

# DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

**Sumario:** 1. Consideraciones generales. 1.1. Conceptos y bien jurídico protegido. 1.2. Caracteres. 1.3. Conductas reprimidas. 2. Normas jurídicas nacionales e internacionales. 2.1. Normas nacionales del Paraguay. 2.2. Normas nacionales de otros países del bloque. 2.3. Normativa del MERCOSUR.

## 1. Consideraciones generales:

### 1.1. Conceptos y bien jurídico protegido

Como es sabido, el derecho vinculado con la competencia comercial tiene dos aspectos:

- El Derecho represor de la Competencia Desleal
- El Derecho de Defensa de la Competencia

El primero reprime las conductas que vulneran una competencia comercial basada en los usos comerciales honestos, es decir, los que son desleales o incorrectos; y el segundo regula la conducta de las empresas del mercado, imponiéndoles el **deber** de competir y sanciona los comportamientos lesivos o evasivos de esta obligación.

La economía de mercado es el bien jurídico protegido en el Derecho de Defensa de la Competencia.

En los sistemas de Estado en los que se ha optado por una economía de mercado (regulada mayoritariamente por la oferta y la demanda), como es el caso de todos los países del MERCOSUR, la competencia comercial es un

valorado. Su protección es uno de los objetivos de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

En el mercado se busca la competencia por la eficiencia, cualquier conducta que distorsione esta regla debe ser vista como nociva y debe ser combatida. Si bien los modelos de competencia perfecta son utópicos, debido a los muchos condicionantes fácticos que son aleatorios y escapan a cualquier control, se protege la competencia aún imperfecta por cuanto que ella presenta ventajas indudables: la competencia implica tensión y fragilidad de la situación adquirida por el empresario dentro del mercado, lo cual le impulsa a innovar, a mejorar siempre; y de tal conjunción se beneficia la sociedad toda.

La competencia tiene también un aspecto destructor, las empresas más eficientes tienden a desplazar a las menos eficientes (un ejemplo de darwinismo económico), pero esto resulta incómodo, incluso arduo para los empresarios, quienes tratan así de eludirla por diversos medios. El derecho aparece entonces para regular estas conductas distorsionadoras.

## **1.2. Caracteres**

El Derecho de Defensa de la Competencia tiene ciertos caracteres especiales:

1. Regula el mercado desde dos puntos de vista:
  - a. Conductas de los agentes reguladores económicos
  - b. Estructura del mercado
2. Tiene un objetivo de naturaleza pública: preserva un interés general, aunque la tutela es refleja, pues protegiendo los intereses generales respecto de la competencia de mercado se protegen también los intereses particulares de los operadores y agentes del mercado
3. Es un instrumento indiscutible de política económica.

El Derecho de la Defensa de la Competencia en los mercados comunes y afines, tiene por objeto precisamente proteger la efectiva integración de los mercados. En este sentido, es un instrumento muy útil de una verdadera integración. Se puede decir que la existencia de instrumentos normativos que regulen esta cuestión y, sobre todo, su efectiva aplicación, dentro de un grupo regional, es el parámetro o modo de medir la verdadera voluntad integracionista que existe entre los países de un determinado grupo común.

### **1.3. Conductas reprimidas:**

Entre las conductas reprimidas por el Derecho de Defensa de la Competencia existen tres tipos de prohibiciones básicas:

- 1) Prácticas colusorias: que son esencialmente concertaciones entre empresas contrarias al deber de competir
- 2) Abuso de posición dominante: referida a conductas unilaterales de empresas con posición de dominio en el mercado
- 3) Regulaciones en materia de concentraciones: que no son propiamente prohibiciones, sino simplemente un control del efecto que tienen o pueden tener estas concentraciones (fusiones de empresas) en el mercado.

El Derecho de la Competencia no distingue solo entre personas jurídicas, sino entre empresas de *facto*, con centros de interés común (grupos).

## **2. Normas jurídicas nacionales e internacionales:**

### **2.1. Normas nacionales del Paraguay:**

En el Paraguay, la Constitución Nacional en su art. 107 establece el marco constitucional para definir la normativa relativa a la competencia.

Así en el capítulo IX, Sección I, hace referencia a los derechos económicos y en su art. 107, cuyo epígrafe reza: “De la libertad de concurrencia”, se establece: “Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia”. Asimismo y en sentido concordante, el art. 108 establece la libre circulación de los productos.

En este marco constitucional se debe entender y aplicar toda norma interna o internacional que regule sobre la materia.

En nuestro país no existe aún una ley interna que desarrolle el art. 107 de la Constitución Nacional, a pesar de que se han preparado y puesto a consideración del Parlamento Nacional cuando menos dos anteproyectos de ley, hace ya un lapso considerable de tiempo —el primer anteproyecto data de principios de los años '90.

No obstante esta carencia de ley reglamentaria, el art. 107 de la Constitución Nacional no es una norma programática o una simple expresión de deseos, ya que establece derechos concretos y obligaciones específicas respecto de los agentes del mercado y a través de esta norma constitucional el Estado Paraguayo asume una garantía expresa respecto del bien jurídico allí protegido, aunque el tenor y pertinencia de este texto constitucional pueda ser discutible, ya que la asunción de una “garantía” por parte del Estado Paraguayo, en el sentido técnico-jurídico de esta palabra, con sus plenas consecuencias, sería de ejecución imposible. En efecto, el estado puede asumir un deber de control respecto del cumplimiento de las normas tuitivas del bien jurídico aquí tutelado, pero en modo alguno puede hacerse totalmente responsable de la plena funcionalidad del mercado ante sus ciudadanos, puesto que ello depende de condicionamientos fácticos que escapan a la

esfera de decisión estatal y son muchas veces completamente aleatorios. Como quiera que sea, la norma implica que la competencia es un bien jurídico tutelado a nivel constitucional y su falta de ley reglamentaria no es óbice ni puede ser una excusa para eludir su cumplimiento. Ello es así en virtud y concordancia con otra norma constitucional que establece específicamente que la falta de reglamentación de un derecho reconocido en la constitución –y el derecho a una economía de mercado no distorsionada sin duda está incurso en este concepto– no es ni puede constituir un impedimento para su efectiva vigencia (art. 45 Constitución Nacional). Queda, entonces, en manos de la labor jurisprudencial de los jueces hacer efectivos estos derechos, en la medida en que se presenten casos judicializados. Las normas de derecho internacional que están vigentes en nuestro país, y a las que se hará seguidamente referencia, pueden servir de base para decisiones judiciales, por la vía de la analogía.

## **2.2. Normas nacionales de otros países del bloque:**

A título informativo, se debe mencionar que entre los países del bloque, tanto la Argentina como el Brasil tienen leyes de Defensa de la Competencia y órganos de aplicación de estas leyes, con facultad de control y eventual sanción de las conductas transgresoras. En la Argentina es la Ley 25.156/99. En el Brasil la Ley N° 8.884/94 y su modificatoria, la Ley. 10.149/00. Ambos países tienen órganos administrativos de aplicación de la ley, en Argentina C.N.D.C. el y en Brasil el CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

## **2.3 Normativa del MERCOSUR:**

En el MERCOSUR existe un protocolo, el Protocolo de Defensa de la Competencia, que surgió de una decisión del Consejo Mercado Común – CMC 18/96, tomada en la ciudad de Fortaleza, Brasil. Luego, en 1998 se redacta un anexo, que ya tenía la forma jurídica de un protocolo.

El Paraguay ratificó este protocolo por ley 1143/97, promulgada en fecha 15 de octubre de 1997 y publicada el 20 de octubre de 1997.

El Brasil también lo ratificó el 9 de agosto de 2000, por un Dto.-Ley, con lo cual se tuvieron las dos ratificaciones necesarias para su vigencia, y así entró en vigor treinta días después, es decir el 7 de septiembre de 2000. No existen ratificaciones por otros estados partes.

Los puntos más resaltantes de este instrumento se refieren al ámbito de su aplicación, que conforme con su art. 1º se circunscribe geográficamente al territorio del MERCOSUR; pero además exige un componente cualitativo, pues también requiere que el conflicto de competencia exceda los límites de un solo estado miembro para caer dentro de la esfera del estatuto, de lo contrario y si el conflicto se queda restringido dentro de un solo estado, serán de aplicación las normas internas de ese estado, conductas que quedan, así, excluidas de la concernencia del protocolo, conforme el art 3º.

El protocolo contiene también un concepto de lo que debe entenderse por conducta anticompetitiva y su relación con el mercado relevante, para que tal conducta caiga dentro del ámbito de su vigencia. Incluye las conductas emanadas tanto de personas físicas como jurídicas, y en este último tipo se incursan también los estados miembros del MERCOSUR, puesto que el protocolo se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las de derecho público.

Se exige asimismo que el acto en cuestión tenga efectos en el mercado común, o cuando menos que sea susceptible de tener efectos en él, afectando la competencia y el comercio entre los estados partes (art. 2°).

Con ello la conducta anticompetitiva queda definida como un ilícito de peligro, no se exige que haya efectivamente distorsionado el mercado, sino solo que haya tenido potencialidad suficiente para hacerlo. En esto el protocolo se encuentra inscripto en la doctrina dominante en la materia.

Igualmente –y concordante con lo dicho– el protocolo consagra el principio –también de vieja raigambre doctrinaria y legislativa– de que la infracción a la competencia se debe considerar y juzgar independientemente de la culpa del agente que ha incurrido en la práctica o conducta en cuestión, según se expresa en el art. 4°.

El protocolo contiene también, en su art. 6°, algunas ejemplificaciones de prácticas restrictivas y prohibidas, las cuales no deben ser tomadas como una enumeración taxativa, sino meramente enunciativas. Deja sin embargo a salvo el monopolio de hecho, que surja de la pura eficiencia empresarial, el cual no es visto como violatorio *per se* de la competencia, conforme con el art. 5°.

Entre las conductas prohibidas se encuentran, entre otras, las concertaciones, el *dumping* de precios, la delimitación de mercados, las políticas indiscriminadas de subsidios, etc.

Finalmente, el protocolo crea un órgano específico de aplicación de sus normas, el Comité de Defensa de la Competencia, así como reglas instrumentales, de índole procesal, a fin de hacer efectiva su implementación. El Comité de Defensa de la Competencia, órgano de naturaleza intergubernamental, debe integrarse por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada Estado parte. Al Comité de Defensa de la Competencia

le compete someter a aprobación de la Comisión de Comercio del MERCOSUR la reglamentación del Protocolo.

El art. 30, no excluye, sin embargo, un sistema de cooperación entre los órganos y las autoridades nacionales y los estados se comprometen a elaborar "normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes (art. 32).

El art. 13° incorpora algo así como una medida cautelar, por cuanto podrán aplicarse medidas preventivas incluso "la inmediata cesación de la práctica investigada..." en caso de urgencia o amenaza de daño irreparable. Similar medida incorpora el art. 22° que determina el "compromiso de cesación de la práctica investigada..." que podrá ser homologado por el Comité de Defensa de la Competencia ad referendum de la Comisión de Comercio del Mercosur.

Las pautas de la investigación las establece el Comité de Defensa de la Competencia. Si no se alcanza el consenso se recurre a la Comisión de Comercio del Mercosur quien adoptará una "Directiva" definiendo sanciones; si no hay consenso se elevan las cuestiones al Grupo Mercado Común y si allí tampoco hubiere acuerdo se podrá recurrir al Protocolo de Brasilia sobre soluciones de controversias (art. 21°). Aquí se debe señalar que este protocolo fue derogado y substituido por el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur, suscripto en Buenos Aires, Rca. Argentina, en fecha 18 de febrero de 2.002, el cual ha sido ratificado por los países del bloque y se encuentra actualmente en vigencia.

Se ha dictado asimismo una reglamentación, la decisión CMC 2/97<sup>1</sup>, en la cual se han fijado un catálogo de multas para sancionar las conductas

---

<sup>1</sup> MERCOSUR/CMC/DEC N°2/97

infractoras. Esto tiene importancia, puesto que de no existir sanciones económicas, la norma pierde virtualidad y se convierte en una expresión de derechos meramente declarativa.

La negociación del Reglamento del Protocolo se encuentra aún pendiente, cuyo tema más difícil y clave es la determinación del concepto de mercado relevante, o en otros términos, lo que debe entenderse por “afectación del comercio entre los estados partes”, como lo prescribe el art. 2º del protocolo, sobre lo cual hay múltiples interpretaciones, así se ha sostenido doctrinariamente que no es la protección de venta de Estado a Estado lo que se regula, sino el interés económico general.

El protocolo ha establecido también un plazo máximo de dos años – que ya se ha cumplido con creces – a fin de reglamentar normas comunes sobre control de concentraciones o normas *antitrust* dentro del mercado

VISTO: El Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, las Decisiones N°21/94 y 18/96 del Consejo del Mercado Común, la Resolución N°129/94 del Grupo Mercado Común, y el Acta de la XXI Reunión de la Comisión de Comercio del MERCOSUR.

CONSIDERANDO: La importancia de establecer los criterios de cuantificación del valor de las multas previstas en el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur, aprobado por la Decisión CMC N° 18/96.

**EL CONSEJO DEL MERCADO COMUN  
DECIDE:**

Art. 1 Aprobar el siguiente Anexo al Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur: "ANEXO AL PROTOCOLO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR":

Art. 1 Las multas previstas en el presente Protocolo serán equivalentes hasta el 150% de los lucros obtenidos con la práctica infractora; hasta el 100% del valor de los activos involucrados; o hasta el 30% del valor de la facturación bruta de la empresa en su último ejercicio, excluidos los impuestos. Dichas multas no podrán ser inferiores a la ventaja obtenida, cuanto ésta sea cuantificable.

Art. 2: En los casos específicos previstos en los Artículos 13.1, 23.b, y 27.1 del presente Protocolo, se establecerá una multa diaria de hasta el 1% de la facturación bruta de la empresa en el último ejercicio.

XII CMC - Asunción, 18/VI/97

común, así como normas relativas a las ayudas económicas estatales o subsidios. Este plazo ha sido extendido recientemente por decisión del Consejo Mercado Común, Dec. CMC N° 11/05<sup>2</sup>.

Existen también planes de revisión y posible modificación del Protocolo de Defensa de la Competencia. La CCM recibió el informe presentado por la Coordinación Nacional de la PPTP, sobre los resultados de la XXXVIII reunión del CT N° 5, realizada entre los días 7 y 8 de abril de 2005, en la ciudad de Asunción. La CCM instruyó al CT N° 5 que adelante la realización de su próxima reunión ordinaria para el mes de mayo, a fin de elevar sus conclusiones sobre la tarea de revisión del Protocolo de Defensa de la Competencia con antelación a la LXXVI reunión de la CCM.

No obstante todo lo expuesto y al margen de estas consideraciones normativas y doctrinarias, sin órganos eficaces de juzgamiento de las conductas transgresoras, que tengan ejecutabilidad, este protocolo no tendrá consecuencias dentro del mercado común. En efecto, el derecho que no puede imponerse coactivamente tiene una muy relativa eficacia en la determinación y el reencauce de las conductas de los sujetos. Es de esperar que la existencia

---

<sup>2</sup> **Art. 1 - Prorrogar el plazo originalmente establecido por la Decisión CMC N° 26/03 para finalizar las siguientes tareas:**

- Identificar sectores prioritarios para el establecimiento de regímenes especiales comunes de importación (ítem 1.1)

**Nuevo plazo : Diciembre de 2005**

- Conclusión de los Reglamentos Comunes para la Aplicación de medidas anti-dumping y compensatorias (ítem 1.4)

**Nuevo plazo : Junio de 2006**

Órgano: GMC/CCM

- Modificaciones al Protocolo de Defensa de la Competencia y presentación de programa para permitir su vigencia a partir de 2005 (ítem 1.4)

Nuevo plazo: Junio de 2006

de los nuevos órganos de resolución de conflictos, previstos en el Protocolo de Olivos, que ha reemplazado al protocolo de Brasilia, haga que el Protocolo de Defensa de la Competencia tenga funcionalidad y sea un derecho efectivamente exigible.