetitiva. El Tribunal ha interpretado que ello significa que debe examinar si la práctica puede tener alguna justificación de índole comercial que no sea la de reducir la competencia. Presumiblemente, la innovación, definida en un sentido amplio, sería uno de los factores de la “mayor fuerza competitiva”. En los casos que ha tenido ante sí el Tribunal hasta la fecha, la influencia de la innovación no ha figurado entre las principales cuestiones³⁷.

Este tipo de conducta es sancionada a través de un procedimiento civil.

1.2 Chile

El abuso de posición monopólica constituye una restricción a la competencia, “por posición monopólica debe entenderse no sólo la que detenta un monopolista en el mercado, sino toda aquella posición dominante ejercida por una o más empresas, sean o no monopolistas”³⁸. El ilícito regulado es de peligro, es decir, “todo lo que tienda a impedir la libre competencia...”, por lo que no se requiere la ocurrencia de un resultado como consecuencia de una conducta.

³⁶ El concepto de mayor fuerza competitiva es más amplio que el de eficiencia. Comprende la eficiencia y abarca todas las formas (legítimas) en que el rendimiento de una empresa puede superar el de sus competidores. Hasta la fecha el Tribunal no ha tenido que interpretar la disposición.

³⁷ WT/WGTCF/w/51 del 4 de diciembre de 1997.

³⁸ OEA, *Inventario de leyes y normas...*, ob. cit., p. 48.

El Artículo 1 del DL N° 211 da el carácter de delito a la monopolización, siendo suficiente el simple intento, ya que es sancionado el acto aun cuando no exista un detrimento real a la libre competencia, siendo suficiente que “tienda a” impedir la.

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 se aumentará en un grado.

El delito de monopolio puede ser sancionado con pena corporal, de 61 días hasta 5 años, pudiendo ampliarse hasta 10 años de presidio si la conducta afecta artículos o servicios de carácter esencial.

No se sanciona “per se”, ya que la aplicación de la legislación chilena toma como base la teoría económica, según la cual “las conductas que deben ser sancionadas son aquellas que reducen el bienestar de la sociedad, el que se debe medir por la disposición de bienes o por la eficiencia económica”³⁹.

1.3 Estados Unidos

La ofensa de monopolización desleal ha sido descrita por las decisiones de casos con base en dos elementos:

- i) La posesión de poder monopólico en el mercado relevante; y
- ii) La adquisición o mantenimiento de dicho poder mediante su desarrollo como consecuencia de un mejor producto, sentido de los negocios o de un accidente histórico.

Tradicionalmente se ha definido “poder del monopolio” (*monopoly power*) como el poder de controlar precios o excluir la competencia. El factor más importante para determinar la existencia de poder del mercado es la

³⁹ Ricardo Paredes M., “Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile”, en *ob.cit.*, p. 232.

porción del mercado poseída por el monopolista (una porción de más de 70 por ciento casi siempre es suficiente para apoyar una inferencia de poder del monopolio, mientras una porción del mercado menor del 40 por ciento generalmente evita la determinación de poder del monopolio). Otros factores considerados por las cortes incluyen la presencia y grado de barreras a entrada o expansión, el tamaño relativo de competidores, la actuación de competidores, tendencias de precios y prácticas, la homogeneidad de productos, competencia potencial y la estabilidad de sectores del mercado con el tiempo.

Con respecto al segundo elemento, las cortes han requerido la demostración de la conducta anticompetitiva o depredatoria empleada para adquirir, usar o preservar el poder de monopolio. La Corte Suprema generalmente ha definido la conducta depredatoria como esfuerzos "para excluir a los rivales en alguna base diferente de la eficacia". Actividades consideradas como depredatorias (*predatory*) incluyen precios menores a los costos, la litigación sin base contra los competidores y la negativa para conceder a los competidores acceso a alguna fuente esencial de suministro o facilidad necesaria para competir.

La ofensa de intento de monopolización, por su parte, se ha definido mediante tres elementos: i) un intento específico por monopolizar; ii) la conducta rapaz o anticompetitiva encaminada a lograr ese resultado; y iii) una "probabilidad peligrosa" de tener éxito logrando poder del monopolio en el mercado pertinente. El factor más importante es la demostración de una probabilidad peligrosa de éxito en la porción del mercado del demandado. Las cortes generalmente encuentran una probabilidad peligrosa de éxito si el demandado empieza con una porción del mercado de 50 por ciento o más; una porción de menos de 30 por ciento raramente es suficiente. En los años recientes, el factor diferente a la porción del mercado al que se ha dado más peso por las cortes es la facilidad o dificultad de entrada en el mercado⁴⁰.

Aunque la prueba de probabilidad de éxito no es necesaria, el poder de mercado del demandado se ha juzgado importante para determinar si el demandado poseyó el intento de monopolizar.

⁴⁰ Véase Weber Waller Spencer, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, New York, Clark Boardman Callaghan/Publisher Parkway, 1992, pp. 2-9.

1.4 México

En lo que se refiere a la monopolización, la LFCE es demasiado imprecisa ya que no proporciona ninguna definición de lo que ha de entenderse por monopolio, limitándose a señalar que quedan prohibidos y señala una serie de conductas que no constituyen monopolios, reiterando las disposiciones del Artículo 28 transcritas con anterioridad, en relación con las excepciones al ámbito de aplicación. El Artículo 8 de la LFCE, establece que:

Quedan prohibidos los monopolios y estancos, así como las prácticas que, en 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.

Es una disposición prohibitiva, a diferencia de las disposiciones similares de los otros países que hemos analizado, y centra más su interés en las prácticas monopólicas que en las conductas de “monopolización” o “abuso de posición dominante”; estas últimas son encuadradas bajo el rubro de “prácticas restrictivas absolutas”, las que serán comentadas con posterioridad.

2. Acuerdos restrictivos horizontales

Los acuerdos horizontales (o prácticas restrictivas absolutas) son aquellos realizados entre competidores y su efecto es la eliminación de la competencia en una cadena productiva completa.

Se consideran acuerdos horizontales los que pueden permitir a un grupo de empresas actuar conjuntamente para lograr algunos de los atributos del monopolio como aumento de precios, limitación de rendimientos y prevención de la entrada o de la innovación. La mayoría de las leyes de la competencia contemporáneas tratan los acuerdos para arreglar precios, límite de rendimientos, ofertas de equipo (*rig bids*) o división de mercados. La cooperación horizontal en otros problemas como normas de producto, investigación y calidad también pueden afectar la competencia, pero que el efecto sea positivo o negativo puede depender de las condiciones del mercado. Así, la mayoría de las leyes tratan estos otros tipos de acuerdo evaluando los posibles beneficios y daños, o intentando diseñar reglas más detalladas para identificar y exentar conductas benéficas.

Los acuerdos horizontales juzgados bajo la regla de razón, dependen de la prueba de un efecto anticompetitivo demostrable en un mercado económico relevante.

Estudiaremos la forma en que son regulados y sancionados este tipo de acuerdos en relación con cuatro prácticas:

- a) Cártel o colusión
- b) Acuerdos de precios
- c) División de mercados y reparto de clientes
- d) Manipulación de licitaciones.

En Canadá, la división de las prácticas reguladas generalmente es realizada en función del tipo de procedimiento que se sigue para sancionarlas, pudiendo ser éste de naturaleza civil o penal; sin embargo, atendiendo a sus características nosotros las clasificaremos en los cuatro rubros anteriores.

En Chile resulta muy difícil establecer una clasificación de este tipo ya que su legislación es muy genérica, por lo cual es necesario recurrir a las interpretaciones y jurisprudencia de la Comisión Resolutiva a efecto de enmarcar las conductas reguladas en este esquema.

2.1 Cártel o colusión

Un cártel, en términos del Glosario de economía industrial y derecho de la competencia de la OCDE, 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 estas prácticas⁴¹. En esta acepción amplia es sinónimo de colusión explícita. En general 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.

Se distingue entre cártel “declarado” y “oculto”; en el caso del primero, las autoridades competentes pueden establecer y aplicar reglamentaciones referentes a los precios y a la producción; en el segundo caso, en cambio, se disimulan frente a terceros, y son consideradas como ilícitos y contrarios a la reglamentación de la competencia.

Empleamos bajo el mismo rubro los términos cártel y colusión, ya que en términos generales tienen el mismo objetivo y sus efectos económicos son idénticos por lo que comúnmente se emplean como sinónimos; la diferencia específica con el cártel es que la colusión no es necesariamente un acuerdo formal.

⁴¹ OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, ob.cit., p. 45.

Se entiende por colusión cualquier coalición⁴², asociación fraudulenta⁴³ o acuerdo entre vendedores cuyo objeto sea subir los precios o imponerlos y reducir la producción para acrecentar los beneficios⁴⁴.

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 competencia⁴⁵.

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 producción, de manera que la actuación de una firma repercute en la de otra u otras firmas y ocasiona una contramedida. En estas condiciones, las formas 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 una tal coordinación, se habla a menudo de *colusión tácita* o de paralelismo deliberado de los comportamientos⁴⁶.

Existen diversos factores que pueden limitar las posibilidades de colusión tales como 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

⁴² "En el derecho y en política de la competencia se entiende por coalición la concertación de empresas con objeto de constituir un monopolio o de organizar una entente o un acuerdo. El objetivo consiste en aumentar o en imponer los precios y en limitar la producción, siendo la motivación final acrecentar los beneficios. Los términos coalición, asociación fraudulenta y colusión asumen en su uso el mismo significado.", OCDE, *ob.cit.*, p. 20.

⁴³ "Se designa en general asociación fraudulenta el hecho, en el caso de empresas competidoras, de ponerse de acuerdo en secreto para acrecentar sus beneficios, mediante la conclusión de un acuerdo sobre los precios y con objeto de limitar la producción. Los términos coalición, asociación fraudulenta, acuerdo y colusión se utilizan a menudo el uno por el otro". OCDE, *ob.cit.*, p. 15.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

⁴⁶ *Ibid.*

importante, a espaldas de las demás empresas. Este último factor constituye, con el paso del tiempo, una causa importante de disgregación de la colusión⁴⁷.

En Canadá, este tipo de conductas se encuentra regulada por la sección 45 de la *Competition Act*, bajo la denominación de *conspiracy* (conspiración), la cual estipula que incurrirá en un delito toda persona que conspire o se ponga de acuerdo con otra persona para impedir, limitar o reducir indebidamente la competencia⁴⁸. Existen varias excepciones, tal como la relativa a los acuerdos de cooperación para actividades de investigación y desarrollo, el intercambio de estadísticas y la definición de normas sobre productos. Esas excepciones no se aplican en los casos en que el acuerdo pueda conducir a una reducción de la competencia en lo que respecta a los precios, la cantidad y calidad de la producción, los mercados, los consumidores o los canales de distribución.

En Chile, el Artículo 2 del DL N° 211, señala una serie de actos que pueden considerarse como limitativos de la competencia.

Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán, 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, 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

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 22.

⁴⁸ La decisión del Tribunal Supremo del Canadá en el caso de la *Pharmaceutical Association of Nova Scotia (PANS)* confirma que el término "indebidamente" entraña cierto grado de discrecionalidad. Ha de tomarse en consideración la gravedad o importancia de los efectos del acuerdo anticompetitivo de que se trate, pero sin llegar a examinar los beneficios potenciales relacionados con la eficiencia que pueden derivarse de acuerdos de cooperación entre competidores. *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society* (1992), 43 C.P.R. (3d) 1 (S.C.C.).

- 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, y
- f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

De acuerdo a lo establecido en cada una de las fracciones anteriores, podríamos listar las conductas reguladas como⁴⁹:

- a) Colusión en las cantidades producidas
- b) Colusión sobre los medios de traslación a los mercados
- c) Colusión sobre asignación de cuotas de mercado
- d) Colusión en materia de precios
- e) Entorpecimiento a la libertad de trabajo

En lo que se refiere a la fracción f), ésta sirve de fundamento a todas aquellas actividades que tengan efectos anticompetitivos: concentración, dumping, abuso de posición dominante (DL N° 211, Artículo 6), competencia desleal, etc.

Como podemos observar, dicha disposición sólo presenta un listado que ejemplifica el tipo de conductas sancionadas y el último inciso sirve como fundamento al resto de prácticas anticompetitivas que puedan presentarse. Podemos concluir que las disposiciones legislativas sustantivas en cuanto a prácticas restrictivas son demasiado generales, ya que prácticamente no nos dicen "nada" en cuanto a los requisitos o supuestos que deben cubrirse para configurar una práctica monopólica.

En México el Artículo 9 de la LFCE, da el carácter de prácticas monopólicas absolutas a los "contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí..." y señala una serie de conductas que caen bajo los rubros que comentaremos a continuación. La legislación mexicana no emplea el término de "cártel" ni de "colusión" para estas conductas.

Artículo 9. Son prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí cuyo objeto o efecto sea:

⁴⁹ Véase Manuel Astudillo, *Curso de Derecho Económico: Legislación Económica*, Tomo I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, 1999, pp. 85 y 86.

- 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 y servicios mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables; o
- IV. Establecer, concertar o coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas o almonedas públicas.

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.

La Comisión Federal de Competencia considera que: “Los acuerdos entre competidores tendientes a eliminar o disminuir el proceso de competencia y libre concurrencia tienen efectos negativos probados sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Los arreglos de este tipo, generalmente conocidos como horizontales, pretenden la monopolización del mercado entre los agentes económicos coludidos, lo cual conduce a limitaciones artificiales en la oferta de los bienes o servicios y al establecimiento de precios monopólicos”⁵⁰.

2.2 Acuerdos de precios

Es una práctica comúnmente desarrollada por empresas dominantes, o mediante colusiones creadas con tal objeto.

Según la sección 50 1) c) de la *Competition Act*, es delito punible adoptar una política de venta de productos a precios artificialmente bajos que reduzca o tienda a reducir sustancialmente la competencia o a eliminar a un competidor, o se proponga lograr esos efectos.

⁵⁰ CFC, Informe 1997, p. 62.

En Chile, en lo referente a los acuerdos entre vendedores con el objetivo de subir los precios o imponerlos y reducir la producción para acrecentar los beneficios, no se cuenta con una regulación detallada y tampoco existe un criterio uniforme en las comisiones en cuanto al tratamiento que se deba dar a este tipo de conducta⁵¹.

El Artículo 2, inciso d, del DL 211 considera anticompetitivo los hechos, actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia, que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros.

[...] respecto de esta práctica ha habido una interpretación muy rígida. Especialmente destacable es el Dictamen N° 96, de 1975, en el cual aunque se verificó que los precios presumiblemente acordados no eran mayores a los que hubieran prevalecido sin acuerdo, se mantuvo la acusación y la recomendación al Fiscal para que realizara los requerimientos correspondientes.

En Estados Unidos, la fijación de precios (*price-fixing*) cuenta con una amplia regulación. La principal categoría de acuerdos que son "*per se unreasonable*" son acuerdos para fijar precios entre competidores directos. La Suprema Corte en la decisión *Socony-Vacuum* sostuvo que:

Los acuerdos de fijación de precios pueden o no fomentar la completa eliminación de competencia de precios. El grupo que realiza estos acuerdos puede no tener el poder de controlar el mercado. Pero el hecho de que el grupo no pueda controlar el precio de mercado no necesariamente significa que el acuerdo de precios no produzca utilidades a los miembros de la combinación.

Bajo la regla anunciada en *Socony-Vacuum*, una vez que un acuerdo puede ser identificado como fijación de precios (*price-fixing*), este acuerdo es ilegal y nulo. No debe ser probado el efecto actual en los precios de mercado, y no puede argumentarse como defensa que el acuerdo sea razonable o que el acuerdo de fijación de precios fue realizado aparentemente con nobles propósitos.

Varias formas indirectas de fijación de precios han sido condenadas, incluyendo acuerdos para usar una fórmula de precios, listas de precios

⁵¹ Véase Ricardo Paredes, *ob.cit.*, p. 260.

como punto de inicio de negociaciones, costos uniformes de transporte, composición de producto, etc. Las cortes han analizado cuidadosamente tales prácticas y no han aclarado la clasificación de tales acuerdos como *per se unreasonable*, cuando dichos acuerdos presentan aspectos procompetitivos⁵².

En México, estos acuerdos son regulados por el Artículo 9, fracción I de la LFCE que considera prácticas monopólicas absolutas los contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre sí cuyo objeto es 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.

La Comisión considera que estos acuerdos, "... eliminan por definición la competencia en precios en los mercados respectivos. De esta manera, los precios de los bienes o servicios tienden a superar a los que prevalecían en situaciones de competencia y las cantidades ofertadas suelen situarse por debajo de los niveles de un mercado eficiente. Esto perjudica a los consumidores y contribuye al subempleo de la fuerza laboral y de los demás recursos productivos"⁵³.

Por otra parte, el Artículo 7 de la LFCE establece un mecanismo de precios oficiales determinados conforme a valores máximos, los cuales son establecidos por el Ejecutivo Federal, con base en artículos que eviten el desabasto y minimicen los efectos sobre la competencia y libre concurrencia.

2.3 División de mercados y reparto de clientes

Este tipo de acuerdos permite a sus participantes restringir la oferta con el consecuente establecimiento de precios superiores a los de competencia. La división de los mercados puede realizarse mediante la clientela o en función de tiempos y espacios.

En Canadá, la sección 50 1) b) de la *Competition Act*, prohíbe la "discriminación geográfica de precios", una forma de fijación abusiva de precios que afecta a la competencia como resultado de los efectos negativos sobre los competidores de la empresa de que se trate. Los precios han de ser "artificialmente bajos", constituir una política y tener efectos deletéreos en la competencia o en un competidor de la empresa en cuestión. A este tipo

⁵² Véase Weber Waller Spencer, *ob.cit.*, pp. 1-2.

⁵³ CFC, Informe 1997, p. 63.

de conducta se le da tratamiento de delito y puede ser sancionado con prisión de hasta 2 años.

En Chile, el Artículo 2 c) del DL N° 211 considera como acto que tiende a impedir la libre competencia 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.

Los criterios de las Comisiones y las argumentaciones del Fiscal Nacional, en relación con este tipo de práctica, se basan en la siguiente doctrina:

[...] cualquier tipo de diferencia en las condiciones otorgadas a distintos clientes constituye discriminación monopólica y sólo son aceptadas las políticas de descuento en el proceso de comercialización, según las condiciones de pago y el volumen de ventas. La aceptación de la práctica se sometió a la condición necesaria y suficiente que tales descuentos estuvieran disponibles para todos los que deseen comprar de acuerdo a pautas razonables, objetivas y de aplicación general⁵⁴.

A partir de 1990, la Comisión Preventiva ha centrado sus investigaciones en la existencia de los factores que inciden en los costos de acceso a cada mercado para determinar si existe discriminación monopólica. El análisis de estos factores debe hacerse en forma amplia incluyendo servicios de distribución, protección de la reputación y otros intangibles. También ha habido una gran preocupación de que, a través de la discriminación, no se limite la competencia en ciertas etapas⁵⁵.

En Estados Unidos, los acuerdos para asignar territorios o clientes entre competidores tienen un funcionamiento equivalente a la fijación de precios (*price-fixing*) y son tratados como "*per se unreasonable*"⁵⁶.

⁵⁴ Especialmente clarificador es el dictamen N° 467 donde la Comisión expone: "El precio y condiciones de venta de sus productos deben ser precisos, claros y públicos, debiendo estar por escrito a disposición de todos los interesados en comprar dichos productos". Consultado en Ricardo Paredes, *ob.cit.*, p. 245.

⁵⁵ El Dictamen 862 de julio de 1993 cuestiona la conveniencia de ciertos descuentos por volumen y otros otorgados por los laboratorios farmacéuticos a las cadenas de distribución exclusiva por el consumidor final, pues la aparente discriminación pudiera no ser tal y responder a una presión por parte de las cadenas de distribuidores hacia los laboratorios en hacer tales descuentos, lo que tendría el objetivo de eliminar la competencia de los pequeños distribuidores.

⁵⁶ *United States v. Topco*, 405 U.S. 596, 612 (1972). Véase Weber Waller Spencer, *ob.cit.*, pp. 1-5.

En México son considerados prácticas restrictivas absolutas en términos del Artículo 9, fracción III, y se considera que “en general, estos acuerdos son más dañinos que los de precios y restricciones a la oferta ya que, además de sus efectos adversos, eliminan la competencia en variedad, limitando opciones a los consumidores. Asimismo, estos acuerdos pueden ser más efectivos para los coludidos por las mayores dificultades que implica encubrir su incumplimiento...”⁵⁷.

2.4 Manipulación de licitaciones

El Glosario de la OCDE no define esta conducta como tal sino que se refiere a ella bajo la denominación de “presentaciones concertadas”, en los siguientes términos:

Se trata de una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las empresas coordinan sus presentaciones para los mercados públicos y los contratos de suministro. Existen dos formas ordinarias de presentaciones concertadas a una licitación. En la primera, las empresas se ponen de acuerdo para presentar ofertas idénticas, eliminando así cualquier competencia a través de los precios. En el segundo caso, las empresas licitadoras designan a aquella que presentará la oferta más baja, de tal manera que cada empresa obtenga por turno un cierto número o un cierto volumen de mercado fijado de común acuerdo⁵⁸.

En Canadá, el Artículo 47 de la *Competition Act* contiene una prohibición específica de la manipulación de licitaciones y de los acuerdos entre bancos en relación con los tipos de interés, las comisiones por servicios y otras cuestiones que se especifican.

En Chile no existe una regulación específica respecto a licitaciones, sin embargo, las autoridades en la materia pueden conocer de dichos asuntos cuando constituyan una práctica que restrinja la competencia.

En México, esta práctica se regula como “absoluta” según el Artículo 9, fracción IV del LCE que establece: “La coordinación de posturas en licitaciones públicas puede implicar un acuerdo de precios y cantidades entre licitantes o la abstención concertada de participar en las mismas. Las

⁵⁷ CFC, Informe 1997, México, p. 66.

⁵⁸ OCDE, *ob.cit.*, p. 78.

prácticas de este tipo obstaculizan los objetivos gubernamentales de competencia y libre concurrencia, eficiencia y transparencia en las transacciones públicas. Asimismo, estas prácticas impiden el uso eficaz de la licitación como medio para competir por los mercados de servicios públicos que se caracterizan por su limitada contendabilidad”⁵⁹.

3. *Acuerdos restrictivos verticales*

El estudio de este tipo de prácticas está en vinculación con los conceptos de mercado relevante y “posición dominante”, elementos necesarios para que dichas prácticas sean consideradas ilegales.

Este tipo de acuerdos son celebrados comúnmente entre compradores y vendedores en alguna fase de la cadena productiva⁶⁰. Se distinguen de los anteriores en que para su sanción es necesario realizar un análisis de sus efectos en relación con la competencia, mediante la determinación de dos elementos fundamentales: el mercado relevante o pertinente y el poder de mercado.

La determinación del mercado relevante se da en dos ámbitos: 1) el mercado de productos; y 2) el mercado geográfico.

Las directrices en materia de fusión del Departamento Americano de Justicia y de la Oficina Canadiense de la Política de Competencia, por ejemplo, para definir el mercado de productos y el mercado geográfico, se fundan en la probable reacción de la demanda de los consumidores ante un alza anticompetitiva de los precios. El mercado se define para un producto o grupo de productos y una zona geográfica de venta que se caracteriza por el hecho de que una empresa hipotética maximice su beneficio, que sería la

⁵⁹ CFC, Informe 1997, México, p. 68.

⁶⁰ “Entre las conductas que pueden ser constitutivas de prácticas monopólicas relativas se encuentran las denominadas restricciones verticales; esto es, aquellas que se establecen entre empresas que operan en distintos niveles del mercado o de cadenas productivas. La Ley prevé en particular los casos de: 1) distribución exclusiva por zonas geográficas, clientes, tiempos, etc; 2) fijación de precios o condiciones de reventa; 3) ventas atadas; 4) exclusividad en operaciones de compra o venta; 5) denegación de trato; y 6) boicot. Cabe advertir que los actos mencionados en el inciso 3) no constituyen necesariamente una restricción vertical, ya que también pueden darse entre vendedores y consumidores finales. En este caso, el desplazamiento indebido de los agentes económicos competidores se alcanza indirectamente”, *Ibid.*

única en vender estos productos en esta zona, podría aumentar allí de manera estable sus precios en un importe relativamente escaso, pero no obstante significativo. Este método permite establecer para qué grupo de productos y en qué zona geográfica podrían los vendedores ejercer un poder sobre el mercado si estuvieran en condiciones de coordinar perfectamente su acción para comportarse como monopolizadores⁶¹.

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 afines⁶².

El poder de mercado, por su parte, se define como: "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 económico⁶³.

En Canadá se ha producido una disminución en el número de casos incoados relativos a este tipo de prácticas. Con la evolución de la teoría económica sobre las limitaciones verticales, se ha llegado a la conclusión de que el mantenimiento de precios puede ser eficaz y en última instancia propiciar la competencia, en la medida en que desalienta la competencia dentro de una misma marca y puede dar lugar a un aumento de la competencia entre marcas⁶⁴.

En México, estas prácticas "consisten en actos, contratos, convenios o combinaciones realizados por agentes económicos con poder de mercado, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedirle sustancialmente su acceso o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas. Estas conductas reducen significativamente el número de competidores reales y potenciales en los mercados afectados o ponen en desventaja a la mayoría de los participantes. Situaciones como éstas disminuyen la competencia, con los consabidos

⁶¹ OCDE, *ob.cit.*, p.34.

⁶² *Ibid.*, p. 33.

⁶³ *Ibid.*, p. 71.

⁶⁴ Véase R.D. Anderson, L. Csorgo y C. West, "Resale Price Maintenance in Canada", documento preparado para la Mesa Redonda de la OCDE sobre el mantenimiento de precios de reventa, 12 y 13 de febrero de 1997, París.

impactos negativos sobre la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores: inferior oferta, menores opciones en bienes y servicios, y mayores precios con respecto a mercados competidos⁶⁵.

En este capítulo analizaremos las siguientes prácticas:

- a) Denegación de venta
- b) Acuerdos de distribución exclusiva o acuerdos de exclusividad
- c) Ventas atadas o vinculadas, e
- d) Imposición de precios

3.1 Denegación de venta

Esta práctica consiste, como su denominación lo indica, en la negación de trato o condicionamiento de la venta impuesto por un distribuidor a un mayorista o minorista. En algunos casos la denegación de venta puede estar relacionada con motivos como el historial crediticio del posible comprador, o la falta de garantía respecto al servicio postventa, por lo que cada caso debe ser analizado cuidadosamente.

Esta práctica puede tener varios fines: obligar a un minorista a respetar precios exigidos, es decir, imponerle vender con descuento, apoyar un acuerdo de distribución exclusiva concluido con otros vendedores o reservar la venta del producto a cierta categoría de consumidores o a una cierta zona geográfica⁶⁶.

En Canadá, se considera un práctica restrictiva de comercio, en términos de la sección 75 de la *Competition Act*, rehusarse a negociar (*refusal to deal*). El *Competition Tribunal* será competente para conocer de este tipo de conductas si el Director del *Bureau of Competition* considera que:

- a) Una persona es sustancialmente afectada en sus negocios o se le prohíbe llevar a cabo negocios produciendo su inhabilitación para obtener ofertas adecuadas de cualquier producto en un mercado en condiciones de mercado comunes.
- b) La persona señalada en el párrafo (a) es incapaz de obtener ofertas adecuadas de un producto a causa de una competencia insuficiente entre oferentes del producto en el mercado.

⁶⁵ CFC, Informe 1997, México, p. 68.

⁶⁶ OCDE, *ob.cit.*, p. 34.

En Estados Unidos, los *boycotts*, o acuerdos entre competidores para negarse a negociar con clientes o proveedores, o negar bienes o servicios a un competidor, ha sido considerado tradicionalmente como “*per se unreasonable*”.

Después de condenar una serie de *boycotts* bajo una variedad de razones, la Corte Suprema aplicó primero directamente el análisis *per se* a un *boycott* en Klor Inc. Broadway Hale Store, Inc. En Klor’s la Corte condenó un acuerdo entre fabricantes, distribuidores y un competidor minorista para impedir a la tienda del demandante obtener productos. La Corte rechazó los argumentos por falta de poder de mercado de los participantes, o por no impactar los precios de mercado.

La legislación mexicana (LFCE, Artículo 10), considera como 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:

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 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.

La Comisión define la *negación de trato* como “la acción unilateral e independiente de un agente con poder sustancial sobre el mercado relevante, consistente en la negativa a vender o comprar bienes o servicios en condiciones normalmente ofrecidas o aceptadas a sus clientes o proveedores”⁶⁷.

3.2 Acuerdos de distribución exclusiva

Constituye un tipo de restricción vertical. En un sistema de distribución exclusiva y/o de exclusividad territorial, el fabricante autoriza a un único distribuidor para comercializar el producto⁶⁸.

⁶⁷ CFC, Informe 1998, México, p. 43.

⁶⁸ OCDE, *ob.cit.*, p. 85.

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 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.

En Canadá, la sección 77 de la *Competition Act*, define (*exclusive dealing*) como la situación en la cual un comprador está obligado a comerciar única o principalmente con determinados productos, o se ve forzado a adquirir productos específicos como precondition para obtener los suministros. Este tipo de conducta o política puede ser aplicada por un gran proveedor y restringe o podría restringir considerablemente la competencia.

En Chile, hasta 1988 las comisiones tuvieron un criterio común para calificar la legalidad de la distribución exclusiva.

En suma, sólo el que actúa por cuenta del mandante o proveedor puede tener el carácter de agente o distribuidor exclusivo, a diferencia del comprador o comerciante que actúa por cuenta propia, quien al constituirse en comprador único, exclusiva y permanentemente, contraviene las normas del señalado Decreto Ley en razón de tratarse de una compra que elimina, en una de las etapas del proceso económico, la pluralidad o multiplicidad de demandantes, acarreando necesariamente una negativa de venta por parte del proveedor o fabricante a todo otro interesado en comprarle, (...) este distribuidor exclusivo no puede concentrar parte importante de la distribución del mismo artículo en su mano⁶⁹.

Como podemos observar, la argumentación se centra en la relación comercial entre el fabricante y el distribuidor. En 1992 se da un cambio de criterio en la Comisión Preventiva, "con ocasión de la consulta Nichimen-Daihatsu y se introdujo en el Dictamen N° 808. En este caso se aprobó ampliamente la distribución exclusiva basándose en el argumento de que el mercado de los automóviles era lo suficientemente competitivo para que no fuese posible un aprovechamiento monopólico a partir de esta práctica", lo cual, a decir de Ricardo Paredes, representa un avance sustancial en el criterio de la Comisión, por cuanto incluye un factor económico determinante

⁶⁹ Dictamen N° 618 de septiembre de 1987.

en la potencialidad negativa de cualquier conducta y que no fue considerado hasta entonces⁷⁰.

En Estados Unidos, el acuerdo de trato exclusivo es aquel en que el vendedor o arrendador obligan al comprador a no tratar las mercancías de un competidor. Uno de los casos más importantes de trato exclusivo envolvió un acuerdo por el cual la *Standard Oil Company*⁷¹ de California concertó contratos de suministro exclusivos con distribuidores independientes de productos de petróleo y accesorios de automóvil en los que los distribuidores se avenían a comprar a la compañía todo lo que necesitaran de uno o más productos. La Corte Suprema sostuvo que el requisito de que una violación de la sección 3 de la Ley Clayton debe mostrar una disminución real o potencial de competencia, por lo que en el caso en concreto la tendencia a establecer un monopolio fue demostrado mediante la prueba de que los contratos cubrían un número sustancial de salidas y una cantidad sustancial de productos.

3.3 Ventas atadas o vinculadas

Una venta vinculada es una situación en la que la venta de un producto se encuentra subordinada a la compra de otro producto. Una variante la constituye la venta forzada 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.

En Canadá, la sección 77 de la *Competition Act* se refiere a este tipo de práctica (*tyed selling*) y la describe como la situación en la cual un proveedor, como condición para suministrar determinado producto, exige a un comprador adquirir un segundo producto o abstenerse de utilizar una determinada marca de producto conjuntamente con el primero.

En Estados Unidos se denomina contrato de *tying*, y mediante éste, un vendedor o arrendador conviene en vender o arrendar una mercancía sólo con la condición de que sea adquirida y usada otra mercancía junto con la primera. El contrato de *tying* puede ser ilegal bajo la sección 1 o 2 de la *Sherman Act*, la sección 5 de la *Federal Trade Commission Act*, o la sección 3 de la *Clayton Act*.

⁷⁰ Ricardo Paredes, *ob.cit.*, p. 256.

⁷¹ *Standar Oil Company of California v. United States*, 337 U.S. 293 (1949).

El *tying* es considerado por las cortes como “*per se unreasonable*” pero, de hecho, la prueba de ilegalidad de un *tying* requiere un grado de poder de mercado incompatible con un simple análisis *per se*. La prueba tradicional para la comprobar la presencia de *ilegalidad per se* del *tying* es que “el vendedor debe tener poder económico suficiente con respecto al producto del *tying* para refrenar considerablemente la libre competencia en el mercado para el producto objeto de *tying*”⁷².

Las cortes también han requerido un elemento de coerción para distinguir entre el *tying* ilegal y la simple oferta de venta de paquetes en los que ambos bienes pueden ser deseables a los consumidores y promover la competencia. Para constituir *tying* el vendedor debe condicionar también realmente la disponibilidad de un producto o servicio a la compra o arriendo de otro.

En México, se considera práctica desleal relativa 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, así como la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros (Artículo 10).

3.4 Imposición de precios o fijación de precios de reventa

La fijación de precios de reventa es una conducta anticompetitiva regulada ampliamente por diversas legislaciones en el mundo, cuya principal característica es que un productor fije precios a un consumidor que no es el consumidor final⁷³.

⁷² Weber Waller Spencer, *ob.cit.*, pp. 1-12.

⁷³ “Desde el punto de vista de la política de la competencia, la imposición de un precio mínimo plantea serios problemas. 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 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 beneficio gracias a los precios de reventa exigidos, el minorista puede verse estimulado a gastar más en los servicios relacionados con los productos, a constituir existencia, a hacer publicidad y a realizar otras acciones para aumentar la demanda del producto en su interés y en el del productor.” OCDE, *ob.cit.*, pp. 76 y 77.

En Chile, la jurisprudencia respecto de la fijación de precios de reventa tomó como principal elemento de juicio la relación comercial entre el productor, quien imponía el precio de reventa, y el distribuidor, quien debía implementar el precio fijado. Si la relación comercial del distribuidor con el productor era de comisionista o vendía a consignación, entonces la fijación del precio de reventa era válida y no sancionada. Se argumentó en los dictámenes y resoluciones que si el distribuidor actúa por cuenta del productor, lo que está directamente relacionado con la figura legal del mandato mercantil, ello es una forma de integración vertical, y por ende, no es posible interferir. Por otra parte, en el caso de que los bienes fueran vendidos por el productor al distribuidor, las comisiones estimaron que: “El comerciante, que por lo mismo compra para vender, no puede estar limitado por el vendedor en su actividad comercial posterior a la compra-venta”.⁷⁴

[...] toda sugerencia o recomendación de precios al público hecha por el productor o mayorista al comerciante que compra sus bienes o servicios, para venderlos, es objetiva y formalmente contraria a las normas sobre la libre competencia..., aun cuando los propósitos perseguidos por quien formula dicha sugerencia no contemple la uniformidad en los precios⁷⁵.

La argumentación se centra en la relación comercial entre el fabricante y el distribuidor, sin hacer referencia a los efectos económicos de dicha actividad.

En Estados Unidos, el mantenimiento del precio de reventa (*resale price maintenance*) involucra un acuerdo entre un fabricante y vendedores de sus productos para adherir un precio fijo o un horario del precio. Como una materia formal, el mantenimiento del precio de reventa ha sido considerado como “*per se unreasonable*” durante ochenta años. La Corte Suprema en *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co* condenó el mantenimiento del precio de reventa como injurioso a los consumidores y con un funcionamiento equivalente al de un cártel de fijación de precios (*price-fixing*) entre los distribuidores⁷⁶.

Esta práctica se ha considerado tradicionalmente como “*per se unreasonable*” e incluso se ha ampliado esta consideración para incluir los acuerdos verticales de nivelación de precios. La etiqueta *per se* continua siendo usada, a pesar de las fuertes críticas de académicos y economistas.

⁷⁴ Dictamen N° 70 de la Comisión Resolutiva. Véase Ricardo Paredes, *ob.cit.*, p. 253.

⁷⁵ Resolución N° 44 de la Comisión Resolutiva.

⁷⁶ Weber Waller Spencer, *ob.cit.*, pp. 1-16.

En México se sanciona la imposición del precio o demás condiciones que un distribuidor o proveedor debe observar al expedir o distribuir bienes o prestar servicios (Artículo 10)⁷⁷.

4. Control de fusiones

Existen diversas figuras jurídicas mediante las cuales puede darse la concentración de empresas. Para efectos de este estudio, centraremos nuestra atención en lo relativo a fusiones y adquisiciones.

4.1 Canadá

Las disposiciones en materia de fusión se aplican a todas las fusiones que entrañan la adquisición, el control o una participación significativa en el conjunto o en una parte de la empresa de un competidor, proveedor, cliente u otra persona. Las empresas tienen que cumplir requisitos obligatorios de notificación previa cuando las transacciones superen unos umbrales monetarios determinados.

Las fusiones de mayor volumen en las que el capital o ingresos combinados de las partes superen los 400 millones de dólares canadienses, y el valor general de la propia adquisición supere los 35 millones de dólares canadienses en ingresos o capital, aparte de la consolidación de empresas, en que el umbral de capital se ha fijado en 70 millones de dólares canadienses, deberán ser notificadas previamente a su realización.

La evaluación de las fusiones por el *Competition Bureau* se centra en determinar si la transacción propuesta puede impedir o reducir sustancialmente la competencia, y no se basa estrictamente en la participación en

⁷⁷ "Las prácticas mencionadas se permiten a las empresas que no disponen de ese poder en el mercado. Este enfoque está de acuerdo con el concepto de monopolización recogido en la legislación de los Estados Unidos... Una diferencia respecto de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos estriba en el trato del mantenimiento de precios de reventa. En los Estados Unidos, esa práctica es prohibida *per se*. La teoría de la organización industrial indica que el mantenimiento del precio de reventa tiene básicamente los mismos efectos que las limitaciones verticales, por lo que se considera adecuado evaluar esa práctica en función de los casos, como se prevé en la Ley Federal de Competencia Económica." Véase "Comunicación de México al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia", WT/WGTCP/W/54, 8 de diciembre de 1997.

el mercado ni en la concentración. El Tribunal y el *Competition Bureau* pueden tener en cuenta varios factores cualitativos que afectan la competencia en los mercados, entre los que figura el alcance de la competencia extranjera efectiva, si una de las partes fusionadas se encuentra en proceso de quiebra, la existencia de obstáculos a la entrada en el mercado (incluidos obstáculos de reglamentación) y el carácter y el alcance de la innovación en los mercados sometidos a examen.

Se prevé una excepción por motivos de eficiencia en caso de que se estime probable que se vaya a impedir o reducir sustancialmente la competencia. Las partes en la fusión deben demostrar que los beneficios en materia de eficiencia que se derivarán de la fusión serán superiores a los efectos de impedir o reducir sustancialmente la competencia que ésta pueda tener y compensarán tales efectos, y que esos beneficios no podrían lograrse si se dictara una orden de prohibición.

Además, el Tribunal examina si los beneficios en materia de eficiencia pueden dar lugar a un incremento significativo del valor real de las exportaciones o a una sustitución significativa de productos importados por productos nacionales⁷⁸.

En determinadas circunstancias, el *Competition Bureau* comparte la jurisdicción sobre las fusiones con otros organismos del gobierno federal. Por ejemplo, el Ministro de Industria se encarga de examinar las fusiones de importancia en las que intervienen no canadienses con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Inversiones del Canadá; el Ministro de Hacienda de aprobar las fusiones de determinadas instituciones financieras con arreglo a lo dispuesto en diversos instrumentos legislativos⁷⁹. En el ámbito de la supervisión de las fusiones, el Director desempeña una función fundamentalmente de investigación y presenta las solicitudes para que el Tribunal emita órdenes.

Una fusión que, en opinión del Director, evitará o reducirá significativamente la competencia puede ser remitida al *Competition Tribunal* para su revisión en cualquier momento hasta un plazo máximo de tres años contados a partir de la conclusión de la transacción. Si el Tribunal determina que

⁷⁸ Véase M. Sanderson, *Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases* (Oficina de la Competencia, 1996).

⁷⁹ Entre ellos figuran la Ley de Bancos, R.S.C. 1985, c. B-1.01; la Ley de Compañías de Seguros, R.S.C. 1985, c. I-11.8; y la Ley de Sociedad de Gestión de Carteras de Valores y de Sociedades Crediticias, R.S.C. 1985, c. T-19.8. En lo que se refiere a las fusiones en los sectores reglamentados a nivel federal del transporte marítimo y el transporte aéreo, desde 1996 el Organismo Nacional de Transporte ha dejado de estar facultado para supervisar esas fusiones en virtud de la Ley Nacional de Transporte.

una fusión evita o reduce significativamente la competencia, podrá ordenar la disolución de la fusión o la disposición de activos o acciones. En el caso de una propuesta de fusión, el Tribunal podrá ordenar que no se proceda con la fusión, o de darse ésta, prohibir que las partes ejerzan alguna acción que evite o reduzca significativamente la competencia. En los casos de fusiones ya realizadas, el Tribunal podrá emitir una orden de disolución o requerir el embargo de activos o acciones⁸⁰.

4.2 Chile

No existe regulación específica respecto a las fusiones, y en el supuesto de que se presente un caso en que la concentración entre empresas tienda a impedir la libre competencia, le es perfectamente aplicable el Artículo primero, dada la amplitud de de regulación de dicho artículo.

En la práctica el control de fusiones se lleva a cabo de modo preventivo por las "Comisiones Preventivas (Regionales o Central) quienes tienen facultades para absolver consultas acerca de los actos o contratos existentes que podrían infringir las disposiciones de la presente ley", por lo que en ejercicio de sus facultades conocen de acuerdos sobre fusiones.

Por otra parte, cuando mediante una fusión ya constituida se altera o limita la libre competencia puede aplicarse el procedimiento administrativo (el cual se desarrolla con la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil) ante la Comisión Resolutiva.

4.3 Estados Unidos

Las fusiones y adquisiciones son prácticas prohibidas "en cualquier rama del comercio o cualquier actividad que afecte el comercio en cualquier parte del país, cuyo efecto sea el de reducir significativamente la competencia o tienda a crear un monopolio..." (*Clayton Act*, Sección 7). Las fusiones y adquisiciones también pueden ser objeto de demandas bajo las secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*, así como bajo la sección 5 de la *Federal Trade Comision Act*.

⁸⁰ Independientemente de si se trata de una propuesta de fusión o una fusión ya realizada, el Tribunal también podrá, con el consentimiento del Director y de aquellos a quienes está dirigida la orden, solicitar que se tome cualquier otra acción que contrarreste los efectos anticompetitivos de la fusión. De solicitarse ante el Tribunal una orden de consentimiento, éste podrá emitir la orden en tales términos.

El Programa Hart-Scott-Rodino de Notificación Previa de las Fusiones tiene por objeto brindar a las agencias encargadas de la aplicación coercitiva de las leyes una oportunidad valiosa de examinar las transacciones propuestas y, si corresponde, de tomar medidas para impedir la consumación de transacciones que infrinjan las leyes antitrust. La ley exige que se notifique sólo las fusiones que se ajusten a determinada dimensión o a otros criterios⁸¹.

De acuerdo con la Ley Hart-Scott-Rodino sobre Mejoras Antimonopólicas de 1976, es obligatorio remitir comunicación a la FTC y al Departamento de Justicia antes de que se realice una adquisición de acciones o activos que supere los umbrales establecidos de acuerdo con el tamaño de la firma y de la transacción.

Por lo general, se requiere una notificación previa a la fusión si se cumplen todas las condiciones siguientes⁸²:

- a) la parte adquirente o la parte adquirida participa en el comercio interestatal,
- b) una de las partes tiene un total anual de ventas o un total de activos de US\$ 100 millones o más y la otra tiene un total anual de ventas o un total de activos de US\$ 10 millones o más y
- c) como resultado de la adquisición, la parte adquirente retendrá:
(i) títulos-valores con derecho a voto o activos de la firma adquirida por un monto superior a los US\$ 15 millones; o (ii) el 50% o más de las acciones con derecho a voto o activos de una firma con un total anual de ventas o un total de activos de US\$ 25 millones o más.

Para aquellas transacciones distintas de las ofertas en efectivo o adquisiciones de firmas en bancarrota, el plazo de espera antes de la consumación es 30 días. Cuando las autoridades monopólicas han emitido una segunda solicitud de información en ese lapso, la fusión no puede consumarse sino 20 días después de cumplir con la solicitud (en la práctica, el tiempo que transcurre para responder a una segunda solicitud puede variar ampliamente, dependiendo del alcance de la solicitud y la decisión de las partes que se fusionan en cuanto a la rapidez con la cual deben responder, entre otros factores). Las ofertas en efectivo y la adquisición de firmas en bancarrota

⁸¹ OEA, Informe ..., p. 181.

⁸² OEA, *Inventario de leyes...*, *ob.cit.*, p. 52.

tienen un plazo de espera más corto: 15 días (más 10 días luego de cumplir con la solicitud de información adicional). La política de observancia de los organismos pertinentes aparece en el documento *Horizontal Merger Guidelines* de 1992. Si un organismo concluye que una propuesta de fusión violaría las leyes antitrust, debe recurrir a una corte para prohibir la fusión antes de que ésta se lleve a cabo.

El Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio mantienen estadísticas de las fusiones y adquisiciones notificadas conforme a la Ley Hart-Scott-Rodino.

4.4 México

La LFCE agrupa bajo la denominación de concentraciones, las fusiones, adquisiciones del control "o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realicen entre competidores, proveedores, clientes o cualesquier otros agentes económicos" (Artículo 16 LFCE).

La ley establece un procedimiento de notificación previa (Artículo 20), por el cual las concentraciones deben ser notificadas a la Comisión antes de realizarse si:

- a) La transacción importa, en un acto o sucesión de actos, un monto superior al equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal;
- b) Si la transacción importa, en un acto o sucesión de actos, la acumulación del 35 por ciento o más de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de veces el salario mínimo general para el Distrito Federal; o
- c) Si en la transacción participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas, conjunta o separadamente, sumen más de 48 millones de veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal, y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior al equivalente a cuatro millones ochocientos mil veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal

A efecto de determinar si una concentración es ilegal, es necesario analizar si presenta efectos perjudiciales para el proceso de competencia y

libre concurrencia, para lo cual es necesario determinar si ellas confieren a las partes un poder sustancial en el mercado.

En general no es necesario monopolizar toda una cadena productiva para extraer ganancias monopólicas. Basta con monopolizar uno de los eslabones.

En materia de concentraciones el análisis de los conceptos de mercado relevante, concentración⁸³ y poder sustancial es determinante.

La Comisión analiza las concentraciones clasificándolas en cuatro tipos: horizontales, verticales, diversificaciones y reestructuraciones corporativas. Las concentraciones horizontales son aquellas que se realizan entre empresas que compiten en el mercado relevante. Las concentraciones verticales se realizan entre empresas que participan en mercados distintos de las cadenas productivas y de distribución. Las diversificaciones asocian empresas ubicadas en distintos mercados relevantes sin relación en términos de las cadenas citadas. Finalmente, las reestructuraciones corporativas se refieren a empresas que forman parte de un mismo grupo⁸⁴.

Al analizar cada caso de concentración la Comisión toma en cuenta diversos factores⁸⁵:

- a) no todos los mercados están igualmente integrados; en general, los mercados son más abiertos que los servicios
- b) no obstante la apertura, no todos los mercados han alcanzado o pueden alcanzar el mismo nivel de globalización y competencia
- c) existen otras barreras de entrada que deben ser tomadas en cuenta al evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia. Tal es el caso de los gastos de publicidad, las redes de distribución que se requieren para entrar en un mercado, el costo de inversión, etc.

⁸³ "Por análisis de concentración se entiende aquí la evaluación de la estructura de un mercado, no el análisis completo de la competencia de una transacción mediante la cual se concentren dos o más empresas. Este análisis tiene como propósito aquilatar el grado de concentración de la participación de las diversas empresas que en este mercado operan. Para ello se recurre al cálculo de índices de concentración, a partir de la participación de cada una de las empresas o agentes económicos..". Véase Pascual García Alba Iduñate, "Fundamentos económicos de las resoluciones de la Comisión Federal de Competencia", en *Informe de Competencia Económica*, 2º semestre de 1996, México, CFC, 1997, p. 125.

⁸⁴ CFC, Informe 1998, México, p. 23.

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 25 a 28.

Las sanciones contempladas por la ley son:

- Suspensión, corrección o supresión de la concentración (Artículo 35, fr. I).
- Desconcentración parcial o total de lo que se ha concentrado indebidamente, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda (Artículo 35, fr. II).
- Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el SMGV para el Distrito Federal, por haber incurrido en alguna concentración prohibida (Artículo 35, fr. VI).
- Multa hasta por el equivalente a 225 mil veces el SMGV en el Distrito Federal por no haber notificado la concentración en el término que la ley exige (Artículo 35, fr. VI).

El procedimiento de notificación de concentraciones se inicia mediante la presentación de la notificación acompañada del cuestionario de notificación debidamente requisitado. La Comisión debe resolver dentro de los 45 días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, de la recepción de la información solicitada mediante prevención o, en su caso, a partir de la recepción de la información adicional requerida. En casos excepcionales, el presidente de la Comisión puede ampliar el plazo hasta por 60 días naturales. Así ocurre cuando:

Con el objeto de dar mayor seguridad jurídica a los agentes económicos que notificaron una concentración y la Comisión omitió emitir una resolución dentro de los cuarenta y cinco días naturales contados a partir de la recepción de la notificación, o en su caso, de la documentación adicional solicitada, los agentes económicos podrán solicitar se expida constancia de no objeción, y la Comisión deberá expedirla dentro de los cinco días siguientes a la presentación de dicha solicitud⁸⁶.

Los criterios de interpretación de la Comisión de Competencia en relación a concentraciones son los siguientes:

1. Cuando se trate de reestructuraciones operativas o administrativas de empresas del mismo grupo económico o grupo de control, para lograr una asignación más eficiente de los recursos, disminución de

⁸⁶ Luis Prado Robles, *et al.*, *ob. cit.*, p. 144.

gastos y costos de operación y administración, no se puede considerar como un riesgo a la competencia, es decir, no tendría efectos adversos sobre el funcionamiento eficiente de los mercados a los que se refiera por lo que no se afectará el proceso de libre competencia y libre concurrencia.

2. No se puede hablar de concentración económica cuando las empresas involucradas no participan en la prestación de los mismos servicios en el mismo lugar.
3. Cuando exista un número considerable de participantes y gran variedad de sustitutos, se podrá entender a la concentración como el fortalecimiento de la presencia de la empresa en un mercado donde existan competidores de mayor peso, favoreciendo la competencia a través de nuevas inversiones y el incremento en la capacidad instalada para la distribución del producto facilitando la interconexión de la nueva infraestructura (no se debe limitar la entrada de competidores).
4. Respecto al poder sustancial que pudiera tener una empresa no se puede considerar que ésta lo tiene, aun cuando sea la única en ese ramo en el país, cuando su orientación es hacia el mercado externo y compite con importadores. El poder de negociación debe ser tomado en cuenta para determinar el poder sustancial de la empresa en cuestión.
5. En una transacción internacional no se pondrá en riesgo la competencia en territorio nacional cuando:
 - La misma corresponda a empresas cuya producción se destina al mercado de otro país;
 - No existe fabricación nacional de los productos que integran el mercado relevante por lo que los consumidores deben adquirirlos del extranjero; y
 - Se enfrente la competencia de otras empresas internacionales (integradas verticalmente y con tecnología propia).

El Informe de la Comisión Competencia Económica de 1998, afirma que "desde su creación y hasta concluir el periodo que se informa, el Pleno de la Comisión resolvió 744 concentraciones, de las que sólo objetó tres, al no hallarse opciones viables para suprimir los riesgos a la competencia que significaba su realización..."⁸⁷.

⁸⁷ CFC, Informe 1998, México, p. 21.