

PARTE I

¿Cuál es el impacto para su empresa de la Ley de Defensa de la Competencia?

Héctor Palazón Ruiz (1)

El ordenamiento jurídico-económico de un país se basa principalmente en dos normativas: las leyes de defensa de la competencia y las de defensa al consumidor; hoy analizaremos la primera. Luego de un intenso debate, entró en vigencia la Ley No. 4.956/13 “De Defensa de la Competencia”. Sin embargo, ¿por qué es tan importante esta ley?, ¿cuáles son los aspectos regulados? A lo largo de este artículo buscaremos contestar estas y otras preguntas.

El monopolio puede generarse debido a una característica del mercado (monopolio natural) o por imperio de la ley (monopolio legal). Cualquiera sea el caso, para la economía constituye una falla del mercado, ya que el monopolista tiende a producir una cantidad menor de bienes o servicios, en comparación a lo que se produciría bajo competencia perfecta. Esta situación repercute de forma directa en el precio fijado al consumidor, ya que normalmente el precio fijado bajo monopolio es mayor al de competencia perfecta.

Desde una perspectiva jurídica, el monopolio (u oligopolio) puede derivar en una situación de abuso o afectar negativamente a la competencia del mercado y los consumidores. En otras palabras, es el monopolio un fenómeno económico y jurídico que debe ser regulado bajo el amparo de ambas ciencias.

¿Qué regula la ley?

La ley parte de la premisa de que la competencia es un mecanismo que genera una asignación eficiente de recursos. Por ese motivo, la norma busca generar y fomentar la libre competencia en los mercados (art. 1); y así, la conquista del mercado obtenida mediante prácticas admitidas y/o derivadas del resultado de la eficiencia de los agentes, no implica una conducta o práctica repudiada por la normativa (art. 4.3). A este efecto, se definen las conductas prohibidas y sus criterios de ponderación; pues al valorar las prácticas o conductas de los agentes económicos, se tendrá en cuenta su efecto concreto en el mercado.

De esta manera, a pesar que un acuerdo o un abuso de la posición dominante se encuentran prohibidos, la situación (y perjuicio) ocasionada por el sujeto podrá ser evaluada a partir del resultado producido en el mercado por su conducta. Si extendiéramos los alcances de este concepto se podría, inclusive, atenuar el daño generado con el beneficio a los consumidores, lo cual constituiría una admisión para este tipo de situaciones de las doctrinas de la *defensa de la eficiencia* (*efficiency defense* = compensación de los beneficios y los costos para la competencia) y el *passing-on requirement* (traslado de dichos beneficios a los consumidores).

¿Quiénes son los destinatarios de la norma?

La ley es general y se aplica a *“todos los actos, prácticas o acuerdos llevados a cabo por personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio legal en el país o en el extranjero, sean de derecho público o privado, o cualesquiera entidades que desarrollen actividades económicas con o sin fines de lucro y que produzcan efecto sobre la competencia”*.

Con independencia a los sujetos sobre los cuales recae la ley, la producción de un efecto no permitido sobre la competencia constituye el criterio de activación de la ley para el caso particular. A partir de esta circunstancia, la norma prevé dos consecuencias posibles: sanción o corrección.

¿Cómo y dónde se aplica la ley?

En toda controversia lo fundamental es definir el mercado relevante aplicable al caso, que según la ley comprende dos dimensiones: el mercado del producto y el mercado geográfico. Como hecho significativo, advertimos que se establece una remisión al reglamento a los efectos de la indicación “*de los criterios para la determinación del mercado relevante*”.

El mercado del producto guarda relación con los sustitutos (ej. manteca y margarina, gaseosas y jugos), mientras más sustitutos tenga un producto menor es el poder de concentración de mercado. A su vez, el mercado geográfico hace referencia al área geográfica de comercialización en que los costos de transporte no influyen significativamente en el precio final del producto. Por ejemplo, en Chile, la Fiscalía Nacional Económica consideró que el mercado geográfico debía delimitarse por el área comprendida dentro de un radio de 10 minutos de traslado en automóvil desde un local de supermercado.

¿Qué está prohibido? Conductas tipificadas

i. Acuerdos restrictivos de la competencia:

Un acuerdo estará prohibido si ha afectado o puede afectar negativamente la competencia del mercado, con independencia a la intención exteriorizada por las partes. Puede ser expreso, tácito o también develarse a través de la existencia de prácticas concertadas, respecto de una o más variables de competencia, por ejemplo el precio (estableciendo precios mínimos o máximos), la repartición del mercado (geográficamente o por cuotas), o también el producto (homogenización). Teniendo en cuenta las etapas, si el acuerdo se da a lo largo de la cadena de producción será *vertical*, mientras que será *horizontal* cuando se realiza entre dos o más agentes de un mismo mercado relevante.

Para estudiar estos casos se deberá aplicar la denominada *rule of reason* y antes de determinar si un acto es violatorio de la competencia, deberá “*establecerse su impacto sobre la concurrencia, comparándose los efectos beneficiosos y perniciosos que podría generar. Bajo la regla de la razón, la determinación de su ilicitud será realizada en base al análisis de su razonabilidad, sus propósitos, sus efectos sobre la competencia y el desenvolvimiento de los mercados ya que solo se castigan las restricciones indebidas al comercio*” (2).

Además, la ley realiza una enunciación de las conductas prohibidas. A continuación, analizaremos las más relevantes para el negocio:

- *Fijación de precios:* cuando se buscan obtener beneficios en función a la actuación conjunta, traducidos en precios (de compra o venta) u otro tipo de prestaciones, configurarán un acuerdo restrictivo. Entonces, lo castigado por la ley es el abuso que deberá ser medido por la magnitud del beneficio respecto a los costos y comparado con el probablemente alcanzado en un contexto en competencia razonable.
- *Control injustificado del mercado, la producción, etc., en perjuicio de los competidores o consumidores:* por ejemplo, si dos agentes del mercado pactan la reducción conjunta de la producción se generará una reducción de la oferta total del bien, pero como la demanda total no variará, el efecto final de dicha reducción se traducirá en un aumento de los precios. De esta manera, sería una prueba el aumento del precio aunado de una reducción de la producción, que no se pueda explicar por una hipótesis diferente a la cartelización (3).

- *Repartir los mercados*: al no existir competencia, la asignación de zonas exclusivas para cada una de las partes puede repercutir en la oferta y precio de los bienes (creando poder de mercado). Pero, en algunos casos, los pactos de distribución exclusiva (horizontales o verticales) son susceptibles de generar beneficios para los consumidores y una eficiente asignación de recursos, por tanto y como siempre dependerá ponderación del tema a la luz de la *rule of reason*, hecho que permite un cierto margen de acción.
- *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias*: este puede ser un caso de “ventas atadas”, que se configura cuando la compra de un bien se encuentra condicionada a la adquisición de otro. Es decir, la empresa pretende extender el poder del mercado sobre un producto a otro donde no lo tenga (4).
- *Licitaciones colusorias*: los acuerdos pueden consistir en concertaciones de precios o cantidades entre licitantes o la abstención concertada a participar en las licitaciones, concursos, remates o subastas públicas. Estas conductas pueden obstaculizar la posibilidad de que el licitador reciba la mejor oferta (5).
- *La negativa concertada de adquirir*: este tipo de situaciones pueden sacar del mercado a los proveedores afectados por la negativa, pues buscan afectar injustificadamente sus operaciones o permanencia en el mercado. En cambio, si la negativa es justificada (disminución de la calidad), será válida.

*

*

*

- (1) Magíster en Derecho LLM Mención Derecho de la Empresa, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, aprobado con dos votos de distinción (2011). Becado por la Fundación Konrad Adenauer (2010-2011). Abogado, Cuadro de Honor de la Universidad Nacional de Asunción (año 2005). Notario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Año 2009). Socio del Estudio Jurídico Montero, Berni & Asociados www.monteroberni.com
- (2) “*El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia*”; Ariel D. Lambert; Revista Argentina de Derecho Empresario; 15-06-2005.
- (3) “El Análisis Económico del Derecho”, Richard Posner, Fondo de Cultura Económica (México).
- (4) “*El abuso de Posición Dominante en la Defensa de la Competencia*”; Ariel D. Lambert; Revista Argentina de Derecho Empresario; 15-06-2005.
- (5) <http://procompetencia.gov.do/es/promocion/cultura/glosario/licitacion-colusoria.html>

PARTE II

¿Cuál es el impacto para su empresa de la Ley de Defensa de la Competencia?

Héctor Palazón Ruiz (1)

En la primera parte del artículo hemos analizado los aspectos generales de la ley y los acuerdos restrictivos de la competencia. A continuación estudiaremos las demás conductas tipificadas, sus consecuencias y unas recomendaciones finales.

¿Qué está prohibido?

i. Abuso de una posición dominante (Art. 9):

Una persona tiene *poder de mercado* cuando puede actuar con independencia de los competidores, clientes y, en última instancia, de los consumidores (2). La ley recoge este razonamiento al exigir una competencia *efectiva y sustancial* para el producto o servicio, a fin de evitar la inclusión en dicha figura.

La existencia de poder de mercado no está prohibida, sino lo repudiado por la norma es la finalidad de obtener ventajas indebidas y causar perjuicio a otros en base a dicho poder. La existencia de posición dominante es determinada dependiendo de los distintos grados: a) de bienes sustitutos; b) existencia de barreras de entrada (normativas); y c) de influencia en los precios o abastecimiento del mercado.

Además, la ley realiza una enunciación de las conductas que pueden ser consideradas abusivas. A continuación, analizaremos las más relevantes:

- *Imposición de precios o servicios no equitativos*: cuando la empresa tiene poder de mercado puede fijar o incidir fuertemente en los precios, ya que no está sujeta a las fuerzas del mercado vigentes en un régimen de competencia. Entonces, activará la norma al ejecutar estas conductas en forma abusiva.
- *Negativa injustificada a vender o prestar servicios*: obviamente el poder de mercado limita las alternativas de los consumidores; por tanto, dicha empresa se ve obligada a realizar el intercambio en igualdad de condiciones con todos los clientes. Esta figura también puede ser utilizada en una cadena de producción, a fin desabastecer a los competidores de la empresa en el plano horizontal (compra de la empresa productora de insumos).
- *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores; y obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se hayan pactado*: en ese sentido, cuando se trata de acuerdos verticales también se puede objetar la existencia de incentivos en base a metas de participaciones de mercado de la empresa dominante en las ventas del establecimiento comercial, que busquen la exclusión de un competidor, o que conecten el acceso al crédito con la exclusión de la competencia.

ii. Precios predatorios (Art. 10):

Los precios predatorios han sido definidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) como una estrategia deliberada, usualmente llevada adelante por empresas en

posición dominante, para excluir competidores del mercado mediante la fijación de precios por debajo de los costos de producción. Una vez que dichos competidores han sido eliminados del mercado y se impide el acceso a nuevos, los precios son aumentados con el objetivo de obtener altos beneficios (3).

La ley prohíbe los precios predatorios, cuando estos: 1) busquen excluir a los competidores; 2) no sean ocasionales (requisito temporal); y 3) sean injustificadamente inferiores al costo de producción o adquisición. Posteriormente, se establecen las excepciones a la regla (ej.: bienes vendidos en saldo o liquidación, bienes perecederos amenazados de deterioro).

El regulador también podrá verificar los costos de origen de productos importados.

iii. Concentraciones de empresas (Arts. 12, 13 y 14):

La ley define las operaciones de concentración, catalogando de esta manera a las fusiones entre empresas y las adquisiciones de activos o aumento de participaciones de una empresa en otra.

Como cuestión relevante indicamos que las concentraciones deberán ser evaluadas por la autoridad de aplicación, quien calificará si éstas son o no compatibles con la ley. A este efecto, la ley establece la obligación de comunicar las operaciones de concentración dentro de los 10 días posteriores a su realización, toda vez que: 1) impliquen una adquisición o incremento del 45 % en el mercado (nacional o geográfico) del producto o servicio; y 2) la facturación bruta de las empresas intervinientes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 100.000 salarios mínimos mensuales. A los efectos de la facturación bruta, se deducirán el IVA e impuestos directamente relacionados al volumen del negocio.

La resolución dictada por la CONACOM indicará la autorización o rechazo de la operación y, en su caso, la adopción de medidas entre las cuales están la desconcentración o la subordinación a condiciones determinadas. Las concentraciones que no impliquen un obstáculo a la competencia efectiva, al no crear ni reforzar la posición dominante de los intervinientes, son compatibles con la ley.

¿Quién será la autoridad de aplicación?

Será la Comisión Nacional de Competencia (CONACOM), entidad autónoma y autárquica que se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Industria y Comercio.

¿Qué sanciones se contemplan?

La ley prevé las siguientes sanciones: 1) Apercibimiento e intimación de cese de actos; 2) Declaración de Nulidad y multa de hasta el 150 % de los lucros obtenidos con la práctica infractora, o hasta el 20% de la facturación bruta del producto afectado de la empresa en los últimos 12 meses (excluidos los impuestos). Las medidas no podrán ser inferiores a la venta obtenida, cuando ésta sea cuantificable.

No serán aplicadas multas que conlleven a la “ruina económica” de las empresas o de las personas que integran sus órganos directivos.

Recomendaciones finales:

Por último, compartimos un listado de acciones u omisiones realizado por Pinkas Flint, sobre aspectos sensibles que pueden suscitar una controversia en materia de libre competencia (4):

- No discuta con los competidores los precios que cobrará a sus clientes.
- No discuta términos crediticios, pagos en efectivo, descuentos, capacidades de producción, cuotas con los demás competidores.
- No presione a los distribuidores para que acepten precios sugeridos de reventa.
- Compita vigorosamente resaltando aspectos positivos de sus productos o servicios, sin desacreditar a sus competidores.
- No presione a cliente para que compre toda la línea de productos o exclusivamente de usted.
- Consulte a su abogado antes de romper la relación con su cliente o sobre cualquier comunicación que desee realizar con sus competidores.

*

*

*

(1) Magíster en Derecho LLM Mención Derecho de la Empresa, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, aprobado con dos votos de distinción (2011). Becado por la Fundación Konrad Adenauer (2010-2011). Abogado, Cuadro de Honor de la Universidad Nacional de Asunción (año 2005). Notario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (Año 2009). Socio del Estudio Jurídico Montero, Berni & Asociados www.monteroberni.com

(2) Definición del Tribunal de Justicia de la UE en el caso United Brands (1978).

(3) Glosary of industrial organisation economics and competition law: <http://www.oecd.org>

(4) *“Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegetico del D.L. 701”*; Pinkas Flint Blanck; Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.