

CAPÍTULO II

LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

- I. Elementos de la competencia desde el punto de vista jurídico
- II. Tipología de prácticas anticompetitivas
- III. Las prácticas anticompetitivas en el GATT-OMC
- IV. Técnicas para reprimir las prácticas anticompetitivas

CAPÍTULO II LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

INTRODUCCIÓN

La regulación y ordenación de los mercados, en contextos de economías abiertas y descentralizadas, constituye un desafío complejo para los sistemas jurídicos contemporáneos.

La relativa erosión de los derechos domésticos y la consolidación de normas jurídicas globales, vía contratos intra firmas (propiedad intelectual, servicios bancario-financieros, etc.) o tratados de libre comercio, van construyendo relaciones jurídicas extraterritoriales que con criterios pragmáticos y operativos facilitan el flujo de inversiones, servicios, mercancías y personas. Esto es, un nuevo tejido empresarial actúa simultáneamente en lo local y global de la gestión empresarial y de negocio.

En este contexto las normas jurídicas de la competencia deben detectar, identificar, prevenir y sancionar conductas mercantiles ilícitas de diversas formas y modalidades.

El derecho de la competencia tiene como objeto tutelar un bien jurídico fundamental para las economías contemporáneas: la libertad de competencia y la libertad de concurrir, como sistema que eficientiza los sistemas económicos.

En efecto, como dijimos precedentemente, las conductas empresariales que atentan o restringen estas libertades configuran prácticas anticompetitivas que el orden público económico de cualquier país previene y sanciona.

Ahora bien, la competencia y la concurrencia son requisitos o condiciones vinculadas a las economías descentralizadas o de libre mercado. Sin embargo, el mundo actual plantea una redefinición de la competencia. En efecto, el enfoque empresarial que, en décadas anteriores, enfatizaba la posición competitiva innovando por medio de la tecnología los productos (nuevos productos), se ha reorientado de tal manera que ahora el énfasis se finca en la tecnología de procesos (hacer más eficiente los métodos, reducir costos, estandarizar productos, mejorar la calidad y presentación de los mismos y de los servicios posventa).

En este contexto, entendemos por libre competencia la situación específica en que se halla un mercado en el cual los agentes económicos tienen plena libertad de acceso, sin barreras ni restricción alguna.

Se trata de un escenario mercantil en el cual los agentes económicos están en la posibilidad legal y real de entrar y salir del proceso de intercambio o mercadeo libremente.

Las barreras de entrada más frecuentes son los monopolios de Estados o naturales, las normas técnicas administradas discrecionalmente, las concesiones para la prestación de servicios públicos e incluso los derechos antidumping o compensatorios aplicados en forma arbitraria y poco transparente. También los acuerdos entre agentes privados pueden llegar a establecer barreras de acceso para nuevos competidores potenciales o reales.

En cambio, entendemos por libre competencia la situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen bienes o servicios similares, intentando atraerse a los consumidores.

Podemos conceptualizar el término “competencia económica” como una rivalidad consistente en actos jurídicos entre dos o más sujetos con relación a una misma clientela, buscando un beneficio económico producto de una actividad comercial similar, aunque existen casos en que se presenta entre sujetos con actividades comerciales distintas, según una hipótesis de la teoría económica moderna¹.

Los economistas contemplan dos grandes formas de competencia,² la perfecta y la imperfecta; mientras que los juristas analizan y regulan sólo aquella donde interviene la ilicitud de la actividad para lograr influenciar la selección de la persona con la cual el consumidor va a contratar³.

Se trata de competidores que han superado las barreras de acceso—ya sea eliminando a competidores de presencia dominante o cumpliendo las normas regulatorias vigentes— y que participan en forma plural buscando atraer a la clientela o a los consumidores.

El término de competencia frecuentemente lo encontramos utilizado como sinónimo de competencia⁴. Aunque la competencia presupone la

¹ Nicholas Mercurio y Steven Medema G., *Economics and the Law*, Princeton University Press, New Jersey, EE.UU., 1997, p. 11.

² *Ibíd.*, p. 45.

³ José Ramón Cossío Díaz, *Derecho y Análisis Económico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

⁴ No son sinónimos los conceptos de competencia y competencia en el idioma español. El *Diccionario Jurídico Elemental* de Guillermo Cabanellas de Torres define la competencia como una contienda, disputa, oposición o rivalidad sobre todo en el

concurrancia, sin embargo, creemos que su uso debe ser para los casos en que nos referimos exclusivamente a la "posibilidad de que una persona ingrese o acceda a un mercado en el cual ya existen otros sujetos que están desarrollando la actividad que el concurrente proyecta ejecutar"⁵. Tomando esto en consideración, encontramos que la libre concurrancia a la que se refiere la legislación de competencia económica no es sino la falta de barreras o restricciones para el ingreso de un nuevo sujeto a un mercado preexistente y determinado.

Pero no debemos perder de vista que estos conceptos básicos del derecho de la competencia actúan y operan no en espacios territoriales cerrados, sino en contextos abiertos y de cara a la globalización.

Respecto a la globalización, es necesario distinguir la estrategia global del proceso mismo y no confundirla con la internacionalización protagonizada por los Estados, que supone distinguir relaciones jurídicas nacionales o domésticas de las foráneas o extranjeras. En cambio, lo global supone identificar los agentes económicos verdaderos que atraviesan las corporaciones territoriales estatales y que conforman un escenario denominado mercado multilocal o global.

Los verdaderos actores que dan sustento al mercado multilocal o global son los siguientes: las inversiones, la industria, la tecnología de información y los consumidores.

Estos cuatro factores son analizados por Kenichi Ohmae en una obra fundamental⁶.

- a) Inversiones o mercados de capital. Este elemento primordial para la actividad económica desreguló sus disciplinas de carácter nacional para crear compromisos globales que permiten su operatividad en los lugares que ofrecen mayores condiciones de rentabilidad. Los capitales se globalizan y despegan de las regulaciones nacionales o domésticas. Su presencia global, con sus efectos positivos y negativos, se evidenciaron en la crisis mexicana de 1994 y en la crisis asiática.

comercio y la industria; y concurrancia proviene del latín *concurrente* (correr junta y simultáneamente) y designa la igualdad de derechos o privilegios entre dos o más personas sobre una misma cosa.

⁵ Fernando Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 116.

⁶ Véase Kenichi Ohmae, *El fin del Estado Nación*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 1997.

- b) La industria. Este otro actor económico tiene una clara orientación mundial. Las estrategias de las modernas corporaciones multinacionales ya no operan bajo razones de Estado, sino por el deseo y la necesidad de atender a los mercados atractivos donde se encuentren y acceder a conjuntos de recursos (inversiones) estén donde estén.
- c) La tecnología de la información. Como es posible suponer, tanto las inversiones como las industrias, se han visto facilitadas por la tecnología de la información que hace posible que hoy una empresa pueda operar en diferentes partes del mundo sin tener que conformar una empresa o sociedad en cada uno de los países en que opera. Esto ha permitido el desarrollo de alianzas estratégicas transfronterizas que facilitan el intercambio de información, de diseño y de gestión empresarial en cualquier lugar de la Tierra.
- d) Los individuos consumidores. Este cuarto factor también ha asumido una orientación mundial. Gracias al mejor acceso a la información sobre estilos de vida de todo el mundo, son mucho menos proclives a comprar —y están mucho menos condicionados por las presiones de los gobiernos para que se compren— productos americanos, japoneses o franceses por el mero hecho de sus relaciones nacionales. Los consumidores cada vez desean productos mejores y más baratos, vengan de donde vengán. Además, han mostrado que están dispuestos a expresar estas preferencias mediante sus selecciones individuales.

El conjunto y operatividad de estos cuatro elementos hacen posible que las empresas de cualquier lugar del mundo reúnan todo lo que necesitan para desarrollar, como al respecto señala Kenichi Ohmae:

Ya no tienen que limitarse a recurrir a los conjuntos de recursos cercanos a su país de origen. Tampoco tienen que limitarse a depender de los esfuerzos de los gobiernos para atraer recursos de otros lugares del mundo y canalizarlos hacia los usuarios finales. Esto hace que la función tradicional de “intermediación” de los Estados-nación —y de sus gobiernos— sea innecesaria en buena medida. Como los mercados mundiales de las “íes” funcionan estupendamente por su cuenta, los Estados-nación ya no tienen que desempeñar el papel de creadores de mercado. De hecho, y teniendo en cuenta sus propios problemas que son considerables, lo que suelen hacer más frecuentemente es estorbar. Si se permitiese, las soluciones mundiales irían a los lugares en los que son necesarias sin

la intervención de los Estados-nación. De acuerdo con la experiencia actual, además, fluyen mejor precisamente porque no se da esa intervención⁷.

Según lo visto precedentemente, los actores económicos de la globalización contemporánea son las empresas y no los Estados, esto es, el mercado como escenario natural para el desarrollo y expansión de estos nuevos actores económicos.

En este contexto entonces ¿qué papel le corresponderá al Estado y más específicamente al derecho económico contemporáneo? Responderemos a esta interrogante señalando que, sin desconocer el concepto territorial del derecho económico, la respuesta está presente en los que George S. Yip llama los cuatro impulsores de la globalización en este inicio de milenio⁸.

Impulsores de mercado

- Nivelación del ingreso per cápita entre naciones industrializadas
- Nivelación de estilos de vida y gustos
- Aumento de viajes que crea consumidores globales
- Organizaciones que empiezan a comportarse como clientes globales
- Crecimiento de canales globales y regionales
- Establecimiento de marcas mundiales
- Movimiento para desarrollar publicidad global

Impulsores de costo

- Continuo esfuerzo por lograr economías de escala (contrarrestado por manufactura flexible)
- Innovación tecnológica acelerada
- Avances en transporte
- Surgimiento de países recién industrializados con capacidad productiva y bajos costos de mano de obra
- Costo creciente de desarrollo de productos respecto a vida en el mercado

Impulsores gubernamentales

- Reducción de barreras arancelarias
- Reducción de barreras no arancelarias

⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁸ George S. Yip, *Globalización, Estrategias para obtener una Ventaja Competitiva Internacional*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1997, pp. 14 y 15.

- Creación de bloques comerciales
- Decadencia del papel de los gobiernos como productores y clientes (por ejemplo, desnacionalización de muchas industrias en Europa)
- Privatización de economías antes dominadas por el Estado, sobre todo en América Latina
- Transformación de los sistemas comunistas cerrados de Europa Oriental en economías abiertas de mercado

Impulsores competitivos

- Aumento continuo del volumen del comercio mundial
- Conversión de más países en campos de batalla competitivos clave
- Aumento de propiedad de las corporaciones por adquirentes extranjeros
- Aparición de nuevos competidores resueltos a volverse globales
- Crecimiento de redes globales que hacen interdependientes a los países en industrias particulares
- Más compañías que se globalizan en vez de permanecer nacionalmente cerradas
- Aumento de la formación de alianzas estratégicas globales

Los impulsores generales de la globalización que actúan sobre las empresas son sectores que no quedan a la libertad mercantil absoluta. El derecho económico de la globalización disciplina sectores como la propiedad intelectual y regula la publicidad, aspectos básicos del mercado. En cuanto al costo, los regímenes de importaciones temporales y los estímulos fiscales permitidos son áreas que también plantean al derecho económico problemas jurídicos específicos.

En cuanto a los impulsores gubernamentales, los tratados de libre comercio y los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio son sectores disciplinados por el derecho económico zonal y global. Finalmente, en cuanto a los impulsores competitivos señalados por Yip, las reglas de origen, los pactos empresariales o *joint venture* son también aspectos que disciplinan el derecho económico de la globalización.

Los procesos de integración y globalización en este fin de milenio plantean al derecho desafíos colosales, pues las categorías modernas centradas en los Estados como corporaciones territoriales se muestran insuficientes y disfuncionales para los nuevos actores de la economía multilocal en vigor. La globalización flexibiliza normas y procedimientos y, más bien, busca disciplinar aspectos horizontales amplios. Los Estados pierden centralización y los derechos nacionales dilatan cada vez más sus premisas para

subsumirse en tratados y acuerdos que disciplinan globalmente las mercancías (OMC), servicios e inversiones (AMI), con lo cual estas normas con vocación de globalidad suplantán a los derechos domésticos tradicionales.

El derecho de la competencia es la disciplina más apropiada para enfrentar y regular estos nuevos asuntos que la aldea global en que vivimos nos depara. En efecto, las conductas anticompetitivas pueden manifestarse de varias maneras, siendo las más significativas para la economía actual las llamadas prácticas restrictivas y las prácticas desleales de comercio internacional las que, inscritas entre los impulsores de la globalización, pueden concretarse en:

- a) Actos anticompetitivos que restringen la competencia; y
- b) Actos anticompetitivos que eliminan la competencia.

Por ello el derecho de la competencia ha debido construir un concepto genérico que cubra y registre a estas conductas empresariales anómalas.

Las llamadas prácticas anticompetitivas se definen como aquellas conductas mercantiles ilícitas realizadas por empresas privadas o públicas, locales o globales, que distorsionan los mercados nacionales o externos a través de precios depredatorios, discriminados o subsidiados, dañando a competidores (productores nacionales o foráneos, prestadores de servicios, agentes económicos, etc.), consumidores y al interés público general.

En efecto, se trata de conductas mercantiles ilícitas que atentan contra la determinación o formación de los precios. Estas acciones u omisiones son realizadas por empresas privadas o empresas públicas de cualquier nacionalidad y su objetivo es distorsionar los mercados.

Conviene aclarar que para el derecho de la competencia, el o los mercados no son una entidad abstracta, sino un escenario específico denominado mercado de referencia o mercado pertinente. En efecto, la definición de un mercado incluye dos vertientes fundamentales: 1) el mercado de productos —productos homogéneos o similares y sustituibles; y 2) el mercado geográfico, es decir, la zona geográfica donde se presenta la conducta ilícita o sus efectos.

La diferenciación entre mercados nacionales y externos produce efectos jurídicos relativos, que tienden a disminuir con la apertura económica y la consiguiente estabilización del consumo.

La forma en que se materializan estas conductas mercantiles ilícitas en los precios es variada y prolifera. Así tenemos precios depredatorios, precios discriminatorios, precios subsidiados, precios abusivos, precios aconsejados, precios administrados, precios concentrados.

La característica esencial de la tipología de precios precedentes es que todos están influidos o determinados por factores extramercantiles y no son consecuencia de un mercado en libre concurrencia y competencia.

La distorsión de mercados vía precios artificiales o inducidos —respecto a producto y zona geográfica— debe afectar, dañar o perjudicar a la competencia como bien jurídico tutelado y a los competidores, consumidores y demás agentes económicos del mercado de referencia.

Con estos elementos conceptuales de una práctica anticompetitiva es posible encuadrar genéricamente a dos tipos de conductas mercantiles de amplia presencia en las economías globalizadas de hoy: las prácticas restrictivas o monopólicas y las prácticas desleales de comercio internacional que serán analizadas en los párrafos siguientes.

I. ELEMENTOS DE LA COMPETENCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

El concepto jurídico de competencia lo encontramos integrado por tres elementos: los competidores, la clientela y la mercancía⁹.

Desde el punto de vista jurídico, los efectos de la legislación que pretenda excluir los actos anticompetitivos, deben ser necesariamente en función de la relación de competencia y no de las diferencias económicas entre los competidores como, por ejemplo, el tamaño de las empresas.

1. El concepto de competidor

Dentro de dicho concepto, la actividad del competidor se realiza en detrimento de sus contrapartes. El supuesto plantea una competencia debido a una clientela y mercancía idénticas aun cuando los competidores no estén en el mismo negocio.

Los competidores son elementos personales de la relación de competencia pudiendo adquirir en determinados casos la importancia suficiente para que el tipo de mercancía no sea el que ocupe el primer plano. El concepto de competidor, en su sentido jurídico, puede resultar muy amplio, al grado que podemos hablar de competencia entre dos productores que no

⁹ Dentro de la disciplina de la Economía los competidores y la clientela son designados como Agentes Económicos.

tengan una misma clientela ni la misma mercancía, pero sí en cambio se abastezcan de los mismos proveedores de una materia prima. Competidor es el sujeto, persona física o moral, que realiza una actividad económica independiente frente a otro sujeto que también realiza una actividad económica independiente, en relación a la cual pueda beneficiar su propia actividad o la de un tercero en detrimento de la actividad del segundo.

2. El concepto de clientela

La clientela se encuentra integrada por todos aquellos consumidores potenciales de mercancías o servicios que se ofrezcan en un mercado. Pequeños y grandes comerciantes pueden ser competidores entre sí siempre y cuando busquen contratar con la misma clientela. Los canales de distribución de un producto se asimilan a este concepto.

3. El concepto de mercancía

Debemos considerar a la mercancía como el bien o la actividad que los competidores ponen a disposición de un clientela. Es todo objeto físico susceptible de transportarse de un lugar a otro.

La similitud de mercancía para efecto de configurar el concepto de competencia no debemos considerarla en sentido aritmético, sino dentro de su papel funcional práctico y su importancia para la vida comercial, de tal manera que pudiéramos llegar a hablar de competencia entre una mercancía que se utilice en la mañana o en la tarde, como es el caso de los diarios matutinos y vespertinos. El perfil intercambiable mercantilmente también es una característica importante.

II. TIPOLOGÍA DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

De la enumeración de prácticas mercantiles anticompetitivas emergen dos grandes vertientes de singular importancia. Las prácticas restrictivas o monopólicas y las prácticas desleales de comercio internacional.

Conceptualmente, ambos tipos de prácticas tienen en común tres premisas semejantes: a) discriminación de precios o precios depredatorios; b) daño a la eficiencia productiva y a los consumidores y productores en general; y c) la relación causal entre ambos elementos.

1. Las prácticas restrictivas o monopólicas

Las prácticas restrictivas son aquellas prácticas comerciales cuya finalidad directa es restringir o eliminar la competencia, manipulando el mercado de un producto o servicio, líneas de productos o servicios, o bien, una cadena productiva o incluso una rama industrial¹⁰.

Para efectos del comercio internacional el "Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas restrictivas", suscrito en el contexto de la ONU, ha definido este tipo de prácticas en los siguientes términos:

Por "prácticas comerciales restrictivas" se entienden los actos y el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de algún otro modo restrinjan indebidamente la competencia, con efectos o posibles efectos desfavorables sobre el comercio internacional, especialmente de los países en desarrollo, y sobre el desarrollo económico de estos países, o que en virtud de acuerdos entre empresas, formales o no formales, escritos o no escritos, tengan las mismas repercusiones¹¹.

Dentro de este tipo de prácticas, se encuentran los llamados monopolios naturales y legales (de derecho público) y los acuerdos anticompetitivos en los cuales los competidores restringen la competencia entre ellos sin justificación mercantil alguna.

Estos acuerdos ilícitos definen precios, limitan o restringen la producción, manipulan las licitaciones y compras gubernamentales, dividen o reparten mercados; se conocen también como "cárteles incondicionales".

Otras modalidades de estas prácticas anticompetitivas son regulaciones económicas de orden público como normas-estándar, reglamentos técnicos o requisitos establecidos por cámaras o asociaciones de industriales o profesionales para la participación en el mercado de una industria o profesión. Los acuerdos verticales, los acuerdos horizontales, las fusiones y su incidencia en el acceso al mercado son comportamientos que en general conspiran con mercados libres, concurrenciales y competitivos.

¹⁰ Véase Jorge Witker, "Prácticas desleales y prácticas restrictivas", en *Estudios en torno a la Ley Federal de Competencia Económica*, UNAM-III, México, 1994, p. 142.

¹¹ "Conjunto de principios y normas equitativas convenidos multilateralmente para el control de las prácticas restrictivas", Capítulo B, sección D, párrafo 1.

Completan el cuadro de las prácticas restrictivas la protección exagerada de los derechos de propiedad intelectual, pues si bien el binomio innovación y competencia es importante, no debe sobrecompensarse el costo de innovación con plazos ilimitados, en desmedro de la competencia. Históricamente estas prácticas surgieron ligadas a los mercados internos, sin embargo, con la globalización sus efectos se han tornado extraterritoriales y contradictorias con las políticas comerciales.

1.1 Tipología

Este tipo de conductas se presentan generalmente bajo cuatro rubros: a) Abuso de poder dominante; b) Acuerdos horizontales; c) Acuerdos verticales; y d) Fusiones y adquisiciones.

1.1.1 Abuso de posición dominante o monopolización

Por "posición dominante en el mercado" se entiende la situación en que una empresa, por sí sola o actuando conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios¹².

El término *abuso de situación dominante o monopolización* se refiere a prácticas comerciales restrictivas de la competencia a las cuales puede dedicarse una empresa dominante para preservar o mejorar su situación en el mercado. Estas prácticas pueden considerarse, no sin controversia, como un aprovechamiento abusivo o anormal de una situación de control de monopolio de un mercado con objeto de restringir la competencia. La expresión "abuso de posición dominante" figura en la reglamentación de la competencia de un cierto número de países, tales como el Canadá o Alemania y en la Comunidad Económica Europea. En los Estados Unidos, las disposiciones equivalentes serían las referentes a los monopolios, las tentativas de monopolización o la monopolización de un mercado¹³.

Este tipo de práctica generalmente es considerado ilegal *per se*.

¹² *Ibíd.*, párrafo 2

¹³ OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1995 p. 11.

1.1.2 Acuerdos Horizontales (o prácticas restrictivas absolutas)

Mediante este tipo de acuerdos se monopolizan cadenas productivas completas, evitando cualquier tipo de competencia. Por esta razón suelen denominarse también prácticas absolutas.

Los acuerdos horizontales, acuerdos entre competidores reales o posibles pueden reducir, eliminar o incrementar la competencia. Se distinguen dos grandes categorías. La primera es la de "los cárteles¹⁴ en sentido estricto" o "las restricciones flagrantes" como la fijación de precios, las limitaciones de la producción, la división de los mercados, el reparto de clientes; y la segunda es la manipulación de las licitaciones que normalmente reducen o eliminan la competencia sin que tengan efectos compensatorios en la eficiencia económica¹⁵.

Se ha considerado a nivel mundial que este tipo de prácticas eliminan completamente la competencia, y que sus efectos siempre son nocivos tanto para el proceso económico como para los consumidores, ya que suelen eliminar la eficiencia económica en esa área específica en el largo plazo, manipulando los precios de venta y la calidad del producto, cuestión que afecta directamente a los consumidores.

1.1.3 Acuerdos Verticales (o prácticas restrictivas relativas)

Los acuerdos verticales o relativos son aquellos que se pueden presentar entre etapas contiguas de un proceso productivo y acompañados de alguna actividad auxiliar del proceso. Este tipo de prácticas puede tener efectos anticompetitivos o procompetitivos, razón por la cual se han fijado varios criterios para la evaluación de las mismas.

Las relaciones verticales van desde las transacciones efectuadas entre empresas totalmente independientes hasta la integración de dos o más niveles dentro de una sola empresa. Entre esos extremos se sitúan los acuerdos contractuales que limitan la libertad de acción de la empresa en sentido ascendente o descendente (o en ambos)¹⁶.

¹⁴ Cártel es una modalidad de la concentración horizontal de sociedades normalmente de carácter privado; se trata de bienes producidos, ya sean materias primas o artículos terminados.

¹⁵ WT/WGTCF/W/21, Comunicación de la OCDE, 29 de julio de 1997, párrafo 7.

¹⁶ WT/WGTCF/W/21, Comunicación de la OCDE, 29 de julio de 1997, párrafo 7, pp. 14 y 15.

Los criterios de evaluación de las prácticas relativas son la determinación del mercado relevante y la posición dominante en ese mercado¹⁷. El mercado relevante se analiza en relación al producto y al mercado geográfico.

La posición dominante del mercado se refiere a una serie de características propias de una empresa, la cual le permite controlar un mercado, es decir, cuenta con el poder suficiente para fijar precios y para mantenerlos.

1.1.4 Concentraciones: fusiones y adquisiciones

Genéricamente se denomina concentración a los actos jurídicos por medio de los cuales una o más personas morales buscan detentar mayor parte del mercado relevante de un bien o servicio. Las formas más usuales de concentración son las fusiones y adquisiciones.

Una fusión es un acto jurídico por medio del cual dos o más personas morales deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona moral diferente a las fusionadas. Una adquisición, en cambio, se da cuando una persona moral compra a otra persona moral, la cual desaparece, pasando a formar parte de la adquirente.

Las fusiones y adquisiciones logran mediante la expansión externa lo que no puede conseguirse con el crecimiento interno de las empresas o con contratos entre empresas (es decir, con cárteles) pero, en ocasiones, a costa de los consumidores.

Este tipo de actos no necesariamente son anticompetitivos, sin embargo, en muchas ocasiones sus efectos pueden llegar a serlo, por lo que en la mayoría de legislaciones se prevé un mecanismo de control mediante notificación previa de la fusión.

Este esquema de tipos de prácticas restrictivas será empleado al analizar la legislación de cada uno de los países que conforman este estudio.

1.2 Intereses protegidos

Los intereses protegidos mediante la regulación de prácticas restrictivas son esencialmente tres: 1) promover el bienestar del consumidor (*consumer welfare*); 2) fomentar la eficiencia económica; y 3) la protección del proceso competitivo.

¹⁷ Jorge Witker, "Prácticas desleales...", *ob. cit.*, p. 145.

1.2.1 Promover el bienestar al consumidor

El objetivo último de la política y legislación de competencia es siempre el efecto en los consumidores, los efectos en otros productores sólo son considerados en la magnitud que ellos afectan finalmente a los consumidores.

El bienestar de los consumidores se refleja e través de mayor variedad, mayor calidad y precios bajos. Este estado es "eficaz" en la medida en que los consumidores no paguen ni más ni menos del costo.

El bienestar de los consumidores se mide a través de las ventajas proporcionadas a los individuos por el consumo de bienes y servicios. En teoría, el bienestar individual se define mediante la evaluación por parte del individuo de su propia satisfacción, teniendo en cuenta su renta y el nivel de precios de los bienes y servicios. Para medir con exactitud el bienestar de los consumidores, es preciso conocer pues las preferencias de los individuos.

En la práctica, la economía aplicada del bienestar recurre a la noción de *excedente de los consumidores* para medir el bienestar de estos últimos. El excedente de los consumidores es un indicador del bienestar total de los consumidores. Desde el punto de vista del derecho, y de la política de la competencia, las opiniones son discrepantes en cuanto al objetivo a perseguir: para algunos, es preciso maximizar el excedente de los consumidores; para otros, es preciso asimismo tener en cuenta las ventajas que se obtendrán por parte de los productores¹⁸.

Los países que emplean este criterio lo justifican en la necesidad de un marco legislativo y político adecuado para proteger a los consumidores contra ciertas prácticas anticompetitivas que aumentan los precios y reducen la producción ya que, de no existir un marco normativo apropiado, los consumidores serían víctimas de actores inescrupulosos que se desempeñan en el mercado¹⁹.

¹⁸ OCDE, *Glosario de economía industrial y derecho de la competencia*, ob.cit., p. 18.

¹⁹ Véase WT/WGTP/W/80, 18 de septiembre de 1998, (98-3575), párrafo 10.

1.2.2 Fomentar la eficiencia económica

Eficiencia que se da en tres vertientes:

- *Eficiencia de asignación.* Se preocupa por asegurar que los recursos económicos sean distribuidos a aquellos que pusieron el valor principal en ellos.
- *Eficacia productiva.* Se preocupa por asegurar que un nivel dado de rendimiento sea logrado al costo más bajo. En mercados competitivos se logran la eficiencia de asignación y la eficiencia productiva al mismo punto.
- *Eficiencia dinámica.* Mientras las eficiencias de asignación y eficiencia productiva son conceptos estáticos, la eficacia dinámica está interesada con el proceso de descubrir las mejores tecnologías, procesos y productos que agraden al consumidor incorporándolos eficazmente en el sistema económico.

La política y la legislación de competencia pueden servir al objetivo de una mayor eficiencia, tanto en su sentido estático como dinámico²⁰. La competencia en los mercados promueve la eficiencia gracias a que: i) conduce los precios a los costos marginales; ii) consigue que las empresas produzcan al menor costo posible; y iii) proporciona incentivos para las actividades de investigación y desarrollo de las empresas y la introducción por éstas de nuevos productos y métodos de producción en los mercados²¹.

1.2.3 La protección del proceso competitivo

Mediante las políticas de competencia económica no se busca proteger como tal a alguno de los participantes del proceso competitivo, sino que por el contrario se busca hacer eficiente el proceso productivo, impidiendo que en

²⁰ Por eficiencia estática se entiende la utilización óptima de los recursos existentes en una sociedad con el fin de satisfacer las demandas de los consumidores ("eficiencia en la asignación de los recursos") al menor costo posible ("productividad"). La eficiencia dinámica, que algunos economistas consideran incluso más importante que la eficiencia estática, significa la introducción óptima de nuevos productos, procesos de producción más eficaces y estructuras superiores de organización con el tiempo.

²¹ WT/WGTCF/W/80, párrafo 9.

alguna parte de la cadena productiva existan conductas de los agentes económicos que entorpezcan el desempeño y actividad del resto de los agentes productivos.

2. Las prácticas desleales de comercio internacional

Las prácticas desleales de comercio internacional son comportamientos anticompetitivos que, efectuados por gobiernos o empresas privadas, distorsionan precios a exportaciones de bienes y servicios y dañan a los productores domésticos de los países huéspedes.

Las modalidades que asumen estas prácticas mercantiles ilícitas son el dumping y las subvenciones, cuyas características y efectos empresariales se analizan en los siguientes capítulos de este libro.

Estas prácticas nacen vinculadas al comercio internacional, pero al igual que las prácticas restrictivas, con la globalización y liberalización de inversiones, servicios y mercancías sus incidencias y efectos se han modificado y confundido con otras variables jurídico-empresariales que ejemplificamos en los párrafos siguientes.

En efecto, es posible afirmar que una política comercial de libre mercado no puede desligarse de una política de competencia que conjugue los objetivos hacia mercados competitivos y desregulados. Hay una compleja superposición, contradicción y divergencia entre las normas de competencia y las normas de liberalización comercial.

Así la política comercial postula y ejecuta la remoción de barreras fronterizas del comercio, pero la utilización de esa liberalización queda en manos de monopolios de importación, derivando un efecto nulo para la eficiencia productiva-mercantil y para los consumidores en general.

En otros casos, donde ya existe liberalización significativa, mediante la remoción de aranceles y otras barreras, existe la posibilidad de que las prácticas restrictivas de varios tipos socaven el efecto de las concesiones. Por ejemplo, la imposición de estándares técnicos acordados por productores nacionales pueden significar medidas que restringen el acceso a los mercados. Situaciones similares tienen lugar cuando las profesiones y asociaciones que se autodeterminan controlan el acceso en los mercados mediante la certificación y expedición de licencias.

En igual sentido los monopolios públicos y privados pueden volverse instrumentos de protección particularmente oscuros, favoreciendo a distribuidores locales, especialmente en las licitaciones de las compras gubernamentales, el manejo y asignación de cupos de importación, como sucede con el licor canadiense y las pastas avícolas mexicanas.

Por el contrario, hay actos administrativos de política comercial que por sancionar importaciones desleales, crean y edifican situaciones monopólicas o de dominio de mercado. Por ejemplo, una cuota compensatoria aplicada en México contra la importación de juguetes de origen chino excluye expresamente de la sanción a tres empresas estadounidenses, las que a partir de esa resolución se transforman, en los hechos, en monopolistas relativos que controlan totalmente el mercado de juguetes chinos.

En otras palabras, hay hechos de política comercial que liberalizan mercados y estimulan la competencia, mientras esos mismos hechos son aprovechados por agentes económicos privados o públicos que actúan en forma anticompetitiva y depredatoria.

En efecto, los cárteles o ententes públicos o privados, el establecimiento de normas técnicas y estándares, los acuerdos verticales, las posiciones dominantes de mercado, las fusiones, asumen con la globalización de las empresas dimensiones que afectan las políticas de liberalización comercial y que deben preocupar a los países que diseñan y negocian el ALCA.

Tanto en la Organización Mundial de Comercio, como en los tratados de libre comercio, hay preocupación por coordinar las políticas y derecho de competencia con las políticas comerciales, incluyendo la concentración de ambas, en un estatuto interno de competencia o incluso en un tratado multilateral sobre competencia.

La sanción de las prácticas anticompetitivas debe abordarse con un criterio de coordinación, más no de igualación.

El ejemplo de la Unión Europea, del Tratado de Libre Comercio Australia-Nueva Zelanda, del Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá son evidencias de que la tendencia apunta a diseñar un derecho de la competencia que articula las prácticas desleales con las prácticas restrictivas, identificando en los mercados geográficos de origen y no en los efectos, las medidas y normas jurídicas preventivas o represivas de rigor.

Las prácticas desleales de comercio internacional consisten básicamente en el dumping y las subvenciones. A reserva de estudiar lo relativo a dichas prácticas en el capítulo IV de este volumen, presentaremos sus rasgos característicos.

2.1 *Dumping*

El dumping es un tipo de práctica desleal, realizado por empresas, consistente en la introducción de mercancías en un país a un precio inferior a su valor normal (discriminación de precios) y será sancionado cuando se demuestre que causa un daño o amenaza de daño a la producción nacional.

La imposición de medidas antidumping constituye un medio de los Estados para imponer restricciones al comercio internacional, y para su establecimiento debe observarse el acuerdo específico de la OMC.

2.2 Subvenciones

La subvención es una práctica desleal realizada por los gobiernos. Los subsidios o subvenciones a la producción o exportación de determinados artículos son mecanismos utilizados por los gobiernos para impulsar su planta industrial. Los subsidios pueden significar instrumentos importantes en la promoción del desarrollo, pero es necesario que éstos no lesionen los intereses de los signatarios y que las medidas compensatorias no obstaculicen injustificadamente el comercio internacional, pues de lo contrario serán sancionados con la imposición de una "cuota compensatoria".

III. LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL GATT-OMC

Generalmente se acepta que las disciplinas multilaterales del GATT-OMC están referidas a las políticas comerciales y que contemplan las prácticas restrictivas de los gobiernos, sin embargo, varias disposiciones relativas a la competencia se refieren directa o indirectamente a conductas anticompetitivas de las empresas privadas, relativas a la competencia.

A continuación comentamos algunas normas jurídicas que relacionan comercio y competencia, es decir, elementos articuladores del derecho de la competencia. Se omitirá el estudio de los acuerdos sobre prácticas desleales, los cuales son objeto de un extenso análisis en el capítulo IV de este volumen.

1. Artículo II.4

"Si cualquier parte contratante establece, mantiene o autoriza, formalmente o de hecho, un monopolio a la importación de cualquier producto descrito en la respectiva lista que se anexa a este Acuerdo, dicho monopolio no deberá operar de tal manera que se permita la protección del promedio en exceso de la cantidad de protección prevista en el listado, salvo que se disponga lo contrario en tal lista o se acuerde de otra forma, entre las partes que negociaron inicialmente la concesión".

Esta disposición reconoce que existen prácticas "transfronterizas" que pueden aumentar el nivel de protección contra las importaciones, más allá de lo que se dispone en las medidas fronterizas obligatorias en el listado de un país miembro. Aparentemente, se busca disciplinar esas prácticas para que los compromisos sobre protección fronteriza no sean burlados. En este caso, existe la prescripción de una conducta de un importador monopolista que opera para alcanzar la protección del "promedio" en exceso del nivel de protección al que se tiene obligación sobre el producto en cuestión. Esto se da cuando una parte contratante "establece, mantiene o autoriza" el monopolio en la importación "formalmente o de hecho".

Cuando se trata de interpretar los tipos de práctica que se cubren con esta provisión, sería conveniente recordar el razonamiento que siguió el panel de 1988 regido por el GATT de 1947 con respecto a la importación, distribución y venta de bebidas alcohólicas por autoridades provinciales canadienses.

El panel resolvió que, en este caso, el tratamiento diferencial de las bebidas alcohólicas importadas frente a las bebidas nacionales sólo se podía justificar si la diferencia era proporcional a los costos diferenciales del mercadeo de los productos importados. Al llegar a esta conclusión se le solicitó al panel su argumento en cuanto a que el diferencial estaba, no obstante, garantizado en términos de "consideraciones comerciales normales". Entonces, el panel discutió asuntos en relación a qué constituiría un comportamiento comercial normal en las empresas, y sus condiciones normales de competencia:

El panel resaltó el argumento de Canadá de que en algunas instancias, los tratamientos diferenciales también reflejaban una política tendiente a maximizar las utilidades de parte de los ministerios provinciales del licor, que imponían impuestos más altos a las bebidas alcohólicas importadas que a las nacionales porque vendían los productos importados con un sobreprecio y explotaban la menor demanda de estos productos, y que esta política concordaba con el Acuerdo General porque la maximización de la utilidad estaba justificada en las consideraciones normales de comercialización. El panel consideró que el margen de lucro de un monopolio de importación que provenía de políticas de maximización de utilidad de los ministerios provinciales del licor no podría considerarse normalmente un "margen razonable de lucro". ...De acuerdo con el significado normal de estas palabras según se dispone en los Artículos II y 31 de la Carta de La Habana" ...un margen de lucro razonable era un margen de lucro que se obtuviera bajo condiciones normales de competencia (en ausencia de un monopolio)".

2. Artículo III

El Artículo III, en relación a la obligación de trato nacional, puede tener importancia cuando contempla asuntos relativos a la competencia. Esta disposición fundamentalmente contempla el mantenimiento de condiciones competitivas, independientes de los efectos reales de comercio. Puede ser útil notar ciertos aspectos del razonamiento de un panel en este punto. En el Reporte del Panel de 1987 acerca de Impuestos de los Estados Unidos sobre el Petróleo y Ciertas Sustancias Importadas (Superfund) destaca:

Artículo III:2, primer párrafo, obliga a los países contratantes a establecer ciertas condiciones competitivas para los productos importados en relación a los productos nacionales. A diferencia de otras disposiciones del Acuerdo General, no trata sobre efectos comerciales... La demostración de que una medida inconsistente con el Artículo III:2 primer párrafo, tiene efectos insignificantes o nulos no sería en la opinión del Panel suficiente demostración de que los beneficios que se acumulan con esa disposición no han sido nulificados o perjudicados.

3. Artículo XI

El Artículo XI prohíbe el uso gubernamental de la mayoría de las restricciones y prohibiciones cuantitativas de importación y exportación. Como tal no regula o disciplina las acciones o medidas puramente privadas, aunque sí hay posibles implicaciones de esta disciplina por la forma en que se tratan ciertas prácticas privadas.

Bajo este tenor, sería interesante ver el razonamiento utilizado en un caso de resolución de controversias bajo el GATT 1947. En el Reporte de Panel de 1988 sobre Comercio Japonés en Semi-conductores, el Panel encontró que las medidas del Artículo XI se aplicaban a pesar de que no tenían el nivel de ser legalmente obligatorias. Al llegar a esta posición el panel dispuso entre otras cosas que:

“Cualquier medida instituida o mantenida por una parte contratante que restrinja la exportación o venta para la exportación de productos estaba contemplada en esta disposición, sin tomar en cuenta el estatus legal de la medida”.

En este caso particular, el panel concluyó que la ausencia de obligaciones formalmente obligatorias legalmente con respecto a la exportación

“tenían una diferencia de forma más que de sustancia porque las medidas se operaban de forma equivalente a los requisitos obligatorios”.

4. Acuerdo sobre Salvaguardias

El preámbulo al Acuerdo de Salvaguardias, *inter alia*, dice que los miembros reconocen “la importancia de un ajuste estructural a la necesidad de enfatizar la competencia en los mercados internacionales, en lugar de limitarla”.

Artículo 11 (b) dispone que:

[...] un Miembro no buscará, asumirá o mantendrá ninguna restricción voluntaria a la exportación, ordenamientos de arreglos mercantiles o cualquier otra medida sobre la exportación o importación.

Se especifica que las “medidas similares” incluyen:

[...] moderación en la exportación, sistemas de monitoreo a la exportación e importación, vigilancia a la exportación e importación, cárteles de importación obligatorios y esquemas discrecionales de licencias a la exportación e importación, cualquiera de los que pueden alcanzar protección a la industria del país importador.

Aún más, el Artículo 11.3 dispone que:

Los miembros no estimularán o apoyarán la adopción o mantenimiento por parte de las empresas públicas y privadas de medidas no gubernamentales equivalentes a las referidas en el párrafo 1.

Surge así una pregunta respecto a lo que significaría “estimulación” o “apoyo” por parte de un gobierno acerca de, por ejemplo, “la moderación en la exportación” por parte de empresas privadas. ¿Difieren estos criterios de los aplicables en el referido Artículo XI?

5. Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS)

El GATS contiene varias obligaciones y disciplinas que rigen para todos los Estados miembros, además de los compromisos particulares de éstos en programas y sectores específicos de servicios. Contiene también disposiciones de aplicación general, como las referidas a la resolución de controversias. Adicionalmente, el GATS también manifiesta las obligaciones que sólo se aplican a sectores en los cuales el Miembro en cuestión ha especificado compromisos en su programa. Vale la pena notar que el Artículo 1 (3) del GATS contempla "medidas adoptadas por cuerpos no-gubernamentales en el ejercicio de poderes (delegados)".

En el caso de las obligaciones y disciplinas generales, obligatorias a todos los Miembros aparte de sus compromisos específicos, los Artículos 7 ("Reconocimiento"), 8 ("Monopolios y Abastecedores Exclusivos de Servicios") y 9 ("Prácticas Mercantiles") contienen varias disposiciones relativas a la competencia. Los Artículos 7 y 3 sobre Regulación Interna y Transparencia también pueden ser de relevancia.

El Artículo 7 tiene el objetivo aparente de impedir que se apliquen requisitos como son el otorgar licencias, certificación o requisitos similares como barreras para el acceso a mercados de los proveedores extranjeros. El Artículo permite el reconocimiento del licenciamiento o certificación de otro Miembro, con una base bilateral o plurilateral en el caso de que esa "oportunidad adecuada" se conceda a otros Miembros para negociar su acceso, y que los acuerdos no se usen como medio de discriminación entre países. El Artículo 7 también dispone que "cuando sea apropiado" los criterios acordados multilateralmente deben emplearse para el reconocimiento y armonización de estos requisitos.

El Artículo 8 señala que los monopolios públicos o privados deben respetar, entre otros, la obligación de la Nación Más Favorecida consignada en el Artículo 2 del GATS.

El Artículo 9 (1) dispone que: "Los Miembros reconocen que ciertas prácticas comerciales de los proveedores de servicios, diferentes a las que recaigan en el Artículo 8, pueden restringir la competencia y con ello dar lugar a restricciones en los servicios y el comercio". El Artículo 9 obliga a los Miembros a que acceda a cualquier consulta o cuestionamiento de cualquier Miembro en relación a dichas prácticas "con vista a eliminarlas". También impone el deber de cooperar proveyendo información no confidencial relevante al asunto en cuestión.

6. Otras Disposiciones

- El Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio incluye reglas que aseguran que la preparación, adopción y aplicación de regulaciones técnicas, estándares y los procedimientos de evaluación por parte de cuerpos no gubernamentales no son más restrictivos del comercio de lo necesario (Artículos 3.4.8).
- El Acuerdo sobre Reglas de Inspección previas al Embarque, incluye reglas detalladas para las actividades de entidades de inspección previas al embarque (Artículo 2).
- El Acuerdo sobre Subsidios contempla “el desplazamiento de mercado”, “recorte de precios” y “contrataciones voluntarias” por los exportadores en detalle (Artículos 6 y 18) y explícitamente requiere el examen de “prácticas comerciales restrictivas y de competencia entre los productores extranjeros y nacionales” al determinar el “daño” (Artículo 15).
- El concepto de la nulidad y perjuicio de no-violación, basada en el Artículo XXIII del GATT, puede dar la base a la negativa del reto al acceso a mercado que deprimen, fundamentalmente, las concesiones abarataadas. Se argumenta que no hay conclusión en cuanto a qué podrían hacer las partes que restringen el comercio, en tales situaciones.
- El Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relativas al Comercio solicita que el Consejo para el Comercio sobre bienes revise su operación antes de los cinco años posteriores a la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC. En el curso de esta revisión: “El Consejo para el Comercio de Bienes deberá considerar si el Acuerdo debe complementarse con provisiones sobre la política de inversión y de competencia”.
- El Acuerdo sobre Compras de Gobierno también podría ser relevante cuando se trate de ciertas prácticas anti-competitivas privadas, por ejemplo, al requerir la transparencia en las decisiones de compras de gobierno.

Como vemos, la relación entre comercio y competencia es clara en la legislación multilateral y su consistencia es fundamental para la implementación de las políticas públicas; consistencia que podemos resumir así:

a) Áreas donde la Legislación de competencia apoya los objetivos de la legislación sobre prácticas desleales. Por ejemplo, consistencia plena de la

política de competencia con los principios del GATT-OMC, en relación a trato nacional, nación más favorecida y transparencia.

b) Áreas donde la legislación de competencia no apoya los objetivos de la política comercial sobre prácticas desleales. Por ejemplo, diseñar mecanismos que favorezcan a los monopolios internos en los concursos de compras gubernamentales (contratos de adquisición y obra pública en violación a los principios del Código de Compras de gobierno del GATT-OMC).

c) Áreas donde la política comercial apoya los objetivos de la legislación de competencia. Por ejemplo, estimular y propiciar el flujo de bienes, servicios, tecnologías y mano de obra calificada extranjera que impacte la competencia doméstica y ataque las posiciones monopólicas de agentes domésticos sobreprotegidos.

d) Áreas donde la política comercial no apoya los objetivos de la legislación de competencia. Por ejemplo, políticas gubernamentales en materia de acuerdos para limitar exportaciones —públicos o privados—, facilitar el establecimiento de cárteles y repartos de mercados domésticos. Asignación arbitraria de cupos de importación a una empresa que al ser el único importador se vuelve monopolista.

IV. TÉCNICAS PARA REPRIMIR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

El modelo social de represión en las normas anticompetitivas se manifestó, principalmente, al terminar la Segunda Guerra Mundial y continúa vigente. Se presenta cuando la normatividad represora de la competencia ilícita deja de ser un ordenamiento primordialmente concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse progresivamente en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial verdadero.

En cuanto a las Técnicas Jurídicas para reprimir las prácticas anticompetitivas, encontramos que primordialmente existen dos métodos jurídicos que se utilizan para ello. El primero es mediante la aplicación de un principio general fundado en la responsabilidad extracontractual o Aquiliana en virtud de un daño que se le ocasiona a otro, o también mediante la existencia de leyes especiales.

Con relación al primer método, encontramos que cuando no existe un concepto legal que de forma específica defina y prohíba los actos de prácticas

anticompetitivas, es la jurisprudencia la que los considera comprendidos dentro de aquellos supuestos de responsabilidad por el daño causado a otros indebidamente, toda vez que la conducta no puede dejar de ser ilícita.

El segundo de los métodos es el que encontramos en los ordenamientos jurídicos modernos que analizaremos en capítulos posteriores, y los cuales contemplan la ilicitud de la práctica anticompetitiva como resultado de un modo expreso de lo que determina una ley especial y por ende no requieren buscar la derivación de la aplicación de principios generales.

Dentro de ambos métodos encontramos una similitud consistente en que se utilizan o incorporan a la norma concepciones extrajurídicas, conceptos axiológicos facilitadores de la interpretación y determinados patrones de aplicación directa a la realidad que se regula: "la buena fe en la competencia, las buenas costumbres mercantiles, los usos honestos en el tráfico, la probidad comercial y otros análogos". Sin su ayuda ni la más meticulosa especificación legal de los actos ilícitos en la competencia permitirían abarcar dentro de su ámbito toda la gama de formas y modalidades posibles de actuación irregular en la lucha concurrencial.