



Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Distr.
GENERAL

TD/B/RBP/81/Rev.3
2 de agosto de 1994

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Grupo Intergubernamental de Expertos
en Prácticas Comerciales Restrictivas
13° período de sesiones
Ginebra, 24 de octubre de 1994
Tema 4 del programa provisional

REANUDACION DE LOS TRABAJOS RELATIVOS A LA ELABORACION DE UNA O VARIAS LEYES TIPO SOBRE LAS PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Proyecto de comentarios sobre los posibles elementos
del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo

Preparado por la secretaría de la UNCTAD

INDICE

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	i - iv	5
I. POSIBLES ELEMENTOS DEL PROYECTO DE ARTICULADO . . .		6
TITULO DE LA LEY		6
Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas; Ley antimonopolio; Ley sobre la competencia		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 1		6
Objetivos o propósitos de la ley		

INDICE (continuación)

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. (<u>continuación</u>)		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 2		6
Definiciones y ámbito de aplicación		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 3		7
Convenios o acuerdos restrictivos		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 4		7
Actos o conductas constitutivos de abuso, o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 5		9
Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 6		9
Notificación		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 7		11
El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 8		11
Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 9		12
Sanciones y medidas de reparación		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 10		13
Recursos		
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 11		13
Acción de resarcimiento de daños y perjuicios		

INDICE (continuación)

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. COMENTARIO A LOS ARTICULOS	1 - 148	14
COMENTARIO AL ARTICULO 1	4 - 8	15
Objetivos o propósitos de la ley		
COMENTARIO AL ARTICULO 2	9 - 20	16
Definiciones y ámbito de aplicación		
COMENTARIO AL ARTICULO 3	21 - 50	20
Convenios o acuerdos restrictivos		
Prohibición de los convenios o acuerdos restrictivos		
Lista enunciativa de prácticas		
Autorización de prácticas no prohibidas de una manera absoluta		
COMENTARIO AL ARTICULO 4	51 - 101	28
Actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado		
Prohibición de los actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado		
Actos o conductas considerados abusivos		
Otras restricciones a la adquisición, fabricación y venta de bienes		
Fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo		

INDICE (continuación)

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. (<u>continuación</u>)		
COMENTARIO AL ARTICULO 5	102 - 103	42
Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores		
COMENTARIO AL ARTICULO 6	104 - 110	43
Notificación		
COMENTARIO AL ARTICULO 7	111 - 121	46
El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización		
COMENTARIO AL ARTICULO 8	122 - 131	49
Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley		
COMENTARIO AL ARTICULO 9	132 - 142	52
Sanciones y medidas de reparación		
COMENTARIO AL ARTICULO 10	143 - 146	55
Recursos		
COMENTARIO AL ARTICULO 11	147 - 148	56
Acción de resarcimiento de daños y perjuicios		

INTRODUCCION

- i) El Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas examinó en su 12º período de sesiones las propuestas de modificación del texto revisado de los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo y los comentarios correspondientes, que figuraban en el documento TD/B/RBP/81/Rev.2, preparadas por la secretaría de la UNCTAD.
- ii) En sus conclusiones convenidas 1/, el Grupo de Expertos decidió que la secretaría continuara la elaboración de la ley o leyes tipo del documento TD/B/RBP/81/Rev.2, teniendo en cuenta las observaciones recibidas de los Estados miembros antes del 31 de enero de 1994. Con este fin, se invita a los Estados miembros a presentar, en la medida de lo posible, propuestas concretas de adiciones relacionadas con el trato dado a cuestiones específicas en sus respectivas legislaciones nacionales sobre la competencia.
- iii) Por consiguiente, en el presente documento se reproduce sin cambios el texto de los posibles elementos del proyecto de articulado, tal como figura en la parte I del documento TD/B/RBP/81/Rev.2, incluidas propuestas concretas de textos y, en cuanto fuera posible, observaciones presentadas por los gobiernos. En él se tiene también en cuenta las tendencias recientes de las leyes sobre la competencia promulgadas en todo el mundo.
- iv) Como se había convenido en el 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas, en el 13º período de sesiones se invitará a los Estados miembros a que hagan observaciones sobre el comentario revisado con objeto de mejorar el texto actual del proyecto de ley tipo.

Parte I

POSIBLES ELEMENTOS DEL PROYECTO DE ARTICULADO

TITULO DE LA LEY

Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas; Ley antimonopolio; Ley sobre la competencia

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 1

Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, o la adquisición y/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.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 2

Definiciones y ámbito de aplicación

I. Definiciones

a) Por "empresa" se entiende toda sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía o asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directa o indirectamente controladas por ella.

b) Por "posición dominante en el mercado" se entiende la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios.

c) Por "mercado pertinente" se entiende el ramo del comercio en que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un aumento no insignificante de los precios.

II. Ambito de aplicación

a) Se aplica a toda empresa, tal como ha sido definida, con respecto a todos sus convenios, actos o transacciones relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual.

b) Se aplica a toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas.

c) No se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizados bajo su supervisión.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 3

Convenios o acuerdos restrictivos

I. Prohibición de los siguientes convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, oficiales u oficiosos:

- a) los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;
- b) la licitación colusoria;
- c) la repartición de los mercados o de la clientela;
- d) las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- e) la negativa concertada a adquirir;
- f) la negativa concertada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;
- g) la denegación colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia.

II. Autorización

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y sean realizadas por empresas sujetas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas si el servicio de defensa de la competencia llega a la conclusión de que el convenio en general redunda en beneficio común.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 4

Actos o conductas constitutivos de abuso, o de adquisición y abuso, de una posición dominante en el mercado

I. Prohibición de los actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado

La prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso o adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado:

- i) cuando una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o determinados grupos de bienes o servicios;
- ii) 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.

II. Actos o conductas considerados abusivos

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 para el 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 vendidas, incluidas las de importación y las de exportación;

d) La imposición de 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;

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:

- i) la negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;
- ii) la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la aceptación de restricciones de la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
- iii) la imposición de restricciones con respecto al lugar, al destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;

- iv) la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por éste.
- f) las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogénea:
 - i) cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
 - ii) cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de éste, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de una posición de dominio o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

III. Autorización

Los actos, prácticas o transacciones que no estén prohibidos absolutamente por la ley podrán ser autorizados si se notifican, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6, antes de que sean llevados a efecto, si se ponen abiertamente en conocimiento de las autoridades competentes todos los datos pertinentes, si se ofrece a las partes afectadas la posibilidad de ser oídas y si se resuelve después que la conducta propuesta, a ser necesario modificada o reglamentada, es compatible con los objetivos de la ley.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 5

Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores

En algunos países, la legislación sobre la protección de los consumidores es independiente de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 6

Notificación

I. Notificación hecha por las empresas

1. Cuando se trate de prácticas comprendidas en el ámbito de los artículos 3 y 4 que no estén absolutamente prohibidas y, por lo tanto, puedan ser autorizadas, las empresas podrían estar obligadas a notificar al órgano encargado de la aplicación de la ley todos los detalles de las prácticas previstas.

2. Podrían hacer la notificación todas las partes interesadas, una o varias partes en nombre de las demás o cualquier persona debidamente autorizada para actuar en nombre de las partes.

3. Sería posible notificar un solo convenio cuando la empresa o persona fuera parte en convenios restrictivos de igual tenor con varias partes distintas, a condición de que también se comunicaran los datos de todas las partes, presentes o futuras, en tales convenios.

4. Podría hacerse una notificación al órgano encargado de la aplicación de la ley de cualquier cambio en un convenio, acuerdo o situación notificado conforme a lo dispuesto en la ley que se hubiera producido con respecto a sus estipulaciones o a las partes en él, de su terminación (salvo por expiración del plazo) o resolución o de cualquier cambio sustancial en la situación [dentro de los ... días/meses siguientes a la fecha en que hubiera ocurrido el acontecimiento] [inmediatamente].

5. Podría permitirse a las empresas solicitar autorización respecto de los convenios o acuerdos comprendidos en el ámbito del artículo 3 y el artículo 4 existentes en la fecha de entrada en vigor de la ley, con tal de que se hubieran notificado dentro de los [... días/meses] siguientes a esa fecha.

6. La entrada en vigor de los convenios notificados podría estar sujeta a la concesión de la autorización o a la expiración del plazo fijado para ella, o provisionalmente a raíz de la notificación.

7. Todo convenio o acuerdo que no hubiera sido notificado, si llegara a ser descubierto y reputado ilegal, podría quedar sujeto a la aplicación de todas las sanciones previstas por la ley en lugar de ser simplemente modificado.

II. Disposiciones adoptadas por el órgano encargado de la aplicación de la ley

1. Decisión adoptada por el órgano encargado de la aplicación de la ley [dentro de los ... días/meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación completa de todos los detalles] de denegar o conceder la autorización o de concederla con sujeción, en su caso, al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

2. Procedimiento de revisión periódica, cada ... meses/años, de las autorizaciones concedidas, con la posibilidad de prorrogarlas, suspenderlas o subordinar su prórroga al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

3. Posibilidad de retirar una autorización si, por ejemplo, el órgano encargado de la aplicación de la ley viniera en conocimiento de:

a) que las circunstancias que habían justificado la concesión de la autorización habían dejado de existir;

b) que las empresas no habían cumplido las condiciones y obligaciones prescritas para la concesión de la autorización;

c) que la información proporcionada al solicitar la autorización era falsa o engañosa.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 7

El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización

1. Creación del órgano encargado de la aplicación de la ley y su denominación.

2. Composición del órgano, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluido el organismo encargado de su nombramiento.

3. Condiciones que deberían reunir las personas nombradas.

4. Expiración del mandato del presidente y de los miembros del órgano, después de un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes.

5. Destitución de los miembros del órgano.

6. Posible inmunidad de la jurisdicción penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo o en el ejercicio de sus funciones.

7. Nombramiento del personal necesario.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 8

Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley

I. Las funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley podrían ser los siguientes (enumeración ejemplificativa):

a) la realización de indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncia;

b) la adopción de las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones, o la recomendación de las mismas a un ministro responsable;

c) la realización de estudios, la publicación de informes y la información al público;

d) la distribución de formularios y el mantenimiento de un registro de las notificaciones;

e) la elaboración y publicación de reglamentos;

f) la colaboración en la preparación, la modificación o la revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas de la política en materia de regulación y competencia;

g) la promoción del intercambio de información con otros Estados.

II. Carácter confidencial

1. Concesión de garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.

2. Protección de la identidad de las personas que proporcionan información a los órganos de defensa de la competencia y que necesitan conservar el anonimato para defenderse contra medidas de represalia económica.

3. Protección de las deliberaciones del gobierno respecto de asuntos en curso o aún pendientes.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 9

Sanciones y medidas de reparación

I. La imposición de sanciones, cuando proceda, por:

- i) violaciones de la ley;
- ii) desobediencia a las resoluciones o mandamientos del órgano encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;
- iii) no suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;
- iv) suministrar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial.

II. Las sanciones podrían consistir, en particular, en lo siguiente:

- i) multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);
- ii) prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación notoria e intencional de la ley, o de una decisión para exigir su cumplimiento, por parte de una persona natural);
- iii) órdenes o mandamientos provisionales;

- iv) órdenes definitivas o por un plazo determinado de cesación de las prácticas prohibidas o de reparación de una violación mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;
- v) venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);
- vi) restitución a los consumidores perjudicados;
- vii) consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ejecutados por los perjudicados.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 10

Recursos

1. Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el órgano encargado de la aplicación de la ley fundándose en un cambio en las circunstancias.

2. Posibilidad de que cualquier empresa o particular interponga [ante la autoridad judicial competente] en el plazo de (...) días recurso contra la totalidad o una parte de la resolución dictada por el órgano encargado de la aplicación de la ley (o) sobre cualquier cuestión jurídica de fondo.

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 11

Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

Reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo a las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente.

Parte II

COMENTARIO A LOS ARTICULOS

1. La secretaría de la UNCTAD, de conformidad con las conclusiones convenidas del 12º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas, ha preparado una versión revisada de los comentarios sobre los posibles elementos del proyecto de articulado contenido en la parte I, teniendo en cuenta la información y las observaciones presentadas por escrito por los Estados, la evolución reciente de la normativa legal de los distintos países y las observaciones formuladas por el Grupo Intergubernamental de Expertos en su 12º período de sesiones.

COMENTARIO AL TITULO DE LA LEY

Título de la ley

2. Los posibles elementos del proyecto de articulado ofrecen tres variantes del título de la ley: "Eliminación o control de las prácticas comerciales restrictivas" 2/, "Ley antimonopolio" 3/ y "Ley sobre la competencia" 4/.

3. No existe una regla general en lo que concierne al título de las leyes sobre las prácticas restrictivas de la competencia. Los diferentes títulos adoptados suelen reflejar los objetivos y el rango de la ley, así como la tradición jurídica de cada país. Cabe tener en cuenta los ejemplos siguientes: Australia, Ley sobre las prácticas comerciales; Bélgica, Ley sobre la protección de la competencia económica; Colombia, Ley sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas; Francia, Decreto relativo a la libertad de precios y de competencia; Alemania, Ley contra las restricciones de la competencia; India, Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas; Italia, Reglamento de defensa de la competencia y el mercado; Jamaica, Ley de competencia leal; Kenya, Ley sobre las prácticas comerciales restrictivas, los monopolios y el control del comercio; España, Ley de defensa de la competencia; Pakistán, Decreto sobre represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas; Perú, Decreto legislativo contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; Polonia, Ley de represión de las prácticas monopolísticas; República de Corea, Ley de comercio leal y de regulación de los monopolios; Federación de Rusia, Ley sobre la competencia y la restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos; Sri Lanka, Ley de la Comisión de Comercio Leal; Reino Unido, Leyes sobre el comercio leal, las prácticas comerciales restrictivas, los precios de reventa y la competencia; Estados Unidos de América, Leyes antitrust (Ley Sherman, Ley Clayton, Ley de la Comisión Federal de Comercio); Venezuela, Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia.

COMENTARIO AL ARTICULO 1

Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o eliminar los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, o la adquisición y/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.

4. Este artículo 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 basar su legislación en materia de prácticas comerciales restrictivas. Los Estados quizá deseen indicar, como en la sección A del Conjunto de Principios y Normas, otros objetivos concretos de la ley, como la creación, el fomento y la defensa de la competencia, el control de la concentración del capital o del poder económico, o de ambas cosas, el fomento de las innovaciones, la protección y promoción del bienestar social, en particular los intereses de los consumidores, etc., y tener en cuenta el efecto de las prácticas comerciales restrictivas en su comercio y desarrollo.

5. En la legislación de diversos países, por ejemplo, se incluyen, entre otros, los objetivos que a continuación se indican. En el Canadá: "defender y fomentar la competencia en el Canadá a fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense, de ampliar las oportunidades de participación del Canadá en los mercados mundiales, reconociendo al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera en el Canadá, de velar por que las empresas pequeñas y medianas tengan una oportunidad equitativa de participar en la economía canadiense y de ofrecer a los consumidores precios competitivos y posibilidades de elección de los productos" 5/; en Dinamarca: "fomentar la competencia y reforzar así la eficiencia de la producción y la distribución de bienes y servicios, etc., por medio de la máxima transparencia posible de las condiciones de competencia" 6/; en Noruega: "conseguir la eficiente utilización de los recursos de la sociedad proporcionando las condiciones necesarias para una competencia efectiva 7/; en el Perú: "eliminar las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas para conseguir el desarrollo de la iniciativa privada y el beneficio de los consumidores 8/; en la Federación de Rusia: "prevenir, limitar y suprimir las actividades monopolísticas y la competencia desleal, y asegurar las bases para la creación y el eficiente funcionamiento de los mercados de productos" 9/; en Suecia: "eliminar y afrontar los obstáculos a una competencia efectiva en la esfera de la producción y el comercio de bienes, servicios y otros productos" 10/; en los Estados Unidos: "una carta general de la libertad económica destinada a preservar la competencia libre y sin trabas como regla del comercio. Se basa en la premisa de que la libre interacción de las fuerzas de la competencia producirá la mejor asignación de nuestros recursos económicos, los precios más bajos, la calidad más elevada y el mayor progreso material, creando al mismo tiempo un entorno conducente a la salvaguardia de nuestras instituciones políticas y sociales democráticas" 11/; en Venezuela: "promover y proteger el ejercicio de la

libre competencia," así como "la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores" 12/; las disposiciones del Pacto Andino se refieren a "prevenir o corregir las distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la competencia" 13/.

6. El texto propuesto se refiere al "control", que figura en el título del Conjunto de Principios y Normas, y a los "acuerdos restrictivos" y los "abusos de una posición dominante en el mercado", que son las prácticas a que se refieren las secciones C y D del Conjunto. Las palabras "que limiten el acceso a los mercados" se refieren a las medidas destinadas a estorbar o impedir la entrada de competidores reales o potenciales. El adverbio "indebidamente" significa que los efectos de las restricciones deben ser perceptibles, así como injustificados o graves, para que la prohibición resulte aplicable. Esta idea figura en la legislación de muchos países, como Australia 14/, la India, México 15/, la República de Corea, la Federación de Rusia, el Reino Unido y la Comunidad Europea 16/.

7. En otras legislaciones, los convenios de cooperación entre empresas medianas y pequeñas, cuando tales acuerdos están dirigidos a promover la eficiencia y competitividad de tales empresas frente a empresas más grandes, pueden ser autorizados. Así ocurre en Alemania y el Japón. Además, en el Japón las empresas pertenecientes a las categorías pequeña y mediana se definen teniendo en cuenta el capital desembolsado y el número de empleados.

8. Incumbiría a los Estados decidir la manera como debería aplicarse una regla de minimis. Fundamentalmente, hay dos posibilidades. Por una parte, cabe dejar que el órgano encargado de la aplicación de la ley decida basándose en una evaluación de los convenios o acuerdos notificados. En tal caso, la formulación de las normas de exención se dejaría al arbitrio del órgano encargado de la aplicación de la ley. Por otra parte, en los casos en que la ley se centra en consideraciones de "interés nacional", las restricciones se examinan primordialmente en el contexto de si tienen o pueden tener, en definitiva, efectos perjudiciales sobre el desarrollo económico general 17/. Este concepto, aunque con diversos matices y acentos, ha encontrado expresión en la legislación actual sobre prácticas comerciales restrictivas de los países desarrollados y los países en desarrollo 18/.

COMENTARIO AL ARTICULO 2

Definiciones y ámbito de aplicación

I. Definiciones

a) Por "empresa" se entiende toda sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía o asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participadas u otras entidades directamente o indirectamente controladas por ella.

9. La definición de "empresa" se basa en el párrafo 3 de la subsección i) de la sección B del Conjunto de Principios y Normas.

b) Por "posición dominante en el mercado" se entiende la situación en que una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios.

10. La definición de "posición dominante en el mercado" se basa en el párrafo 2 de la subsección i) de la sección B del Conjunto de Principios y Normas. Más abajo, en los párrafos 52 a 58 figuran otros comentarios sobre esta cuestión.

c) Por "mercado pertinente" se entiende el ramo del comercio en que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un aumento no insignificante de los precios.

11. Se han ampliado las definiciones contenidas en el Conjunto para incluir la de "mercado pertinente". El criterio adoptado en esta definición es el desarrollado en las directrices sobre fusiones de los Estados Unidos, generalmente aceptadas por los economistas especializados en la lucha contra los monopolios de la mayoría de países 19/.

12. La definición del "mercado pertinente" consiste simplemente en determinar el producto o los servicios concretos o la clase de productos fabricados o servicios prestados por una o varias empresas en una zona geográfica determinada. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha definido el concepto de mercado pertinente como "la zona de competencia efectiva en que el demandado realiza sus operaciones" 20/. La delimitación de la zona de competencia efectiva requiere investigar el mercado pertinente del producto y el mercado geográfico de que se trata. Es también necesario señalar que la definición del mercado pertinente proporciona una idea general de la situación de la competencia a la que se enfrenta la empresa. Pese a la definición teórica de "mercado pertinente", la realidad es que los mercados existen y pueden definirse sin violar las leyes sobre la competencia, y que las restricciones o abusos pueden, mediante el ejercicio de su poder de monopsonio, tanto bajar como subir los precios, también en detrimento último de los consumidores.

13. El mercado del producto (el término "producto" abarca los servicios) es el primer elemento que hay que tener en cuenta al determinar el mercado pertinente. En la práctica se han aplicado dos criterios complementarios y estrechamente relacionados entre sí para determinar el mercado pertinente del producto o servicio, es decir, el carácter razonablemente intercambiable del uso y la elasticidad cruzada de la demanda. Para la aplicación del primer criterio se suelen tener en cuenta dos factores: si el uso final del producto y sus sucedáneos es o no fundamentalmente el mismo, o si las

características físicas (o las cualidades técnicas) son lo bastante similares para que la clientela pueda cambiar de uno a otro con facilidad. El factor del precio es el elemento central de la aplicación del criterio de la elasticidad cruzada. Consiste en determinar el aumento relativo en la cantidad demandada de un producto como respuesta al aumento relativo en el precio de otro. En un mercado en el que la elasticidad cruzada es elevada un ligero aumento del precio de un producto tendrá por efecto que la clientela cambie al otro, indicando así que esos productos son competidores en el mismo mercado, mientras que una elasticidad cruzada baja indicará lo contrario, es decir, que los productos tienen mercados independientes.

14. El mercado geográfico es el segundo elemento que hay que tener en cuenta para determinar el mercado pertinente. Puede definirse en general como la zona en que los vendedores de un producto o servicio determinado realizan sus operaciones. El mercado geográfico pertinente puede ser pequeño -por ejemplo, una pequeña ciudad- o puede ser todo el mercado internacional. Entre ambos es posible considerar otras posibilidades como varias ciudades, una provincia, un Estado, una región compuesta por varios Estados. Por ejemplo, en relación con el control de las prácticas comerciales restrictivas en una agrupación económica regional como la Comunidad Europea, el mercado geográfico pertinente es el "Mercado Común o una parte sustancial de éste". A este respecto, el Tribunal de Justicia falló en el asunto de la "Industria azucarera europea" ^{21/} que Bélgica, Luxemburgo, los Países Bajos y la parte meridional de la entonces República Federal de Alemania constituían "partes sustanciales del Mercado Común" (es decir, el mercado geográfico pertinente). Por otra parte, el Tribunal resolvió que era necesario tener en cuenta, en particular, la estructura y el volumen de la producción y el consumo del producto y los usos económicos de vendedores y compradores y las posibilidades que se les ofrecían.

15. Son varios los factores que intervienen en la determinación del mercado geográfico pertinente, en particular las desventajas en materia de precios resultantes de los costos de transporte, el grado de dificultad para obtener bienes o servicios, las posibilidades de elección de los consumidores y el nivel funcional en que operan las empresas.

II. Ambito de aplicación

a) Se aplica a toda empresa, tal como ha sido definida, con respecto a todos sus convenios, actos o transacciones relativos a bienes, servicios o propiedad intelectual.

b) Se aplica a toda persona natural que, obrando en su capacidad privada como propietario, gestor o empleado de una empresa, autoriza la realización de prácticas restrictivas prohibidas por la ley o participa o colabora en ellas.

c) No se aplica a los actos soberanos del Estado o de las administraciones locales, ni a los actos de las empresas o personas naturales impuestos por el Estado o las administraciones locales o por

departamentos de la Administración que actúen dentro del ámbito de sus facultades delegadas, o realizados bajo su supervisión.

16. El texto sobre el ámbito de aplicación tiene en cuenta la subsección ii) de la sección B del Conjunto, que ha sido ampliada para puntualizar que la ley se aplica a las personas naturales pero no a los funcionarios públicos que actúan por cuenta de la Administración 22/. Sin embargo, una persona natural no es una "empresa", salvo que haya constituido una "sociedad unipersonal". La ley tipo podría dar a entender que un convenio entre una sociedad y su administrador es un convenio entre dos "empresas" y, por tanto, constituye confabulación. De manera prácticamente general la doctrina jurídica concluye que no debería ser así.

17. Aunque casi todos los códigos internacionales sobre prácticas comerciales restrictivas, como los reglamentos de las Comunidades Europeas relativos a las cuestiones de competencia y la Decisión del Grupo Andino sobre las prácticas restrictivas de la libre competencia sólo se aplican a las empresas, la mayoría de las leyes nacionales sobre las prácticas comerciales restrictivas se aplican tanto a las personas naturales como a las empresas porque la disuasión y la reparación pueden ser más eficaces en el ámbito nacional si los propietarios o administradores de las empresas pueden ser tenidos personalmente por responsables de las violaciones en que incurren o que autorizan, como es el caso del Reino Unido en virtud de la Ley sobre prácticas restrictivas 23/. Es importante mencionar que también pueden considerarse "empresas" a las asociaciones profesionales, a los efectos de las leyes sobre la competencia.

18. Por otra parte, esta definición deja bien sentado que todo convenio o acto de una empresa (salvo un convenio con el Estado) puede ser examinado para determinar si contiene una restricción inaceptable o constituye un abuso de dominio.

19. El ámbito de aplicación ha sido aclarado también para excluir los actos soberanos de las administraciones locales, a las que se hayan delegado facultades de reglamentación, y para proteger los actos de los particulares cuando su comportamiento ha sido impuesto por el Estado o realizado bajo su supervisión. Sin embargo, conviene señalar que en el párrafo 7 de la sección B del Conjunto de Principios y Normas y en la mayoría de países con leyes modernas sobre prácticas comerciales restrictivas, la ley se aplica tanto a las empresas estatales como a las empresas privadas 24/.

20. La mención de la propiedad intelectual es coherente con casi todas las leyes antitrust, que consideran "convenios" las concesiones de licencias para la transmisión de tecnología y los examinan como cualquier otro convenio para determinar si contienen restricciones o abusos, salvo que la exclusividad legal concedida por el Estado a los inventores puede justificar algunas restricciones que no serían aceptables en otros contextos.

COMENTARIO AL ARTICULO 3

Convenios o acuerdos restrictivos

I. Prohibición de los siguientes convenios entre empresas competidoras o potencialmente competidoras, independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, formales o informales:

- a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;
- b) La licitación colusoria;
- c) La repartición de los mercados o de la clientela;
- d) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- e) La negativa concertada a adquirir;
- f) La negativa concertada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;
- g) La denegación colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia.

21. 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 adoptado un criterio de prohibición de carácter general. Tal es el criterio que se ha adoptado o se está adoptando en las leyes sobre prácticas restrictivas de muchos países.

22. Los convenios entre empresas son fundamentalmente de dos tipos: horizontales y verticales. Los convenios horizontales son los celebrados entre empresas que se dedican en general a las mismas actividades, es decir, entre productores, entre mayoristas o entre minoristas de un mismo género de productos. Los acuerdos verticales son los celebrados entre empresas que se sitúan en distintos escalones del proceso de fabricación y distribución; por ejemplo, entre fabricantes de componentes y fabricantes de productos en los que incorporan esos componentes, entre productores y mayoristas o entre productores, mayoristas y minoristas. Algunos convenios pueden ser a la vez horizontales y verticales, como los convenios de fijación de precios. Actividades competidoras son las de las empresas que compiten en el plano horizontal. Se habla de actividades potencialmente competidoras cuando se da una situación en la que la otra parte o las otras partes están capacitadas para iniciar el mismo género de actividades y es posible que lo hagan; por ejemplo, un distribuidor de componentes puede ser también productor de otros componentes.

23. Los convenios entre empresas están prohibidos en principio en el Conjunto, "excepto cuando traten entre ellas en el contexto de una entidad

económica en cuyo seno estén sometidas a un control común, incluso a través de relaciones de propiedad, o no puedan por otro motivo actuar con independencia unas de otras" (párr. 3 de la secc. D). Conviene señalar que varios órganos jurisdiccionales han resuelto que las empresas de un mismo propietario o sujetas a un control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras 25/. En los Estados Unidos, aunque para algunos tribunales esta regla incluye a las sociedades en las que otra empresa tiene una participación mayoritaria 26/, la Corte Suprema sólo se ha limitado a declarar la imposibilidad de que una sociedad central y su filial en propiedad absoluta conspiren a los efectos de la Ley Sherman 27/.

24. Los convenios o acuerdos, tanto escritos como verbales, oficiales u oficiosos, quedarían comprendidos en la prohibición. Esta abarcaría cualquier tipo de pacto, estuviera o no destinado a tener fuerza jurídica obligatoria. A este respecto, la legislación del Pakistán define el término "convenio" como "todo acuerdo o avenencia, formalizado o no por escrito y destinado o no a ser jurídicamente exigible" 28/. Las leyes de la India 29/ y de Sudáfrica 30/ contienen una definición similar. Las leyes de Polonia 31/ y de la Federación de Rusia 32/ hacen referencia a los "convenios sea cual sea su forma". El enunciado de la ley de España 33/ es especialmente generoso y abarca múltiples posibilidades que van más allá de los convenios, es decir, "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela". El Perú 34/ y Venezuela 35/ adoptan un criterio análogo. Lo mismo ocurre con la normativa del Pacto Andino 36/.

25. Cuando los acuerdos son por escrito, no puede surgir ninguna controversia jurídica sobre su existencia misma, aunque sí sobre su significado. Ahora bien, las empresas suelen abstenerse de concertar convenios escritos, especialmente cuando están prohibidos por la ley. Los convenios oficiosos o verbales plantean el problema de su probanza, puesto que tiene que demostrarse que ha habido entre las empresas alguna forma de comunicación o conocimiento compartido de las decisiones comerciales que se ha traducido en una actuación concertada o en conductas paralelas. Por consiguiente, la prueba de la actuación concertada en tales casos se basa en indicios. Una actuación paralela constituye un serio indicio de tal conducta, pero quizás no se considere prueba concluyente. Otra forma importante de probar la existencia de un acuerdo verbal, muy superior a la prueba de la conducta paralela, es el testimonio directo de testigos.

26. Determinar si unas conductas paralelas son el resultado de decisiones comerciales independientes o de un pacto tácito requeriría probablemente una investigación de la estructura del mercado, las diferencias de precios en relación con los costos de producción, el momento de adopción de las decisiones y otros indicios de la uniformidad de la conducta de las empresas en el mercado de un producto determinado. Una baja paralela de los precios puede ser indicio de sana competencia, mientras que unos aumentos paralelos constituirían indicios vehementes de la existencia de un convenio o acuerdo, tácito o no, suficientes para desplazar la carga de la prueba sobre la empresa o las empresas implicadas que, a su vez, deberían aportar alguna

prueba en contrario, como cuestión de mera prudencia. Otra manera de distinguir la conducta paralela pero competitiva de la conducta que es el resultado de un acuerdo anticompetitivo es averiguar si la conducta de una empresa determinada redundaría en su propio provecho de no mediar seguridades de que sus competidores actuarán de un modo análogo. No obstante, es también importante mencionar que los aumentos paralelos de precios, sobre todo en períodos de inflación generalizada, son compatibles tanto con la competencia como con la colusión y no constituyen una prueba sólida de conducta anticompetitiva.

27. Las prácticas comerciales restrictivas enumeradas en los apartados a) a g) del artículo 3 se indican a título de ejemplo y no deberían considerarse como una lista exhaustiva de prácticas que han de prohibirse. Aunque la enumeración comprende los supuestos más corrientes de prácticas restrictivas, esa lista puede ampliarse para incluir otras posibilidades y convertirse en una lista enunciativa o indicativa mediante la inclusión de las palabras "entre otros" entre "Prohibición de" y "los siguientes convenios", como, por ejemplo, en la nueva ley colombiana 37/, o la adición de las palabras "y otros de efectos equivalentes", como en la normativa del Pacto Andino 38/. De ese modo, el artículo 3 se convierte en una "cláusula general" que abarca, no sólo los convenios enumerados en los apartados a) a g), sino también otros convenios no mencionados expresamente que el órgano encargado de la aplicación de la ley considere también restrictivos.

28. Por otra parte, en algunos países, como la India, se establece la presunción de que las prácticas comerciales monopolísticas redundan en perjuicio del interés público y están, por ende, prohibidas, con las excepciones mencionadas en la ley 39/.

29. Una característica distintiva de la normativa elaborada en los Estados Unidos, en aplicación del artículo 1 de la Ley Sherman es el criterio de la ilegalidad intrínseca. Si bien el carácter razonable o no de la restricción (rule of reason) es el principio por el que hay que guiarse para calificar una conducta de contraria a la libre competencia (basándose en la investigación de los fines y efectos de la supuesta restricción para determinar el carácter no razonable de la restricción sometida a control), el Tribunal Supremo ha afirmado que "existen ciertos convenios o prácticas que, a causa de sus efectos perniciosos sobre la competencia y de la falta de toda ventaja compensatoria, se presume de modo concluyente que no tienen carácter razonable y, por consiguiente, que son ilegales, sin detenerse a preguntar el daño concreto que hayan causado ni la razón comercial que excuse su adopción" 40/. Las restricciones que se considera que constituyen intrínsecamente violaciones de la legalidad suelen incluir los acuerdos de fijación de precios, la repartición horizontal de los mercados y de la clientela, las negativas concertadas a tratar de carácter horizontal y las maquinaciones para alterar las ofertas (bid rigging).

30. Una característica especial de la normativa rusa es que la prohibición de los acuerdos no descansa en el criterio de la legalidad intrínseca; en otras palabras, las autoridades encargadas de la lucha contra los monopolios de la Federación de Rusia pueden prohibir los acuerdos que consideren que producen

o pueden producir como resultado una importante restricción de la competencia 41/.

31. La legislación australiana prohíbe la mayoría de los convenios de fijación de precios, los boicoteos y algunas formas de acuerdos de exclusividad. Tal es asimismo la situación en la India, donde, de conformidad con la Ley sobre monopolios y prácticas comerciales restrictivas, el pacto o estipulación de un contrato de compraventa de mercaderías o de cualquier convenio que imponga precios de reventa está prohibida de acuerdo con el criterio de ilegalidad intrínseca 42/.

COMENTARIO A LA LISTA ENUNCIATIVA DE PRACTICAS GENERALMENTE PROHIBIDAS

a) Los convenios para fijar precios u otras condiciones de venta, en particular en el comercio internacional;

32. El Conjunto de Principios y Normas requiere en el apartado a) del párrafo 3 de la sección D que se prohíban los "acuerdos de fijación de precios, incluso con respecto a exportaciones e importaciones".

33. La fijación de precios figura entre las formas más corrientes de prácticas comerciales restrictivas y, tanto si afecta a bienes como a servicios, se considera en muchos países ilícita per se 43/. La fijación de precios puede producirse en cualquier escalón del proceso de producción y distribución. Puede consistir en convenios sobre los precios de los productos primarios, los insumos intermedios o los productos acabados. También puede consistir en convenios relativos a formas específicas de cálculo de los precios, incluidos la concesión de descuentos y rebajas, la elaboración de listas de precios y sus variaciones y el intercambio de información sobre los precios.

34. La fijación de precios puede ser llevada a cabo por las empresas como una práctica aislada o puede formar parte de un acuerdo colusorio más amplio entre ellas que regule la mayoría de las actividades comerciales de los miembros y abarque, por ejemplo, licitaciones colusorias, convenios de repartición de los mercados y de la clientela, cuotas de ventas y de producción, etc.

35. En lo que concierne al comercio internacional, cabe señalar que, si bien la fijación de precios con respecto a los bienes o servicios vendidos en el mercado interior se somete a un control estricto en virtud de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas, la fijación de precios en relación con las exportaciones suelen ser autorizada aduciendo que tales actividades no afectan al mercado nacional. En algunos países, la legislación exime especialmente los cárteles de exportación a condición de que hayan sido notificados e inscritos en un registro y de que no perjudiquen el mercado interior. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, los Países Bajos, el Reino Unido y los Estados Unidos 44/. En la mayoría de los demás países, las prácticas con efectos fuera del territorio nacional están simplemente excluidas del ámbito de aplicación de la ley y, por tanto, se hace caso omiso de ellas. Por otra parte, los convenios de fijación de

precios de las exportaciones pueden abarcar empresas de uno o varios países, que entonces forman parte de un cártel internacional. La participación de industrias nacionales en cárteles internacionales está prohibida en principio por la legislación de los Estados Unidos.

b) La licitación colusoria 45/;

36. Las licitaciones colusorias son intrínsecamente anticompetitivas, pues se oponen a la finalidad misma de la convocatoria de licitación, que es la adquisición de bienes o servicios a los precios y a las condiciones más favorables. La licitación colusoria puede adoptar diferentes formas: pactos para presentar ofertas idénticas, pactos para determinar quién presentará la oferta más baja, pactos para presentar ofertas ficticias (ofertas deliberadamente infladas), pactos para no pujar uno contra otro, pactos sobre normas comunes para calcular los precios o condiciones en las ofertas, pactos para "dejar fuera" a los licitantes independientes, pactos para designar de antemano a los rematantes por rotación o con arreglo a criterios geográficos o de clientela. Tales pactos pueden prever un sistema de compensación de los licitantes a los que no se haya adjudicado el contrato basado en determinado porcentaje de los beneficios de los adjudicatarios con el fin de repartirlo después de cierto plazo entre los licitantes a quienes no se haya adjudicado el contrato.

37. La licitación colusoria es ilegal en la mayoría de los países. Aun los países que no cuentan con disposiciones legales especiales sobre las prácticas comerciales restrictivas disponen a menudo de una normativa especial sobre las licitaciones. La mayoría de los países tratan la licitación colusoria con mayor rigor que otros acuerdos horizontales, a causa de sus aspectos fraudulentos y especialmente de sus efectos perjudiciales en las compras del Estado y el gasto público. En la República Popular de China, la oferta será declarada nula y sin efecto, y según las circunstancias se impondrá una multa. En Kenya, por ejemplo, la licitación colusoria está tipificada como infracción penal castigada con una pena de tres años de prisión como máximo cuando dos o más personas licitan para el suministro o la compra de bienes o servicios a un precio o en unas condiciones acordadas o pactadas entre ellas, salvo en el caso de licitaciones conjuntas reveladas a los convocantes de la licitación y aceptables para éstos 46/. En Suecia, no existe en la Ley sobre la competencia ninguna disposición especial relativa a la licitación colusoria. Este tipo de cooperación horizontal entra dentro de la prohibición general de acuerdos anticompetitivos o prácticas concertadas 47/.

c) La repartición de los mercados o de la clientela;

38. Los acuerdos entre empresas de repartición de los mercados y de la clientela implican la asignación a determinadas empresas de determinados clientes o mercados para los productos o servicios de que se trata. Tales acuerdos tienen por objeto, en especial, consolidar o mantener determinada estructura del comercio mediante la renuncia a la competencia por parte de las empresas competidoras respecto de su clientela o sus mercados respectivos. Tales acuerdos pueden ser restrictivos con respecto a una

determinada línea de productos o con respecto a un determinado tipo de clientela.

39. Los acuerdos de repartición de los mercados se dan tanto en el comercio interno como en el internacional; en este último caso frecuentemente suponen una repartición del mercado internacional de base geográfica que responde a unas relaciones entre proveedores y compradores previamente establecidas. Las empresas que conciertan tales convenios casi siempre acuerdan no competir en el mercado interior de la otra. Cabe, por otra parte, que los acuerdos de repartición de mercado tengan ese fin específico.

d) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

40. Los acuerdos de repartición de mercados también pueden concebirse en forma de asignaciones cuantitativas en vez de estar basados en una distribución de territorios o de clientela. Tales restricciones se aplican a menudo en los sectores donde hay una capacidad excedente o donde el objetivo es el alza de los precios. Con arreglo a esos sistemas, las empresas suelen convenir en limitar los suministros a una proporción de sus ventas anteriores y, con objeto de velar por el cumplimiento de ese pacto, muchas veces se crea un fondo común y se exige a las empresas cuyas ventas son superiores a su cuota a que hagan pagos al fondo con objeto de compensar a las empresas cuyas ventas son inferiores a su cuota.

e) La negativa concertada a adquirir;

f) La negativa concertada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

41. Las negativas concertadas a adquirir o a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios, o la amenaza de tal negativa, son uno de los medios más corrientes empleados para obligar a los que son miembros de un grupo a seguir la línea de conducta prescrita. Los boicoteos de grupo pueden ser horizontales (es decir, los miembros del cártel pueden pactar entre ellos que no venderán o no comprarán a determinados clientes) o verticales (los pactos entre partes situadas en escalones diferentes del proceso de producción y distribución negándose a tratar con un tercero, normalmente un competidor de una de ellas).

42. Los boicoteos se consideran ilegales en varios países, especialmente cuando tienen por objeto asegurar la observancia de otros acuerdos como los de imposición colectiva de precios de reventa y los de exclusividad. Por ejemplo, los boicoteos o las listas de suspensión (stop lists) para asegurar colectivamente el cumplimiento de las condiciones de imposición de precios de reventa están prohibidos en el Reino Unido. En la India, los convenios destinados a restringir o rehusar la producción de bienes 48/ están sujetos a notificación, al igual que los acuerdos que tienen por objeto imponer el cumplimiento de cualesquiera otros acuerdos 49/. En los Estados Unidos, un tribunal de segunda instancia resolvió que unos reaseguradores de Londres podían ser procesados por boicoteo ilegal si tales

reaseguradores habían pactado no tratar con ninguna de las entidades aseguradoras de los Estados Unidos que ofrecían la cobertura de siniestros no descubiertos y objeto de una demanda de indemnización durante la vigencia de las pólizas y habían forzado así la adopción en todo el territorio de los Estados Unidos de pólizas uniformes basadas en el momento de presentación de la demanda de indemnización 50/.

43. Las denegaciones concertadas de suministros a un comprador nacional o a un importador constituyen también una negativa a tratar. Las denegaciones de suministros a importadores potenciales pueden ser el resultado de acuerdos de repartición de la clientela por los que los proveedores convienen en no abastecer más que a los compradores designados. También pueden ser el resultado de acuerdos colectivos verticales entre compradores y vendedores, incluidos los importadores y exportadores.

g) La denegación colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia.

44. En la esfera de la producción y venta de bienes y servicios es corriente ser miembro de asociaciones profesionales y comerciales. Tales asociaciones suelen contar con ciertas normas de admisión y, en circunstancias normales, se permite el ingreso de los que reúnen tales requisitos. No obstante, las normas de admisión pueden redactarse de modo que excluyan a ciertos posibles competidores, bien estableciendo una discriminación en perjuicio de ellos, o bien creando un "coto cerrado" 51/. Sin embargo, conforme a la resolución dictada en los Estados Unidos, intereses profesionales válidos pueden justificar la exclusión de las asociaciones profesionales de determinados individuos 52/.

45. La denegación colectiva de participación en un acuerdo también puede consistir en la negativa de admisión a un servicio necesario para competir eficazmente en el mercado 53/. A este respecto, en los Estados Unidos se ha adoptado el principio de los servicios "decisivos para la competencia" al decretarse que un grupo comprador que cuente con menos del 30% del mercado puede excluir las empresas que desee 54/.

II. Autorización

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y sean realizadas por empresas sujetas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas si el servicio de defensa de la competencia llega a la conclusión de que el convenio en general redunda en beneficio común.

46. El párrafo II del artículo 3 propuesto versa sobre la autorización, que es la manera de conferir a los órganos nacionales facultades discrecionales para evaluar los intereses nacionales en lo que se refiere a los efectos de ciertas prácticas en el comercio o el desarrollo económico 55/. Por consiguiente, las empresas que tuvieran el propósito de concertar acuerdos o convenios restrictivos del género de los comprendidos en el párrafo I tendrían que notificar al órgano nacional todos los hechos pertinentes del

convenio a fin de obtener una autorización de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 6.

47. Por ejemplo, el párrafo 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea dispone que serán "incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". No obstante, esa prohibición no es absoluta puesto que el párrafo 3 del artículo 85 del Tratado de Roma establece que las disposiciones del párrafo 1 podrán ser declaradas inaplicables cuando tales acuerdos o decisiones

"contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate."

48. La mayoría de las legislaciones, como las de Alemania, Italia, el Japón, Lituania, España 56/, Suecia y Venezuela, para citar algunos ejemplos, establecen la posibilidad de autorización, en determinados supuestos y durante cierto plazo, como los cárteles de crisis (denominados cárteles de depresión en el Japón y España) y los cárteles de racionalización. La legislación colombiana enumera los acuerdos de investigación y desarrollo, el cumplimiento de las leyes sobre normas y medidas y los procedimientos, métodos y sistemas de utilización de servicios comunes 57/. La Ley sobre monopolios y prácticas comerciales restrictivas de la India menciona la defensa y la seguridad, el suministro de bienes y servicios indispensables a la comunidad y los convenios concertados por la Administración 58/. Del mismo modo, la nueva ley lituana se refiere, de manera más general a la continua reducción de los precios de consumo o la mejora de la calidad de los productos 59/. En la Federación de Rusia, estos acuerdos son legales cuando contribuyen a mantener plenamente abastecidos a los mercados de productos, a mejorar la calidad de los bienes y a aumentar su competitividad 60/. También la normativa peruana prevé la autorización de ciertos acuerdos restrictivos cuando contribuyen a aumentar la eficiencia en la producción y comercialización de bienes y servicios; a crear una mayor capacidad de exportación, aunque únicamente si son compatibles con los tratados internacionales; a elevar el nivel de vida en las zonas geográficas afectadas por la recesión, pero sólo si no influyen en la competencia 61/.

49. Por otra parte, determinados sectores de la economía, como la banca, y servicios públicos como, entre otros, los transportes y las comunicaciones,

el abastecimiento de agua, gas, electricidad y combustible, pueden quedar exentos de la aplicación de la normativa legal, porque esas actividades están reguladas por otras leyes u organismos de reglamentación. En otras palabras, la exención se establece en una disposición al efecto. Esas excepciones sectoriales pueden regularse mediante una cláusula de exención comprendida en el ámbito de aplicación. En los últimos años, sin embargo, la creciente tendencia a la "desregulación" ha llevado a muchos países a modificar su legislación para incluir sectores antes exentos en el ámbito de aplicación de la ley. En el Reino Unido, por ejemplo, incluso los servicios públicos están sujetos a la Ley sobre la libre competencia y son investigados regularmente.

50. Adviértase que la normativa legal de los países que adoptan el criterio de la ilegalidad intrínseca -como en general la de los Estados Unidos- no prevén ninguna posibilidad de exención o autorización y, por lo tanto, no cuentan con un sistema de notificación de las prácticas comerciales restrictivas de carácter horizontal. Sin embargo, aunque la ley estadounidense no faculta a los organismos encargados de la lucha antitrust para autorizar una conducta ilegal, son muchas las exenciones a la Ley antitrust creadas por ley o establecidas por los tribunales 62/.

COMENTARIO AL ARTICULO 4

Actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado

I. Prohibición de los actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado

La prohibición de los actos o conductas que constituyan abuso o adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado:

- i) cuando una empresa, por sí o conjuntamente con algunas otras empresas, esté en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o determinados grupos de bienes o servicios;
- ii) 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.

51. Los elementos de este artículo se basan en el párrafo 4 de la sección D del Conjunto de Principios y Normas y, como en el párrafo I, se ha adoptado el criterio de una prohibición de carácter general cuando se dan las tres condiciones enumeradas en los incisos i) y ii). Tal situación exigirá un examen caso por caso para determinar si los actos o conductas de una empresa implican abuso o adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado.

52. Por posición dominante en el mercado se entiende el grado de control efectivo o potencial del mercado por una empresa o varias empresas. Tal control puede cuantificarse de acuerdo con las cuotas del mercado, la

cifra anual total de negocios, el volumen de los activos, el número de empleados, etc; también debería centrarse en la capacidad de una empresa para aumentar los precios por encima (o hacerlos bajar por debajo) del nivel de competencia durante un período considerable de tiempo. En algunos países, la ley especifica la cuota de mercado que debe corresponder a una o varias empresas para que pueda considerarse que existe una posición de dominio o situación monopolística. En el Reino Unido, por ejemplo, se presume que existe monopolio si una empresa suministra o adquiere el 25% o más de todos los bienes o servicios de un determinado tipo en el Reino Unido o en una determinada parte del Reino Unido, y por consiguiente se pueden examinar monopolios locales 63/. También se define el monopolio complejo como la situación en que un grupo de empresas que conjuntamente tienen una cuota del 25% del mercado se comportan de manera contraria a la libre competencia 64/. En Polonia, la ley presume que una empresa tiene una posición dominante cuando su cuota de mercado excede del 40% 65/. La presunción en la Ley de la República Checa de 1991 es del 30% 66/, al igual que en el caso de Hungría 67/ y de Portugal 68/. En los casos de Lituania 69/ y la Federación de Rusia 70/, sus leyes hablan del 40 y el 35%, respectivamente. En Alemania, la legislación establece varias presunciones: si por lo menos una empresa tiene una cuota de un tercio del mercado de determinado tipo de bienes o servicios comerciales y un volumen de ventas de por lo menos 250 millones de marcos alemanes en el último ejercicio económico; si tres empresas o menos tienen en conjunto una cuota de por lo menos el 50% del mercado nacional; si cinco empresas o menos tienen en conjunto una cuota de por lo menos dos tercios del mercado. Esta presunción no se aplica a las empresas que hubieran registrado un volumen de ventas de menos de 100 millones de marcos alemanes en el último ejercicio económico 71/.

53. Sin embargo, los criterios específicos para la definición del dominio del mercado pueden ser difíciles de establecer. Además de la cuota de mercado, las ventajas estructurales que posean ciertas empresas pueden tener una importancia decisiva. En el asunto de la United Brands, por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo en cuenta el hecho de que la empresa poseía un alto grado de integración vertical, que su política publicitaria giraba en torno a una marca concreta ("Chiquita"), garantizándole una clientela fiel, y controlaba cada escalón del proceso de distribución, lo que todo reunido confería a la United Brands una ventaja considerable sobre sus competidores 72/. Por consiguiente, el dominio puede derivarse de una combinación de varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes.

54. Como se ha visto más arriba con respecto a la normativa legal alemana, la posición de dominio del mercado no sólo se refiere a la posición de una empresa sino también a la situación en que son varias las empresas que, actuando conjuntamente, podrían poseer el control. Esto remite claramente a los mercados en los que existe una gran concentración, como el oligopolio, que permite a unas pocas empresas controlar una cuota importante del mercado con lo que crean y gozan de unas condiciones en las que pueden dominar el mercado o realizar operaciones de una manera muy similar a la de un monopolista. En consecuencia, el efecto cumulativo del uso por tales

empresas de una práctica determinada, como los acuerdos de ventas condicionadas o vinculadas, puede muy bien dar lugar al abuso de una posición de dominio.

55. Abuso o adquisición y abuso de una posición de dominio son dos conceptos estrechamente relacionados entre sí, a saber, el abuso de una posición dominante en el mercado y la adquisición y el abuso de esa posición.

56. En los apartados a) a f), que figuran a continuación, se indican las conductas que, cuando una empresa goza de una posición de dominio, se consideran a primera vista abusivas. La investigación, como tal, consiste en examinar el comportamiento de la empresa o las empresas que dominan en el mercado y no en oponerse a su dominio. Se impugna, en cambio, el mantenimiento y ejercicio de ese poder por medio de un comportamiento abusivo.

57. Hay que señalar que, en el último decenio, la jurisprudencia de los Estados Unidos ha evolucionado generalmente hacia una evaluación más favorable de las restricciones verticales. Las Directrices aprobadas en 1985 por la División Antitrust, en la que ésta enunciaba los principios que aplicaría en relación con las restricciones verticales, retiradas desde agosto de 1993, señalaban que la División no procedería contra la utilización de prácticas verticales por empresas con una cuota de mercado inferior al 10% y que las prácticas verticales de empresas con una cuota de mercado superior al 10% no sería impugnada necesariamente sino que estaría sujeta a un examen más a fondo de acuerdo con el criterio del carácter razonable (rule of reason) 73/.

II. Actos o conductas considerados abusivos

a) El comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores;

58. Una de las formas más corrientes de conducta abusiva es lo que suele denominarse fijación abusiva de precios. Las empresas observan tal conducta para eliminar las empresas competidoras, a fin de mantener o consolidar una posición de dominio. Cuanto mayores sean la diversificación de las actividades de la empresa en cuanto a productos y mercados y sus recursos financieros, mayor será su capacidad para observar una conducta abusiva 74/. Un ejemplo de disposición sobre fijación abusiva de precios puede verse en la Ley de represión de la competencia desleal, de la República Popular de China, en la que se establece que nadie, ya sea una empresa o un particular, puede vender sus mercancías a un precio inferior al costo con el fin de excluir del mercado a sus competidores 75/.

59. El comportamiento abusivo no se limita a la fijación de precios. Otros medios, como la adquisición de un competidor con objeto de suspender sus actividades, puede considerarse comportamiento abusivo 76/. También puede considerarse tal la fijación de precios excesivos o la negativa de una empresa en una posición de dominio a suministrar un material indispensable

para las actividades de producción de un cliente que pueda desarrollar actividades que lo conviertan en competidor 77/.

b) La fijación discriminatoria (es decir, injustificadamente diferenciada) de los precios o de las modalidades o condiciones para el 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;

60. La práctica de la fijación discriminatoria de los precios está estrechamente relacionada con la fijación abusiva de precios. La fijación de precios por debajo del costo frente a competidores directos es claramente abusiva, mientras que la fijación discriminatoria de precios también puede ser abusiva como, por ejemplo, en el caso de descuentos basados en las cantidades, de "sistemas de primas" o de "descuentos por fidelidad" 78/. En este supuesto, independientemente de los daños causados a los competidores directos, la fijación discriminatoria de precios puede perjudicar a los competidores del comprador favorecido 79/. A pesar de lo expuesto, conviene también señalar que en muchos casos los descuentos basados en la cantidad reflejan una disminución de los costos de transacción o tienen por finalidad hacer frente a la competencia y no deben desalentarse. Los daños causados a los competidores del comprador favorecido no deben de por sí preocupar a los órganos encargados de la competencia, porque las leyes sobre la competencia protegen a la competencia y no a los competidores.

61. En la India se resolvió que unos descuentos discriminatorios basados en el volumen reducían las posibilidades de varios mayoristas de competir con otros más importantes, reduciendo así la competencia entre ellos 80/. En el Perú, aunque las leyes consideran que la fijación discriminatoria de precios es un ejemplo de comportamiento abusivo, también establecen que no constituyan caso de abuso de posición de dominio los descuentos y las primas que obedecen a prácticas comerciales normalmente admitidas, que se conceden en razón de circunstancias especiales, como son el pago anticipado, la cantidad, el volumen, etc., siempre que se hagan en condiciones similares a todos los consumidores 81/

62. Otros tipos de discriminación basada en los precios serían, en particular, la fijación de un precio uniforme de venta independientemente del lugar de entrega (fueren cuales fuesen los costos de transporte del vendedor) o precio de entrega y la fijación de un precio en función de un punto de venta designado (en el que el vendedor incluye los gastos de transporte desde ese punto independientemente del punto de expedición efectivo y sus costos) o precio de base.

63. La prohibición de la discriminación comprende asimismo las modalidades y condiciones de la oferta o la compra de bienes o servicios. Por ejemplo, la concesión diferenciada de facilidades de crédito o servicios auxiliares en el suministro de bienes y la prestación de servicios también puede ser

discriminatoria. En la legislación australiana, la prohibición de la discriminación no se limita a las discriminaciones basadas en los precios sino que abarca también los créditos, la prestación de servicios y el pago de los servicios prestados en relación con los bienes 82/. También ha de señalarse que las diferencias en las condiciones y requisitos no debe considerarse ilegal cuando corresponden a diferencias en los costos. Con carácter más general, impedir a las empresas que ofrezcan precios inferiores a algunos clientes bien puede tener por resultado desalentar a las empresas a que reduzcan los precios a nadie 83/.

64. La no facturación de bienes o servicios en las transacciones entre empresas participadas (un supuesto de fijación de precios de transferencia) puede utilizarse como medio predatorio contra competidores que no pueden obtener suministros a precios equivalentes.

c) La fijación de los precios a los que pueden revenderse las mercancías vendidas, incluidas las de importación y las de exportación;

65. La fijación de los precios de reventa de los productos, generalmente por el fabricante o por el mayorista, suele denominarse imposición de precios de reventa. La imposición de precios de reventa está prohibida en muchos países, como por ejemplo la India, Italia, Nueva Zelanda 84/, México, la República de Corea, el Reino Unido y los Estados Unidos. En Suecia, la imposición de precios de reventa que tengan consecuencias apreciables en la competencia entra dentro de la prohibición de la cooperación contra la competencia establecida en la Ley sobre la competencia 85/.

66. Aunque la imposición de un precio de reventa está prohibida, la legislación de algunos Estados no prohíbe los precios máximos de reventa (por ejemplo, el Reino Unido), ni los precios recomendados (por ejemplo, el Reino Unido y los Estados Unidos). En los Estados Unidos la práctica del precio recomendado de reventa sería ilegal si mediara alguna forma de presión directa o indirecta para lograr su observancia. En el Reino Unido, aunque los precios recomendados de reventa no están prohibidos, el Director General de Comercio Leal puede prohibir el empleo engañoso de precios recomendados, por ejemplo, cuando se recomiendan precios indebidamente altos para llamar la atención sobre reducciones de precios aparentemente importantes 86/. En el Canadá, la publicación por el proveedor de un producto de un anuncio que menciona un precio de reventa para ese producto se considera una tentativa de influir a la alza en el precio de venta, a menos que quede bien sentado que el producto puede venderse a un precio más bajo 87/.

67. Conviene señalar que la imposición colectiva de precios de reventa quedaría comprendida, en el caso de que intervinieran empresas competidoras (por ejemplo, mayoristas), en el apartado a) del párrafo I del artículo 3, como una forma de acuerdo de fijación de precios.

68. Las negativas a tratar suelen ser la forma más usual de presión por inobservancia. Por ejemplo, para evitar esta situación la Comisión de las Comunidades Europeas impuso una multa a una sociedad de los Estados Unidos y a tres de sus filiales en Europa por haber impuesto una prohibición de

exportación de su producto (pruebas del embarazo) a sus distribuidores en uno de los países europeos (el Reino Unido) donde tales productos se vendían a precios considerablemente inferiores a los vigentes en otro país europeo (la entonces República Federal de Alemania) 88/. La legislación canadiense prohíbe expresamente la negativa a suministrar un producto a una persona o grupo de personas a causa de su política de fijación de precios bajos 89/.

d) La imposición de 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.

69. El Conjunto prohíbe en el apartado e) del párrafo 4 de la sección D esta práctica de una empresa que goza de una posición de dominio. El propietario de una marca de fábrica o de comercio puede adquirir un poder de mercado mediante una publicidad intensa y otros medios de comercialización. Si la marca de fábrica o de comercio de que se trata obtiene una amplia aceptación y distribución, el propietario de la marca está en condiciones de imponer una amplia variedad de prácticas comerciales restrictivas a los distribuidores de los productos que llevan su marca. Las marcas se pueden emplear muchas veces para hacer cumplir acuerdos de exclusividad, excluir importaciones, repartir mercados y, a veces, cobrar precios excesivos. Debe señalarse, sin embargo, que existen varias razones válidas para una posible limitación por las sociedades de sus productos comerciales, como son el mantenimiento de la calidad y la prevención de falsificaciones. La finalidad de estas medidas es proteger tanto los derechos de propiedad intelectual legítimos como a los consumidores 90/.

70. En lo que concierne a la restricción de la importación de mercancías, el propietario de una marca puede tratar de impedir las importaciones del producto de marca, de impedir la importación de las mercancías por cualquier persona distinta de su distribuidor exclusivo (importaciones paralelas), de impedir que productos similares que lleven su marca se importen en competencia con sus propios productos y de emplear marcas diferentes para el mismo producto en distintos países, para impedir así las importaciones recíprocas.

71. En el Japón, por ejemplo, la Old Parr Co. dio instrucciones a sus agentes para que no suministraran su whisky a detallistas que importaran el whisky Old Parr de otras procedencias o que vendieran los productos importados a un precio inferior al precio normal de la compañía. A fin de descubrir a cualquier detallista que no cumpliera esos requisitos concibió una marca especial de control para los envases suministrados por sus agentes.

La Comisión de Comercio Leal del Japón investigó el caso y resolvió que tales disposiciones constituían una práctica comercial desleal y, por consiguiente, ordenó a la Old Parr que dejara de aplicarla 91/.

72. En cuanto a las restricciones de las importaciones de productos similares que ostenten legítimamente una marca idéntica o similar se puede citar el ejemplo del asunto Cinzano en la entonces República Federal de Alemania. En dicho asunto el Tribunal Supremo Federal falló que el propietario de una marca, cuando ha autorizado a sus filiales o concesionarios independientes en diferentes países a utilizar su marca y a vender los productos en que figura ésta, no puede prohibir la importación de los productos vendidos en el mercado extranjero por sus filiales o concesionarios extranjeros independientemente de si la calidad de los productos difiere de la de los productos del propietario de la marca en el mercado interior 92/.

73. Como se ha señalado anteriormente, una marca registrada en dos o más países puede tener la misma procedencia. En el caso de los productos de marca exportados a otros países pero no fabricados en ellos, la licencia de uso de la marca suele concederse al distribuidor exclusivo. Por ejemplo, la Watts Ltd. del Reino Unido, productora de artículos para conservación de discos, y su distribuidora y concesionaria exclusiva de la marca en los Países Bajos, la Theal B. V. (que luego tomó el nombre de Tepea B. V.), fueron multadas por la Comisión de las Comunidades Europeas por emplear su marca para impedir importaciones paralelas en los Países Bajos. La Comisión decidió que los acuerdos de distribución exclusiva tenían por objeto garantizar a la Theal una protección territorial absoluta al excluir todas las importaciones paralelas de productos auténticos y que esa protección se reforzaba mediante la prohibición de exportar impuesta por la Watts a los mayoristas del Reino Unido. El sistema, considerado en su conjunto, dejaba a la Theal plena libertad en los Países Bajos para fijar los precios de los productos importados 93/.

74. Hay un cuarto tipo de caso que consiste en el empleo de dos marcas diferentes para el mismo producto en países distintos a fin de lograr la división del mercado. En una acción judicial ejercitada por la Centrafarm B. V. contra la American Home Products Corporation (AHP), la Centrafarm alegó que, como importador paralelo, tenía derecho a vender sin autorización en los Países Bajos con el nombre comercial "Seresta" las tabletas de oxazepamum procedentes de la American Home Products Corporation y ofrecidas a la venta en el Reino Unido con el nombre de "Serenid D", puesto que los medicamentos eran idénticos. En este caso el Tribunal falló que el ejercicio de tal derecho podía constituir una restricción disfrazada del comercio en la CEE si se demostraba que la práctica de utilizar marcas diferentes para el mismo producto, o de impedir el uso de una marca en mercancías reenvasadas, se había adoptado para conseguir la división de los mercados y mantener unos precios artificialmente elevados 94/.

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:

- i) la negativa parcial o total a tratar en las condiciones habituales de la empresa;
- ii) la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la aceptación de restricciones de la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;
- iii) la imposición de restricciones con respecto al lugar, al destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;
- iv) la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por éste.

75. Se ha previsto que las conductas enumeradas en los incisos i) a iv), aunque sometidas a una cláusula general de prohibición, podrán ser autorizadas cuando tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos tales como la seguridad, la calidad, una distribución adecuada o un servicio satisfactorio, con tal de que no sean incompatibles con el objetivo de la ley. Los Estados establecen normas para garantizar unos niveles de sanidad, seguridad y calidad adecuados. No obstante, cuando las empresas invocan tales normas para justificar la aplicación de prácticas excluyentes, especialmente si gozan de una posición dominante, hacen concebir sospechas acerca del fin de tales prácticas, es decir, acerca de si la intención es o no monopolística. Resulta aun más sospechoso cuando las empresas establecen normas por su propia voluntad e invocan razones de calidad para justificar el recurso a prácticas tales como las negativas a tratar, las ventas condicionadas y los acuerdos de distribución selectiva. Los acuerdos sobre normas concertados entre competidores que restrinjan el acceso a los mercados estarían sujetos al artículo 3.

76. Como regla general, la investigación de toda conducta excluyente debería llevar aparejado el examen de la posición de las empresas de que se trata en el mercado, de la estructura del mercado, de los efectos probables de esas prácticas excluyentes en la competencia y en el comercio o el desarrollo económico.

- i) la negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa;

77. La negativa a tratar puede presentar la apariencia de un derecho innato, puesto que en teoría la negativa a vender o comprar sólo afecta al vendedor o comprador. En realidad, sin embargo, los motivos para negarse a vender pueden ser múltiples y a menudo son utilizados por empresas que gozan de una posición dominante para hacer cumplir otras prácticas como la imposición de precios de reventa o los acuerdos de distribución selectiva. Por otra parte, la negativa a vender puede estar estrechamente relacionada con la posición de

dominio en el mercado de una empresa y a menudo se utiliza como medio para ejercer presión sobre las empresas e imponerles precios de reventa.

78. Es evidente la preocupación que causan las negativas a tratar con el propósito de obligar a aceptar restricciones potencialmente contrarias a la competencia, como son la imposición de precios de reventa y los acuerdos de distribución selectiva. Las negativas a tratar no son, sin embargo, contrarias por sí mismas a la competencia y las empresas deben tener libertad para tratar y también para conceder un trato preferencial a compradores habituales, sociedades conexas, detallistas que pagan en la fecha estipulada las mercancías que compran o que van a mantener la calidad, la imagen, etc. del producto del fabricante 95/. Lo mismo cabe decir cuando la sociedad anuncia con antelación en qué circunstancias se negará a vender (por ejemplo, exponiendo sencillamente sus deseos respecto al precio al por menor y negándose a volver a tratar con quienes no se adapten a ellos). La Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido a este respecto que "la finalidad de la Ley Sherman es prohibir los monopolios, los contratos y las combinaciones que pudieran obstaculizar indebidamente el libre ejercicio de las personas dedicadas, o que desean dedicarse, al comercio; en pocas palabras, defender el derecho a la libertad de comerciar. De no existir propósito de constituir o mantener un monopolio, la ley no impone limitación alguna al derecho, reconocido desde hace tiempo, de todo comerciante o fabricante a ejercer libremente, en el contexto de un negocio completamente privado, su propio arbitrio independiente respecto a las partes con las que quiere tratar; y puede, naturalmente, anunciar con antelación en qué circunstancias se negará a vender" 96/.

- ii) la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la aceptación de restricciones de la distribución o la fabricación de bienes competidores o de otros bienes;

79. Esta conducta es muchas veces un aspecto de los "acuerdos de exclusividad" y puede definirse como la práctica comercial en virtud de la cual una empresa recibe los derechos exclusivos, en muchos casos dentro de un territorio determinado, para la compra, la venta o la reventa de los bienes o servicios. Como condición para la concesión de tales derechos exclusivos el vendedor con frecuencia exige al comprador que no distribuya ni fabrique productos competidores.

80. En virtud de un acuerdo de esta índole, el distribuidor renuncia a parte de su libertad comercial a cambio de protección contra las ventas del producto de que se trate por los competidores. Las condiciones del acuerdo traducen normalmente las posiciones relativas de las partes respecto de la negociación.

81. Los resultados de esas restricciones son muy semejantes a los que se logran mediante la integración vertical dentro de una entidad económica, puesto que los puntos de distribución están controlados por el proveedor aunque, en el primer caso, sin someter al distribuidor a propiedad común.

- iii) la imposición de restricciones con respecto al lugar, al destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse;

82. Los acuerdos entre el proveedor y su distribuidor a menudo implican la asignación de un territorio determinado (repartición de áreas territoriales) o de un tipo determinado de clientela (reparto de clientes), es decir, un territorio en el cual y una clientela con la cual el distribuidor puede comerciar. Cabe, por ejemplo, que el distribuidor deba limitarse a vender al por mayor el producto de que se trate a los mayoristas o sólo venderlo directamente a los minoristas. La finalidad de esas restricciones suele ser minimizar la competencia interna de una marca impidiendo el comercio paralelo de terceros. Los efectos de tales restricciones se manifiestan en los precios y las condiciones de venta, especialmente a falta de una fuerte competencia entre marcas en el mercado. Sin embargo, las restricciones a la competencia entre marcas pueden ser positivas o favorables a la competencia cuando exista en el mercado una considerable competencia entre marcas ^{97/}.

83. La repartición de áreas territoriales puede consistir en la asignación por el proveedor al distribuidor de un territorio determinado, en la inteligencia de que el distribuidor no venderá a clientes fuera de ese territorio ni a clientes que, a su vez, puedan vender los productos en otra área o país.

84. La repartición de la clientela guarda relación con el supuesto en que el proveedor exige al comprador que venda sólo a una clase determinada de clientela, por ejemplo, que venda sólo a minoristas. Las razones de tal requisito son el deseo del fabricante de mantener o promover la imagen o la calidad del producto o la posibilidad de que el proveedor desee reservarse las ventas al por mayor a compradores de grandes cantidades, como las ventas de vehículos a los usuarios de parques de automóviles o las ventas a la Administración Pública. La repartición de la clientela también puede tener como finalidad limitar las ventas finales a ciertos puntos de distribución, por ejemplo, minoristas autorizados que reúnan determinadas condiciones. Tales restricciones pueden estar dirigidas a privar de suministros a minoristas independientes o que ofrezcan descuentos a fin de imponer precios de reventa y limitar los lugares de venta y servicio.

85. Los acuerdos de repartición de territorios y clientela sirven para ejecutar los acuerdos de exclusividad que permiten a los proveedores, cuando gozan de una posición de dominio respecto de la oferta del producto de que se trate, aislar determinados mercados entre sí y de ese modo practicar la fijación de diferencial de precios según el nivel que admita cada mercado. Además, los sistemas de distribución selectiva tienden muchas veces a impedir la reventa mediante la exportación fuera del territorio asignado por temor de la competencia de precios en zonas en las que éstos se fijan al nivel más alto.

- iv) la subordinación del suministro de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios a la compra de otros bienes o servicios del proveedor o de la persona designada por éste.

86. Este tipo de conducta suele denominarse venta condicionada o vinculada. El producto "vinculado" puede ser de un género totalmente diferente del producto objeto de pedido o un producto de una línea de productos similar 98/. Los acuerdos de ventas condicionadas se imponen normalmente para la promoción de los productos más difíciles de vender y, en particular, de los que están sujetos a una competencia más intensa de productos sustitutivos. El proveedor, a causa de su posición de dominio con respecto al producto solicitado, puede imponer como condición de su venta la aceptación de otros productos. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la concesión de rebajas de fidelidad basadas en la totalidad de las compras de la gama completa de productos de la empresa proveedora 99/.

87. Conviene señalar que los Estados Unidos modificaron en 1988 su Ley de Patentes para que la vinculación entre patentes o entre una patente y la compra de un producto distinto no constituyera ampliación ilegal del derecho de patente, a menos que "el propietario de la patente tenga poder de mercado en el mercado pertinente de la patente o el producto patentado a que se condicione la licencia o la venta" 100/. Esta medida legislativa anuló en realidad resoluciones anteriores de los tribunales de los Estados Unidos según las cuales debía presumirse que el titular de una patente tenía poder de mercado. El Congreso de los Estados Unidos aceptó que muchos productos patentados están sujetos efectivamente a la competencia de sucedáneos.

f) Las fusiones, absorciones, empresas conjuntas u otros modos de adquisición de control 101/, incluida la vinculación por medio de consejeros comunes, de carácter horizontal, vertical o heterogéneo:

- i) cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país; y
- ii) cuando la cuota de mercado resultante en el país, o en una parte sustancial de éste, correspondiente a cualquier producto o servicio, suponga la creación de una posición de dominio o una sensible disminución de la competencia en un mercado dominado por muy pocas empresas.

88. La concentración del poder económico se realiza, en particular, mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, como la vinculación por medio de consejeros comunes. Fusión es la unión de dos o más empresas como resultado de la cual una o varias de ellas pierden su identidad y se crea una empresa única. La absorción de una empresa por otra generalmente entraña la compra de la totalidad o de un número suficiente de acciones de otra empresa que le permita ejercer el control y puede efectuarse sin el consentimiento de la primera empresa. La empresa conjunta supone la creación de una empresa distinta por dos o más empresas. Tales adquisiciones de control posiblemente lleven, en algunos casos, a una concentración de poder económico que puede ser horizontal (por ejemplo, la adquisición de un competidor), vertical (por ejemplo, entre empresas en diferentes escalones del proceso de fabricación y distribución) o heterogénea (que abarca diferentes tipos de actividades). En algunos casos, tales concentraciones pueden tener al mismo tiempo carácter horizontal y vertical. Las empresas implicadas pueden ser originarias de uno o de varios países.

89. Muchos Estados han establecido, a fin de controlar las fusiones y otros modos de adquisición de control, un sistema de notificación previo a la consumación de las fusiones, como es el caso en los Estados Unidos y en la CEE. La notificación sólo es obligatoria cuando las empresas de que se trate poseen, o alcanzarán probablemente, cierto grado de concentración. Los principales indicadores utilizados para examinar esa concentración de poder económico son las cuotas de mercado, el volumen anual total de negocios, el número de empleados y el activo total. Para evaluar los efectos de una adquisición también se tienen en cuenta otros factores, en especial la estructura general del mercado, el grado existente de concentración del mercado, la barreras a la penetración en el mercado y la posición competitiva de otras empresas en el mercado pertinente, así como las ventajas de que se goce y las que vayan a obtenerse mediante la adquisición. Es importante señalar que los sistemas de autorización no deben interpretarse de forma que desalienten la iniciación por las empresas de actividades favorables a la competencia

90. Las Comunidades Europeas, por ejemplo, adoptaron en 1989 un sistema general de control de las fusiones. El reglamento exige la inscripción de todas las fusiones o adquisiciones entre empresas cuando su volumen de negocios total supere los 5.000 millones de ECU y el volumen de negocios de cada una de ellas, en la Comunidad, sea de 200 millones de ECU por lo menos. Tales operaciones tienen que ser notificadas y pueden ser suspendidas durante un plazo de 90 días como máximo si son investigadas 102/. Las fusiones que no alcancen el umbral indicado siguen estando sujetas al control de las autoridades nacionales del Estado miembro 103/.

91. Las adquisiciones de control de carácter horizontal son evidentemente el tipo de actividad que contribuye más directamente a la concentración de poder económico y que tiene más probabilidades de traducirse en una posición dominante en el mercado, reduciendo o eliminando así la competencia 104/. Esta es la razón por la cual la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas de muchos países desarrollados y países en desarrollo aplica un control estricto a la fusión o integración de empresas competidoras. De hecho, uno de los fines principales de la legislación de represión de los monopolios ha sido el control del crecimiento del poder monopolístico que a menudo se crea como resultado directo de la integración de competidores en una sola unidad. Las adquisiciones de control de carácter horizontal no se limitan a las fusiones sino que también pueden realizarse por medio de absorciones, empresas conjuntas o la vinculación por consejeros comunes. La adquisición de control de carácter horizontal, incluso entre pequeñas empresas, aunque no redundan necesariamente en perjuicio de la competencia en el mercado puede, sin embargo, crear unas condiciones que provoquen una nueva concentración de poder económico y de oligopolio.

92. Cuando la adquisición de control se efectúa mediante el establecimiento de una empresa conjunta, lo primero que hay que plantearse es si el acuerdo es del tipo de los que prohíbe el artículo 3 y si entraña acuerdos de repartición del mercado o puede dar lugar a la repartición de las ventas y la producción.

93. Las adquisiciones de control de carácter vertical afectan a empresas que se encuentran en escalones diferentes del proceso de producción y distribución y pueden producir una serie de efectos perjudiciales. Por ejemplo, una empresa proveedora que fusiona con una empresa cliente o adquiere su propiedad puede ampliar su control sobre el mercado al excluir un punto de distribución efectivo o potencial de los productos de sus competidores. Mediante la adquisición de una empresa proveedora, una empresa cliente puede asimismo limitar el acceso al mercado de los suministros de sus competidores.

94. Las adquisiciones de control de carácter heterogéneo que no consisten en la unión de competidores ni en el establecimiento de relaciones verticales (es decir, formas de diversificación de actividades para dedicarse a sectores totalmente ajenos) son más difíciles de regular, ya que la estructura de la competencia en los mercados pertinentes puede no cambiar en apariencia. El elemento más importante que debe tomarse en consideración en este contexto es el aumento del potencial financiero de las partes interesadas a que puede dar lugar el acuerdo. Un aumento considerable de la fuerza financiera de la empresa fusionada puede proporcionar un margen más amplio de actuación e influencia frente a los competidores o los competidores en potencia de la empresa adquirente y la empresa adquirida, especialmente si una de ellas o las dos gozan de una posición dominante en el mercado 105/.

95. Adquisiciones de control de carácter transnacional. Toda fusión, absorción u otra adquisición de control en que intervenga una sociedad transnacional debe someterse en todos los países en que realice operaciones a un examen minucioso, pues esas adquisiciones de control, independientemente de que se efectúen exclusivamente dentro de las fronteras de un país o en el extranjero, pueden tener efectos directos o indirectos en las operaciones de otras unidades de la entidad económica.

96. En Australia, por ejemplo, se han adoptado disposiciones por las que se modifica la Ley sobre las prácticas comerciales, de 1986 con objeto de reformar y mejorar su eficacia; se ha ampliado el ámbito de aplicación de la Ley para que abarque las fusiones en el extranjero de empresas extranjeras con filiales en Australia. El párrafo 1 del artículo 50 A dispone que el Tribunal podrá, a petición del Ministro, de la Comisión o de cualquier otra persona, declarar que la persona que, como consecuencia de una adquisición en el extranjero obtenga una participación mayoritaria (en el sentido del párrafo 8 del artículo 50 A) en una o varias sociedades, domina o puede dominar un mercado importante de bienes y servicios en Australia, y que tal adquisición no redundará en beneficio del interés público. La expresión "mercado importante de bienes o servicios" se utiliza para poner claramente de manifiesto que esta disposición sólo se aplica a los mercados de importancia análoga a los mercados a que se refiere el artículo 50.

97. Las decisiones adoptadas por la Oficina Federal de Cárteles de Alemania en los asuntos de las fusiones Bayer/Firestone y Phillip Morris/Rothmans constituyen ejemplos interesantes de medidas contra fusiones internacionales realizadas fuera de las fronteras nacionales pero con efectos en el territorio nacional 106/.

98. La vinculación mediante consejeros comunes se produce cuando una persona es miembro de los consejos de administración de dos o más empresas o cuando representantes de dos o más empresas forman parte del consejo de administración de otra empresa. Este tipo de vinculación abarca los consejeros comunes a sociedades matrices, a la casa matriz de una empresa y la filial de otra sociedad matriz o a filiales de matrices diferentes. Estas situaciones suelen derivarse de la propiedad común de acciones y de lazos financieros.

99. La vinculación mediante consejeros comunes puede afectar a la competencia de varias maneras. Puede dar lugar a un control administrativo en virtud del cual las decisiones relativas a las inversiones y la producción se traduzcan en realidad en la formulación de estrategias comunes entre empresas en materia de precios, repartición de mercados y otras actividades concertadas del tipo examinado en relación con el artículo 3. La vinculación mediante consejeros comunes en el plano vertical puede dar lugar a la integración vertical de actividades como, por ejemplo, entre proveedores y clientes, desalentar la expansión en esferas competitivas y conducir a acuerdos recíprocos entre ellos. Los vínculos entre los consejos de administración de empresas financieras y empresas no financieras pueden originar condiciones discriminatorias de financiación para los competidores y actuar como catalizador de adquisiciones de control de carácter vertical-horizontal o heterogéneo.

100. Es importante señalar que la vinculación por medio de consejeros comunes, si no se controla eficazmente, puede utilizarse como medio de eludir toda legislación bien formulada y rigurosamente aplicada en la esfera de las prácticas comerciales restrictivas 107/. Por consiguiente, los Estados tal vez deseen hacer obligatoria la notificación de las vinculaciones mediante consejeros comunes y la aprobación previa de ese tipo de vinculaciones, independientemente de que se efectúen entre competidores o sean de carácter vertical o heterogéneo.

III. Autorización

Los actos, prácticas o transacciones que no estén prohibidos absolutamente por la ley podrán ser autorizados si se notifican, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6, antes de que sean llevados a efecto, si se ponen abiertamente en conocimiento de las autoridades competentes todos los datos pertinentes, si se ofrece a las partes afectadas la posibilidad de ser oídas y si se resuelve después que la conducta propuesta, de ser necesario modificada o reglamentada, es compatible con los objetivos de la ley.

101. El Conjunto de Principios y Normas establece que, para determinar si unos actos o un comportamiento son o no abusivos, se deberían tener en cuenta su finalidad y sus efectos en la situación existente. A tal efecto, incumbe claramente a las empresas presentar pruebas para demostrar la idoneidad de su comportamiento en una situación determinada y compete a las autoridades nacionales aceptarlas o no. En lo que se refiere a las prácticas enumeradas en los apartados a) a d) no es probable en general que, cuando una empresa goce de una posición dominante, la observancia de tales prácticas se

considere apropiada habida cuenta de sus efectos probables sobre la competencia y el comercio o sobre el desarrollo económico.

COMENTARIO AL ARTICULO 5

Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores

En algunos países, la legislación sobre la protección de los consumidores es independiente de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas.

102. En algunos países, como Australia, la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas contiene un capítulo dedicado a la protección de los consumidores. No cabe duda de que las cuestiones de competencia están relacionadas estrechamente con la protección de los intereses económicos de los consumidores. Así ocurre también, por ejemplo, en el Canadá, la India, Lituania y Venezuela, donde las leyes sobre la competencia contienen disposiciones relativas a las "prácticas comerciales desleales". En la versión de 1984 de los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo de la UNCTAD, que figura en el documento TD/B/RBP/15/Rev.1, se enumeraban algunos elementos que podían examinar los Estados con miras a su inclusión en sus leyes sobre las prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, la actual tendencia de los países que adoptan ese tipo de normativa legal parece ser la promulgación de dos leyes distintas, una sobre las prácticas comerciales restrictivas o la libre competencia y la otra sobre la protección de los consumidores. Ahora bien, dados los vínculos entre ambos tipos de leyes, la aplicación de esa normativa legal a menudo se encomienda al mismo órgano. Así ocurre, por ejemplo, en Australia, el Canadá, Colombia, El Salvador, los Estados Unidos, la Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Hungría, Noruega, Nueva Zelandia, el Perú, Polonia, el Reino Unido y Sri Lanka.

103. Es importante asimismo tener en cuenta la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la protección del consumidor 108/, aprobada en 1985, que contiene unas directrices detalladas sobre esta cuestión. Dichas directrices comprenden, en particular, medidas dedicadas a la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores y normas para la seguridad y calidad de los servicios y bienes de consumo; sistemas de distribución de servicios y bienes de consumo esenciales; medidas que permiten a los consumidores obtener compensación; programas de educación e información; etc. Las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor se refieren explícitamente al Conjunto de Principios y Normas para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas y recomiendan que los gobiernos elaboren, refuercen o mantengan medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores, así como medios para hacer efectivas esas medidas 109/.

COMENTARIO AL ARTICULO 6

Notificación

I. Notificación hecha por las empresas

1. Cuando se trate de prácticas comprendidas en el ámbito de los artículos 3 y 4 que no estén absolutamente prohibidas y, por lo tanto, puedan ser autorizadas, las empresas podrían estar obligadas a notificar al órgano encargado de la aplicación de la ley todos los detalles de las prácticas previstas.

2. Podrían hacer la notificación todas las partes interesadas, una o varias partes en nombre de las demás o cualquier persona debidamente autorizada para actuar en nombre de las partes.

3. Sería posible notificar un solo convenio cuando la empresa o persona fuera parte en convenios restrictivos de igual tenor con varias partes distintas, a condición de que también se comunicaran los datos de todas las partes, presentes o futuras, en tales convenios.

4. Podría hacerse una notificación al órgano encargado de la aplicación de la ley de cualquier cambio en un convenio, acuerdo o situación notificado conforme a lo dispuesto en la ley que se hubiera producido con respecto a sus estipulaciones o a las partes en él, de su terminación (salvo por expiración del plazo) o resolución o de cualquier cambio sustancial en la situación [dentro de los ... días/meses siguientes a la fecha en que hubiera ocurrido el acontecimiento] [inmediatamente].

5. Podría permitirse a las empresas solicitar autorización respecto de los convenios o acuerdos comprendidos en el ámbito del artículo 3 y el artículo 4 existentes en la fecha de entrada en vigor de la ley, con tal de que se hubieran notificado dentro de los [...] días/meses] siguientes a esa fecha.

6. La entrada en vigor de los convenios notificados podría estar sujeta a la concesión de la autorización o a la expiración del plazo fijado para ella, o provisionalmente a raíz de la notificación.

7. Todo convenio o acuerdo que no hubiera sido notificado, si llegara a ser descubierto y reputado ilegal, podría quedar sujeto a la aplicación de todas las sanciones previstas por la ley en lugar de ser simplemente modificado.

104. El planteamiento adoptado en la Ley tipo es el de una cláusula de prohibición de carácter general de los convenios restrictivos. Por consiguiente, cuando se trate de prácticas comprendidas en el ámbito de los artículos 3 y 4 que no estén absolutamente prohibidas, existe la posibilidad de que sean autorizadas. La notificación se aplica también al control de las fusiones, si se hubiere establecido en el artículo 4 o en un artículo distinto de la Ley. Hay que señalar, sin embargo, que la inclusión en la ley de disposiciones demasiado rigurosas en materia de notificación e

inscripción en el registro puede resultar sumamente gravosa para las empresas y para el órgano encargado de la aplicación de la ley. Por consiguiente, muchas leyes que exigen la notificación, como las de España, Suecia o los reglamentos de la Comunidad Europea, exoneran determinadas prácticas o transacciones de cuantía inferior a un límite determinado o conceden "exenciones por categorías". Este será también el caso de Polonia, si se aprueban las propuestas de enmienda a su ley, que el Parlamento tiene actualmente en estudio. En Suecia, las "exenciones por categorías" son similares a las aplicables en la Comunidad Europea. Además, en Suecia se ha establecido una exención para determinadas formas de cooperación en cadenas de ventas al por menor 110/.

105. Las empresas que solicitasen autorización estarían obligadas a notificar todos los detalles de los convenios o acuerdos proyectados al órgano encargado de la aplicación de la ley. Los datos objeto de notificación dependerían de las circunstancias y no es probable que fueran los mismos en cada caso. Se podrían pedir, entre otros datos, los siguientes:

- a) Nombre y dirección registrada de la parte o las partes interesadas;
- b) Nombre y dirección de los administradores y del propietario o los copropietarios;
- c) Nombre y dirección de los [principales] accionistas, con detalle de sus participaciones respectivas;
- d) Nombre de toda empresa matriz y de cualquier empresa vinculada;
- e) Descripción de los productos o servicios de que se tratase;
- f) Establecimientos de la empresa o las empresas, naturaleza de las operaciones mercantiles en cada plaza y territorio o territorios que abarcaran las actividades de la empresa o las empresas;
- g) Fecha de entrada en vigor del convenio;
- h) Su duración o, si pudiera darse por terminado mediante notificación, la antelación con que debiera hacerse ésta;
- i) Todas las estipulaciones del convenio, tanto si fuera escrito como verbal, en cuyo caso se extenderían por escrito las estipulaciones concertadas verbalmente.

106. Incumbe a las empresas de que se trate demostrar al solicitar la autorización que el convenio previsto no producirá los efectos prohibidos por la ley o no está en contradicción con los objetivos de ésta.

107. Por lo que respecta a la autorización de las conductas a que se refiere el artículo 4, la información proporcionada en las notificaciones debería comprender la cuota del mercado, los activos totales, el volumen anual total de negocios y el número de empleados, incluidos los de las empresas

vinculadas entre sí o integradas horizontal y verticalmente, a fin de determinar la posición en el mercado de las empresas de que se trate. Las empresas comprendidas en la categoría de "empresas con una posición dominante en el mercado" (respecto de las cuales sería necesario que el órgano encargado de la aplicación de la ley estableciera los criterios para definir las) y las que como consecuencia de tales acuerdos y prácticas satisfagan esos criterios tendrían que notificar todos los detalles al órgano encargado de la aplicación de la ley.

II. Disposiciones adoptadas por el órgano encargado de la aplicación de la ley

1. Decisión adoptada por el órgano encargado de la aplicación de la ley [dentro de los ... días/meses siguientes a la fecha de recepción de la notificación completa de todos los detalles] de denegar o conceder la autorización o de concederla con sujeción, en su caso, al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

2. Procedimiento de revisión periódica, cada ... meses/años, de las autorizaciones concedidas, con la posibilidad de prorrogarlas, suspenderlas o subordinar su prórroga al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

108. La entrada en vigor de los convenios notificados dependería de una serie de factores. En el caso de las fusiones y otras adquisiciones de control podría tomarse en consideración la autorización previa del órgano encargado de la aplicación de la ley en un plazo determinado antes de la entrada en vigor de los pactos. El mismo procedimiento podría aplicarse también con respecto a los convenios y acuerdos notificados en relación con el artículo 3 y los apartados e) y f) del artículo 4, pero quizá ocasionará algunas demoras en las decisiones comerciales. A este respecto, los convenios tal vez podrían entrar en vigor provisionalmente a menos que, dentro de un plazo determinado, el órgano encargado de la aplicación de la ley decidiera otra cosa.

109. El párrafo 2 de la sección II de este artículo establece un procedimiento de revisión y suspensión de la autorización concedida. Si las autorizaciones se conceden en determinadas circunstancias económicas, suele ser en la inteligencia de que es probable que tales circunstancias se mantengan. Sin embargo, un procedimiento de revisión es necesario, no sólo en los casos en que pueda haber habido un cambio en las circunstancias, sino también en los casos en que los posibles efectos perjudiciales de la exención no se previeron en el momento de darse la autorización.

3. Posibilidad de retirar una autorización si, por ejemplo, el órgano encargado de la aplicación de la ley viniera en conocimiento de:

a) que las circunstancias que habían justificado la concesión de la autorización habían dejado de existir;

b) que las empresas no habían cumplido las condiciones y obligaciones prescritas para la concesión de la autorización;

c) que la información proporcionada al solicitar la autorización era falsa o engañosa.

110. El párrafo 3 de la sección II dispone la retirada de la autorización cuando se ha producido un cambio de situación o cuando se ha cometido una violación de obligaciones o un abuso de la exención. Este supuesto comprende asimismo los casos en que la decisión se basó originalmente en datos inexactos o especiosos.

COMENTARIO AL ARTICULO 7

El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización

1. Creación del órgano encargado de la aplicación de la ley y su denominación.

111. El Conjunto de Principios y Normas exige a los Estados en el párrafo 1 de su sección E que adopten, mejoren y pongan en vigor de manera efectiva la legislación y los procedimientos judiciales y administrativos de aplicación apropiados en esta esfera. Las leyes y reformas legislativas promulgadas recientemente en distintos países ponen de manifiesto la tendencia a la creación de nuevos órganos de represión de las prácticas comerciales restrictivas o la modificación de los existentes para conferirles mayores facultades y aumentar la eficiencia de su funcionamiento.

112. En algunos casos se ha procedido a la refundición de distintos órganos en uno solo facultado para ejercer todas las funciones en el campo de las prácticas comerciales restrictivas, la protección del consumidor o el derecho de sociedades. Así ocurre, por ejemplo, en el Pakistán, donde el Gobierno decidió crear un organismo público para la aplicación de la Ley sobre los monopolios y otras leyes mercantiles 111/. Lo mismo puede decirse de Colombia 112/ y el Perú 113/.

2. Composición del órgano, en particular su presidente, número de miembros y modo de designación, incluido el organismo encargado de su nombramiento.

113. No es posible indicar cuál debería ser el órgano apropiado. Tampoco es posible señalar de qué modo debería encuadrarse el órgano en el aparato administrativo o judicial de un país determinado. Se trata de una cuestión que debe ser decidida por cada país. La presente ley tipo se ha formulado partiendo del supuesto de que el tipo de órgano administrativo más eficiente probablemente sería un organismo público cuasi autónomo, con amplias facultades judiciales y administrativas para realizar investigaciones, adoptar decisiones, aplicar sanciones, etc., previendo al mismo tiempo la posibilidad de recursos a un órgano judicial superior.

114. El número de miembros del órgano varía según los países. En algunas legislaciones ese número no es fijo y puede oscilar entre un mínimo y un máximo. Otros países señalan en su legislación el número exacto de miembros, por ejemplo, la Argentina, el Brasil, Bulgaria, la Federación de Rusia, el Perú, Portugal y la República de Corea. Otros países, como Australia, dejan que el organismo competente determine libremente el número de miembros.

En muchos países la ley prevé la libre designación del Presidente y los miembros de la Comisión por el órgano supremo de la Administración. En otros la ley designa el alto funcionario de la Administración que debe ocupar el cargo. En la Argentina, el Presidente de la Comisión es un Subsecretario de Comercio y los miembros son nombrados por el Ministro de Economía 114/. En algunos países, como la India y el Pakistán, la publicación de los nombramientos en los boletines oficiales es obligatoria. Algunas legislaciones establecen la estructura interna y el funcionamiento del órgano, así como su reglamento, mientras que otras dejan que esos detalles los decida el órgano mismo.

115. En algunos países se observa la tendencia a un cambio parcial o total en lo que se refiere al origen de los miembros de los órganos nacionales encargados del control de las prácticas comerciales restrictivas. Así sucede en Chile, donde con arreglo a la legislación anterior los miembros de la Comisión Resolutiva eran fundamentalmente funcionarios de la Administración Pública mientras que, actualmente, también ocupan tales cargos representantes de la Universidad 115/.

3. Condiciones que deberían reunir las personas nombradas.

116. Varias leyes determinan las condiciones que debe reunir una persona para poder ser miembro del órgano. En el Perú, por ejemplo, los miembros de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia han de tener un título profesional y por lo menos diez años de experiencia en sus respectivos campos de conocimientos 116/.

117. En varios países, la legislación dispone que los intereses de esas personas no deben estar en contradicción con las funciones que tienen que desempeñar. En la India, por ejemplo, los miembros del órgano no deben tener intereses financieros o de otra índole que puedan ir en detrimento de sus funciones. En Alemania, los miembros no deben ser propietarios, presidentes ni miembros del consejo de administración o de la junta de ninguna empresa, cártel, asociación comercial e industrial o asociación profesional. En Hungría, el Presidente, los vicepresidentes de la Oficina de la Competencia Económica y los altos funcionarios y miembros del Consejo de la Competencia sólo pueden desarrollar como otras actividades lucrativas las que tengan fines científicos, docentes, artísticos, creativos y de invención, así como actividades de revisión lingüística y editorial derivadas de relaciones legales, y no pueden ocupar altos cargos en una organización comercial ni ser miembros de una junta de supervisión o de un consejo de administración 117/. La ley húngara especifica también que los miembros del órgano no pueden participar en la investigación de un empresario al que le unan vínculos familiares o que tenga a un pariente cercano empleado o de cualquier otra forma sujeto a una relación legal 118/. La normativa italiana 119/ y mexicana 120/ contienen disposiciones similares.

4. Expiración del mandato del presidente y de los miembros del órgano, después de un período determinado, con o sin posibilidades de nuevo nombramiento, y modo de cubrir las vacantes.

118. La duración del mandato de los miembros del órgano encargado de la aplicación de la ley varía de un país a otro. En la actualidad, el mandato

de los miembros es en Australia e Italia de siete años, en Hungría de seis años, en el Brasil y la Argentina de cuatro años, en el Canadá y México de diez años, en Bulgaria, la India, el Reino Unido y el Pakistán de cinco años. En Lituania, la ley habla de una duración de tres años y en otros como en el Perú, la duración es indefinida. En muchos países, como en Tailandia, la República de Corea, la Argentina, la India y Australia, existe la posibilidad de renovación del nombramiento de los miembros.

5. Destitución de los miembros del órgano.

119. La legislación de varios países designa el organismo facultado para destituir de su cargo a todo miembro del órgano encargado de la aplicación de la ley que haya realizado determinados actos o haya incurrido en inhabilitación para desempeñarlo. Por ejemplo, la incapacidad física es causa de destitución en Tailandia, la República de Corea y la India; la quiebra, en Tailandia, la India y Australia; en México 121/ y el Perú 122/ sólo pueden ser destituidos si se les procesa y condena por delito grave previsto en las leyes penales o laborales; la desviación de poder y la adquisición de otros intereses, en la India; el incumplimiento de las obligaciones asumidas como miembro del órgano encargado de la aplicación de la ley, en la Argentina y Australia; y el abandono de funciones, en Australia. Otra causa de destitución es la condena a una pena de prisión, por ejemplo, en Hungría 123/ y Tailandia 124/. En la República Popular de China, se incoa proceso, por incurrir en responsabilidad penal, al funcionario del órgano estatal encargado de controlar e investigar las prácticas de competencia desleal que actúe indebidamente por consideraciones personales e intencionadamente proteja a un empresario para que no sea procesado, a sabiendas de que ha contravenido las disposiciones de la ley china, incurriendo en delito 125/. El procedimiento de destitución de los miembros varía según los países.

6. Posible inmunidad de la jurisdicción penal y civil de los miembros en el desempeño de su cargo o en el ejercicio de sus funciones.

120. Para proteger a los miembros y funcionarios del órgano encargado de la aplicación de la ley contra todo proceso criminal o demanda civil se les puede conceder la inmunidad en el desempeño de sus funciones. En el Pakistán, por ejemplo, el órgano o cualquiera de sus funcionarios o empleados goza de inmunidad respecto de cualquier acción civil o penal u otro procedimiento legal por cualquier acto realizado de buena fe o pretendidamente realizado en virtud de la Ley de monopolios.

7. Nombramiento del personal necesario.

121. El nombramiento del personal del órgano encargado de la aplicación de la ley se efectúa de diversos modos. En algunos países, como en el Pakistán y Sri Lanka, el órgano designa su propio personal. En otros esta facultad incumbe a la Administración.

COMENTARIO AL ARTICULO 8

Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley

I. Las funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley podrían ser las siguientes (enumeración ejemplificativa)

122. La mayoría de las leyes relativas a las prácticas comerciales restrictivas contienen una enumeración de las funciones y facultades que posee el órgano para realizar su cometido y que constituyen el marco general de su actuación. El artículo 8 comprende una enumeración ejemplificativa de las funciones del órgano.

a) La realización de indagaciones e investigaciones, incluso en virtud de denuncia;

123. El órgano puede actuar por propia iniciativa o atendiendo a ciertas indicaciones de la posible existencia de la práctica restrictiva, por ejemplo, como consecuencia de una denuncia formulada por cualquier persona o empresa. Los datos reunidos por otros departamentos de la Administración, como las autoridades tributarias, de comercio exterior, aduaneras o de control de cambios, también podrían constituir en su caso la fuente de información necesaria. El Conjunto de Principios y Normas establece que los Estados deberían instituir procedimientos, o mejorar los que ya existan, para obtener de las empresas la información necesaria para el control eficaz de las prácticas comerciales restrictivas. El órgano encargado de la aplicación de la ley también debería estar facultado para requerir a las personas o empresas que suministraran cualquier información. En caso de incumplimiento podría preverse la posibilidad de obtener una orden de registro o un mandamiento judicial, en su caso, para requerir esa información u obtener la autorización de entrada en los locales en los que se crea que está depositada la información.

124. En muchos países, entre otros la Argentina, Australia, Alemania y el Pakistán, el órgano encargado de la aplicación de la ley tiene la facultad de requerir a las empresas para que suministren cualquier información y de autorizar a uno de sus funcionarios para entrar en los locales en busca de información pertinente. No obstante, la entrada en los locales puede estar sujeta a determinadas condiciones. En la Argentina, por ejemplo, para la entrada en el domicilio privado es necesario un mandato judicial, mientras que en Alemania, los registros, aunque normalmente requieren el mandato judicial, pueden practicarse sin necesidad de éste cuando haya "peligro en la demora".

b) La adopción de las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones, o la recomendación de las mismas a un ministro responsable;

125. El órgano encargado de la aplicación de la ley tendría que adoptar, como resultado de las indagaciones e investigaciones realizadas, ciertas resoluciones como, por ejemplo, promover un proceso o exigir la interrupción de determinadas prácticas, denegar o conceder autorización en las cuestiones notificadas o imponer sanciones, según el caso.

c) La realización de estudios, la publicación de informes y la información al público;

126. El órgano encargado de la aplicación de la ley podría realizar estudios y utilizar servicios de expertos para que los realizase por sí mismo o encargarlos a entidades o personas ajenas a él. En el Brasil, por ejemplo, la ley establece que el Consejo Administrativo de Protección Económica (CADE) puede aprobar la designación de peritos y técnicos que hayan de colaborar en la realización de exámenes, inspecciones y estudios 126/. Algunas leyes piden explícitamente a las autoridades que realicen determinados estudios. En Tailandia, por ejemplo, la Oficina de Represión de los Monopolios y las Prácticas de Fijación de Precios tiene la facultad y el deber de estudiar, analizar y efectuar investigaciones en lo concerniente a las mercancías, los precios y las transacciones comerciales 127/, en la Argentina, la Comisión puede preparar estudios sobre mercados, en particular investigaciones acerca de cómo su conducta afecta a los intereses de los consumidores y en Portugal el Consejo de la Competencia puede pedir a la Dirección General de la Competencia y los Precios que realice los estudios pertinentes para elaborar opiniones que posteriormente han de presentarse al Ministro encargado del comercio 128/. El órgano encargado de la aplicación de la ley podría informar periódicamente al público acerca de sus actividades. Los informes periódicos son útiles a este respecto y la mayoría de los países que cuentan con disposiciones legales en materia de prácticas comerciales restrictivas publican por lo menos un informe anual.

d) La distribución de formularios y el mantenimiento de un registro de las notificaciones;

127. La legislación de la mayoría de los países que tienen establecido un procedimiento de notificación incluye disposiciones sobre algún sistema de registro que ha de estar caracterizado por la transparencia. Este es el caso, por ejemplo, de España, con el Registro de Prácticas Restrictivas de la Competencia 129/, y de Francia con la Dirección General de la Competencia 130/. Algunos países llevan un registro público en el que se inscriben algunos de los datos, aunque no todos, suministrados en la notificación. La utilidad de un registro público se basa en la creencia de que la publicidad puede servir hasta cierto punto de medio disuasorio para hacer desistir a las empresas de realizar prácticas comerciales restrictivas y dar ocasión asimismo a las personas afectadas por tales prácticas de informarse acerca de ellas. Tales personas también pueden formular denuncias concretas y comunicar cualquier inexactitud que adviertan en la información notificada. Sin embargo, no todos los datos pueden inscribirse en el registro, y una de las razones de este hecho es que algunos datos se refieren a los denominados "secretos comerciales" cuya revelación podría perjudicar las operaciones de la empresa de que se trate. No puede exagerarse la posesión por los órganos encargados de la competencia de información comercial confidencial, ya que en caso de violación de esa confidencialidad los empresarios se mostrarían profundamente renuentes a contestar a las solicitudes justificadas de información.

e) La elaboración y publicación de reglamentos;

128. El órgano encargado de la aplicación de la ley también debería tener facultad para dictar reglamentos de ejecución que le ayudaran en el desempeño de su misión.

f) La colaboración en la preparación, la modificación o la revisión de la legislación sobre las prácticas comerciales restrictivas o sobre esferas conexas de la política en materia de regulación y competencia;

129. Un número cada vez mayor de nuevas leyes o de leyes reformadas confieren al órgano encargado de la aplicación de la ley, a causa de su alto grado de especialización e incomparable experiencia en la esfera de la competencia, la función suplementaria de prestar asesoramiento sobre los proyectos de ley que puedan afectar a la competencia y de estudiar y someter al Gobierno las propuestas apropiadas de reforma de la normativa legal relativa a la competencia. Así ocurre, por ejemplo, en Bulgaria con la Comisión para la Defensa de la Competencia 131/, en Portugal, donde la Comisión Consultiva en Materia de Competencia tiene derecho a emitir dictámenes, prestar asesoramiento y proporcionar orientación sobre todas las medidas legislativas concernientes a cuestiones relativas a políticas de la competencia 132/, España, con el Tribunal de Defensa de la Competencia 133/ y México, con la Comisión Federal de la Competencia 134/.

g) La promoción del intercambio de información con otros Estados.

130. El Conjunto de Principios y Normas dispone que los Estados deberían establecer en los planos regional y subregional los mecanismos apropiados para promover el intercambio de información sobre las prácticas comerciales restrictivas. Sería conveniente conferir al órgano encargado de la aplicación de la ley la facultad de promover ese intercambio, enunciándolo claramente entre sus funciones. La legislación de Bélgica, por ejemplo, establece la posibilidad de transmitir a los órganos extranjeros que se ocupan de las cuestiones de competencia la información y los documentos necesarios en virtud de acuerdos de reciprocidad concernientes a la asistencia mutua en materia de libre competencia 135/. Los convenios bilaterales entre los Estados Unidos y Alemania, el Japón, Australia y la Comisión de las Comunidades Europeas, así como entre Francia y Alemania, prevén asimismo las consultas y el intercambio de información, a las que se refiere, además, el párrafo 4 de la sección F del Conjunto.

II. Carácter confidencial

1. Concesión de garantías razonables para proteger el carácter confidencial de la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos.

2. Protección de la identidad de las personas que proporcionan información a los órganos de defensa de la competencia y que necesiten conservar el anonimato para defenderse contra medidas de represalia económica.

3. Protección de las deliberaciones del gobierno respecto de asuntos en curso o aún pendientes.

131. De conformidad con el párrafo 5 de la sección E del Conjunto de Principios y Normas deben concederse a los secretos comerciales legítimos las garantías normalmente aplicables en especial para proteger su carácter confidencial. El carácter confidencial de la información comunicada al órgano encargado de la aplicación de la ley u obtenida por éste también puede protegerse, en general, mediante la normativa legal de cada país aplicable al descubrimiento y revelación de secretos. Sin embargo, la normativa legal de algunos países, como México 136/, Noruega 137/ y Portugal 138/, contiene disposiciones especiales sobre el secreto de las pruebas obtenidas durante el proceso.

COMENTARIO AL ARTICULO 9

Sanciones y medidas de reparación

I. La imposición de sanciones, cuando proceda, por:

- i) violaciones de la ley;
- ii) desobediencia a las resoluciones o mandamientos del órgano encargado de la aplicación de la ley o de la autoridad judicial competente;
- iii) no suministrar la información o los documentos requeridos dentro de los plazos señalados;
- iv) suministrar cualquier información o hacer cualquier declaración que la empresa sepa o tenga motivos para creer que es falsa o engañosa en algún aspecto esencial;

132. En la sección II del artículo 9 se enumeran las diversas sanciones posibles de las violaciones enunciadas en la sección I.

II. Las sanciones podrían consistir, en particular, en lo siguiente:

- i) multas (proporcionales a la voluntad de disimulación, la gravedad y la ilegalidad manifiesta de las infracciones o a los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);

133. La facultad de imponer multas a las empresas y los particulares puede corresponder al órgano encargado de la aplicación de la ley o a la autoridad judicial, o puede estar dividida entre ambos. En este último caso, por ejemplo, la facultad del órgano para imponer multas puede estar limitada a ciertos tipos de conducta como las negativas a suministrar información, el suministro de información falsa y la falta de notificación de los convenios. En países como Alemania, el Brasil, la Federación de Rusia, Hungría, el Japón, México, Noruega, el Perú y el Pakistán, así como en la CEE, los organismos encargados de la aplicación de la ley tienen facultad para imponer

multas. En Australia y los Estados Unidos de América, la facultad de imponer multas corresponde a los tribunales. La cuantía máxima de las multas varía, por supuesto, de un país a otro.

134. Las multas pueden variar también según el tipo de infracción (como en la India y Portugal) o según que la infracción se haya cometido mediando dolo o negligencia (Alemania y la CEE); su cuantía puede fijarse en una cantidad determinada o según el salario mínimo de referencia (el Brasil, la Federación de Rusia, México y el Perú), o puede calcularse con arreglo a los beneficios realizados como consecuencia de la infracción (Alemania, China, Hungría y Lituania). Por otra parte, en algunos países, como Alemania, la infracción puede ser sancionada mediante una multa de una cuantía tres veces superior a los ingresos suplementarios obtenidos como consecuencia de la infracción. La indemnización triple es también importante en los casos de fijación de precios en los Estados Unidos. En el Perú, la multa podría duplicarse en caso de reincidencia 139/.

135. Parecería lógico que las multas estuvieran indizadas con respecto a la inflación y que se tuviera en cuenta tanto la gravedad de la infracción como la capacidad de pago de las empresas, con objeto de no penalizar a las empresas más pequeñas en la misma medida que las grandes, para las cuales un límite bajo constituiría, en relación con el recurso a prácticas restrictivas, una medida escasamente disuasiva.

136. Las tendencias recientes en lo que concierne a las medidas coercitivas aplicables para hacer cumplir las disposiciones en materia de convenios o acuerdos ha sido buscar la disuasión por medio de la imposición de multas muy considerables a las empresas. En la Comunidad Económica Europea se impuso una multa de más de 30 millones de ECU a los miembros de un cártel de los plásticos (PVC) de conformidad con el reglamento que faculta a la Comisión de la CEE para fijar multas de hasta el 10% del volumen de negocios anual de las empresas infractoras 140/. En los Estados Unidos, se promulgó en 1990 una ley en la que se elevaba de un millón a 10 millones de dólares la cuantía máxima de la multa imponible a una sociedad por la violación de las leyes antitrust 141/. En el Japón se han adoptado disposiciones legales para poder imponer multas de hasta el 6% del comercio total afectado en un período de tres años. Con arreglo a esas disposiciones, la Comisión del Comercio Leal del Japón impuso en 1991 una multa de 80 millones de dólares de los EE.UU. a un cártel del cemento 142/.

- ii) prisión (en caso de infracción grave que entrañe una violación notoria e intencional de la ley, o de una decisión para exigir su cumplimiento, por parte de una persona natural);

137. La facultad de imponer penas de prisión normalmente correspondería a la autoridad judicial. En algunos países, como el Brasil y el Japón, la facultad de imponer penas de prisión se reserva a las autoridades judiciales a propuesta del órgano encargado de la aplicación de la ley. La duración de las penas de prisión varía de uno a tres o más años, según la naturaleza de la infracción.

138. En países como la Argentina y el Canadá, donde las resoluciones dictadas en virtud de la legislación sobre prácticas comerciales restrictivas son de la competencia de las autoridades judiciales, los tribunales están facultados para imponer penas de prisión de hasta 6 años (Argentina) y de hasta 2 años (Canadá). En los Estados Unidos, sólo constituyen delitos tipificados a las leyes antitrust la conducta claramente definida como intrínsecamente ilegal y la conducta del acuerdo manifiestamente contraria a la competencia: la fijación de precios, la licitación colusoria y el reparto de mercados. Únicamente la Ley Sherman establece sanciones penales (infracciones de las secciones 1 y 2) y la posibilidad de perseguirlas como delitos castigados con una multa a las empresas y tres años de prisión a las personas físicas. La aplicación por la División Antitrust de las sanciones penales, previstas en la Ley Sherman se rige por las leyes penales federales de carácter general y la Ley federal de enjuiciamiento criminal 143/.

iii) órdenes o mandamientos provisionales;

139. En Hungría, en caso de amenaza de daño eminente como consecuencia de una práctica ilegal, la Junta de Supervisión puede ordenar a la persona causante de la amenaza que se abstenga de esas prácticas o que adopte las medidas necesarias para evitar dicho daño, y, de ser necesario, establezca garantías 144/.

iv) órdenes definitivas o por un plazo determinado de cesación de las prácticas prohibidas o de reparación de una violación mediante una conducta positiva, la divulgación de información o la presentación de excusas, etc.;

140. Cuando los Estados Unidos limitaron la importación de televisores en color de la República de Corea, Samsung, Gold Star y Dae Woo disminuyeron localmente los precios para incrementar las ventas, pero después convinieron en dejar de reducir precios. La Oficina de Comercio Leal ordenó que se pusiera término a la fijación de precios y exigió a las empresas que se disculparan en un periódico local 145/.

141. En este contexto, y como medida adicional, puede considerarse la posibilidad de dictar órdenes de cese y desistimiento y de publicar la sentencia definitiva por la que se imponga cualquier tipo de sanción que las autoridades administrativas o judiciales hayan considerado oportuna, como sucede en Francia 146/.

De esta forma los empresarios y especialmente los consumidores estarán en condiciones de saber que una determinada sociedad ha observado una conducta ilegal.

v) venta o liquidación de los activos (en relación con fusiones o adquisiciones ya realizadas), o rescisión (en relación con determinadas fusiones y adquisiciones o determinados contratos restrictivos);

142. Esta cláusula se aplica en México, donde la Comisión puede ordenar la "desconcentración total o parcial" de la fusión 147/.

- vi) restitución a los consumidores perjudicados;
- vii) consideración de la declaración administrativa o judicial de ilegalidad como principio de prueba de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitadas por los perjudicados.

COMENTARIO AL ARTICULO 10

Recursos

1. Posibilidad de interponer recurso de reposición ante el órgano encargado de la aplicación de la ley fundándose en un cambio en las circunstancias.

2. Posibilidad de que cualquier empresa o particular interponga [ante la autoridad competente] en el plazo de ... días recurso contra la totalidad o una parte de la resolución dictada por el órgano encargado de la aplicación de la ley (o) sobre cualquier cuestión jurídica de fondo.

143. Respecto a la interposición de recursos de reposición contra las decisiones del órgano encargado de la aplicación de la ley, en muchos casos puede producirse un cambio en las circunstancias que existían en el momento de adoptar la resolución. Cabe recordar que el órgano encargado de la aplicación de la ley puede, por ejemplo, revisar periódicamente -o a causa de un cambio en las circunstancias- las autorizaciones concedidas y quizás prorrogarlas, suspenderlas o supeditar su prórroga al cumplimiento de condiciones y obligaciones. Por consiguiente, las empresas también deberían tener la posibilidad de solicitar la revisión de las resoluciones cuando las circunstancias que hubieran inducido a su adopción hubiesen cambiado o dejado de existir.

144. El derecho de una persona a recurrir contra la resolución del órgano encargado de la aplicación de la ley está previsto especialmente en la ley de la mayoría de los países (por ejemplo, Lituania 148/ y la Federación de Rusia 149/ o, puede existir automáticamente, sin mención específica, en virtud de los códigos de procedimiento civil, criminal o administrativo (por ejemplo, Colombia 150/ y Portugal 151/). Por otra parte, los recursos sólo son posibles en los específicamente establecidos en la Ley sobre la competencia casos, como sucede, por ejemplo, con las resoluciones del Organismo de Defensa de la Competencia sueco 152/.

145. Los recursos pueden dar lugar a la revisión de la causa o estar limitados, como en el Brasil, la India y el Pakistán, a una cuestión de derecho. Los recursos pueden deducirse ante los tribunales administrativos, como en Colombia y Venezuela, ante los tribunales judiciales, como en Italia, Lituania y España, o en ambos órdenes como en la Federación de Rusia, en donde el recurso puede interponerse ante un tribunal arbitrario o un tribunal de arbitraje 153/. A este respecto, se puede crear un tribunal administrativo especial como, por ejemplo, en Australia 154/, Dinamarca 155/, Kenya 156/, el Perú 157/ y España 158/. En la India y el

Pakistán los recursos se tramitan directamente en el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, respectivamente. Lo mismo ocurre en el caso del Perú, donde el recurso se tramita directamente ante las salas civiles de la Corte Superior de Justicia de Lima. En Alemania, los recursos en materia de fusiones pueden ser tramitados por la vía judicial o interponerse directamente ante el Ministro de Asuntos Económicos. En Austria los recursos se deducen ante el Tribunal Superior de Cárteles, en el Tribunal Supremo de Justicia.

146. La Comunidad Europea ha creado un Tribunal especializado de primera instancia para conocer de los recursos antitrust, pues tales asuntos han empezado a constituir una carga excesiva para el Tribunal Europeo de Justicia a causa del volumen de los autos.

COMENTARIO AL ARTICULO 11

Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

Reconocer a la persona, o al Estado en nombre de esa persona, o a la empresa que sufra una pérdida o un daño a causa de la acción u omisión de una empresa o un particular, realizada contraviniendo a las disposiciones de la ley, el derecho a obtener el resarcimiento de la pérdida o el daño (incluidos los gastos e intereses) mediante el ejercicio de la acción civil ante la autoridad judicial competente.

147. La disposición propuesta daría a todo particular o al Estado en nombre de un particular, o a una empresa, el derecho a entablar una demanda civil por infracción de la ley a fin de obtener el resarcimiento de los daños sufridos, incluidos los gastos realizados y los intereses devengados. Esta acción civil se ejercitaría normalmente ante las autoridades judiciales competentes a menos que los Estados confiriesen al órgano encargado de la aplicación de la ley facultades especiales a este respecto. La legislación de varios países desarrollados contiene disposiciones que regulan la intervención del Estado, como parte actora, en el ejercicio de funciones tutelares (*parens patriae* suit) 159/. En virtud de tales "acciones colectivas" (*class actions*), los usuarios de un determinado servicio o los consumidores de un determinado producto que han sufrido daños de resultados de un comportamiento contrario a la libre competencia, y cuya demanda individual sería demasiado insignificante, tienen derecho a entablar una demanda contra las empresas. Así se dispone en la legislación del Canadá, Francia y los Estados Unidos.

148. El Brasil ha autorizado en general a los competidores o perjudicados a interponer demanda por violación del orden económico, en particular la fijación de precios, la fijación abusiva de precios y los acuerdos de vinculación 160/. Así ocurre también en el caso de la legislación de Hungría 161/, México 162/, el Perú 163/ y Venezuela 164/.

Notas

- 1/ Informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas sobre su 12º período de sesiones (TD/B/40(2)/2-TD/B/RBP/98), anexo I, parte C, tema 4 c), párr. 1.
- 2/ Véase, por ejemplo, Colombia, Finlandia, la India, el Reino Unido.
- 3/ Véase Chile, Tailandia.
- 4/ Véase el Canadá, Dinamarca, Lituania, México, Noruega, Portugal, el Reino Unido, Suecia.
- 5/ Ley sobre la competencia, de 1986, artículo 1.1.
- 6/ Ley sobre la competencia, de 1989, artículo 1.
- 7/ Ley 65 de 11 de junio de 1993 relativa a la competencia en las actividades comerciales, artículo 1-1 (Propósitos de la Ley). Se conoce a la ley como Ley sobre la competencia y entró en vigor el 1º de enero de 1994.
- 8/ Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopolísticas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 2.
- 9/ Ley de 22 de marzo de 1991 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas que afectan a los mercados de productos, artículo 1.
- 10/ Ley sobre la competencia (1993:20), de 14 de enero de 1993, artículo 1.
- 11/ Northern Pacific Railway Co. c. United States, 356 U.S., 1, 4, 78 S.Ct. 514, 517, 2 L.Ed.2d 545, 549 (1958).
- 12/ Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, artículo 1.
- 13/ Decisión 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículo 1.
- 14/ Ley (reformada) sobre las prácticas comerciales, de 1974, artículo 45.
- 15/ Artículo 10 de la Ley federal de competencia económica.
- 16/ Véase el documento TD/B/RBP/15/Rev.1, párrs. 24 a 26.
- 17/ Debe señalarse que ningún órgano encargado de la competencia, especialmente si se trata de un órgano administrativo independiente, tendrá como mandato político determinar la forma en que ciertas restricciones afectarían al "interés nacional" o influirían en el "desarrollo económico general" de un país. Por esta razón, las autorizaciones deben basarse, en principio, en razones relacionadas con la competencia. Otro procedimiento sería que los gobiernos examinaran la posibilidad de que sus órganos nacionales asistieran al gobierno en la preparación, modificación o revisión

de sus leyes que pudieran afectar a la competencia, tal y como se establece en el artículo 8 1) f) de la Ley modelo, y prestaran asesoramiento sobre cualquier medida propuesta que pudiera tener consecuencias en la competencia.

18/ Tal es el caso de Finlandia, donde la ley establece que "se considerará que una práctica restrictiva tiene efectos perjudiciales si, de una manera reputada inaceptable desde el punto de vista de una competencia idónea y efectiva..."; Ley sobre las prácticas comerciales restrictivas (709/1988), artículo 7. Lituania, cuya legislación prohíbe "las actividades de las entidades económicas que gozan de una posición de dominio en el mercado mediante las cuales se restrinja o pueda restringir la competencia vulnerando intereses económicos"; Ley sobre la competencia, 1992, artículo 3.1. El Perú, cuya legislación prohíbe "los actos o conductas... que... generen perjuicios para el interés económico general"; Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas, de la libre competencia, de 1992, artículo 3.

19/ Directrices sobre fusiones del Departamento de Justicia/Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, 2 de abril de 1992.

20/ Standard Oil Co. of California y Standard Stations Inc., c. Estados Unidos. Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 1949. 337 U.S. 293, 299 S.Ct. 1051, 93 L.Ed. 1371.

21/ Générale Sucrière, etc., c. Comisión de las Comunidades Europeas, Tribunal Europeo de Justicia, resolución de 15 de diciembre de 1975, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° 43, 25 de febrero de 1976.

22/ La legislación peruana permite a los órganos encargados de la aplicación de la ley que investiguen y prohíban los actos de los funcionarios públicos que interfieran en la libre competencia. En un caso reciente se pidió al Ministro de Economía y Finanzas que informara sobre un acuerdo entre el Ministerio y varias asociaciones de transporte para informar las tarifas del transporte urbano. La Comisión Multisectorial de la Libre Competencia consideró que el acuerdo era contrario a la competencia y decidió que el Ministro se abstuviera en adelante de promover acuerdos de este tipo (información comunicada por el Gobierno peruano).

23/ Esta responsabilidad es especialmente amplia en el Reino Unido, en virtud de la Ley sobre prácticas restrictivas y el sistema de aplicación de la Ley por sentencias judiciales. Todo empleado o director que ayude o instigue a su empresa a incumplir una sentencia judicial, puede ser considerado personalmente responsable de complicidad en el desacato o instigación a éste. Esto puede tener un fuerte efecto disuasorio, aunque posiblemente la imposición de penas y otras sanciones a personas naturales sólo sea aceptable para el público en general si existen fuertes garantías procesales y si la ley que se pide que respeten es clara (información comunicada por el Gobierno del Reino Unido).

24/ Es evidente que la Ley sobre la competencia del Reino Unido se aplica a las actividades comerciales de las administraciones locales, que carecen en esta esfera de una situación jurídica particular (aunque muchas de sus actividades no correspondan al "suministro de bienes o servicios" ni se realice "en el transcurso de un negocio", quedando por ello fuera del ámbito

de la Ley sobre la competencia del Reino Unido). En virtud de esta ley, no es posible interponer una acción contra la Corona, aunque es de señalar que no todas las actividades estatales son actividades de la Corona (por ejemplo, el Servicio Nacional de Salud). Es también política del Gobierno que la Corona se comporte como si estuviera sujeta a las disposiciones de la Ley sobre la competencia en sus actividades comerciales.

25/ Centrafarm B. V. c. Sterling Drug, 1974 ECR 1147 (EC); Copperweld Corp. c. Independence Tube Corp., 104 S.Ct. 2731 (1984).

26/ Ampliación de la regla de Copperweld. Satellite Fin. Planning Corp. c. Firts National Bank, 633 F. Supp 386 (D. Del. 1986), pero véase Sonitrol of Fresno c. AT&T, 1986-1 Trade Cas (CCII), artículo 67, 080 (una participación del 32,6% no priva del carácter de empresa competidora).

27/ Véase: Directrices para hacer cumplir la Ley antitrust en las operaciones internacionales, 1988, Departamento de Justicia de los Estados Unidos.

28/ Decreto sobre la represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1970 (reforma de 1983), artículo 2, párrafo 1, apartado a).

29/ Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1969 (reformada por la Ley 58 de 1991), artículo 2, apartado a).

30/ Ley de defensa y fomento de la competencia, de 1979, artículo 1, párrafo x), apartado a).

31/ Ley de represión de las prácticas monopolísticas, de 24 de febrero de 1990, artículo 2, párrafo 3, apartado b).

32/ Ley de 24 de marzo de 1991 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 6 (II).

33/ Ley de defensa de la competencia, de 1989, en especial el artículo 1, sobre "Conductas prohibidas".

34/ Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 6.

35/ Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, de 1991, artículo 5.

36/ Decisión N° 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia, artículo 3.

37/ Decreto N° 2153 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, de 30 de diciembre de 1992, artículo 47.

38/ Decisión N° 285 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, artículo 4, apartado f).

39/ Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, de 1969 (reformada en 1991), artículo 32.

40/ Northern Pacific Railway Co. c. Estados Unidos, 356 U.S. 1 (1958).

41/ Ley de 22 de marzo de 1991 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículos 6 1) y 8.

42/ Información comunicada por el Gobierno de la India.

43/ Además de los Estados Unidos, varios países han modificado recientemente su legislación para prohibir como intrínsecamente ilegales la fijación de precios y las licitaciones colusorias.

44/ La Ley Weeb-Pomerene sobre el comercio de exportación de 1918 y la Ley de sociedades de comercio de exportación de 1982. Ha de señalarse que la Ley antitrust norteamericana a través de la Ley de mejoras de las medidas antitrust en el comercio exterior, 15 U.S.C § 6a) se aplica a los efectos contrarios a la competencia en los mercados de exportación de los Estados Unidos y no sólo a los mercados nacionales de este país. Tampoco pueden calificarse de "cárteles de exportación" a las empresas conjuntas constituidas en virtud de la Ley de sociedades de comercio de exportación, porque carecen de poder en los mercados nacionales y extranjeros; son más bien empresas conjuntas orientadas a la exportación cuyas actividades están delimitadas para que no tengan efectos contrarios a la competencia en los Estados Unidos (información proporcionada por el Gobierno de los Estados Unidos).

45/ Véase "Licitaciones colusorias", estudio preparado por la secretaría de la UNCTAD (TD/B/RBP/12).

46/ Ley N° 14 sobre el control de las prácticas comerciales restrictivas, los monopolios y los precios, de 1988, artículo 11, párrafo 4.

47/ Información proporcionada por el Gobierno de Suecia.

48/ Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, artículo 33, epígrafe 1, párrafo 9.

49/ Ibid., párr. 1.

50/ Con referencia a Insurance Antitrust Litigation, DKT 89-16530, repertoriado en 60 BNA ATRR 909, 27 de junio de 1991.

51/ El asunto Associated Press (AP) c. Estados Unidos sirve para ejemplificar este punto. 326 U.S., 165S Ct. 1416, 86L. Ed. 2013, revisión denegada 326 (802) 1945. Para más detalles, véase el documento TD/B/RBP/15/Rev.1, párr. 54.

52/ Wilk c. American Medical Association, 1987, 2CCH Trade Cas. Section 67,721 (N.D. Ill. 1987).

53/ Silver c. New York Exchange, 373 U.S. 357 (1963). Para más detalles, véase el documento TD/B/RBP/15/Rev.1, párr. 55.

54/ Pacific Northwest Wholesale Stationers c. Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284 (1985).

55/ Una alternativa a la expresión "redunda en beneficio común" de la última parte del artículo propuesto podría ser "produce daño a la comunidad". De esta forma será posible evitar que la carga de la prueba recaiga injustificadamente en las sociedades y que lleve a prácticas contrarias a la competencia (comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos).

56/ La normativa española sobre esta materia se estableció mediante leyes especiales. Real decreto 157/1992 de 21 de febrero de 1992, que desarrolla la Ley 16/1989 de 17 de julio de 1992.

57/ Decreto N° 2153 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, de 30 de diciembre de 1992, artículo 49.

58/ Ley sobre los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas, artículo 32.

59/ Ley sobre la competencia, de 1992, artículo 5.

60/ Ley de 22 de marzo de 1991 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 6, párrafo 3.

61/ Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, 1992, artículo 7.

62/ Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

63/ Ley sobre comercio leal, de 1973, artículo 6, párrafo 1.

64/ Ibid.

65/ Ley de represión de las prácticas monopolísticas, de 24 de febrero de 1990, artículo 2, párrafo 7.

66/ Ley de defensa de la competencia de la República Checa, de 1991, artículo 9.

67/ Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales desleales, párrafo 21 1) c). Es interesante señalar que la ley húngara en vez de utilizar el término "abuso de posición de dominio", utiliza "abuso de superioridad económica".

68/ Decreto-ley N° 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 3, párrafo 3, apartado a).

69/ Ley sobre la competencia, de 1992, artículo 2: Definición de "posición dominante".

70/ Ley de 22 de marzo de 1991 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 4.

71/ Ley (reformada) contra las restricciones de la competencia, de 1957, artículo 22, párrafo 3.

72/ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 14 de febrero de 1978. United Brands Company y United Brands Continentaal BV c. la Comisión, 27/76, 1978, ECR 207.

73/ Para más información sobre la legislación estadounidense (decisiones de la Corte Suprema) en materia de restricciones verticales distintas a los precios en la distribución, véase White Motor Co. c. Estados Unidos, 372 U.S.253, 83 S.Ct. 696, 9 L.Ed.2d 738 (1963) (aplica el criterio del carácter razonable); Estados Unidos c. Arnold Schwinn & Co., 388 U.S.365, 87 S.Ct. 1856, 18 L.Ed.2d 1249 (1967) (aplica el criterio de la ilegalidad intrínseca), y en especial Continental T.V., Inc., c. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 97 S.Ct. 2549, 53 L.Ed.2d 568 (1977) (rechaza el criterio de la ilegalidad intrínseca de Schwinn y vuelve al criterio del carácter razonable).

74/ Véase el asunto Hoffman-La Roche.

75/ Ley de 2 de septiembre de 1993 de la República Popular de China de represión de la competencia desleal, artículo 11. La Ley enumera también varios casos no considerados desleales, como la venta de productos frescos, la baja estacional de los precios, el cambio de línea de producción y el cierre del negocio.

76/ McDonald c. Johnson and Johnson, N° 4-79-189 (D. Minn, 14 de abril de 1982).

77/ Asunto Hugin-Liptons. Decisión de la Comisión de 8 de diciembre de 1977 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L.22, de 17 de enero de 1978). Véase asimismo, Instituto Chemioterapico Italiano SPS - Commercial Solvents, sentencia de 6 de marzo de 1974.

78/ Véanse los asuntos Effem and Atlas Building Products Company c. Diamond Block & Gravel Company.

79/ Comisión Federal de Comercio c. Morton Salt Co., 334 U.S. 37, 1948.

80/ RRTA c. Carona Sahu Company Ltd., RTPE N° 2, 1974, resolución de la Comisión de Monopolios y Prácticas Comerciales Restrictivas (MRTPC), de 21 de marzo de 1975; Grindwell Norton, RTPE N° 29, 1974, resolución de la MRTPC, de 21 de noviembre de 1975.

81/ Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, 1992, artículo 5, párrafo a) (información comunicada por el Gobierno peruano).

82/ Ley sobre las prácticas comerciales, de 1974, artículo 49, párrafo 1.

83/ Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

84/ Ley del comercio 1986, parte II, artículo 37, párrafo 1.

85/ Información comunicada por el Gobierno de Suecia.

86/ Nos remitimos a la Ley de defensa del consumidor 1987 que considera delito toda "indicación engañosa sobre los precios". Cuando se examine si una determinada indicación sobre los precios es engañosa, las partes pueden remitirse al Código de Conducta aprobado por la Secretaría de Estado en 1988. El párrafo 1.6.3 c) aconseja a los comerciantes que establezcan comparaciones con un precio recomendado a menos que "el precio no sea considerablemente superior a los precios a que realmente se vende el producto en el momento que por primera vez se hace la comparación. En otras palabras, puede considerarse que un minorista que dice "Precio al por menor recomendado xxx libras; mi precio la mitad" proporciona una indicación engañosa sobre los precios, cometiendo en consecuencia un delito tipificado en la Ley de defensa del consumidor si el precio al por menor recomendado es considerablemente superior a los precios a que normalmente venden las mercancías otros minoristas.

87/ Ley sobre la competencia, de 1986, artículo 37.3, párrafo 4.

88/ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, N° L.377/16, de 31 de diciembre de 1980.

89/ Ley sobre la competencia, de 1986, artículo 37.3, párrafo 6.

90/ Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

91/ Decisión de la Comisión de Comercio Leal, de 18 de abril de 1978. Información comunicada por el Gobierno del Japón.

92/ Cinzano y Cie. GmbH c. Jara Kaffee Gesch ppe GmbH y Co. Decisión de 2 de febrero de 1973.

93/ Tepea B.V. c. Comisión de las Comunidades Europeas, asunto 28/77; decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1976. La decisión de la Comisión fue confirmada por el Tribunal Europeo de Justicia en su resolución de 20 de junio de 1978.

94/ Sentencia dictada el 10 de octubre de 1978, asunto 3/78: (1978) ECR 1823.

95/ Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

96/ En relación con las negativas unilaterales a tratar véase: Estados Unidos c. Colgate & Co., Corte Suprema de los Estados Unidos, 1919. 250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 53 L.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. También Estados Unidos c. Schrader's Son Inc., 252 U.S. 85, 40 S.Ct. 251, 64 L.Ed. 471 (1920).

97/ Comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos.

98/ La Corte Suprema de los Estados Unidos ha definido los acuerdos de ventas condicionadas como sigue: "un acuerdo por una parte de vender un producto pero sólo a condición de que el comprador adquiriera también un producto distinto (o vinculado), o acceda al menos a no adquirir ese producto

de cualquier otro suministrador". Northern Pac. Ry c. Estados Unidos, 356 U.S. 1, 5-6, 78 S.Ct. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958). También ha declarado que "el contrato usual de ventas condicionadas obliga al cliente a aceptar un producto o marca que no siempre desea para asegurarse el que desea. Como un acuerdo de esa naturaleza es intrínsecamente contrario a la competencia, hemos estimado que su utilización por una empresa conocida es susceptible de "disminuir sustancialmente la competencia" aunque sólo afecte a un volumen de comercio relativamente reducido". Brown Shoe Co. c. Estados Unidos, 370 U.S. 294, 330, 82 S.Ct. 1502, 1926, 8 L.Ed. 2d 510 (1962).

99/ En el estudio de la secretaría de la UNCTAD titulado "Las prácticas de vinculación de las compras" (TD/B/RBP/18) figura un análisis de las diversas formas de vinculación de las compras y la situación jurídica en distintos países.

100/ H. R. 4972, por la que se modifica el apartado d) del artículo 271 de la Ley de patentes.

101/ Hay que señalar que el control de las fusiones se presenta aquí, como en el Conjunto, en relación con el concepto de "abuso de una posición de dominio". Otra posibilidad sería incluir un artículo distinto sobre el control de las fusiones que se centrara más exactamente en la idea de que no debe permitirse que las fusiones creen o aumenten el poder de mercado ni que faciliten su ejercicio. La variante del texto sobre el control de las fusiones podría redactarse así:

POSIBLES ELEMENTOS DE UN ARTICULO DISTINTO SOBRE EL CONTROL DE LAS FUSIONES

I. Notificación por la parte adquirente o las partes en una fusión

a) La parte que, por adquisición o fusión, pase a controlar una proporción considerable del capital de una empresa importante que desarrolle una actividad mercantil en la jurisdicción del país podría ser obligada, o inducida con incentivos, a notificar tal adquisición o fusión al órgano encargado de la aplicación de la ley.

b) Podrían utilizarse criterios relativos a la importancia de la transacción, tales como el precio pagado o el porcentaje del capital adquirido, para que no haya que examinar las transacciones que tendrán escasas repercusiones en la competencia.

c) Las normas sobre notificación podrían imponer la obligación de proporcionar detalles de los productos, los servicios, los mercados y los ingresos de las empresas partícipes y de proporcionar los documentos esenciales relativos a la transacción.

II. Normas sustantivas

a) Se podrían prohibir o anular las adquisiciones o fusiones si pueden dar lugar a una reducción considerable de la competencia en un sector de actividad o en un mercado importante sometido a la jurisdicción del país.

b) Podrían aceptarse las adquisiciones o fusiones si las partes prueban que la parte adquirente es, entre los posibles compradores de una empresa irremediablemente en crisis, la menos perjudicial para la competencia.

III. Medidas provisionales, investigaciones y medidas definitivas

a) Se podría disponer que el órgano encargado de la aplicación de la ley podrá paralizar una fusión o adquisición por un breve período (por ejemplo, 30 días) mientras decide si abre una investigación completa o por un período un poco más largo (por ejemplo, 90 días) hasta que reciba toda la información necesaria para evaluar los posibles efectos perjudiciales de la transacción para la competencia.

b) Se podría facultar al órgano encargado de la aplicación de la ley para requerir a las partes y a las empresas de los sectores de actividad afectados para que suministren documentos o presten testimonio, y las partes que atendieran tardíamente este requerimiento dispondrían de menos tiempo.

c) Si la transacción se considera contraria a la competencia desde el punto de vista de los criterios establecidos por la ley y si los tribunales, tras oír a las partes, resuelven que la transacción es contraria a la ley, se podría dictar una orden de prohibición permanente de la transacción o, si ésta ha sido efectuada ya, se podría ordenar la venta de activos suficientes para corregir los efectos perjudiciales de la transacción sobre la competencia.

102/ Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L.395/1, de 30 de diciembre de 1989.

103/ En el documento TD/B/RBP/80/Rev.1 figura un análisis detallado de la concentración del poder de mercado mediante fusiones, absorciones, empresas conjuntas y otros modos de adquisición de control, y sus efectos en los mercados internacionales, en particular los mercados de los países en desarrollo.

104/ Por ejemplo, la Oficina de Comercio Leal coreana, declaró ilegal la concentración entre dos empresas que controlaban, respectivamente, el 54 y el 19% del mercado de estabilizadores de cloruro de polivinilo. Se ordenó a la compañía adquirente que vendiera las acciones. Con referencia a Dong Yang Chemical Industrial Co., 1 KFTC 153, de 13 de enero de 1982.

105/ Según la experiencia de los Estados Unidos, es muy poco probable que las fusiones de control de carácter heterogéneo planteen problemas de competencia (comentario presentado por el Gobierno de los Estados Unidos).

106/ Véase una reseña completa de esos asuntos en el documento TD/B/RBP/48, párrs. 12 a 22.

107/ La situación no tiene que examinarse sólo en lo concerniente a los consejos de administración. En los Estados Unidos es ilegal, no sólo que un miembro del consejo de administración de una sociedad sea también miembro del consejo de administración de una sociedad competidora, sino también que lo sea uno de sus ejecutivos.

108/ Resolución 39/248 de la Asamblea General, de 9 de abril de 1985.

109/ Ibid., párrafo 15.

110/ Información comunicada por el Gobierno de Suecia.

111/ Decreto (reformado) sobre represión y prevención de los monopolios y las prácticas comerciales restrictivas de junio de 1980.

112/ Decreto N° 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, artículo 4. La Superintendencia está encargada también de la aplicación de las leyes sobre patentes, marcas de fábrica de comercio, protección de los consumidores, cámaras de comercio, normas técnicas y metrología.

113/ Decreto-ley N° 25868. Ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), artículo 2. El INDECOPI también está encargado de la aplicación de las leyes sobre dumping y subvenciones, protección de los consumidores, publicidad, competencia desleal, metrología, control de calidad y barreras no arancelarias, procedimientos de quiebra, marcas de fábrica o de comercio, patentes, variedades de plantas, denominaciones de origen y transferencia de tecnología.

114/ Ley N° 22262 de protección de la libre competencia, artículo 7.

115/ Decreto N° 511, de 27 de octubre de 1980. Artículo 16, con referencia al Decreto legislativo N° 2760.

116/ Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 10.

117/ Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales restrictivas, párrafo 56, apartado 1.

118/ Ibid., párrafo 56 2).

119/ Normas para la protección de la competencia y del mercado, artículo 10, párrafo 3.

120/ Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 26 (II), segundo párrafo. Esta disposición fue desarrollada por el reglamento interno de la Comisión Federal de la Competencia a partir del 12 de octubre de 1993, artículo 33.

121/ Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 27.

122/ Información proporcionada por el Gobierno peruano.

123/ Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales desleales, párrafo 54, apartado 2, inciso a).

124/ Ley antimonopolio y sobre las prácticas de fijación de precios, B.E. 2522 (1979), artículo 12, párrafo 6.

125/ Ley de 2 de septiembre de 1993 de la República Popular de China para la represión de la competencia desleal, artículo 32.

126/ Decreto N° 52025, de 20 de mayo de 1963. Reglamento de aplicación de la Ley N° 4167, de 10 de septiembre de 1962, sobre la represión del abuso del poder económico, artículo 15, inciso ix). Completada por la Ley N° 8158, de enero de 1991, por la que se toman disposiciones para la defensa de la competencia y otras medidas.

127/ Ibid., artículo 16, párrafo 2.

128/ Decreto-ley N° 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 13, párrafo 1, apartado a) y párrafo 2.

129/ Real decreto 157/192 de 21 de febrero de 1992, capítulo III, artículos 19 a 23.

130/ Ordenanza 86-1243 de 1° de diciembre de 1986 sobre la liberalización de los precios y la competencia, artículo 44.

131/ Ley de 15 de noviembre de 1991 sobre la organización y actividades de la Comisión para la Defensa de la Competencia, artículo 4, párrafo 3.

132/ Decreto-ley N° 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 13, párrafo 1, apartados b), c) y d).

133/ Ley 16/1989 de 17 de julio para la defensa de la competencia, artículo 26. Véase otra información a este respecto en: Tribunal de Defensa de la Competencia. Memoria 1992, pág. 66.

134/ Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 24, párrafos V y VI.

135/ Ley sobre la protección de la competencia económica, artículo 50, apartado b).

136/ Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 31, párrafo 2 y reglamento interno de la Comisión Federal de la Competencia de 12 de octubre de 1993, artículo 34.

137/ Ley 65 de 11 de junio de 1993 relativa a la competencia en las actividades comerciales, artículo 6-2 (Confidencialidad de las pruebas).

138/ Decreto-ley N° 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículo 19.

139/ Decreto legislativo N° 701 contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, artículo 23 (información proporcionada por el Gobierno peruano).

140/ Hoechst AV c. la Comisión, Asunto 46/87R 1987 E. Comm. J. Rep. 1549 (1988).

141/ H. R. 29, Ley de reforma antitrust, de 1990.

142/ 60 BNA ATRR 459.

143/ Información proporcionada por el Gobierno de los Estados Unidos.

144/ Ley LXXXVI de ~~20 de noviembre de 1990~~ ~~1990~~ las prácticas comerciales restrictivas, párrafos 38, apartado 2 y 43, apartado 1, inciso c).

145/ Con referencia a Samsung Electronics Company, 4 KFTC 58, 26 de diciembre de 1984.

146/ Ordenanza 86-1243 de 1º de diciembre de 1986 sobre la liberalización de los precios y la competencia, artículos 12 y 15.

147/ Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 35, párrafo I.

148/ Ley sobre la competencia, de 1992. El artículo 14 versa sobre los recursos contra las resoluciones del organismo encargado de la vigilancia de los precios y la defensa de la competencia. Cabe señalar que la ley establece que los recursos ante el tribunal no tienen efecto suspensivo de las directrices y resoluciones, a menos que el tribunal decida otra cosa.

149/ Ley de 22 de marzo de 1991 sobre competencia y restricción de las actividades monopolísticas en los mercados de productos, artículo 29, sobre procedimiento para apelar contra las decisiones del Comité Antimonopolio.

150/ Decreto N° 2153, de 30 de diciembre de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio, artículo 52, párrafo quinto.

151/ Decreto-ley N° 371/93 de 29 de octubre de 1993 sobre protección y promoción de la competencia, artículos 28 y 35.

152/ Sección 62 de la Ley sobre la competencia, 1993. Sólo en los casos especificados en los artículos 60 y 61 de la Ley pueden apelarse las decisiones adoptadas por el órgano sueco de la competencia ante el Tribunal de la ciudad de Estocolmo.

153/ Información proporcionada por el Gobierno de Rusia.

154/ El Tribunal de Prácticas Comerciales.

155/ El Tribunal de Apelaciones, nombrado por el Ministro de Comercio.

156/ El Tribunal de Prácticas Comerciales Restrictivas.

157/ El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

158/ El Tribunal de Defensa de la Competencia.

159/ Véase la Ley Hart-Scott-Rodino de reforma de la legislación antitrust de 1976, en el caso de los Estados Unidos.

160/ Ley N° 8158, de 10 de enero de 1991.

161/ Ley LXXXVI de 20 de noviembre de 1990 sobre la prohibición de las prácticas comerciales desleales, párrafo 29, apartado 1, inciso e).

162/ Ley federal de competencia económica, 1992, artículo 38.

163/ Decreto legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, 1992, artículo 25.

164/ Ley para promover y proteger el ejercicio de la libre competencia, artículo 55.
