

DERECHO DE LA COMPETENCIA

Por Fernando Andrés Beconi Ortiz (*)

1. Introducción

El derecho de la **competencia** es el conjunto de normas que regulan la libertad de desarrollar actos de comercio en forma **leal** dentro del **mercado**. Las legislaciones actuales implementan un marco regulatorio capaz de controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o **el abuso de una posición dominante** en el mercado, y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico.

2. El origen de la regulación de Defensa de la Competencia

2.1 La Sherman Act y la Clayton Act

El derecho de la competencia puede ser definido como el conjunto de normas que regulan la libertad de desarrollar actos de comercio en forma leal dentro del mercado. Sus orígenes los podemos hallar en el Derecho Antitrust de los Estados Unidos de América, que a partir de las prácticas en la época consideradas lesivas a la libre competencia consumadas por la mítica compañía Standard Oil, encuentra eco en la histórica Ley Sherman, conocida también como Sherman Act, presentada por el Senador John Sherman ante el Congreso Norteamericano en el año 1890, promulgada bajo la presidencia de Benjamín Harrison.

Con posterioridad complementa la referida Ley Sherman la también icónica Ley Clayton, o la Clayton Act.

La Sherman Act establece sanciones para los contratos que atenten al libre comercio y promuevan el monopolio.

Por su parte la Clayton Act establece la ilegalidad de la discriminación de precios, los contratos perjudiciales de exclusividad y las llamadas cláusulas atadas, la concentración consumada por medio de la absorción y adquisición de empresas competidoras, así como la integración de los órganos de gobierno (accionistas y directores) por personas vinculadas.

Con posterioridad, y a mediados del siglo XX, y principalmente luego de la Segunda Guerra Mundial, se generan nuevas instituciones del Derecho de la Competencia en el marco del nacimiento de la Unión Europea. Éstas son el abuso de posición de dominio y no el monopolio en sí; lo que permitió al surgimiento de normas internacionales en este sentido.

En el derecho europeo, constituye un aporte de gran importancia el Tratado de Roma suscrito en el año de 1957, que en sus Artículos 85 y 86 que contienen las normas fundamentales del Derecho de la Competencia, (prácticas colusorias prohibidas el primero y el abuso de posición de dominio el segundo) en base de los cuales se ha ido desarrollando el derecho comunitario de corrección del tráfico económico y que ha servido de base para la armonización de las normas en este materia a nivel europeo y un ejemplo a nivel mundial.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción, y Profesor de Derecho Civil y Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción.

En los años 70, en las Naciones Unidas, se dan esfuerzos para sancionar códigos internacionales de conducta en materias vinculadas “al Derecho de la Competencia, tal como la transferencia de tecnología y la operación de empresas multinacionales”, aprobándose un Código sobre Prácticas Restrictivas que busca impedir prácticas restrictivas al comercio internacional, pero que ha carecido en la práctica de un real valor por su falta de aplicación.

3. La regulación de la competencia a nivel internacional

3.1 Las prácticas restrictivas comerciales y la OIC

La Carta de creación de la Organización internacional del Comercio de 1946 (OIC) (1) tuvo un capítulo especial dedicado a las prácticas comerciales restrictivas (2) con un germen de institucionalidad de y sanciones internacionales como instrumentos correctivos (3). Este acuerdo internacional nunca entró en vigencia y la OIC fue sustituida por un marco normativo más flexible: el GATT 1947.

3.2 El conjunto de principios en el seno de la UNCTAD

Décadas después, de conformidad con la decisión 34/447 de la Asamblea General de 19 de diciembre de 1979, se reunió la Conferencia de la UNCTAD entre el 8 y el 22 de abril de 1980 en Ginebra. Cuando concluyó sus trabajos, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas adoptó una resolución por la que aprobó el *Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas*, en el que había convenido, y transmitió este Conjunto de principios y normas a la Asamblea General en su trigésimo quinto período de sesiones para que lo aprobase como resolución.

La Asamblea General aprobó por su resolución 35/63 de 5 de diciembre de 1980 el presente Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Prácticas Comerciales Restrictivas.

Desde la aprobación del Conjunto en 1980 se han celebrado, con los auspicios de la UNCTAD, varias Conferencias encargadas de examinar todos los aspectos del Conjunto. La Cuarta Conferencia de Examen (25 a 29 de septiembre de 2000) aprobó una resolución (TD/RBP/CONF.5/15, de 4 de octubre de 2000) en la que, entre otras cosas:

“Reafirma la validez del Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, de las Naciones Unidas, recomienda a la Asamblea General que dé al Conjunto, con fines de referencia, el subtítulo de “Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas”, y pide a todos los Estados miembros que apliquen las disposiciones del Conjunto”.

3.3 Algunos puntos importantes

Este instrumento internacional pretende alcanzar los siguientes 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

(1) CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y EMPLEO, ACTA FINAL Y DOCUMENTOS CONEXOS, E/CONF.2/78, La Habana, Cuba, 21 de noviembre de 1947, 24 de marzo de 1948. También conocida como Carta de la Habana.

(2) Artículo 46.

(3) Artículos 47, 48, 49 y 50.

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”.

Los numerales 4 y 5 contenido en los objetivos formulan la necesidad de 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 de los países en desarrollo. De ahí que formular un Conjunto de Principios y Normas Equitativos busca su adopción en el plano internacional, y facilitar así el fortalecimiento de las leyes y políticas en esa esfera en los planos nacional y regional. Un punto fundamental de esta normativa internacional es que se toma en cuenta la necesidad de establecer un nuevo orden económico internacional. Coincidentemente, como parte de esta reivindicación, el Gobierno ecuatoriano reivindica una nueva arquitectura financiera internacional tanto a nivel mundial como regional.

En consecuencia, este instrumento, si bien recoge definiciones y conceptualizaciones de aspectos de la competencia, esta recopilación conceptual, tiene rasgos específicos por cuanto no contiene las principales reivindicaciones de los países menos desarrollados. Estas conciernen principalmente un re-equilibrio de la relación – comercial, económica, financiera– con los países desarrollados.

Se puede afirmar en efecto que este instrumento sobre competencia, contiene las normas y definiciones básicas, pero al mismo tiempo, contiene un objetivo estratégico que los engloba (4). Es decir, existe y subyace una matriz, una lógica, una visión del mundo, del mercado, de sus reglas, en tanto que instrumento que, al mismo tiempo, se ubica en la lógica de la libertad de comercio, pero incluyendo reivindicaciones tales como la reestructuración de las relaciones comerciales, económicas y financieras internacionales. Una distinción particular es contenida en el documento: las maneras en que los posibles acuerdos internacionales sobre competencia podrían aplicarse a los países en desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que estos países pudieran adoptar y aplicar un derecho y una política de la competencia compatibles con su nivel de desarrollo económico. Un punto no menos importante es que se refiere en forma explícita a las sociedades transnacionales y la necesidad de controlar sus operaciones. Dicho control requiere un Estado fuerte y Poderes Públicos con las competencias necesarias, pero esencialmente, la construcción de una nueva cultura jurídica en este campo. A nivel internacional o existe aún ninguna institución que se ocupe en forma específica de la aplicación de la norma en materia de

(4) Cons., UNCTAD, Evaluación del funcionamiento del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas, TD/RBP/CONF.5/3, 3 de agosto de 2000.

competencia. Importante señalar que el instrumento de las Naciones Unidas no tiene carácter vinculante (5).

3.4 La Ley Tipo de Competencia

La Asamblea General de la ONU, en su Resolución 52/182, de 18 de diciembre de 1997, procedió al cambio de nombre del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas por el de Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia (6), tal como lo había recomendado inicialmente la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas en noviembre de 1995. En el ínterin, la cuestión del derecho y la política de la competencia había seguido atrayendo considerable atención en los planos nacional e internacional. La adopción de esta normativa internacional— ley modelo—, destinada a servir como marco general, se da en el proceso de apertura comercial a nivel mundial y en el marco de las profundas transformaciones del Estado, incluyendo la aplicación de políticas de privatización o liberalización de empresas públicas y/o sectores y recursos estratégicos (7), observándose prácticas contrarias a la competencia como las megafusiones (8) y las prácticas transfronterizas anticompetitivas por parte de las empresas (9), abusos de posición dominante, cárteles (10), restricciones verticales (11), entre otras (12).

La competencia es definida como actos que abarcan “...la rivalidad entre las empresas y las estructuras del mercado que dan lugar a esta rivalidad...” (13), mientras

(5) Cons UNCTAD, informe de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, TD/RBP/CONF.4/15, Ginebra, del 13 al 21 de noviembre de 1995.

(6) Informe del Grupo Intergubernamental de expertos en derecho y política de la competencia sobre su primer período de sesiones, Ginebra, 29 al 31 de julio de 1998, TD/B/COM.2/13, TD/B/COM.2/CLP/5, p. 3.

(7) A este respecto se recuerda que “...la desregulación, la privatización y la introducción de una mayor competencia en cierto número de sectores de los países de la OCDE ha tenido como consecuencia general la entrada en el mercado, reducciones de los costos, precios y beneficios, una mejor calidad de servicio y la innovación...”. UNCTAD, pruebas empíricas de las ventajas que se derivan de la aplicación de los principios del derecho y la política de la competencia al desarrollo económico a fin de conseguir mayor eficiencia en el comercio internacional y en el desarrollo, Informe **revisado** de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, p. 16-17.

(8) UNCTAD, La política de la competencia y el ejercicio de los Derechos de Propiedad Intelectual, Informe **revisado** de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/22, 8 de mayo de 2001, pp. 12-14; UNCTAD, **La política de la competencia y el ejercicio de los Derechos de propiedad intelectual**, Informe **revisado** de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/22/Rev.1, 19 de abril de 2002.

(9) Ver, UNCTAD, Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia sobre su tercer período de sesiones, Palacio de las Naciones, Ginebra, 2 al 4 de julio de 2001, TD/B/COM.2/32-TD/B/COM.2/CLP/24.

(10) UNCTAD, Síntesis de las investigaciones de cárteles recientes que se han hecho públicas, Nota de la secretaría de la UNCTAD, TD/RBP/CONF.6/4, 5 de septiembre de 2005.

(11) La política de defensa de la competencia y las restricciones verticales, Nota de la secretaría de la UNCTAD, UNCTAD/ITCD/CLP/Misc.8, 12 de enero de 1999. Entre éstas, fijación de precios de reventa, negativa a tratar se refiere a la práctica de negarse a facilitar un producto a un comprador, frecuentemente un detallista o mayorista. La exclusividad, cuando se exige a los distribuidores que sólo ofrezcan mercancías suministradas por un determinado fabricante y no se les permite vender marcas competidoras. La exclusividad territorial se asigna una parte del mercado al por menor a un minorista determinado: La fijación de cantidades, venta condicionada o la situación en que un fabricante sólo venderá un producto a un distribuidor, a un minorista o a un consumidor si el comprador adquiere otro producto que no guarda relación con el anterior y la imposición de un surtido completo (que se considera una forma especial de venta condicionada) supone la adquisición forzada por los distribuidores de toda una gama de productos de un determinado fabricante.

(12) UNCTAD, Abuso de la posición dominante, Informe de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/CLP/66, 21 de mayo de 2008.

(13) UNCTAD, Informe **revisado** de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, *Op. cit.*, p. 6.

que por política de competencia se entiende “... la destinada a mantener e impulsar la competencia tanto por medio de la aplicación del derecho de la competencia contra las prácticas comerciales restrictivas de algunas empresas como por medio de la influencia ejercida sobre la elaboración o aplicación de otras políticas o medidas gubernamentales reguladoras de la competencia” (14).

En el seno de la UNCTAD se parte de la presunción de que, “...cuando las empresas rivalizan por ofrecer productos competitivos que tienen en cuenta intereses de los consumidores como la seguridad, la competencia promueve otros objetivos de protección del consumidor” (15). El principio general formulado en el seno de la UNCTAD es que, en un régimen de competencia, “...el mercado premia a los productores eficientes y sanciona a los ineficientes” (16).

3.5 Puntos resaltantes de la ley modelo

En cuanto a los objetivos y propósitos perseguidos, la Ley Tipo sobre competencia, versión actualizada 2010 (17), estuvo sujeta a constante revisión desde el 2007. El texto 2010 revisado, Capítulo I, se propone constituir un marco regulatorio capaz de “...controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado, que limiten el acceso a los mercados o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional o el desarrollo económico” (18). Esta disposición se ha redactado de conformidad con el párrafo 2 de la sección E del Conjunto de principios y normas, que enuncia el principio fundamental en que los Estados deberían fundar su legislación en materia de prácticas comerciales restrictivas (19).

El Capítulo III, concierne a los Convenios o acuerdos restrictivos. El numeral I, referente a la Prohibición de los convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u oficiosos establece la prohibición de: a) convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional; b) licitación colusoria; c) reparto de mercados o clientela; d) restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; e) negativa concertada a comprar; f) negativa concertada a suministrar; g) negativa colectiva a que se acceda a un acuerdo o a una asociación que sean decisivos para la competencia (20).

(14) *Ibidem*. Cons. igual., UNCTAD, Política de la competencia y de protección del consumidor Nota de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/C.I/EM/2, 14 de mayo de 2012.

(15) UNCTAD, Política de la competencia y de protección del consumidor, *Op. cit.*, p. 3.

(16) UNCTAD, Informe **revisado** de la secretaría de la UNCTAD, TD/B/COM.2/EM/10/Rev.1, 25 de mayo de 1998, *Op. cit.*, p. 7.

(17) UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, TD/RBP/CONF.7/8, 2010.

(18) La versión 2010 recoge lo esencial de; UNCTAD, Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo, TD/RBP/CONF.5/7, **Posibles elementos del Artículo 1, Ginebra, 2000, p. 3. Cons. Igual.**, TD/B/RBP/81/Rev.5, 20 de febrero de 1998, Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo, Preparado por la secretaría de la UNCTAD, Ginebra, 1998; UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el derecho y la política de la competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, 2007.

(19) UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, *Op. cit.*, p. 15.

(20) UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, *Op. cit.*, p. 4.

El Capítulo IV contiene los Actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado (21). En el numeral I, explicita la prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado o que supongan adquisición y abuso de esa posición: a) Cuando una empresa, por sí o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios; b) Cuando los actos o conductas de una empresa dominante limiten el acceso a un mercado pertinente o restrinjan indebidamente de algún otro modo la competencia y tengan o puedan tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico.

En el numeral b) la expresión “que limiten el acceso a los mercados”, se refiere a las medidas destinadas a estorbar o impedir la entrada de competidores reales o potenciales (22). Por su parte, el adverbio “indebidamente”, indica que los efectos de las restricciones deben ser perceptibles, así como injustificados o graves, para que la prohibición se aplique (23).

El numeral II se refiere a los Actos o conductas considerados abusivos, entre ellas, a) el comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores; b) La fijación discriminatoria (es decir, injustificadamente diferenciada) de los precios o de las modalidades o condiciones del suministro o la compra de bienes o servicios, incluso mediante políticas de fijación de precios en las transacciones entre empresas participadas que sobrefacturen o subfacturen los bienes o servicios comprados o suministrados en comparación con los precios fijados para las transacciones similares o comparables que no se realicen entre las empresas participadas; c) La fijación de los precios a los que pueden revenderse las mercancías, incluidas las importadas y las exportadas; d) las restricciones a la importación de bienes a los que se haya aplicado legítimamente en el extranjero una marca de fábrica o de comercio idéntica o similar a la marca de fábrica o de comercio protegida en el país importador para bienes idénticos o similares, cuando las marcas de que se trate sean del mismo origen, es decir, pertenezcan al mismo propietario o sean utilizadas por empresas entre las que haya una interdependencia económica, de organización, de gestión o jurídica, y cuando esas restricciones tengan por objeto mantener precios artificialmente elevados y ; e) Cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos, tales como la calidad, la seguridad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio.

El Capítulo VI concierne a la prohibición de fusiones que afectan a mercados poco competitivos (24). El numeral II explicita la Prohibición Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquirir control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo.

A este respecto deberían prohibirse: a) cuando la operación propuesta refuerce considerablemente la capacidad de ejercer el poder de mercado (por ejemplo, cuando una empresa o un grupo de empresas que actúen conjuntamente puedan imponer de manera rentable unos precios superiores a los niveles competitivos durante un período de tiempo prolongado); y b) Cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una

(21) Cons., TD/B/COM.2/CLP/66, 21 de mayo de 2008, *Op. cit.*

(22) Cf., UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, *Op. cit.*, p. 16.

(23) *Ibidem.*

(24) Cons., Examen de todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Resolución de la Cuarta Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas, Ginebra, 25 de septiembre de 2000, TD/RBP/CONF.5/15, 4 de octubre de 2000.

parte sustancial de él, correspondiente a cualquier producto o servicio, dé como resultado una empresa con influencia dominante o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas. La ley modelo de 2010 contiene igualmente un Capítulo particular en relación a la protección del consumidor (25). Los elementos de este artículo se basan en el párrafo 3 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas y, como en ese párrafo, se ha adoptó un criterio de prohibición de carácter general (26). Con esta breve exposición tenemos pues una visión global sobre los trabajos emprendidos en el seno de la UNCTAD lo mismo que una visión general de la evolución del contenido de la ley de defensa de la competencia y sus diversas revisiones.

3.6 La competencia y la OMC

El tema relacionado con la competencia es un tema incluido en el seno de la Organización Mundial del Comercio en relación con el comercio internacional. La Declaración de Singapur (27) de 1996, decidió la creación de un upo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de la Competencia.

Posteriormente, la Declaración de Doha, propugnó la elaboración de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo. El grupo de trabajo tendrá como prioridades el estudio de principios fundamentales,

incluidas la transparencia, la no-discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo (28).

En la **Conferencia Ministerial de Cancún (2003)** (29), no se logró alcanzar un consenso respecto de las modalidades de las negociaciones en esta esfera, aunque los Ministros *reafirmaron* todas sus “Declaraciones y Decisiones de Doha” y se comprometieron “una vez más a trabajar para aplicarlas plena y fielmente”. En el “paquete de julio de 2004” (30), adoptado el 1º de agosto de 2004, el Consejo General de la OMC *decidió* que el tema de la política de competencia no formará parte del Programa de Trabajo establecido en dicha Declaración y por consiguiente durante la Ronda de Doha no se llevarán a cabo en la OMC trabajos encaminados a la celebración de negociaciones sobre el tema. El Grupo de Trabajo está actualmente inactivo (31). Ningún marco normativo internacional pudo ser elaborado por la OMC.

(25) Capítulo VIII.

(26) UNCTAD, Ley Tipo de Defensa de la Competencia, Posibles elementos sustantivos de una ley de defensa de la competencia, comentarios y enfoques alternativos en las legislaciones vigentes, *Op. cit.*, p. 24.

(27) Declaración de Singapur (WT/MIN(96)/DEC/W) aprobada el 13 de diciembre de 1996 en la sesión de clausura de la Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur, del 9 al 13 de diciembre 1996.

(28) Véanse los párrafos 23 al 25.

(29) Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, Cancún (México) del 10 al 14 de septiembre de 2003. Ver, comunicación ministerial, Adoptada el 14 de septiembre de 2003, WT/MIN(03)/20, 23 de septiembre de 2003.

(30) WT/L/579, 2 de agosto de 2004.

(31) Ver algunos de los trabajos del Grupo: OMC-DISPOSICIONES SOBRE LOS CÁRTELES INTRÍNSECAMENTE NOCIVOS, Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, **WT/WGTCP/W/191**, 20 de junio de 2002; OMC-Nota informativa sobre la repercusión de las operaciones de fusión y adquisición transfronterizas en las empresas nacionales, en particular las pequeñas y medianas Empresas, Nota de la Secretaría, **WT/WGTCP/W/180**, 28 de septiembre de 2001; OMC-Estudio de las cuestiones relativas a un posible marco multilateral sobre política de competencia, Nota de la Secretaría, **WT/WGTCP/W/228**, 19 de mayo de 2003.

4. El marco jurídico en el MERCOSUR

En el ámbito del MERCOSUR, a dos años de la entrada en vigor del acuerdo de la OMC, los Estados miembros adoptaron el Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR el siete de diciembre de 1996 (32). La competencia entró como parte de la agenda en el contexto del mercado común, acorde con el Tratado de Asunción de 1991.

El objeto está determinado por el Artículo 1 explicitando que el mismo es la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR.

4.1 Las Conductas y Prácticas ilícitas. Abuso de Posición dominante

Constituyen infracción a las normas del Protocolo, según lo señalado por el Artículo 4, "...independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados partes". El Protocolo establece un régimen de objetivo por cuanto que no es necesaria la concurrencia de la voluntad de empresas y de sus directivos para que la figura de abuso de posición dominante.

4.2 Prácticas restrictivas

Las conductas, entre otras, en la medida en que configuren las hipótesis del Artículo 4, constituyen prácticas restrictivas de la competencia están señaladas en el Artículo 6:

I. fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación servicios de producción:

II. obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o concertadas entre competidores;

III. regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;

IV. dividir los mercados de servicios productos, terminados o semiterminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productos intermedios;

V. limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado;

VI. convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas;

VII. adoptar, en relación a terceros contratantes, condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en una situación de desventaja competitiva;

VIII. subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;

IX. impedir el acceso de competidores a los insumos, materias primas, equipamientos o tecnologías, así como a los canales de distribución;

X. exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación;

(32) En vigencia entre Brasil y Paraguay, 2000.

XI. sujetar la compra o venta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;

XII. vender, por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo;

XIII. rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios;

XIV. interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada;

XV. destruir, inutilizar o acopiar materias primas, productos intermedios o finales, así como destruir, inutilizar o dificultar el funcionamiento de los equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;

XVI. abandonar, hacer abandonar o destruir cultivos o plantaciones, sin justa causa;

XVII. manipular el mercado para imponer precios”.

4.3 De Los Órganos de Aplicación

Es de la competencia de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, en los términos del Artículo 19 de; Protocolo de Ouro Preto, y al Comité de Defensa de la Competencia aplicar el presente Protocolo, según lo estipula el Artículo 8. El Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza intergubernamental, estará integrado por los órganos nacionales de aplicación del presente Protocolo en cada Estado parte.

Este Protocolo y la institucionalización de control y regulación no fue aplicado. Se puede afirmar que prácticamente cayó en desuso.

4.4 De las Sanciones

El Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR, en su Artículo 27 y siguientes, habla de las sanciones, estableciendo que El Comité de Defensa de la Competencia, de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, determinará el cese definitivo de la práctica, considerando:

1. “En caso de incumplimiento de la orden de cese, se aplicará multa diaria a ser determinada por el Comité de Defensa de la Competencia, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

2. La orden de cese, así como la aplicación de multa, serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora.

Posteriormente, en el Artículo 28, establece que en caso de violación a las normas se aplicarán las siguientes sanciones, en forma acumulada o alternativamente: “I) Multa, basada en las ganancias obtenidas por la comisión de la práctica infractora, la facturación bruta o los activos involucrados, la que revertirá al órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora.

II) Prohibición de participar en los regímenes de compras públicas en cualquiera de los Estados Partes, por el plazo a determinar.

III) Prohibición de contratar con instituciones financieras públicas de cualquiera de los Estados

Partes, por el plazo a determinar.

1. El Comité de Defensa de la Competencia, ad referendum de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, podrá recomendar a las autoridades competentes de los Estados Partes que no conoce dan al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades de pago de sus obligaciones tributarias.

2. Las penalidades previstas en este artículo serán ejecutadas por el órgano nacional de aplicación del Estado Parte en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte infractora”.

Para graduar las sanciones en el Artículo 29 se considera la gravedad de los hechos y de acuerdo al nivel de los daños causados se determina los montos de multas y otros según competencia en el ámbito del MERCOSUR.

Lo que tenemos es que un Protocolo asumido para un establecimiento de una defensa de la competencia en el marco del bloque económico, pero ineficaz. Relanzar trabajos tendientes a su aplicación, es pues, una tarea que se impone.

5. Escenario Nacional.

5.1 La Ley 1034/83, Del Comerciante y el Derecho de la Competencia

Encontramos en la Ley 1034 del año 1983, que establece la Ley del Comerciante, algunas menciones sobre cuestiones vinculadas directa o indirectamente a los principios de la libre competencia y al ejercicio de la competencia comercial de buena fe.

Es así que en el Título IV de la referida Ley, se acogen por primera vez en el Derecho Positivo paraguayo disposiciones relativas a la Competencia comercial. El título de referencia se divide en dos Capítulos, estableciéndose en el primero las Disposiciones Generales, que enuncian entre otras cosas, que La competencia comercial puede ejercerse libremente, siempre que no lesione los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por las disposiciones de la Ley referida (Artículo 105), u otras leyes especiales o lo que las partes acordasen contractualmente.

5.2 El Pacto de No Competencia

La Ley mencionada dio nacimiento al denominado “Pacto de No Competencia”, limitándolo a la duración de cinco años, y condicionándose su validez a la circunscripción de una zona y actividad determinada, a su vez se reduce el plazo al término precitado, en caso de establecerse un plazo superior.

Se estableció la obligación de parte del proveedor único de un servicio o un producto a suministrarlo en favor de todos los interesados en igualdad de condiciones y precio.

5.3 Actos considerados de Competencia Desleal

El Capítulo segundo del referido Título desarrolla lo correspondiente a la competencia desleal, estableciéndose a partir del Artículo 108 la enunciación de actos que se consideran de competencia desleal, y en particular son considerados tales: a) el uso de nombres o signos distintivos que puedan causar confusión con los legítimamente usados por otros competidores; b) imitar los productos de un competidor, o realizar por cualquier otro medio actos susceptibles de crear confusión con los productos o con la actividad de aquél; c) difundir noticias o apreciaciones sobre los productos o actividad de un competidor, para ocasionar su descrédito o apropiarse de los méritos de los productos de aquél; d) Utilizar directa o indirectamente cualquier medio contrario a los principios de la ética profesional que puedan causar daño al competidor.

6. La Ley N° 4.956 del año 2013

La novel ley 4956 es la actual normativa rectora del Derecho de la Competencia en el Paraguay, siendo la misma una respuesta a la necesidad de contar con una herramienta moderna, amplia, tuitiva de las buenas prácticas comerciales.

Esta Ley se erige en una poderosa herramienta que establece los principios rectores de la participación de los actores del mercado. En la primera parte se establece con

claridad la prohibición del abuso de Posición Dominante, resultante del acaparamiento del mercado por parte de un agente de gran magnitud y preponderancia que pueda soslayar a la participación de los demás agentes económicos.

Se reconoce sin embargo la posibilidad de que exista de una necesaria “ganancia de eficiencia económica” que pueda tener como raíz algún tipo de distorsión del postulado tuitivo de libertad de competencia en el mercado relevante. Probablemente por medio de la determinación de los parámetros econométricos que en su momento deberán ser reglamentados podrá establecerse las condiciones de aplicación de este principio.

6.1 Aplicación de la Ley

La amplia aplicación de la *Ley de Defensa de la Competencia* permite proyectar un abarcamiento que pone en pie de igualdad a todos los actores del mercado, tanto del sector público como privado, nacional e internacional, y en este último caso teniéndose en cuenta los efectos que puedan producirse en el territorio nacional en relación a la consumación del acto de comercio en cuestión.

6.2 El denominado “Mercado Relevante”

Este principio se halla establecido mediante su identificación definida por el producto determinado en un territorio determinado. Aquí tal vez podríamos hallarnos con la problemática de la limitación de la interpretación literal de la Ley, dado que hoy día el comercio electrónico, de gran auge contemporáneo, ha creado un “mercado relevante” que no siempre está acompañado de una demarcación territorial determinada o limitada. Es así que el Artículo 6 de la Ley de Competencia es muy claro en relación a los Establecimiento Comerciales o Fondos de Comercio que físicamente desarrollan una actividad mercantil en una ciudad o región del territorio nacional, pero tal vez nos encontremos con la necesidad de establecer con mayor claridad la identificación precisa del “Mercado Relevante” en el marco de la actuación de las ventas por medios digitales o virtuales.

6.3 Los precios predatorios

Hemos observado antes de la sanción de la actual Ley de Defensa de la Competencia, que se han realizado denuncias por parte de empresas de nuestro país que han visto amenazada su actividad y existencia por la imposibilidad de competir con ofertas de productos y servicios subvaluados, que por medio de la gran capacidad económica de ciertos actores, en un tiempo aniquilan a los competidores. La determinación clara de esta práctica nociva, así como su sanción son claramente establecidas en la Ley.

6.4 Las concentraciones

La fusión, incorporación de activos, toma de control por los medios que sean, en cuanto genere el resultado de una concentración deberá ser notificada a la autoridad de aplicación, definiéndose en el Artículo 14 que se entenderá en un *primer escenario* como concentración la adquisición o incremento de la participación del cuarenta y cinco por ciento (45 %) del mercado nacional de un producto o servicio, o de un mercado definido dentro del territorio nacional, así como en un *segundo escenario*, cuando en el ejercicio anterior se haya superado la facturación bruta de la cantidad de cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales.

Las facultades que tiene la autoridad de aplicación son las de autorizar la concentración, denegar la misma, someter al cumplimiento de ciertas condiciones su aprobación y finalmente se establece la carga de la comunicación de la concentración a las partes involucradas en la operación correspondiente.

6.5 Autoridad de Aplicación

Se establece en calidad de autoridad de aplicación a la Comisión Nacional de la Competencia, que erigida como una Persona Jurídica de Derecho Público, con competencia tanto en el sector público como privado, integrada por dos principales órganos que son El Directorio, órgano colegiado integrado por tres miembros, así como el Director de Investigaciones, que es un órgano unipersonal.

6.6 Gestión Electrónica y procedimiento

Será de gran ayuda al desarrollo de las actividades y gestiones efectuadas en el marco de la Comisión Nacional de la Competencia, la herramienta brindada por el Artículo 34, que habilita al uso de las herramientas tecnológicas, que tienen un importante soporte la Ley de firma digital y Expediente Electrónico. Esperamos que la Comisión Nacional de la Competencia desde su inicio se destaque por la desburocratización y agilidad que brinda la tecnología, pues debe minimizarse (y si es posible extinguirse) la tradicional gestión fundada en las comunicaciones físicas de papel.

El procedimiento a ser efectuado ante la Comisión Nacional de la Competencia se halla basado en ciertas características que podemos observar que garantizan la participación activa de los actores e interesados. Se respetan los principios de la bilateralidad, el principio de la defensa en juicio, la amplitud probatoria, y se pregonan la aplicación de la Ley con el cuidado de no arruinar al condenado o sancionado, estableciéndose el espíritu de la sanción en calidad de aleccionador y no de aniquilador del infractor.

El Decreto 1490 del 14 de abril de 2014, finalmente ha concluido el proceso reglamentario de la ley De Defensa de la Competencia.

