

Distr.  
GENERAL

TD/B/RBP/81/Rev.1  
26 de agosto de 1991

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO  
Grupo Intergubernamental de Expertos en  
Prácticas Comerciales Restrictivas  
11º período de sesiones  
Ginebra, 23 de noviembre de 1992  
Tema 4 c) del programa provisional

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

Propuestas de modificaciones a la revisión de los posibles elementos  
del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo  
y comentarios correspondientes

Preparadas por la secretaría de la UNCTAD

#### INDICE

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION .....	1 - 5	1
I. A. POSIBLES ELEMENTOS DEL PROYECTO DE ARTICULADO .....	6	2
TITULO DE LA LEY:		
Ley de represión o control de las prácticas restrictivas de la competencia; Ley antimonopolios; Ley de defensa de la competencia .....		2
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 1		
Objetivos o propósitos de la ley .....		2
POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 2		
Definiciones y ámbito de aplicación .....		2

INDICE (continuación)

<u>Parte</u>		<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I: A.	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 3		
( <u>cont.</u> )	Convenios o acuerdos restrictivos .....		3
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 4		
	Actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado .....		4
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 5		
	Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores .....		5
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 6		
	Notificación .....		5
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 7		
	El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización .....		7
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 8		
	Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley .....		7
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 9		
	Sanciones y medidas de reparación .....		8
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 10		
	Recursos .....		9
	POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 11		
	Acción de resarcimiento de daños y perjuicios .		9
B.	MODIFICACIONES PROPUESTAS .....	7 - 45	9
	Artículo 1 .....	9 - 14	10
	Artículo 2 .....	15 - 23	11
	Artículos 3 y 4 .....	24 - 37	13
	Artículo 5 .....	38	18
	Artículo 6 .....	39 - 41	19
	Artículos 7 y 8 .....	42 - 44	21
	Artículo 11 .....	45	23

INDICE (continuación)

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. COMENTARIO A LOS ARTICULOS .....	46 - 108	24
COMENTARIO AL ARTICULO 1		
Objetivos o propósitos de la ley .....	47 - 48	24
COMENTARIO AL ARTICULO 2		
Definiciones y ámbito de aplicación .....	49 - 54	24
COMENTARIO AL ARTICULO 3		
Convenios o acuerdos restrictivos .....	55 - 70	25
- Prohibición de los convenios o acuerdos restrictivos		
- Lista ejemplificativa de prácticas		
- Autorización de prácticas que no están absolutamente prohibidas		
COMENTARIO AL ARTICULO 4		
Actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado .....	71 - 91	29
- Prohibición de los actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado		
- Actos o conductas abusivos		
- Otras restricciones impuestas a la compra, la fabricación y la 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		
COMENTARIO AL ARTICULO 5		
Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores .....	92 - 95	35
COMENTARIO AL ARTICULO 6		
Notificación .....		36
COMENTARIO AL ARTICULO 7		
El órgano encargado de la aplicación de la ley y su organización .....	96 - 98	36

INDICE (continuación)

<u>Parte</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
II. ( <u>continuación</u> )		
COMENTARIO AL ARTICULO 8 Funciones y facultades del órgano encargado de la aplicación de la ley .....	99 - 102	37
COMENTARIO AL ARTICULO 9 Sanciones y medidas de reparación .....	103 - 104	37
COMENTARIO AL ARTICULO 10 Recursos .....	105 - 106	38
COMENTARIO AL ARTICULO 11 Acción de resarcimiento de daños y perjuicios .....	107 - 108	38

## INTRODUCCION

1. En su décimo período de sesiones el Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas examinó un informe provisional de la secretaría de la UNCTAD sobre la reanudación de sus trabajos relativos a la elaboración de una o varias leyes tipo sobre las prácticas restrictivas de la competencia (TD/B/RBP/81).
2. Con objeto de ayudar y orientar a la secretaría en la realización de su labor, se ruega a los gobiernos y a las agrupaciones regionales que formulen sus observaciones sobre este informe y proporcionen la información necesaria acerca de los últimos acontecimientos y la situación actual en materia de control o represión de las prácticas restrictivas de la competencia.
3. El Grupo Intergubernamental de Expertos, en su décimo período de sesiones, acogió con satisfacción "la útil labor realizada por la secretaría de la UNCTAD sobre la revisión de los posibles elementos del proyecto de articulado de una o varias leyes tipo" (TD/B/RBP/81) y pidió a "la secretaría que prepare una nueva versión de ese documento en la que tenga en cuenta las observaciones hechas en el décimo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos y los comentarios que se presenten por escrito antes de fines de enero de 1992" 1/. Además de las observaciones generales del Grupo B, recogidas en el párrafo 53 del informe del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas sobre su décimo período de sesiones (TD/B/1310-TD/B/RBP/85), se recibieron observaciones detalladas del Reino Unido y los Estados Unidos de América.
4. En el presente documento se reproduce básicamente el texto de las propuestas contenidas en el documento TD/B/RBP/81, al que se ha agregado, basándose en las observaciones detalladas recibidas, una nueva sección B, titulada "Modificaciones propuestas", en la parte I.
5. Se invita al Grupo Intergubernamental de Expertos a que, sobre la base de esas propuestas, tome, en su 11º período de sesiones, una decisión sobre el texto final de una o varias leyes tipo sobre las prácticas restrictivas de la competencia.

Parte I

A. POSIBLES ELEMENTOS DEL PROYECTO DE ARTICULADO

6. Con objeto de facilitar la labor del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas en su 11º período de sesiones, se reproduce a continuación, sin cambio alguno, el texto original de los posibles elementos del proyecto de articulado contenido en el documento TD/B/RBP/81. Ese texto debe leerse relacionándolo con las modificaciones propuestas contenidas en la sección B de la parte I de este informe.

TITULO DE LA LEY

Ley de represión o control de las prácticas restrictivas  
de la competencia

Ley antimonopolios

Ley de defensa de la competencia

POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 1

Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o reprimir 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, 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.

##### 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 redundará 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 dé lugar a la creación de una posición dominante para una empresa o a una considerable 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 trata 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, unas 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. Todos los convenios o acuerdos que no hubieran sido notificados podrían ser objeto de las plenas sanciones de la ley, en lugar de una mera revisión, si posteriormente se los descubriera y se los juzgara ilícitos.

## 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 a la información obtenida de las empresas que contuviera secretos comerciales legítimos de garantías razonables para proteger su carácter confidencial.
2. Protección de la identidad de las personas que proporcionan información a las autoridades en materia de competencia y que necesitan que se respete el carácter confidencial de esa información para protegerse contra represalias económicas.
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 los siguiente:

- i) multas (con arreglo a la clandestinidad, la gravedad y la clara ilegalidad de las infracciones o en relación con los beneficios ilícitos obtenidos mediante la actividad denunciada);
- ii) prisión (en casos de violaciones graves que entrañan una infracción flagrante e intencional de la ley, o de una decisión para exigir su cumplimiento, por parte de una persona natural);
- iii) apremios provisionales o requerimientos;
- iv) intimaciones permanentes o a largo plazo a los autores para que cesen en las prácticas prohibidas o corrijan 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 y determinados contratos restrictivos);

- vi) restitución a los consumidores perjudicados;
- vii) consideración de la comprobación administrativa o judicial del carácter ilícito de la práctica como prueba prima facie de responsabilidad en todas las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios entabladas por las personas perjudicadas.

#### 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] o 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 esencial de derecho.

#### POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 11

##### Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

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

#### B. MODIFICACIONES PROPUESTAS

7. El texto propuesto a continuación tiene en cuenta las observaciones generales siguientes hechas por el portavoz del Grupo B en el décimo período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Prácticas Comerciales Restrictivas:

- i) Los elementos de la versión actual incluyen el criterio del desarrollo económico para poder enjuiciar las prácticas comerciales restrictivas y no se basan exclusivamente en el criterio de la competencia. Esto se aplica esencialmente a la última parte del artículo 1 y al apartado ii) del párrafo 1 del artículo 4. El Grupo B considera que el criterio de la competencia debe ser el eje principal de toda ley de la competencia;
  - ii) El proyecto de ley tipo contiene varios elementos que parecen imponer obligaciones reguladoras excesivas a las empresas en lo que se refiere a las notificaciones y a la solicitud de autorizaciones o exenciones. Esto se aplica concretamente al artículo 6.
8. En el texto que se propone a continuación también se han tenido en cuenta las observaciones detalladas recibidas de los Estados Unidos y el Reino Unido.

Artículo 1: Objetivos o propósitos de la ley

9. Las observaciones recibidas del Reino Unido afirman que "la materia a que se refiere el texto de la ley tipo reproducido en el documento TD/B/RBP/81 es el abuso de una posición de dominio, más que el abuso del poder del mercado. Según se defina el dominio, el concepto de dominio puede ser más reducido que el de poder de mercado y no incluir, en consecuencia, ciertos actos unilaterales. Además, los objetivos especificados en el artículo están limitados a los abusos que restringen la competencia. Esto no incluye abusos tales como la fijación de precios monopolísticos, que no se suele considerar contraria a la competencia porque no perjudica a ésta ni a los posibles competidores. La referencia que se hace en el artículo 1 al desarrollo económico se presta obviamente a una interpretación muy amplia, pero quizá esa expresión resulte inevitable en este contexto".

10. Los Estados Unidos por su parte, objetan enérgicamente la inclusión del desarrollo económico en el artículo 1 por considerar que no debe ser uno de los objetivos o propósitos de la ley. En su opinión, las leyes de la competencia funcionan mejor cuando tienen como objetivo claro el de proteger la competencia y el bienestar de los consumidores, mientras que pueden dar lugar a abusos cuando se les agregan o se les atribuyen otras metas. Desde luego, todo Estado puede tener un interés grande y legítimo en potenciar su desarrollo económico, pero no debe, con la excusa de hacer cumplir el derecho de la competencia, permitir conductas ilegales contrarias a la competencia ni prohibir las que la favorecen.

11. Debe señalarse que el "criterio del desarrollo" está recogido en el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas ("el Conjunto") aprobado por la Asamblea General en 1980 2/, cuya importancia reafirmó la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto (la Segunda Conferencia de Examen) en su resolución titulada "Afianzamiento de la aplicación del Conjunto" 3/.

12. Sin embargo, el Conjunto exhorta a los Estados a "adoptar, mejorar y poner en vigor de manera efectiva, en el ámbito nacional o por conducto de las agrupaciones regionales, la legislación y los procedimientos judiciales y administrativos de aplicación apropiados para el control de las prácticas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales". (Párrafo 1 de la sección E del Conjunto.)

13. Además, los Estados "deberían fundar su legislación primordialmente en el principio de eliminar o contrarrestar eficazmente los actos o el comportamiento de las empresas que, mediante el abuso o la adquisición y el abuso de una posición dominante en el mercado, limiten el acceso a los mercados o de otro modo restrinjan indebidamente la competencia y tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre su comercio o sobre su desarrollo económico, o que, mediante acuerdos o arreglos, formales o no formales, escritos o no escritos, entre las empresas tengan las mismas repercusiones". (Párrafo 2 de la sección E del Conjunto.)

14. El párrafo 2 de la sección E del Conjunto se refiere a "los actos o el comportamiento" que "restringan indebidamente la competencia y tengan o puedan tener efectos desfavorables sobre su comercio o su desarrollo económico". Sin embargo, está claro que esa disposición en lo que hace hincapié es en la "competencia". Además, los Estados que adoptan leyes de control de las prácticas comerciales restrictivas tienen plena soberanía para decidir cuáles deben ser los objetivos de tales leyes. Hasta la fecha, la secretaría de la UNCTAD no tiene conocimiento de ninguna ley nacional de prácticas comerciales restrictivas que utilice los efectos sobre el desarrollo como propósito fundamental o criterio de legalidad, aunque algunas leyes admiten el progreso tecnológico como motivo para conceder exenciones. En consecuencia, y siempre que el Grupo de Expertos esté de acuerdo en ello, podrían suprimirse las últimas palabras del texto de los "Posibles elementos del artículo 1", esto es, las palabras "o el desarrollo económico", en cuyo caso el texto revisado diría así:

Artículo 1: Objetivos o propósitos de la ley

Controlar o reprimir los convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, o la adquisición o el abuso de una posición dominante en el mercado, que restringan indebidamente la competencia y tengan efectos perjudiciales para el comercio nacional o internacional.

Artículo 2: Definiciones y ámbito de aplicación

I. Definiciones

a) Empresas

15. Las observaciones recibidas de los Estados Unidos afirman que esta definición es en general adecuada, "aunque se podría mejorar incorporando el concepto de control de la explotación". Se sugiere que durante el 11º período de sesiones se desarrolle este concepto; por el momento, esta definición no cambia.

b) Posición dominante en el mercado

16. Las observaciones recibidas del Reino Unido afirman que esta definición "tiene un alcance mayor que el artículo 86 del Tratado de Roma (en opinión del Reino Unido por lo menos), pues incluye la posición ocupada en el mercado por varias empresas "conjuntamente" que no son necesariamente un grupo empresarial o una unidad económica que estén unidos por vínculos estructurales de algún tipo. Según la definición, una empresa dominante puede estar en condiciones de "controlar" el mercado pertinente. Este criterio puede ser más severo que el establecido por el Tratado de la CEE, que ha relacionado el dominio del mercado con la capacidad para actuar con independencia del mercado.

El problema es que la definición propuesta en el apartado b) es exactamente la acordada en el párrafo 2 de la sección B del Conjunto. Si en la ley tipo se quisiera proponer un texto modificado, habría que modificar también el Conjunto".

17. También en este caso hay que tener en cuenta que la promulgación de una legislación nacional es un asunto de soberanía nacional, y por lo tanto deberían proponerse varias posibilidades, en vez de dar una definición única. El texto podría repetir la definición acordada en el Conjunto y añadir que podrían considerarse más adecuadas otras definiciones, tales como, por ejemplo, la versión siguiente que intenta recoger los diferentes puntos de vista:

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

18. Si también esta definición crea dificultades a algunos participantes, se podría proponer en la ley o las leyes tipo una serie de definiciones.

c) Mercado pertinente [Se mantiene la misma definición.]

II. Ambito de aplicación

Apartado a) [No cambia.]

Apartado b) [No cambia.]

Apartado c)

19. Las observaciones recibidas del Reino Unido afirman que este apartado "prevé la exención de los actos realizados bajo la supervisión del Estado. Esta exclusión no figura en las normas de la CEE relativas a la competencia ni, generalmente hablando, en la legislación británica".

20. El Conjunto se aplica claramente a todas las empresas "independientemente de las partes que intervengan en las transacciones, actos o comportamientos", y esto abarca las empresas públicas, como puede apreciarse por la definición de empresas dada en el párrafo 3 de la sección B del Conjunto. En cambio, éste no se aplica a "los acuerdos intergubernamentales ni a las prácticas comerciales restrictivas a que den lugar directamente tales acuerdos". (Párrafo 9 de la sección B del Conjunto)

21. También la ley tipo propuesta abarca las empresas públicas. Esto se deduce claramente de la definición de empresas. Ahora bien, el párrafo 9 de la sección B del Conjunto exceptúa solamente los "acuerdos intergubernamentales" y las "prácticas comerciales restrictivas a que den lugar directamente tales acuerdos". Las observaciones del Reino Unido ponen de manifiesto con razón que la exención que se propone en esta disposición de la ley tipo es más amplia y no existe en la legislación de una serie de países.

22. El Grupo Intergubernamental de Expertos podría reflexionar más sobre esta cuestión.

23. Se podría proponer otra exención en este apartado, a fin de tener en cuenta las excenciones que suelen contener muchas leyes, sobre todo con respecto a los sindicatos. Esta otra exención diría así:



"d) no se aplica a los actos esenciales de cooperación que son indispensables para el funcionamiento de las cooperativas de agricultores o de pescadores, los sindicatos y los mercados organizados para la negociación de valores o productos básicos."

Artículos 3 y 4: Convenios o acuerdos restrictivos

24. Las observaciones recibidas del Reino Unido afirman que este país se inclina por "prohibir en términos generales (como se hace en el artículo 85 del Tratado de la CEE) los convenios contrarios a la competencia, con inclusión o no de una lista ilustrativa de prácticas prohibidas. Existe el peligro de prohibir tanto demasiados como muy pocos actos si se prohíben únicamente las prácticas enumeradas expresamente en una lista, como se hace en el párrafo I del artículo 3 (esto es, algunos convenios incluidos en la lista no serán contrarios a la competencia y algunos convenios que sí serán contrarios a la competencia quedarán fuera). Las disposiciones sobre autorización del párrafo II del artículo 3 quizás sean demasiado estrictas. Algunas de las prácticas mencionadas en el párrafo I pueden resultar beneficiosas aunque sean realizadas por empresas que no estén sometidas a una competencia efectiva".

25. Las observaciones recibidas de los Estados Unidos afirman que "los artículos 3 y 4 parecen abordar el problema de cómo tipificar las conductas contrarias a la competencia al prohibir una amplia gama de prácticas restrictivas, a menos que el servicio de defensa de la competencia autorice la conducta. Este planteamiento presenta por lo menos dos problemas serios. En primer lugar, la prohibición absoluta abarca demasiadas conductas, no sólo los comportamientos claramente contrarios a la competencia, como son la fijación de precios, la licitación colusoria y el reparto de mercados, sino también las "restricciones de la producción o las ventas", que están definidas en términos vagos, y la fijación discriminatoria de precios en el interior de una empresa, que sólo se deben prohibir tras haber efectuado un análisis basado en el criterio del carácter razonable de la práctica".

26. "En segundo lugar, tal como afirmó el Grupo B en el décimo período de sesiones, las disposiciones incluidas en los artículos 3 y 4 sobre la notificación -como posible aprobación por las autoridades- de los convenios que "en general redundan en beneficio común" y de las prácticas que no estén "prohibidas absolutamente" son excesivamente reguladoras y resultarían una buena forma de despilfarrar los limitados recursos del organismo encargado de defender la libre competencia".

27. "Si la conducta empresarial no es ilegal per se, entonces el servicio de defensa de la competencia es quien debe aportar argumentos convincentes de que se debe prohibir tal conducta después de enjuiciar los hechos que concurren en un determinado caso aplicando la regla del carácter razonable".

28. "En efecto, los artículos 3 y 4 presentan también el defecto de que no se ha prestado suficiente atención a la aplicación de estas disposiciones a la actividad intraempresarial. La definición de "empresa" que figura en el artículo 1 es inadecuada en términos generales, aunque se podría mejorar incorporándole el concepto de control de la explotación. Pero la definición no se utiliza en el artículo 3, al haberla sustituido por la expresión vaga de

"empresas competidoras o potencialmente competidoras"; esta expresión podría dar lugar al resultado desafortunado de que se pudiera considerar que una empresa matriz ha celebrado un convenio para fijar precios con una filial cuya cuyo capital controla enteramente pero que puede llegar a ser su "competidora".

En consecuencia, en opinión de los Estados Unidos, la prohibición del artículo 3 debe aplicarse únicamente a las conductas observadas entre "empresas" tal como se definen en el artículo 1.

29. Teniendo en cuenta estas observaciones a continuación se propone un nuevo proyecto de texto para el artículo 3:

"POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 3

Convenios o acuerdos restrictivos

- I. Prohibición de todos los convenios que restrinjan indebidamente la competencia, incluidos, por ejemplo 4/, los convenios siguientes entre empresas competidoras o potencialmente competidoras 5/:
  - 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 injustificada de participación en un acuerdo, o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia, cuando tales prácticas no estén relacionadas con actividades conjuntas favorables a la competencia y puedan restringir indebidamente la competencia o limitar el acceso a los mercados, teniendo con ello efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico,

independientemente de que tales convenios sean escritos o verbales, formales o informales.

II. Autorización

Las prácticas a que se refiere el párrafo I, cuando sean debidamente notificadas por adelantado y no sean ocultadas a las partes afectadas, y especialmente si son realizadas por empresas sometidas a una competencia efectiva, podrán ser autorizadas si el servicio de defensa de la

competencia o los tribunales llegan a la conclusión de que el convenio en general es compatible con los objetivos de la ley. Sin embargo, podrá resolverse que ciertas prácticas carecen de justificación posible en grado tal que normalmente no se accederá a su autorización."

30. Con respecto al artículo 4, las observaciones recibidas del Reino Unido objetan el significado de la expresión "adquisición y abuso de una posición dominante". "¿Significa adquisición o aumento de una posición dominante? De ser así, ¿lo que se pretende entonces es prohibir per se la adquisición de una posición dominante? Si la respuesta es negativa, quizá conviniera una disposición como la del párrafo 2 del artículo 2 del Reglamento sobre las fusiones de la Comunidad Europea". "Como no está claro lo que se pretende, es difícil comentar la disposición conexas del apartado f) del párrafo II, pero es de suponer que también se refiere al aumento de la posición dominante que ya se tiene. Además, las fusiones o las empresas conjuntas pueden fomentar (o crear) una posición dominante sin que aumente la cuota de mercado, de modo que quizás conviniera suprimir la referencia que se hace en el inciso ii) del apartado f) a la cuota de mercado, por lo que sugerimos en cambio que se incluya una frase que permita tener en cuenta los efectos de la adquisición del tenor siguiente: "Cuando la adquisición de control dé lugar a la creación o el aumento de una posición dominante que reduzca considerablemente la competencia"."

31. Las observaciones del Reino Unido señalan también que el párrafo III del artículo 4 prevé un procedimiento de autorización: "El artículo 86 no establece un procedimiento semejante, aunque en la práctica la Comisión de la CE examina los "pros" y los "contras" para poder decidir si una conducta constituye un abuso. No está claro cuáles son los actos, prácticas y transacciones que no están "prohibidos absolutamente por la ley"."

32. Las observaciones de los Estados Unidos también aluden al apartado b) del párrafo II del artículo 4 en relación con el objetivo de "desarrollo económico" antes mencionado, "que castigaría la fijación de precios de transferencia como abuso de una posición dominante. La fijación de precios de transferencia puede suscitar cierto tipo de problemas en relación con determinadas políticas, por ejemplo para la política tributaria, pero no crea ningún problema desde el punto de vista de la política de la competencia. De la misma manera, el apartado e) del párrafo II del artículo 4 prohibiría ciertos tipos de conducta empresarial "cuando no tengan por objeto la consecución de fines comerciales legítimos". Esta norma permitiría, en la práctica, toda clase de comportamientos contrarios a la competencia porque supeditaría los intereses de la competencia a fines tales como la "calidad", la "seguridad" u otros fines comerciales no especificados. Quizás haya razones para permitir esos comportamientos, pero esto no se debe hacer en el ámbito de la legislación de la competencia, en parte porque es posible que los responsables de hacer cumplir esa legislación no conozcan gran cosa de los intereses societarios que a lo mejor se consideran superiores a los intereses de la competencia".

33. En lo que respecta a la actividad intraempresarial, "... el apartado d) del párrafo II del artículo 4 admite claramente la posibilidad de que se pueda considerar culpable a una empresa de imponer precios discriminatorios a sus propias filiales o sociedades participadas, lo que sería un resultado peculiar

desde el punto de vista de la política de la competencia". En consecuencia, las observaciones de los Estados Unidos sugieren que las prohibiciones del párrafo II del artículo 4 se apliquen únicamente a las conductas entre "empresas" tal como están definidas en el artículo 1.

34. Las observaciones de los Estados Unidos consideran también que "el apartado f) del párrafo II del artículo 4 parece ser la disposición del proyecto de articulado destinada a controlar las fusiones. Si es así, da la impresión de basarse excesivamente en el concepto de "abuso de posición dominante". Creemos que no hay razón alguna para que no haya un artículo dedicado específicamente al control de las fusiones que recoja de forma más concreta el interés en no permitir que las fusiones creen un poder de mercado, lo aumenten o faciliten su ejercicio".

35. En consecuencia, a continuación se propone una versión revisada del texto del artículo 4 que tiene en cuenta la cuestión de la fijación de precios de transferencia, tratada en el apartado b) del párrafo II del artículo 4 de la ley tipo. Aunque está incluida en el párrafo 4 de la sección D del Conjunto, la fijación de precios de transferencia no está regulada por lo general en las leyes de la competencia y raras veces crea problemas de monopolio o de cártel. El tema ha sido abordado en unos pocos casos en asuntos de discriminación o de abuso, pero por lo general ha sido regulado en el marco de la legislación tributaria o de algunas leyes de control de inversiones.

36. Esta cuestión se podría decidir en el 11º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos. Se podría escoger entre suprimir el texto propuesto (entre corchetes) del apartado b) del párrafo I del artículo 4 o dejarlo entre corchetes pero señalando que la ley tipo se podría utilizar perfectamente sin esa disposición concreta.

37. En consecuencia se propone el texto siguiente para el artículo 4:

#### "POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 4

##### Actos o conductas constitutivos de abuso o posible 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 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 grupo de bienes y servicios y esa empresa realice actos abusivos u observe una conducta concertada con el propósito de limitar el acceso al mercado pertinente o de restringir indebidamente de algún otro modo la competencia, tales como:

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

- 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;]
- c) La fijación de los precios a los que pueden revenderse los bienes;
- d) 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 puedan 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;
- e) 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 heterogéneo, cuando una de las empresas por lo menos esté radicada en el país y la cuota de mercado resultante en ese país, o en una parte sustancial de éste, correspondiente a cualquier producto o servicio dé lugar a que una empresa domine el mercado o aumente, en perjuicio de la competencia, el dominio que esa empresa tenga ya.

## II. Autorización

Los actos, prácticas o transacciones que no estén prohibidos absolutamente por la ley podrán ser autorizados si se notifican 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."

Artículo 5: Control de las fusiones

38. Teniendo en cuenta las observaciones recibidas, se propone la inclusión de un nuevo artículo que trataría del control de las fusiones. El antiguo artículo 5, relativo a la protección de los consumidores, se podría suprimir pues en la mayoría de los países la protección de los consumidores es objeto de una legislación especial. En consecuencia, se propone el texto revisado siguiente para el artículo 5.

"POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 5

Algunos aspectos posibles del 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."

#### Artículo 6: Notificación

39. Como ya se ha dicho, tanto las observaciones generales del Grupo B como las observaciones más concretas de los Estados Unidos llegan a la conclusión de que las disposiciones sobre notificación e inscripción en un registro resultan demasiado engorrosas para las empresas y para las autoridades de defensa de la competencia.

40. La realidad es que muchos países exigen muy pocos requisitos en materia de notificación. Muchos otros alientan la notificación, pero no la exigen. Muchas leyes eximen del requisito de la notificación las transacciones que son demasiado pequeñas o demasiado tangenciales. En consecuencia, el texto revisado que se propone a continuación se limita a alentar la notificación (excepto en el caso de las transacciones de enorme importancia como son las grandes fusiones). El nuevo texto propuesto también sugiere que se utilicen criterios basados en la cuantía o el interés de la transacción como base para autorizar exenciones del requisito de la notificación.

41. El nuevo texto es el siguiente:

#### "POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 6

##### Notificación

##### I. Notificación hecha por las empresas

1. Cuando se trata de prácticas comprendidas en el ámbito de los artículos 3 y 4 que no estén absolutamente prohibidas y, por lo tanto, puedan ser autorizadas, se podría obligar o incitar a las empresas a notificar las prácticas al órgano encargado de la aplicación de la ley y a proporcionarle los datos que se les soliciten o que la ley prevea.

2. Se podrían utilizar el tamaño de la empresa, el volumen de la transacción o la cuota de mercado como criterios para determinar las transacciones que, por su escasísima importancia, no procedería notificarlos.
3. Podrían hacer la notificación al órgano encargado de la aplicación de la ley todas las partes interesadas, unas o varias partes en nombre de las demás o cualquier persona debidamente autorizada para actuar en nombre de las partes.
4. 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.
5. Podría permitirse a las empresas solicitar la autorización 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. Todos los convenios o acuerdos que no hubieran sido notificados podrían ser objeto de las plenas sanciones de la ley, en lugar de una mera revisión, si posteriormente se los descubriera y se los juzgara ilícitos.

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."

Artículos 7 y 8: Órgano encargado de la aplicación de la ley

42. Las observaciones recibidas del Reino Unido afirman que: "El artículo 7 prevé un órgano encargado de la aplicación de la ley bastante distinto del que existe en el Reino Unido o en el ámbito de la CEE. Si se parte de la hipótesis de que no se puede esperar que todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas vayan a aceptar ese tipo de órgano, entonces la diferencia no tiene importancia. El mismo comentario se aplica al artículo 8 (Funciones y facultades) y al artículo 10 (Recursos)". "Además, entre las facultades conferidas por el artículo 8 al órgano encargado de la aplicación de la ley ¿no debería figurar la de requerir y obtener información o documentos cuando realicen investigaciones?".

43. Se ha ampliado el texto del artículo 8 a fin de especificar con más claridad la facultad de los órganos competentes para requerir a las partes y a otras empresas que presten testimonio u aporten pruebas documentales.

44. Los nuevos textos propuestos para los artículos 7 y 8 son los siguientes:

"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 las siguientes (enumeración ejemplificativa):
- a) Realizar indagaciones e investigaciones de oficio o ante una denuncia, con plenos poderes para requerir que se preste testimonio y obtener las pruebas documentales que puedan ser de interés para la investigación autorizada;
  - b) Adoptar las resoluciones correspondientes, incluida la imposición de sanciones o la recomendación de las mismas al ministro competente;
  - c) Realizar estudios, publicar informes y proporcionar información al público;
  - d) Distribuir formularios y llevar un registro de las notificaciones;
  - e) Elaborar y publicar reglamentos;
  - f) Colaborar 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) Promover el intercambio de información con otros Estados.

II. Carácter confidencial

- 1. Conceder a la información obtenida de las empresas que contenga secretos comerciales legítimos garantías razonables para proteger su carácter confidencial.
- 2. Proteger la identidad de las personas que proporcionan información y que necesitan que se respete el carácter confidencial de esa información para protegerse contra represalias económicas.
- 3. Proteger las deliberaciones del órgano respecto de asuntos en curso o aún pendientes."

Artículo 9: Sanciones y medidas de reparación

[El texto de este artículo no cambia.]

Artículo 10: Recursos

[El texto de este artículo no cambia.]

Artículo 11: Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

45. Se somete a la consideración del Grupo Intergubernamental el nuevo texto siguiente:

"POSIBLES ELEMENTOS DEL ARTICULO 11

Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

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

Para ayudar a las víctimas de prácticas restrictivas de la competencia a ejercitar las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios, la ley podría disponer que las resoluciones del órgano encargado de la aplicación de la ley o de un tribunal declarando ilegal la práctica denunciada (o las confesiones de culpabilidad aceptadas por tales órganos) constituirían una prueba inicial de que se ha violado la ley en ese tipo de acciones."

## Parte II

### COMENTARIO A LOS ARTICULOS

46. Los comentarios a los artículos que se hacen a continuación son los mismos que figuran en el documento TD/B/RBP/81. Basándose en la decisión que tome el Grupo Intergubernamental con respecto a los posibles elementos de los artículos que figuran en la parte I y teniendo en cuenta las observaciones que se hagan durante el 11º período de sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos, se preparará para el 12º período de sesiones una versión revisada de esta parte.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 1

##### Objetivos o propósitos de la ley

47. Este artículo se ha formulado de acuerdo con el párrafo 2 de la sección E del Conjunto de Principios y Normas, que establece el principio fundamental en que los Estados deberían basar su legislación en materia de prácticas comerciales restrictivas. Los Estados quizás deseen indicar, como en la sección A del Conjunto de Principios y Normas, otros objetivos concretos de la ley teniendo en cuenta el efecto de las prácticas comerciales restrictivas en su comercio y desarrollo.

48. El nuevo texto se refiere al "control", que figura en el título del Conjunto de Principios y Normas, y a los acuerdos restrictivos y abusos de posiciones dominantes en el mercado, que son las prácticas enunciadas en las secciones C y D del Conjunto. El texto de 1984 entraña que todas las prácticas restrictivas de la competencia deben suponer el abuso de una posición dominante, pero en el Conjunto se indica claramente que la fijación de precios, etc. es ilegal, exista o no un abuso o una posición dominante.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 2

##### Definiciones y ámbito de aplicación

49. Se han ampliado las definiciones para incluir una del término "mercado pertinente". El criterio de la definición es el que se ha desarrollado en las directrices sobre fusiones de los Estados Unidos, que es generalmente aceptado por la mayoría de los economistas antitrust en la mayoría de los países. [Para una explicación detallada del concepto de "mercado pertinente", véase el párrafo 58, página 25 del documento "Elementos de las disposiciones de una ley tipo sobre las prácticas comerciales restrictivas", TD/B/RBP/15/Rev.1.]

50. El ámbito de aplicación se ha ampliado para aclarar la aplicación de la ley a las personas físicas pero no a los funcionarios gubernamentales que actúan en nombre de un gobierno. Sin embargo, una persona física no es una "empresa" a menos que esté constituida como "sociedad de personas". La ley modelo podría entrañar que un acuerdo entre una compañía y su propio director administrativo constituya un acuerdo entre dos "empresas" y es, por consiguiente, una confabulación. En casi todos los casos el análisis jurídico permite concluir que éste no es el caso.

51. Aunque prácticamente todos los códigos internacionales en prácticas restrictivas del comercio, tales como el Código antitrust de la AELI, el Código antitrust del Caribe y el Tratado de la CEE (arts. 85 y 86), se aplican sólo a las empresas, la mayoría de las leyes nacionales de prácticas restrictivas de la competencia se aplican a las personas físicas así como a las empresas, puesto que las medidas de disuasión o de reparación pueden resultar más efectivas a nivel nacional si los propietarios o dirigentes de las empresas pueden ser considerados personalmente responsables por las violaciones que cometan o autoricen.

52. Más aún, esta definición deja en claro que se puede examinar todo acuerdo o medida de una empresa (salvo un acuerdo con el Estado) para determinar si contiene una restricción inaceptable o si constituye un abuso de posición dominante.

53. El ámbito de aplicación también se ha aclarado a fin de excluir los actos soberanos de los gobiernos locales, en quienes se ha delegado la facultad de reglamentar, así como de proteger los actos de las personas privadas cuando su conducta sea dictada o esté supervisada por los gobiernos.

54. La referencia a la propiedad intelectual concuerda con prácticamente todas las leyes antitrust, que tratan las licencias de tecnología como "acuerdos" y las examinan para determinar las posibles restricciones o abusos al igual que cualesquiera otros acuerdos, 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

55. Este artículo se ha enmendado a fin de aclarar si debe prohibirse la denegación de participación en una empresa conjunta.

56. En varias jurisdicciones se ha resuelto que las empresas de propiedad común o sujetas a un control común no son empresas rivales o potencialmente rivales (véase, por ejemplo, Centrafarm B. V. c. Sterling Drug, 1974 ECR 1147 (EC); Copperweld Corp. c. Independence Tube Corp., 104 S. Ct. 2731 (1984)).

57. La referencia al "beneficio público" es una forma breve de la norma empleada, por ejemplo, en el párrafo 3 del artículo 85 del Tratado de la CEE.

##### I. Prohibición de los convenios o acuerdos restrictivos

58. 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. Ese criterio ha sido adoptado, o al parecer está siendo adoptado, en las leyes sobre prácticas restrictivas descritas más adelante.

59. Las actitudes recientes de represión frente a acuerdos secretos claramente encaminados a la formación de cárteles han sido tratar de lograr la disuasión imponiendo multas muy considerables a las compañías, y en los Estados Unidos, sancionando con penas severas de prisión a las personas responsables. En la CEE se impuso a los miembros de un cártel de plásticos (PVC) una multa de más de 30 millones de ECU (32 millones de dólares) conforme al reglamento que permite a la Comisión de la CEE aplicar multas hasta por un 10% del movimiento comercial anual de las empresas infractoras (Hoeschst AV c. Commission, caso 46/87R 1987 E. Comm. J. Rep.1549 (1988)). En los Estados Unidos se promulgaron en 1990 disposiciones legislativas por las cuales se aumentaba el máximo de las multas impuestas a las sociedades por violaciones de las leyes antitrust de un millón a 10 millones de dólares (H.R. 29, Antitrust Amendment Act de 1990). En el Japón se ha presentado legislación por la cual se permiten multas hasta de un 6% del comercio total afectado durante un período de 3 años. En 1981 la Comisión Japonesa de Comercio Leal impuso a un cártel del cemento una multa sin precedentes en el mundo de 80 millones de dólares (60 BNA ATRR 459).

60. En el Reino Unido, el examen crítico que desde 1986 hizo el Gobierno de la política seguida en materia de competencia condujo a la publicación de un Libro Verde titulado "Examen de la política en materia de prácticas restrictivas de la competencia", en el que se propone una revisión completa de la legislación que ha regido durante más de 30 años las prácticas comerciales restrictivas. En ese documento se recomienda un nuevo precepto que prohibiría todos los acuerdos entre empresas que surtan efectos anticompetitivos, similares a la prohibición que figura en el apartado 1) del artículo 85 del Tratado de Roma en la CEE, y que se referiría a "todos los convenios o prácticas concertadas entre empresas, así como las decisiones y recomendaciones de asociaciones de empresas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el Reino Unido o en cualquier parte del mismo". Dentro de esa prohibición general, la ley enumeraría los siguientes acuerdos y prácticas concertadas especialmente anticompetitivos:

- i) aquellos que fijen precios y recargos, incluidas cualesquiera modalidades o condiciones (por ejemplo, descuentos, créditos) que determinen los precios netos efectivos (también figuran entre ellas las recomendaciones sobre el particular de las asociaciones comerciales, profesionales y otras cuando tales recomendaciones tengan por efecto determinar los precios mínimos o reales);
- ii) las licitaciones colusorias;
- iii) aquellos que repartan o asignen mercados, clientes, materias primas u otros insumos, producción o capacidad;
- iv) los que prohíben o restringen de algún modo la publicidad u otras actividades de promoción;

- v) las negativas colectivas a suministrar o a tratar con proveedores, la discriminación colectiva en las ventas a diferentes clientes o clientelas, y las condiciones colectivas de oferta contrarias a la libre competencia, tales como vínculos internos, descuentos globales o de fidelidad y cláusulas de "no competencia".

61. En la India, las recomendaciones del Comité Sachar culminaron en la Ley (enmendada) de 1982 y 1984 sobre Monopolios y Prácticas Comerciales Restrictivas que, en su artículo 32, introdujo la presunción de que las prácticas comerciales monopolísticas eran perjudiciales para el interés público y quedaban por lo tanto prohibidas, con las excepciones mencionadas en la Ley.

- a) Convenios o acuerdos entre empresas que tratan entre ellas en el marco de una entidad económica en las que están sujetas a un control común

62. En los Estados Unidos, la norma de decisión Copperweld, de que las empresas de propiedad común no pueden ser tratadas como rivales o actores separados, ha sido ampliada por decisiones posteriores relativas a compañías en las que tenían participación mayoritaria otras empresas. Por ejemplo Satellite Fin. Planning Corp c. First National Bank 633 F. Supp. 386 (D.Del. 1986) pero véase Sonitrol of Fresno c. AT&T, 1986-1 Trade Cas. (CCH) N° 67.080 (la propiedad de un 32,6% no establece la falta de rivalidad).

- b) Empresas que realizan en el mercado actividades concurrentes o que pueden llegar a serlo
- c) Convenios o acuerdos oficiales, officiosos, escritos o no escritos
- d) Prácticas que limitan el acceso a los mercados o restringen indebidamente de algún otro modo la competencia, o que tienen o pueden tener efectos perjudiciales para el comercio o el desarrollo económico

## II. Lista ejemplificativa de prácticas

- a) Convenios para fijar precios, incluidos los precios de exportación y de importación

63. En la República de Corea, después de que los Estados Unidos limitaron la importación de aparatos de televisión a color de la República de Corea, las empresas Samsung, Gold Star y Dae Woo redujeron los precios localmente para aumentar las ventas, pero luego convinieron entre sí en no seguir reduciendo los precios. La Oficina de Comercio Leal ordenó que se pusiera fin a la fijación de precios y exigió que las compañías presentaran sus excusas en un diario local, como en efecto lo hicieron (Samsung Electronics Company, 4 KFTC 58 (26 de diciembre de 1984)).

b) Licitaciones colusorias

64. Conforme a la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, Monopolios y Control de Precios de Kenya (1988) es un delito sancionable hasta con tres años de prisión que dos o más personas presenten ofertas para suministrar o comprar bienes o servicios a precios o en condiciones acordados o convenidos entre ellos, salvo en el caso de ofertas conjuntas comunicadas a las personas que han convocado la licitación y aceptadas por ellas.

65. En Suecia, la Ley sobre Competencia de 1983 estipula que la licitación colusoria es un delito. Sin embargo, pueden concederse exenciones en ciertas condiciones.

c) Acuerdos de repartición de los mercados o de la clientela

d) Repartición, por medio de cuotas, de la venta y la producción

e) Acción colectiva para hacer cumplir un acuerdo (por ejemplo mediante la negativa concertada a tratar)

66. En junio de 1991, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos sostuvo que los reaseguradores de Londres podían ser enjuiciados por boicoteo ilegal cuando dichos reaseguradores convinieron en no tratar con ninguna compañía de seguros de los Estados Unidos que ofreciera seguros en relación con accidentes no descubiertos o por los cuales no se hubieran presentado las solicitudes de indemnización cuando las pólizas se hallaban en vigor, obligando así a que se adoptaran pólizas uniformes de "solicitudes presentadas" en todos los Estados Unidos (Insurance Antitrust Litigation, Dkt. 89-16530, citado en 60 BNA ATRR 909 (27/6/91)).

f) Denegación concertada de suministros a compradores potenciales

g) Denegación colectiva de participación en acuerdo o de admisión en una asociación, que sea decisiva para la competencia

67. Esta norma ha sido aclarada en los Estados Unidos en fallos con arreglo a los cuales un grupo comprador con menos del 30% del mercado puede excluir a otras firmas si así lo desea (Northwest Wholesale Stationers c. Stationery & Printing Co. 472 U.S. 284 (1985)), y la aplicación de criterios profesionales válidos puede justificar la exclusión de individuos de asociaciones profesionales (Wilk c. American Medical Assoc., 1987 - 2 CCH Trade Cas. N° 67.721 (N.D.Ill.1987)).

III. Autorización de prácticas que no están absolutamente prohibidas

68. En la India, la Ley (enmendada) sobre Monopolios y Prácticas Comerciales Restrictivas contiene, en el artículo 32, la presunción de que las prácticas comerciales monopolísticas son perjudiciales para el interés público y en consecuencia quedan prohibidas, con las únicas excepciones que se autoricen por ley, por motivos de defensa y seguridad, por tratarse del suministro de bienes y servicios esenciales para la comunidad o por haber concertado acuerdos el Gobierno.



69. En el Reino Unido, en el Libro Verde titulado "Examen de la política en materia de prácticas restrictivas de la competencia" se propone que se derogue el sistema de registro, ya que sería ilegal que las empresas aplicaran cualquier acuerdo que restrinja, distorsione o impida la competencia. No obstante, la ley permitiría que se concedieran excepciones caso por caso o en bloque. El criterio que se propone para la exención es del mismo tenor que el que figura en el párrafo 3 del artículo 85 del Tratado de Roma. La exención se otorgaría cuando:

- i) contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos, o promueva el progreso técnico o económico;
- ii) permita que los consumidores reciban una parte razonable del beneficio que se obtenga;
- iii) no imponga más restricciones que las indispensables para la consecución de esos objetivos;
- iv) no elimine la competencia.

70. Entre las actuaciones posibles a las que concederían excepciones en bloque figuran los acuerdos de distribución y compra en exclusiva, la concesión de licencias de patentes, los convenios sobre propiedad intelectual y conocimientos técnicos, los acuerdos de investigación y desarrollo y las concesiones mercantiles.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 4

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

71. El apartado f) de la sección II del artículo 4 se ha modificado para estipular la norma usual de control antitrust en el caso de una fusión o adquisición.

- I. Prohibición de los actos o conductas constitutivos de abuso o de adquisición y abuso de una posición dominante en el mercado
  1. El mercado pertinente
    - a) Mercado del producto (el término producto abarca los servicios)
    - b) Mercado geográfico

2. Una empresa que, por sí misma o actuando conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o determinados grupos de bienes o servicios, es decir, en una posición dominante en el mercado

a) Posición de dominio en el mercado

72. En Polonia, en la Ley de 24 de febrero de 1990 sobre la Represión de las Prácticas Monopolistas, se presume que una empresa con más del 30% de las ventas en un mercado se encuentra en una posición dominante.

En Checoslovaquia la misma presunción figura en el artículo 9 de la Ley sobre Protección de la Competencia de 1991.

b) Abuso o adquisición y abuso de una posición de dominio

73. En Alemania, en 1989, la Oficina Federal de Cárteles sostuvo que constituía un abuso de posición dominante en el mercado que las compañías de suministro de gas traspasaran de inmediato a los distribuidores el costo total de un aumento de los impuestos sobre el precio del gas natural (Octavo informe bienal de la Comisión de Monopolios, N° 127, página 443, (1989)).

74. Los Estados Unidos, tanto el Departamento de Justicia como la Comisión Federal de Comercio, son muy prudentes al examinar la aplicación de las normas cuando se trata de empresas aisladas o de cambios en la estructura industrial, interviniendo sólo en aquellos casos en que fusiones, empresas mixtas, acuerdo de distribución, licencias u otros tipos de actuación de una empresa aislada amenacen con surtir claros y sustanciales efectos anticompetitivos. En Australia, las enmiendas más importantes a la Ley sobre Prácticas Comerciales de 1986 sirvieron para menorar la efectividad de las disposiciones relativas al mal uso del poder en el mercado (art. 46) y a las fusiones (art. 50). El artículo 46, tal como estaba antes redactado, resultó tener una eficacia limitada para controlar el abuso de poder en el mercado, principalmente porque tal artículo se aplicaba sólo a los monopolios o a quienes ejercían un dominio abrumador en el mercado. Aun en tales casos, resultaba extremadamente difícil probar que había habido un mal uso. Las modificaciones del artículo 46 se encaminaban a subsanar ambos problemas. En primer lugar, la condición mínima para que se aplique el artículo 46 queda ahora reducida, al tener antes que hallarse una empresa "en situación de controlar posteriormente un mercado" y basta ahora con tratarse de "una empresa con un grado sustancial de poder en el mercado". Al rebajar el umbral, el artículo podrá aplicarse en lo sucesivo a empresas con un poder en el mercado menor de lo que ocurría anteriormente. El artículo enmendado no apunta tanto al tamaño en sí, sino más bien al mal uso por una empresa de su poder en el mercado. Para reflejar tal cosa, el artículo ya no habla de "monopolización" sino de "mal uso del poder en el mercado". Un nuevo párrafo 3 del artículo 46 brinda pautas para determinar el "poder en el mercado". Habrá que examinar hasta qué punto la conducta de una empresa se ve o no constreñida por la competencia de otros participantes en el mercado, por la posibilidad de que entren nuevas empresas o por proveedores o compradores. En segundo término, el nuevo párrafo 7 del artículo 46 pone en claro que un tribunal podrá considerar que se da el requisito del comportamiento abusivo examinando la conducta de la empresa o las circunstancias en que se

desenvuelve. Si bien podrá probarse explícitamente tal requisito, un procedimiento directo de esa índole no es indispensable. El artículo apunta a conductas con fines abusivos, no al comportamiento competitivo en cuanto tal. Entre tales conductas figurarían la inducción a que se discrimine en los precios, la negativa a suministrar, y la fijación de precios abusivos. Esos casos son sólo indicativos y, en cada circunstancia, será menester probar que hay un poder sobre el mercado, así como que se han obtenido ventajas de ese poder en forma de uno de los comportamientos abusivos señalados.

75. Las enmiendas al artículo 50 se proponían esclarecer su aplicación y suprimir las incertidumbres que habían surgido en la práctica. El artículo prohíbe las funciones que permiten que una empresa controle o domine un mercado, excepto cuando por razones de interés público se obtenga autorización previa de la Comisión de Prácticas Comerciales. La prohibición se aplica a las adquisiciones de empresas mixtas y a las compras por personas físicas. Cuando una empresa esté en situación de ejercer un grado sustancial de influencia sobre las actividades de otras, se considerará que ésta está asociada con aquélla. Así, a los efectos de determinar si un comprador puede dominar un mercado, la posición en ese mercado de toda empresa "asociada" se agregará a la del adquirente.

II. Actos o conductas abusivos

- a) Comportamiento abusivo frente a los competidores, como la fijación de precios por debajo del costo para eliminar a los competidores
- b) Fijación discriminatoria de los precios o de las modalidades o condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios, inclusive mediante la fijación de precios de transferencia
  - 1. Fijación discriminatoria de los precios
  - 2. Discriminación no basada en los precios
- c) Fijación de los precios a los que puedan revenderse las mercancías vendidas, incluidas la de importación y la de exportación

76. En Suecia, conforme a la Ley sobre la Competencia de 1983, el mantenimiento de precio de reventa es un delito, aunque pueden concederse exenciones en ciertas condiciones. En Portugal, la Ley sobre la Competencia, que entró en vigor en junio de 1984, prohíbe el mantenimiento de los precios mínimos de reventa, salvo en el caso de libros y periódicos (Decreto Ley N° 42/83, examinado en TD/B/RBP/39 (1988)).

- d) Uso de marcas de fábrica o de comercio para impedir la importación de productos idénticos o similares que lleven legítimamente una marca idéntica o similar

77. En K. Mart Corp. c. Cartier, Inc., 486 U.S.281 (1987), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, por cinco votos contra cuatro, legitimó prácticas denominadas de "mercado gris", por las cuales las tiendas que conceden rebajas venden a los consumidores artículos a precios muy bajos. El Tribunal confirmó las normas de aduanas que permiten que algunas tiendas como K mart Corp. y 47th Street Photo Inc. compren cámaras, perfumes y otros artículos de consumo producidos en el extranjero y los vendan a los Estados Unidos sin permiso de los propietarios norteamericanos de las marcas comerciales. Sin embargo, en el fallo no se trata directamente ninguna cuestión de derecho antitrust.

Otras restricciones impuestas a la compra, la fabricación y la venta de bienes (incisos i) a iv) del apartado e) de la sección II del artículo 4)

- 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) Negativa parcial o total a tratar en las condiciones comerciales habituales de la empresa

78. En 1989, en Alemania, la Oficina Federal de Cárteles sostuvo que constituía abuso que la línea aérea reglamentada dominante, Lufthansa, se negara a consolidar sus líneas con un concurrente pequeño, dado que tales acuerdos eran habituales y el propósito de la negativa parecía ser contrario a la libre competencia (Octavo Informe Anual de la Comisión de Monopolios, 128, pág. 443 (1989)).

79. En Francia, la Ordenanza N° 86-1243 sobre liberalización de precios y competencia (1° de diciembre de 1986) prohíbe que una o más empresas abusen de una posición dominante, bien en un mercado dado, bien en una parte sustancial de tal mercado, bien respecto de proveedores o compradores que dependan económicamente de esas empresas. Entre esos abusos figuran las negativas a suministrar, las ventas vinculadas, la discriminación de precios, las ofertas condicionadas (por ejemplo, cuando un vendedor se niega a someterse a condiciones comerciales injustificadas).

- ii) 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

80. En 1988, un tribunal israelí multó a la Koor Company con 25.000 NIS y a seis comerciantes de acero con 20.000 NIS a cada uno tras fallar que habían concertado un acuerdo ilegal en virtud del cual los comerciantes se comprometían a comprar únicamente acero producido por la empresa Koor. El tribunal advirtió además a las partes que la reincidencia en el delito les costaría 4.000 NIS y 10.000 NIS respectivamente (véase, "Investing Licensing & Trading", Business International, enero de 1989).

- iii) Imposición de restricciones con respecto al lugar, el destinatario, a la forma o a las cantidades en que los bienes suministrados u otros bienes pueden revenderse o exportarse
  - 1) Repartición de áreas territoriales
  - 2) Repartición de la clientela
- iv) 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

81. Los Estados Unidos enmendaron su Ley de patentes en 1988 para incluir en ella la disposición de que la vinculación de una patente a otra, o a la compra de un producto distinto, no constituirá ampliación ilegal del derecho de patente, a menos que "el propietario de la patente tenga poder de mercado en el mercado pertinente para la patente o el producto patentado a que se condiciona la licencia o la venta" (H.R. 4972, por la que se enmienda el apartado d) del artículo 271 de la Ley de patentes). Esta medida legislativa desestimó efectivamente fallos anteriores emitidos por tribunales de los Estados Unidos en el sentido de que debía presumirse que el poseedor de una patente tiene poder de mercado. El Congreso de los Estados Unidos aceptó que muchos productos patentados están sujetos a la competencia efectiva de sucedáneos.

82. Más recientemente, la jurisprudencia estadounidense parece haber cambiado de forma mayoritaria hacia una evaluación más favorable de las restricciones verticales en general y de las prácticas de compra vinculada en particular. Funcionarios del Departamento de Justicia de los Estados Unidos indican que:

"Casi siempre, (...) las restricciones verticales ejercen funciones económicas legítimas. Somos, por tanto, opuestos a la ilegalidad per se de toda restricción vertical, incluidas la venta condicionada y la imposición de precios de reventa. Enfrentados con la opción extrema de tener que prohibir o permitir las restricciones verticales en todas las circunstancias, nos inclinaremos por lo segundo." (Información proporcionada por el Gobierno.)

83. El Tribunal Supremo estipuló que los productores no violan necesariamente las leyes antitrust cuando cierran puntos de venta con descuento después de recibir quejas de minoristas que venden sin rebajas.

84. En 1985, la División Antitrust del Departamento de Justicia hizo públicos sus criterios respecto de las restricciones verticales: la División no procedería judicialmente contra el uso de prácticas verticales por empresas con una parte de mercado inferior al 10%. Y respecto de las prácticas verticales de las empresas con una parte de mercado superior, no se procedería necesariamente contra ellas sino que serían objeto de un detenido análisis guiándose por criterios razonables.

- f) 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

85. En diciembre de 1989, las Comunidades Europeas adoptaron su primer sistema general de control de fusiones, que entró en vigor en septiembre de 1990. El nuevo reglamento exige la inscripción de todas las fusiones o adquisiciones entre empresas con una cifra de negocios combinada de 5.000 millones de ECU, cada una de las cuales tenga por lo menos 200 millones de cifra de negocios en las Comunidades Europeas. Tales transacciones deben notificarse, y dejarse en suspenso por hasta 90 días si son objeto de investigación. En 1990 y 1991 la Comisión investigó a fondo más de una docena de transacciones y provocó la modificación de algunas que, en su opinión, podían violar la norma reglamentaria al crear o fortalecer una posición dominante de poder de mercado en el mercado común o en una parte importante de éste y obstaculizar el mantenimiento o desarrollo de una competencia efectiva en el mercado pertinente. La Comisión tiene autoridad para reducir los umbrales relativos a las dimensiones a más tardar en 1991. (Vease Davidow, "Competition Policy, Merger Control and the European Community's 1992 Program", 29 Colum., J. of Transnational Law, 11 (1991).)

86. En Alemania, la Oficina Federal de Cárteles prohibió la adquisición de una importante empresa de importaciones por un productor local líder, lo que habría dado al productor el control del cemento de bajo precio importado de Europa oriental y permitido a la empresa resultante dominar el mercado meridional alemán. (Véase el 8º Informe Bienal de la Comisión Alemana de Monopolios, 1989, N° 147-148, pág. 446.)

- 1) Adquisiciones de control de carácter horizontal

87. La Oficina Coreana de Comercio Leal declaró ilegal una adquisición por la que se combinaban una compañía que poseía el 54% del estabilizador PVC y otra empresa que poseía el 19% del mercado. Se ordenó a la compañía compradora que se desprendiera de las acciones (en re Dong Yang Chemical Industrial Co., 1 KFTC 153 (13 de enero de 1982)).

- 2) Adquisiciones de control de carácter vertical

88. En el asunto Alberta Gas Chems. Ltd. v. E.I. DuPont de Nemours and Co., 826 F.2d 1235 (3d Cir. 1987), el tribunal destacó que "especialistas respetados ponen en duda los efectos anticompetitivos de las fusiones verticales en general" y sostuvo que una adquisición que provocaba un 1% de remate era demasiado insignificante como para plantear cuestiones jurídicas.

- 3) Adquisiciones de control de carácter heterogéneo

- 4) Adquisiciones de control de carácter transnacional

89. En la India, en 1989, la Comisión de Monopolios autorizó a Timken a adquirir el 40% de las acciones de una empresa conjunta con Tata Iron and Steel Ltd. porque llegó a la conclusión de que la empresa resultante poseería una tecnología superior pero seguiría haciendo frente a una competencia importante y por consiguiente no sería dominante. (Véanse los informes de "Business Asia", Business International, 14 de septiembre de 1989.)

90. En Australia, se introdujeron enmiendas encaminadas a robustecer y mejorar la eficacia de la Ley sobre Prácticas Comerciales, de 1986, para que ésta abarcara las fusiones en el extranjero de empresas extranjeras con filiales en Australia. En el párrafo 1 de ese artículo 50A se estipula que el Tribunal podrá, a petición del Ministro, la Comisión o un particular, declarar que una persona que, como consecuencia de una compra hecha fuera de Australia, obtenga una posición de control (definida en el párrafo 8 del artículo 50A) en una o más empresas, domina o es probable que domine un mercado sustancial de bienes o servicios en Australia, y que tal compra no redundará en beneficio público. Se usó el término "mercado sustancial de bienes o servicios" para dejar claro que la disposición se aplica sólo a mercados de magnitud similar a aquellos a los que se refiere el artículo 50.

5) Vinculación por medio de consejeros comunes

91. En los Estados Unidos, la ley se amplió en 1990 para que incluya la disposición de que es ilegal no sólo que uno de los directores de una compañía sirva también como director de una compañía competidora sino que es asimismo ilegal que uno de los funcionarios de la compañía actúe como director de una compañía competidora. (Véase la Ley de enmiendas de 1990.)

COMENTARIO AL ARTICULO 5

Algunos aspectos posibles de la protección de los consumidores

92. En la India, a raíz de las recomendaciones del Comité Sachar, y de la modificación consiguiente de la Ley de 1982 sobre Monopolios y Prácticas Comerciales Restrictivas, uno de los puntos interesantes introducidos en esa Ley fue la protección del consumidor. También se incorporó una nueva disposición muy importante sobre prácticas comerciales desleales, de las que con anterioridad no se decía nada, que abarca publicidad engañosa, ventas con descuento, acaparamiento, destrucción de mercancías, etc.

93. En Australia, una de las enmiendas de mayor significado que se introdujeron en 1986 en la Ley sobre Prácticas Comerciales, fue la que se refería a la parte V de esa disposición sobre protección del consumidor. El nuevo artículo 52A prohíbe, con arreglo al derecho civil, conductas leoninas de las empresas en las transacciones con los consumidores o en otras análogas. Cuando se pruebe una infracción, podrá recurrirse a las soluciones que brinda el artículo 87, y la Comisión de Prácticas Comerciales aplicará lo que se dispone en ese artículo mediante los requerimientos pertinentes. El artículo apunta a las conductas que, aunque puedan no ser engañosas, resulten no obstante claramente desleales o poco razonables. Por ejemplo, una empresa que intentara sacar provecho de la evidente falta de comprensión por un comprador de una transacción podría incurrir en lo que sanciona ese artículo. Las nuevas disposiciones complementarán las que ya existían en la parte V y reforzarán la protección que se concede a los consumidores frente a prácticas comerciales poco escrupulosas.

94. Las enmiendas también robustecen las disposiciones que permiten que se prohíba la venta de productos poco seguros. En la Ley anterior, tales disposiciones no se podían aplicar sin una orden de prohibición previa.

Muchas industrias han establecido procedimientos voluntarios para retirar del mercado productos poco seguros. No obstante, a fin de poder tomar medidas adecuadas contra toda la gama de productos potencialmente poco seguros, el Gobierno consideró que debía tener facultades para, en caso necesario, ordenar la retirada obligatoria. Cuando no existan procedimientos voluntarios, o estos no sean los más indicados, esas facultades podrán ejercerse para retirar de la circulación los productos poco seguros o adoptar otras medidas correctoras. Las disposiciones sobre retirada obligatoria permiten tener un poder en reserva para usarlo cuando la seguridad del público se vea amenazada y la situación no pueda manejarse adecuadamente mediante sistemas de retirada voluntaria u otros procedimientos. En todo caso, la responsabilidad principal sobre la seguridad de los bienes de consumo incumbirá a fabricantes e importadores.

95. En el Canadá, uno de los objetivos de la nueva Ley de 1986 sobre la competencia es proteger al consumidor. Igualmente, en Sri Lanka, la Ley N° 1 de 1987 sobre la nueva Comisión de Comercio Leal establece que ésta, al examinar cuestiones de precios, deberá prestar especial atención a los intereses de los consumidores. La nueva Ley refuerza la Ley N° 1 de 1979 de Protección del Consumidor.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 6

##### Notificación

#### COMENTARIO AL ARTICULO 7

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

96. En el Perú, una ley de 1991 crea una comisión de seis miembros pertenecientes a cuatro ministerios gubernamentales. En Kenya, la Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control de precios de 1988 establece un Comisionado de Monopolios y Precios y cualesquiera otros funcionarios que puedan ser necesarios para la administración de dicha Ley.

97. En el Reino Unido, el Libro Verde titulado "Review of Restrictive Trade Practices Policy" ("Examen de la política de prácticas restrictivas de la competencia"), propone que se establezca un organismo en esta materia, basado en la actual Oficina de Comercio Leal pero con una nueva estructura y un nuevo funcionamiento. En Francia, la nueva Ley sobre Competencia (Ordenanza N° 86-1243 de 1° de diciembre de 1986), en su título II, estableció un Consejo de la Competencia (Conseil de la Concurrence) compuesto de 16 miembros nombrados por seis años (y renovables). De modo análogo, en el Canadá, la Ley de 1986 sobre Competencia estableció un Tribunal sobre el particular y abolió la Comisión de Prácticas Comerciales Restrictivas.

98. En Sri Lanka, la Ley de la Comisión de Comercio Leal (N° 1 de 1987), que derogó la Ley de 1975 sobre la Comisión Nacional de Precios, estableció una Comisión de Comercio Leal para que, en el desempeño de las funciones que asumía anteriormente la Comisión de Precios, controlara los monopolios, fusiones y prácticas anticompetitivas y formulara y ejecutase una política nacional de precios. La Ley prescribe que no se podrá proceder civil ni



penalmente contra la Comisión por ningún acto que de buena fe haga o incite a hacer la Comisión en virtud de esa Ley; o contra ningún miembro, funcionario, dependiente o asesor de la Comisión por ningún acto que de buena fe haga o incite a hacer esa persona en virtud de la Ley.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 8

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

99. El texto anterior se ha ampliado para hacer hincapié en el recurso a las autoridades de control de las prácticas comerciales restrictivas para que formulen observaciones sobre cuestiones de reglamentación y competencia y para que cooperen con autoridades similares de otros países.

100. La sección relativa a la confidencialidad se ha ampliado mencionándose las prácticas usuales de protección de los informadores y de las deliberaciones de autoridades en que se adoptan decisiones.

101. En el Reino Unido, el Libro Verde titulado "Review of Restrictive Trade Practices Policy" de 1986 proponía que se creara un órgano en esta esfera con mayores facultades. Tal órgano podría requerir que se facilitara información y documentación, además de gozar de facultades para entrar en un local y registrarlo. El organismo también podría aplicar multas hasta de un máximo del 10% de la cifra total de negocios. Además, podría dirigirse al Tribunal de Prácticas Restrictivas para que dictara órdenes de cesar y desistir, cuya infracción constituiría desacato y sería así objeto de multa o encarcelamiento o de ambas cosas a la vez. No atender una solicitud razonable de información, suministrar información falsa o engañosa y suprimir o destruir negligente o voluntariamente información sería objeto de sanción. Se impondrían varias penas por obstruir una investigación dirigida por el organismo. La ley establecería el derecho de ejercer acciones privadas como un elemento disuasorio más frente a los acuerdos contra la competencia.

102. En Francia, el Consejo de la Competencia, que controla las prácticas anticompetitivas así como las fusiones, tendrá también que ser consultado sobre los textos legislativos o reglamentarios preparados por el Gobierno. Puede tomar decisiones y publicará informes anuales; actuará de oficio o podrá pedirle que actúe el Ministro de Economía o Empresas, otros organismos administrativos, organizaciones profesionales, sindicatos, asociaciones de consumidores, etc. Podrá imponer sanciones de hasta el 5% de la cifra total anual de negocios o de 5 millones de francos franceses como máximo. En la ley se describe el procedimiento que deberá seguirse en la instrucción y que permite a los demandados recurrir ante la Corte de Apelación de París.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 9

##### Sanciones y medidas de reparación

103. Este capítulo se ha ampliado para hacer hincapié en la diversa índole de las medidas sancionadoras y de reparación que están adoptando ahora los países, incluidas la rotura de monopolios, la restitución de beneficios ilícitos, etc.

104. Una comisión de los Estados Unidos que se ocupa de la sanción de los delitos empresariales recomendó en 1990 que las multas se determinen en parte en relación con el volumen de comercio que se haya visto afectado por el plan ilegal. (Véase United States Sentencing Commission Guidelines Manual (Manual de criterios de la Comisión de Sentencias de los Estados Unidos), noviembre de 1990.)

#### COMENTARIO AL ARTICULO 10

##### Recursos

105. La Comunidad Europea ha creado recientemente un Tribunal de Primera Instancia especializado para que entienda en los recursos antitrust, dado que tales casos han comenzado a constituir una carga para el Tribunal de Justicia Europeo, debido a los amplios historiales de hechos involucrados. (La cuestión se examina en I.-A. Hawk, United States, Common Market and International Antitrust, 37, (Edición de 1990).)

106. En Kenya, además de la autoridad administrativa, es decir, el Comisionado de Monopolios y Precios y otros funcionarios, la Ley de prácticas comerciales restrictivas, monopolios y control de precios de 1988 estableció un Tribunal de Prácticas Comerciales Restrictivas integrado por un Presidente, que debe ser un abogado con siete años de práctica como mínimo, y por un mínimo de dos miembros designados por el Ministro. El Tribunal ve los recursos y tiene facultades para confirmar, modificar o revocar la orden objeto de apelación.

#### COMENTARIO AL ARTICULO 11

##### Acción de resarcimiento de daños y perjuicios

107. El Brasil, mediante la aprobación de la Ley N° 8158 de 10 de enero de 1991, ha autorizado a los competidores o personas perjudicadas en general a demandar o requerir por delitos contra el orden económico, incluidas la fijación de precios, la fijación abusiva de precios y la vinculación. (Véase 60 BNA ATRR 426 (1991).)

108. En Australia, una de las enmiendas importantes a la Ley de 1986 sobre prácticas comerciales fue la cláusula 55, que modificó el artículo 87, y que faculta a la Comisión de Prácticas Comerciales para exigir indemnizaciones en nombre de particulares que hayan sufrido daños o perjuicios por el comportamiento de una empresa o persona que hayan infringido las disposiciones sobre protección de los consumidores que figuran en la división 1 ó 1A de la parte V. Uno de los principales obstáculos que impiden que los consumidores defiendan sus derechos al amparo de la Ley es el elevado costo que entraña litigar. Al permitir que la Comisión en determinadas circunstancias recabe una indemnización en nombre de consumidores individuales, estos particulares obtendrán más fácilmente reparación. La enmienda será especialmente útil cuando la Comisión tome medidas en situaciones en las que gran número de consumidores se hayan visto defraudados en cantidades relativamente pequeñas o cuando un pequeño grupo de consumidores hayan perdido sus ahorros como consecuencia de una representación fraudulenta. Esa clase de actuaciones será una acción representativa más bien que la denominada "acción de clase".

La cuestión de la indemnización de los consumidores agraviados surgirá sólo una vez que la Comisión haya establecido que se ha infringido la parte V a raíz de una causa o de una actuación derivada de un requerimiento. Los consumidores agraviados tendrán que personarse y otorgar su consentimiento por escrito para que la Comisión actúe en su nombre. El Tribunal no está facultado para conceder indemnización por daños y perjuicios a grupos de personas, sino únicamente a particulares y tendrá que establecerse la cuantía de las pérdidas sufridas por cada uno de ellos en razón de la infracción.

-----  
  
\_\_\_\_\_

1/ Véase el informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre su décimo período de sesiones (TD/B/1310-TD/B/RBP/85), anexo I, párr. 4.

2/ TD/B/CONF/10/Rev.1.

3/ Véase la resolución aprobada por la Conferencia en el anexo al Informe de la Segunda Conferencia de las Naciones Unidas Encargada de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto (TD/RBP/CONF.3/9).

4/ Las leyes antitrust de muchos países, por ejemplo las de los Estados Unidos y el Reino Unido, establecen un criterio jurídico en vez de dar una lista de prácticas prohibidas. Las de otros, como las de la Comunidad Europea, establecen un criterio jurídico y además dan una lista, pero indican claramente que ésta es ilustrativa solamente. No parece que exista ninguna jurisdicción en la que se establezca una lista definitiva que no pueda ser ampliada.

5/ En la mayoría de las jurisdicciones se ha resuelto que las empresas de propiedad común o sometidas a un control común no son empresas competidoras o potencialmente competidoras. Véase, por ejemplo, Centrafarm B.V. v Sterling Drug, 1974, ECR 1147 (EC); Copperweld Corp. v Independence Tube Corp., 104 S.Ct. 2731 (1984) (U.S.).