



**Conferencia de las
Naciones Unidas sobre
Comercio y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/CLP/66
21 de mayo de 2008

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión de la Inversión, la Tecnología y las
Cuestiones Financieras Conexas
Grupo Intergubernamental de Expertos en
Derecho y Política de la Competencia
Noveno período de sesiones
Ginebra, 15 a 18 de julio de 2008
Tema 3 *a*) del programa provisional

ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

Informe de la secretaría de la UNCTAD^{*}

^{*} El presente documento se presentó en la fecha indicada debido a demoras en su procesamiento.

Resumen

En el presente informe se examinan algunos de los problemas con que tropiezan las autoridades encargadas de la competencia, especialmente las de países en desarrollo, al tratar los casos de abuso de la posición dominante. Está basado en las respuestas de los Estados miembros a un cuestionario elaborado por la secretaría de la UNCTAD. En el informe se hace una evaluación comparativa del abuso de la posición dominante en distintos regímenes jurídicos, para lo cual se informa sobre las definiciones aplicadas a varios conceptos, se presentan ejemplos de situaciones que se consideran constitutivas de abuso de la posición dominante y se aplican diversas pruebas. El informe coincide con estudios anteriores sobre este asunto en que se sugería que las normas contra el abuso de la posición dominante seguían siendo un arma extraordinaria para las autoridades encargadas de la competencia en la lucha contra las prácticas anticompetitivas en sus respectivos mercados. El informe revela que, gracias a la aplicación de la legislación sobre la competencia, las empresas dominantes se comportan con mayor cautela, pues infringir las leyes de competencia de sus respectivos países puede ocasionarles consecuencias muy graves. Sin embargo, el informe también revela que, debido a la fragilidad y el insuficiente nivel de desarrollo de las infraestructuras económicas de los países en desarrollo, algunas multinacionales podrían acabar transformándose en monopolios únicamente porque son más eficientes. En vista de las cuestiones de interés público que plantea es posible que las autoridades de defensa de la competencia no la acojan con entusiasmo.

ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. ANTECEDENTES	1	4
II. INTRODUCCIÓN.....	2 - 10	4
III. LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN DISTINTOS PAÍSES EN DESARROLLO.....	11 - 58	6
A. Posición dominante.....	13 - 29	6
B. Prácticas abusivas	30 - 58	11
IV. DESAFÍOS CON QUE TROPIEZAN LOS PAÍSES EN DESARROLLO Y LAS ECONOMÍAS EN TRANSICIÓN.....	59 - 70	17
A. El objetivo de desarrollo según el Conjunto de Principios y Normas de las Naciones Unidas	59	17
B. Aspectos especiales del abuso de la posición dominante que afectan a los países en desarrollo y las economías en transición.....	60 - 70	18
V. CONCLUSIÓN	71	21
BIBLIOGRAFÍA		22

I. ANTECEDENTES

1. En su octavo período de sesiones, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia pidió a la secretaría de la UNCTAD que preparara un informe sobre el abuso de la posición dominante. El objetivo del presente informe es destacar las novedades recientes relacionadas con los enfoques y la jurisprudencia referentes al control, por parte de los organismos de defensa de la competencia de todo el mundo, de la conducta de las empresas que tienen un poder de monopolio, y analizar sus consecuencias para los países en desarrollo. El estudio se basa en las respuestas a un cuestionario elaborado por la secretaría para determinar cuáles son los factores esenciales que toman en consideración los organismos encargados de la competencia para determinar si existe un abuso de la posición dominante¹.

II. INTRODUCCIÓN

2. El abuso de la posición dominante es una esfera complicada del derecho y de la política de la competencia. El análisis de los efectos de esta conducta puede resultar difícil y llevar mucho tiempo, principalmente porque, según las circunstancias, un mismo comportamiento puede contribuir a los objetivos de defensa de la competencia o actuar en su contra. Resulta difícil para las empresas predecir qué comportamientos pueden provocar la intervención de las autoridades de la competencia. La intervención excesiva o imprevisible puede disuadir a las empresas de entablar el tipo de competencia que les ayuda a lograr los objetivos de la política de la competencia.

3. En los países en desarrollo, el abuso de la posición dominante, junto con los cárteles, pueden ser muy perjudiciales para el consumidor y para las empresas. Los bienes y servicios de primera necesidad están sujetos a prácticas anticompetitivas que bloquean el acceso a los mercados y/o hacen subir los precios. Esto reduce el dinamismo del mercado y la movilidad económica de las personas y las empresas. La intervención contra el abuso de la posición dominante puede contribuir a alcanzar objetivos de desarrollo, pues con ello se facilita el acceso a los productos y se promueve un funcionamiento más eficiente de las empresas, entre ellas las pequeñas y medianas empresas (PYMES). La intervención también puede contribuir al logro de objetivos concretos, como reducir la pobreza, mejorar el acceso a los servicios de salud e impulsar la economía. Cada país tiene su propia realidad politicoeconómica en cuanto a nivel de desarrollo y estructura de mercado, y ello puede requerir enfoques diferentes.

4. Entre los países hay diferencias en cuanto a los objetivos, las definiciones y los modos de evaluar la posición dominante recogidos en las leyes de la competencia; en cuanto a la idea de qué constituye una práctica abusiva; y en cuanto a los sectores del mercado donde no se aplican

¹ El cuestionario y las respuestas de los Estados miembros pueden consultarse en la página www.unctad.org/competition. La UNCTAD da las gracias a las autoridades de defensa de la competencia que han completado el cuestionario, a saber, las de Albania, Bhután, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Dinamarca, Eslovaquia, la Federación de Rusia, Francia, la India, Indonesia, Italia, Jamaica, el Japón, el Pakistán, Panamá, el Perú, la República Bolivariana de Venezuela, la República Checa, Singapur, Suiza, Túnez, el Uruguay, Viet Nam y Zimbabwe.

las leyes sobre la competencia. No obstante, hay objetivos comunes, y las definiciones de posición dominante y de abuso pueden agruparse en un pequeño número de grupos bastante similares.

5. Algunos de los objetivos de la aplicación de prohibiciones relativas al abuso de la posición dominante sobre los cuales hay amplio consenso son garantizar un proceso competitivo y promover el bienestar de los consumidores y la eficiencia dinámica ("desarrollo tecnológico" o "promoción del desarrollo económico"). Algunos de los objetivos que suscitan un nivel de apoyo variable son: proteger la libertad económica, establecer unas reglas de juego equitativas para las PYMES, y velar por la integración del mercado.

6. Las autoridades de defensa de la competencia utilizan instrumentos parecidos para determinar si un agente económico tiene una posición dominante en un mercado. Lo habitual es que se sirvan de la cuota de mercado únicamente como punto de partida. A continuación se fijan en las barreras de entrada, salida y expansión, en la posición relativa de los competidores dentro del mercado, en el poder de la demanda y en otros factores para determinar qué limitaciones se oponen al ejercicio del poder de mercado de la empresa. Normalmente se utiliza un enfoque holístico, y no un enfoque prescriptivo.

7. Para evaluar una conducta, las autoridades recurren a métodos más heterogéneos. Esta heterogeneidad puede ser un reflejo de las dificultades que plantea distinguir las conductas abusivas de las competitivas, pero también puede obedecer a diferencias de criterio: algunas autoridades basan su enfoque más en la forma de la conducta y otras se centran más en sus efectos económicos.

8. Las políticas referidas al abuso de la posición dominante están evolucionando. Algunos de los encuestados han señalado la vacuidad de términos como "competencia normal", "competencia basada en los méritos" (*competition on the merits*) y "reglas de juego equitativas". De hecho, la forma de competir legalmente se llama algo tautológicamente, "competencia basada en los méritos". Las autoridades de defensa de la competencia están debatiendo la cuestión. El Comité de Competencia de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) celebró un debate a mediados de 2005. La Comisión Europea redactó un documento de debate sobre abusos excluyentes en 2005 y celebró una sesión pública de información en 2006. Las autoridades de la competencia de los Estados Unidos celebraron sesiones públicas de información en 2006 y 2007, y la Red Internacional para la Competencia (RIC) presentó un documento sobre la posición dominante y los monopolios creados por el Estado en 2007. Los debates continúan.

9. La característica que podría definir estos debates es que intentan incorporar al razonamiento jurídico un razonamiento más económico. Al mismo tiempo, el proceso de adopción de decisiones debería dar lugar a pocos errores y ser relativamente eficiente, oportuno y previsible, y debería transmitir una imagen de objetividad y transparencia. Algunas de las autoridades y encuestados están debatiendo los objetivos de las prohibiciones del abuso de la posición dominante y están determinando o enunciando principios más amplios aplicables al proceso de adopción de decisiones. Hay una tendencia a aplicar "pruebas de efectos" para determinar cuáles son los efectos económicos de la conducta. También se tiende a dejar de aplicar normas *per se* a determinadas formas de conducta. Todavía no hay una frontera clara entre cuándo deben aplicarse las normas *per se* y cuándo conviene aplicar un enfoque "caso por caso".

caso", y algunos encuestados abogan por el establecimiento de "zonas de exclusión" con respecto a la posición dominante y al cierre del mercado.

10. En el capítulo III se examinan las cuestiones de la posición dominante y la conducta abusiva. En primer lugar se examina la definición de posición dominante, tanto en el derecho como en la práctica. En segundo lugar, se estudian la forma y los efectos económicos de las conductas que pueden constituir abuso. En el penúltimo apartado se abordan los recursos y las sanciones, y posteriormente la relación entre la aplicación de la legislación relativa al abuso de la posición dominante y el desarrollo económico. El capítulo IV se ocupa de aspectos especiales del abuso de la posición dominante que afectan a las economías en desarrollo y en transición. En el capítulo V figuran las conclusiones.

III. LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN DISTINTOS PAÍSES EN DESARROLLO

11. Ninguno de los Estados miembros que respondieron al cuestionario de la UNCTAD prohíbe la posición dominante en sí, porque una empresa puede lograr una posición dominante por medios legítimos. Una empresa también puede encontrarse en una posición dominante como resultado de medidas del Gobierno y, si el Gobierno ha actuado en cumplimiento de la ley, también se ha llegado a esa posición en forma válida.

12. Por lo general, el análisis del abuso de la posición dominante consta de tres partes: a) delimitación de uno o más mercados pertinentes²; b) determinación de si la empresa domina un mercado pertinente; y c) determinación de si su conducta constituye un abuso de posición. Aunque estas tres partes del análisis son distintas, pueden efectuarse simultáneamente, y las pruebas utilizadas en una de ellas pueden servir para las otras. Habitualmente, la definición del mercado y la determinación de la posición dominante son análisis integrados, pero la determinación del abuso se lleva a cabo por separado. Afirmar que "si hay abuso es porque la empresa está en posición dominante" es un argumento inválido y circular, pues el efecto económico de una misma conducta varía en función del poder de mercado de la empresa.

A. Posición dominante

1. La definición jurídica de posición dominante

13. La posición dominante está definida en la legislación y en las decisiones judiciales más importantes. Las directrices (que a menudo incorporan decisiones judiciales) y los debates académicos complementan esas definiciones. La definición jurídica puede basarse en criterios de estructura o en indicios de comportamiento, o en ambos, aunque las basadas en el comportamiento son las más habituales. Los regímenes jurídicos pueden adoptar enfoques distintos para determinar la existencia de una posición dominante en la práctica. Recientemente se han empezado a utilizar expresiones como "poder de mercado sustancial" y "sin sujeción a

² La definición del mercado tiene en cuenta la influencia de la empresa dominante en los precios vigentes. Tanto esta cuestión como la de la posición dominante conjunta no corresponden al tema del presente documento.

limitaciones competitivas efectivas" como sinónimos del término "posición dominante". La expresión "poder de mercado sustancial" designa la capacidad de mantener los precios por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo importante.

14. La Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD, en el apartado I i) de su capítulo 4, define la posición dominante como la situación en que "... una empresa, por sí misma o conjuntamente con otras empresas, está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un determinado bien o servicio o de un grupo de bienes o servicios".

15. Las definiciones basadas en criterios de comportamiento se centran en la "considerable libertad de una empresa frente a las limitaciones que impone la competencia o la capacidad de actuar de un modo en que una empresa sometida a esas limitaciones no podría" (RIC, 2007:41). Quizá la definición más influyente de las basadas en el comportamiento sea la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, contenida en su decisión de 1976 sobre el asunto *United Brands*: "una posición de poder económico gracias a la cual una empresa puede impedir la competencia efectiva en el mercado pertinente, pues le otorga la capacidad de actuar con considerable independencia de sus competidores, de sus clientes y, en última instancia, de los consumidores"³. Aunque ninguna empresa puede ser independiente, en el sentido literal, de sus competidores o clientes, existe la percepción de que una empresa dominante dispone de cierta libertad de acción en cuanto a precios, cantidades, calidad, innovación, etc., que las empresas no dominantes no tienen. Según se aclara en el documento de debate de 2005 de la Comisión Europea, una empresa dominante "no está sujeta a las limitaciones efectivas que impone la competencia. Dicho de otro modo, (...) debe tener un poder de mercado sustancial". (Comisión Europea, 2005: párr. 23). En el asunto *United Brands*, la empresa en posición dominante había hecho importantes inversiones que le permitieron sortear riesgos de diversas fuentes de modo tal que sus competidores más pequeños no hubieran podido hacerlo. En la decisión emitida posteriormente en el asunto *Hoffman-La Roche*, el tribunal dijo lo siguiente: "La existencia de una posición dominante puede obedecer a varios factores que por separado no son necesariamente determinantes, pero uno de los más importantes es la existencia de cuotas de mercado muy grandes". En este caso, las cuotas de mercado de la empresa dominante eran del 47, del 64 y hasta del 95%. En cuanto al mercado en que la empresa tenía una cuota del 47%, el tribunal dio menos importancia a la cuota de mercado y más a la diferencia entre la cuota de mercado de la empresa y la de sus competidores, así como a la amplia ventaja tecnológica de la que gozaba la empresa en cuestión (Goyder, 2003:268-270).

16. Las definiciones de posición dominante en la mayoría de las respuestas de los Estados miembros indican que se inspiraron en la jurisprudencia europea. En Eslovaquia, "una posición dominante en el mercado pertinente es la detentada por una o varias empresas que no están sujetas a una competencia sustancial o que pueden actuar independientemente gracias a su poder económico". En el Perú, "se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución".

³ Asunto 27/76, *United Brands*, párr. 65; y asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche*, párr. 38.

La Ley de competencia de Sudáfrica define el poder de mercado como "la capacidad de una empresa de controlar los precios, de excluir a sus competidores o de actuar con un grado considerable de independencia de sus competidores, clientes o proveedores". La legislación de Colombia es ligeramente distinta, pues define la posición dominante como la "posibilidad [de una empresa] de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado". En la Ley de competencia de Zimbabwe, por "situación de monopolio" se entiende "una situación en que una sola persona ejerce (...) un control considerable sobre el mercado de cualquier producto o servicio". Por control considerable sobre el mercado se entiende la capacidad de "elevar o mantener, obteniendo beneficios, el precio de un bien o servicio por encima del nivel competitivo durante un período de tiempo importante (...)".

17. En cambio, algunos países definen la posición dominante ateniéndose únicamente a indicios estructurales. En Indonesia, por ejemplo, se considera que una empresa está en posición dominante cuando su cuota de mercado supera el 50%.

18. Varias leyes sobre la competencia combinan consideraciones estructurales y de comportamiento en la definición de posición dominante. En Egipto, "la posición dominante en el mercado pertinente es la que permite a una persona que posee una cuota superior al 25% de dicho mercado ejercer una influencia efectiva en los precios o el volumen de la oferta, sin que sus competidores puedan limitarla"⁴. Tanto Bosnia y Herzegovina como Croacia definen la posición dominante mediante criterios de comportamiento, pero recurren a una presunción estructural; se supone que una empresa con una cuota de mercado superior al 40% está en posición dominante. La legislación de Bulgaria es similar, aunque la cuota de mercado que presupone la consideración de dominante es del 35%. En la Federación de Rusia se considera dominante toda empresa con una cuota de mercado superior al 50%, mientras que no se puede considerar dominantes a aquellas cuya cuota de mercado sea inferior al 35%; entre ambos límites se aplican criterios de comportamiento.

19. La Ley de Viet Nam sobre la competencia también combina elementos de estructura y comportamiento, pero como alternativas. Según la ley, "Se considerará que una empresa detenta una posición dominante en el mercado si su cuota del mercado pertinente es del 30% o superior, o si es capaz de restringir la competencia de modo considerable"⁵.

20. En las definiciones jurídicas de posición dominante se emplean tanto enfoques de comportamiento como de estructura, a veces combinados, aunque los primeros son más frecuentes. No se puede subestimar la influencia que han tenido en las legislaciones de todo el mundo las decisiones emitidas en 1976 por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

⁴ Artículo 4 de la Ley N° 3 de 2005 por la que se promulga la Ley de protección de la competencia y prohibición de las prácticas monopolísticas. Puede obtenerse una traducción no oficial al inglés en la página www.globalcompetitionforum.org.

⁵ Artículo 11, párr. 1, Orden N° 23/2004/L-CTN, de 14 de diciembre de 2004, sobre la promulgación de la ley. Puede obtenerse una traducción no oficial al inglés en la página www.adb.org/Documents/Others/OGC-Toolkits/Competition-Law/documents/VN_Order_23_2004.pdf.

en los asuntos *United Brands* y *Hoffmann-La Roche*. A continuación, se describe cómo se determina en la práctica la existencia de una posición dominante.

2. La prueba de la posición dominante en la práctica

21. Habitualmente, para determinar si una empresa se encuentra en posición dominante las autoridades encargadas de la competencia aplican un enfoque holístico, y no prescriptivo. La definición del mercado y el cálculo de la cuota de mercado constituyen sólo el punto de partida. Con frecuencia se utiliza un filtro de criterio único basado en la cuota de mercado. En este proceso, se considera que las empresas cuya cuota de mercado es inferior a un nivel predeterminado no están en posición dominante. La situación de las empresas que no entran en esa "zona de exclusión" se examina atendiendo a varios factores como: las barreras de entrada, salida y expansión, la posición relativa de los competidores en el mercado, el poder de la demanda y cualquier otro factor que permita determinar si la empresa está en posición dominante. Estos factores pueden considerarse como un examen estructurado de quién o qué podría limitar el ejercicio de poder de mercado significativo de la empresa: sus competidores, sus competidores potenciales, o sus clientes.

22. Del cuestionario de la UNCTAD se desprende que varias autoridades utilizan un filtro de cuota de mercado como punto de partida. La legislación de Jamaica define la posición dominante atendiendo a criterios de comportamiento; es decir, una empresa está en posición dominante en un mercado si "su poder económico le permite operar en el mercado sin limitaciones efectivas por parte de sus competidores o sus competidores potenciales". En la práctica, la Comisión de Comercio Justo de Jamaica utiliza el criterio del 50% de la cuota de mercado para determinar la existencia de una posición dominante, aunque también se puede declarar dominante a una empresa que tenga una cuota de mercado inferior. También en Zimbabwe se utiliza una definición jurídica basada en el comportamiento, pero la práctica es fijar una zona de exclusión para las cuotas de mercado de hasta el 25%. En Suecia, donde la definición jurídica está basada en criterios de comportamiento, una cuota de mercado de entre el 40 y el 50% constituye una "indicación clara" de la existencia de una posición dominante, y una cuota superior al 65% presupone su existencia de manera "prácticamente concluyente"⁶. En los Estados Unidos, se considera que la zona de exclusión llega hasta una cuota de mercado del 50%, mientras que una cuota de mercado superior al 70% constituye una presunción refutable de la existencia de una posición dominante (American Bar Association, ABA, 1997:235-6).

23. Más allá del criterio de la cuota de mercado, la evaluación de la posición dominante es un proceso de múltiples facetas. El objetivo es determinar quién o qué limita el ejercicio del significativo poder de mercado de la empresa. Entre los factores que deben examinarse figuran las barreras de entrada y a la expansión (incluidas las de tipo estructural, estratégico o jurídico)⁷,

⁶ Puede consultarse la respuesta de Suecia al cuestionario (2007) en la siguiente dirección: www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/unilateral_conduct/questionnaire/Swed enQuestionnaireResponse.pdf.

⁷ Las posibilidades de entrada se evalúan en función de si son "oportunas y suficientes para despejar los temores acerca de posibles efectos anticompetitivos en un caso determinado, y si es probable que cumplan esa función" (OCDE, 2007).

el poder de mercado de los competidores, la solidez financiera, el poder de la demanda y la integración vertical.

24. Estos factores se examinan teniendo en mente un modelo económico. Por ejemplo, si las barreras de entrada son poco importantes, no es probable que exista una posición dominante. Un nuevo competidor entraría en el mercado si aumentaran (o bajaran) los precios (o se modificara otra característica del producto) de manera sustancial. Hay factores que se anulan entre sí. Por ejemplo, si los compradores deben afrontar costos elevados por el cambio de proveedor, el ejercicio del poder de demanda, quizás no sea rentable y la capacidad de expansión de los competidores no tendría ninguna importancia.

25. Veinte de los 32 países que respondieron al cuestionario dijeron tener en cuenta las barreras de entrada al determinar si existía una posición dominante⁸. Los siguientes factores fueron mencionados por al menos cinco países: a) la posición de los competidores en el mercado (siete países); b) el poder financiero (seis países); c) la integración vertical, que incluye el acceso a la distribución y los insumos (seis países); y d) el poder compensatorio, que incluye el poder de la demanda (cinco países).

26. Algunos factores mencionados por unos pocos países parecían relativamente más importantes en las economías en desarrollo o en transición. La India incluye la posición dominante adquirida en virtud de una ley, de la pertenencia de la empresa al Estado o al sector público o por otros motivos. Túnez menciona el acceso en condiciones preferenciales a los insumos o a fuentes financieras.

27. Según la encuesta de la RIC, los factores que se aplicaban de manera casi universal para establecer la existencia de una posición dominante eran: la cuota de mercado de la empresa y sus competidores, la posición en el mercado y el comportamiento de los competidores en el mercado, las barreras de entrada y a la expansión, las economías de escala y de alcance, los efectos de red, el poder de la demanda, el acceso a los mercados ascendentes o la integración vertical, la durabilidad del poder de mercado, la madurez o vitalidad del mercado, y el acceso a los recursos esenciales. Eran menos frecuentes, aunque no infrecuentes, factores como los recursos financieros de las empresas y sus competidores, los precios elevados y los beneficios (RIC, 2007:90-91).

28. El documento de debate de la Comisión Europea describe la práctica europea. En él se indica que "conviene examinar en particular la posición de mercado de la empresa presuntamente dominante, la posición de mercado de sus competidores, las barreras a la expansión y de entrada, y la posición de mercado de los compradores" (Comisión Europea, 2005: párr. 28). La cuota de mercado constituye un punto de partida⁹, pero no es más que una representación del factor

⁸ Se trata de Albania, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, la India, Italia, Jamaica, el Japón, Letonia, el Perú, la República Checa, Singapur, Suiza, Túnez, el Uruguay y Viet Nam. Se han incluido los países que emplearon términos relacionados estrechamente con las barreras de entrada.

⁹ Para la Comisión Europea, una cuota de mercado superior al 50% indica muy probablemente la existencia de una posición dominante, siempre que la cuota de mercado de los competidores sea mucho menor y que la cuota se haya mantenido durante algún tiempo. Es improbable que una

decisivo, a saber, el poder de mercado. Cuando los productos están diferenciados, la información que proporciona la cuota de mercado es menos valiosa. También se toman en consideración las barreras de entrada y a la expansión, pero debe tenerse en cuenta que la entrada, en caso de ejercicio de un poder de mercado sustancial, debe ser probable, oportuna y de escala y alcance suficientes. El poder compensatorio de los grandes compradores se entiende como factor que promueve la entrada o la expansión que beneficiarían tanto a los compradores grandes como a los pequeños, y no como la capacidad de negociar condiciones más favorables para sí mismos.

29. En resumen, aunque la definición jurídica de la posición dominante varía según los países, éstos tienden a utilizar una definición basada en criterios de comportamiento o a combinar este tipo de definición con una presunción refutable de posición dominante en función de la cuota de mercado. En la práctica, muchas autoridades utilizan el concepto de "zona de exclusión" en función de la cuota de mercado es decir, un nivel por debajo del cual una empresa no puede ser declarada en posición dominante. Las autoridades examinan una serie de factores, normalmente las barreras de entrada, para determinar si una empresa que está fuera de la zona de exclusión goza en efecto de una posición dominante.

B. Prácticas abusivas

30. Las prácticas abusivas se dividen habitualmente en abusos de exclusión y abusos de explotación. Los abusos de exclusión obligan a los competidores a abandonar el mercado, no los dejan entrar en él, o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse. Puede resultar difícil distinguir entre los abusos de exclusión y la competencia "feroz", pues son fenómenos parecidos a corto plazo. Por ejemplo, a corto plazo, la fijación de precios predatorios es beneficiosa para los consumidores y tiene la apariencia de una competencia "feroz" que ofrece más productos a precios más bajos. Sin embargo, a la larga, los competidores quedan excluidos y el depredador puede subir los precios y reducir la calidad.

31. Los abusos de explotación son aquellos en que la empresa dominante sube los precios o reduce la calidad o la variedad, o toma otras medidas que le permiten enriquecerse de una manera que habría resultado imposible en un mercado competitivo. Cada autoridad de defensa de la competencia trata estos abusos de explotación de modo distinto; algunas están más dispuestas a intervenir y otras consideran que el resultado de una intervención mediante la legislación sobre la competencia sería perjudicial.

32. Las prácticas abusivas comprenden las que se refieren a la fijación de precios y las que no están vinculadas a los precios. Algunos efectos anticompetitivos pueden ser generados por ambos tipos de prácticas; por ejemplo el hecho de negarse a suministrar dos productos por separado -poniéndoles un precio único- para obligar al cliente a comprar los dos. Más adelante, después de la sección dedicada al análisis de los efectos, se utilizan estas categorías para estudiar los ejemplos de conducta abusiva señalados por los Estados miembros.

empresa con una cuota de mercado inferior al 25% goce de una posición dominante (Comisión Europea, 2005: párr. 31).

1. La forma frente a los efectos

33. El análisis de las conductas abusivas está cambiando. La creciente insatisfacción con términos como "competencia normal", "competencia basada en los méritos" y "reglas de juego equitativas" ha suscitado interés en mejorar el análisis y el cumplimiento de las normas. La característica que podría definir estas iniciativas es que intentan incorporar al razonamiento jurídico un razonamiento más económico. Al mismo tiempo, el proceso de adopción de decisiones debería dar lugar a pocos errores y ser relativamente eficiente, oportuno y previsible. Las autoridades están procurando determinar o enunciar principios más amplios aplicables al proceso de adopción de decisiones.

34. Las autoridades de defensa de la competencia analizan las conductas desde el punto de vista de la forma de sus efectos económicos. Se considera que el análisis formal proporciona mayor seguridad jurídica y una resolución más rápida. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias, una misma conducta puede constituir "competencia normal" o "abuso". Hay una tendencia a dejar de aplicar normas *per se* a determinadas formas de conducta. El análisis de una conducta en función de sus efectos lleva más tiempo y consume más recursos, pero puede dar lugar a menos errores. La tendencia consiste en analizar los efectos económicos de una conducta y determinar qué "pruebas de efectos" resultan apropiadas en determinadas circunstancias.

35. Se han desarrollado varias pruebas de efectos económicos para tratar de distinguir las conductas favorables a la competencia de las prácticas anticompetitivas¹⁰. No hay ninguna prueba que resulte apropiada en todos los casos. A continuación se enumeran algunas de esas pruebas:

- a) La prueba del sacrificio de beneficios;
- b) La prueba de la ausencia de sentido económico;
- c) La prueba de la empresa igual de eficiente; y
- d) Diversas pruebas de compensación del bienestar de los consumidores.

36. La prueba del sacrificio de beneficios se basa en la siguiente pregunta: "¿Sería racional este sacrificio de los beneficios a corto plazo si la conducta no tendiera a eliminar o reducir la competencia?" Esta prueba sirve en casos de fijación de precios predatorios, pero en los demás casos -como las prácticas excluyentes que no recurren al establecimiento de precios inferiores al costo- no ofrece resultados fiables. Por ejemplo, no detectaría ni las prácticas de aumento de los costos de los competidores ni la exclusión barata (por exclusión barata se entienden las medidas excluyentes que resultan baratas para la empresa que las emprende; por ejemplo, recurrir a falsedades para menospreciar el producto de un competidor o participar en un órgano normativo de modo que, a la larga, se excluya a los competidores). Asimismo, esta prueba detecta las conductas que aumentan el bienestar y excluyen a los competidores, una situación deseable en la legislación de algunos países.

¹⁰ Esta exposición está muy inspirada en la que figura en OCDE (2005).

37. La prueba de la ausencia de sentido económico se basa en la siguiente pregunta: "¿Tendría sentido económico esta conducta si no tendiera a eliminar o reducir la competencia?" El sacrificio de beneficios no es necesario ni suficiente. Esta prueba detecta las conductas que tienden a eliminar la competencia cuando el único beneficio económico que obtiene la empresa es generado precisamente por esa tendencia. Sin embargo, no detecta las conductas que tienen sentido económico porque aumentan la eficiencia y a la vez reducen la competencia. Además, detecta conductas que son deseables en la legislación de algunos países.
38. La prueba de la empresa igual de eficiente se basa en la siguiente pregunta: "¿Es probable que esta conducta excluya a un competidor que es por lo menos igual de eficiente que la empresa dominante?" Sus detractores indican que esta prueba permite a la empresa interesada impedir la entrada de nuevas empresas que a la larga pueden ser tan eficientes como ella y señalan que los competidores menos eficientes pueden aumentar el bienestar. Los defensores sostienen que la entrada de competidores ineficientes constituye un desperdicio y que resulta perjudicial a largo plazo que las empresas dominantes no puedan eliminar a los competidores gracias a su mayor eficiencia. Una de las aplicaciones de esta prueba es un indicador de referencia de costos utilizado en los casos de fijación de precios predatorios, el costo variable medio (CVM); una empresa dominante cuyos precios sean superiores al CVM no puede excluir a una empresa igual de eficiente que ella.
39. Las pruebas del bienestar del consumidor se basan en la siguiente pregunta: "¿Tiende esta conducta a reducir el bienestar del consumidor al aumentar los precios o reducir la producción?". Estas pruebas son difíciles de aplicar cuando es probable que una conducta reduzca el bienestar del consumidor y al mismo tiempo aumente la eficiencia de la empresa. Sus defensores abogan por la compensación de efectos en tales situaciones, pero cuando los encargados de dirimir el caso deben hacer estimaciones aproximadas (probablemente la situación más común), las impresiones subjetivas reducen la previsibilidad. Es difícil "confiar en que las pruebas de compensación puedan realizarse con precisión, objetividad y coherencia" (OCDE, 2005:11).
40. En una prueba ideada por el catedrático Einer Elhauge, que aún no ha sido aplicada por los tribunales ni por las autoridades, se pregunta si los competidores son excluidos porque la empresa dominante está aumentando su propia eficiencia o porque está menoscabando la eficiencia de sus competidores.

2. Prácticas no relacionadas con la fijación de precios

41. La negativa a comerciar o a suministrar bienes o servicios es potencialmente anticompetitiva. Naturalmente, una empresa es libre de escoger a sus interlocutores comerciales pero, en determinadas circunstancias, esto puede provocar la exclusión o discriminación anticompetitiva de otros agentes comerciales¹¹.

¹¹ Asuntos 6/73 y 7/73, *Commercial Solvents c. Commission*, en que la empresa dominante había dado preferencia a una de sus filiales, y asunto 22/78, *Hugin Kassaregister c. Commission*, en que la empresa demostró su intención de operar también en los mercados descendentes dando servicio a sus propias máquinas, excluyendo de este modo a sus competidores en ese mercado que pedían piezas de recambio.

42. En Zimbabwe se abrió una investigación en respuesta a las denuncias relacionadas con el mercado de retales textiles. Se determinó que Kadoma Textiles había abusado de su posición dominante al discriminar entre sus clientes con respecto a la cantidad, la calidad y el precio, con el fin de favorecer a una empresa propiedad de la esposa del Director General de Kadoma Textiles. Se consideró que dicha conducta infringía la legislación sobre la competencia.

43. El asunto *Fetransa*, ventilado por la Sala de Defensa de la Competencia del Perú, se refería a una negativa a suministrar que dio lugar a discriminación. Se acusaba a Fetransa de negarse a negociar con la empresa demandante, Fersimsac. Fetransa era la concesionaria del ferrocarril del suroeste del Perú, así como del parque tractivo y rodante propiedad del Estado. Fersimsac quería alquilar material rodante de Fetransa, a lo cual ésta se negó aduciendo que todo el material había sido arrendado a otra empresa, Perurail. Fetransa bloqueó así la entrada de Fersimsac en el mercado. Perurail era una filial de Fetransa. Aunque en primera instancia se declaró justificada la negativa de Fetransa, la decisión fue anulada en la instancia de apelación. Se ordenó a Fetransa que pusiera fin a la discriminación y que cumpliera la cláusula de no discriminación que figuraba en el contrato de concesión.

44. Se acusó a Petroperú, un productor y distribuidor de combustible del Perú, de discriminar entre los distribuidores por negarse a alquilar capacidad de almacenamiento de gas licuado de petróleo a empresas que pertenecían a una determinada asociación. En cambio, sí alquiló esa capacidad a otra empresa, Llamagas, que no formaba parte de la asociación, para impedir las importaciones y proteger sus ventas en el mercado interno. Se declaró a estas empresas culpables de discriminación.

45. En 2007 se dio en la República Checa un caso de negativa a negociar por parte del proveedor de gas natural en posición dominante, RWE Transgas. RWE tenía el monopolio del suministro de gas en el país. Controlaba seis de los ocho distribuidores principales de gas de la República Checa, y tenía una participación considerable en los otros dos. Fue declarado culpable de abusar de su posición dominante por negarse a concertar acuerdos con distribuidores independientes que no incluyesen condiciones (precios y condiciones de comercio) que impidieran a los distribuidores independientes competir efectivamente contra las empresas filiales de RWE. Además, RWE Transgas se negaba a suministrar gas a "clientes autorizados" (grandes clientes autorizados por ley a comprar gas de cualquier empresa) fuera de la zona en que operaba el distribuidor regional de gas al que "pertenecían" dichos clientes. Se determinó que esta práctica excluía a los competidores y limitaba la elección de los clientes.

46. La doctrina de los recursos esenciales está directamente relacionada con la negativa a suministrar. Esta doctrina establece cuándo se puede exigir a una empresa que dé acceso a un recurso. Los recursos esenciales pueden ser productos, como las materias primas, pero también puertos, aeropuertos, sistemas o redes de distribución, así como derechos de propiedad intelectual¹². En el documento de debate de la Comisión Europea se establecen cinco condiciones en relación con la doctrina de los recursos esenciales: a) la conducta puede caracterizarse por la negativa a suministrar; b) la empresa ocupa una posición dominante; c) el insumo es indispensable; d) es probable que la denegación sea perjudicial para la

¹² *Commercial Solvents*. También Van Bael I y Bellis J-F (2005). *Competition Law of the European Community*. Cuarta edición Kluwer Law International: 955.

competencia; y e) no hay una justificación objetiva. Sin embargo, se sigue debatiendo internamente la cuestión del alcance (y en algunos regímenes jurídicos, la existencia) de la doctrina de los recursos esenciales. Algunos de los encuestados señalan que es importante dar incentivos a las empresas privadas para que hagan inversiones, y que una aplicación amplia de la doctrina de los recursos esenciales desalienta esas inversiones. Otros afirman que la reglamentación activa de las condiciones de acceso por parte de los organismos reguladores sectoriales puede hacer innecesaria una doctrina de los recursos esenciales en los respectivos sectores.

47. En la República Checa se investigó un caso de denegación del uso de una estación de autobuses y de su sistema de información. CSAD Liberec era una empresa de autobuses que servía la línea Praga - Liberec y operaba la única estación de autobuses de Liberec. CSAD Liberec denegó a la empresa demandante, su competidora Student Agency, el uso de la estación de autobuses de Liberec y de su sistema de información. Como resultado de ello, los pasajeros no recibían información sobre los horarios de salida de Student Agency y la empresa no podía utilizar la estación de autobuses, lo cual ocasionó molestias a sus pasajeros. Se determinó que CSAD Liberec había abusado de su posición dominante.

48. Los derechos de propiedad intelectual (DPI) pueden constituir una barrera de entrada de carácter jurídico. Los DPI confieren temporalmente derechos de exclusividad. Sirven de incentivo a las empresas para que inviertan y asuman riesgos, estimulando así una competencia dinámica. No obstante, un DPI no crea necesariamente un monopolio, pues a menudo los competidores no necesitan tener acceso a ese DPI para competir en el mismo mercado. Puesto que los DPI y la legislación sobre la competencia tienen objetivos similares, no se las suele considerar políticas opuestas, sino complementarias.

49. La competencia en la innovación tiene tal importancia para el desarrollo económico que las licencias obligatorias de DPI son muy poco habituales. En una decisión relativamente reciente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas exigió la concesión de una licencia obligatoria. En el asunto *IMS* (C-418/01 ECR I-5039), el tribunal no sólo exigió las condiciones requeridas para ordenar a una empresa que suministre (véase la parte anterior dedicada a los recursos esenciales) sino, además, la condición adicional de que la empresa que solicita la licencia pretenda realmente ofrecer productos o servicios nuevos para los cuales existe una demanda potencial por parte de los consumidores (párr. 49) (OCDE, 2006:207). En las respuestas al cuestionario no se abordó la cuestión de las licencias obligatorias, pero cabe señalar al respecto el ejemplo de Sudáfrica que figura más adelante.

50. Los acuerdos de exclusividad son potencialmente abusivos. Se trata de contratos por los que un cliente está obligado a comprar únicamente los productos de la empresa dominante. Pueden ir acompañados de "cláusulas inglesas" que obligan al cliente a comunicar cualquier oferta mejor y, en algunos casos, a dar el nombre de quien la hace. Las condiciones contractuales con efecto exclusivo pueden considerarse abusivas, aunque no exijan la exclusividad de forma manifiesta¹³.

¹³ Decisión de la Comisión Europea en *Van den Bergh Foods Ltd* (98/531), 11 de marzo de 1998, OJ L246, pág. 1, párr. 265. La empresa había suministrado al minorista un congelador para sus propios helados y le prohibió utilizarlo con helados de la competencia. La Comisión declaró lo

51. En un caso que se produjo en 2007 en el sector de las telecomunicaciones de Croacia, la autoridad encargada de la competencia determinó que Hrvatske Telekomunikacije (HT) y T-Mobile Hrvatska habían abusado de su posición dominante. HT y su empresa asociada T-Mobile Hrvatska impusieron a 23 clientes "clave" un contrato marco con disposiciones que ponían barreras de entrada. En ellas se exigía a los clientes que informaran a HT y a T-Mobile de las nuevas ofertas de la competencia. Los clientes también tenían que aceptar las ofertas de HT y de T-Mobile si éstas eran iguales, de menor precio o de mayor calidad que el mismo producto de la competencia. La autoridad consideró abusivas estas disposiciones y ordenó que fueran suprimidas o modificadas.

52. En Francia hubo un caso de acuerdos de exclusividad referidos a la transmisión de servicios de televisión por vía hertziana terrestre analógica. Se firmaron acuerdos de larga duración (siete años) pocas semanas antes de que el sector quedara abierto a la competencia. Tres grandes canales de la televisión pública acordaron utilizar únicamente infraestructuras de TDF para sus transmisiones, con muy pocas excepciones. La mayor parte de la red se reutilizaría para transmisiones de televisión digital terrestre. El Consejo de la Competencia determinó que los acuerdos cerraban el mercado de la transmisión de televisión analógica e impedían la entrada en dicho mercado. El Consejo aceptó el compromiso de TDF de modificar los contratos para suprimir la exclusividad.

53. Las vinculaciones pueden ser abusivas. Hay vinculación cuando una compañía dominante en el mercado del producto "vinculante" condiciona la venta de éste a la del producto "vinculado". Esta práctica puede considerarse abusiva si sirve para eludir la reglamentación sobre precios o si excluye a los competidores del mercado del producto vinculado. En la jurisprudencia europea se elaboró la siguiente prueba: "a) el producto vinculante y el producto vinculado son productos distintos; b) la empresa en cuestión es dominante en el mercado del producto vinculante; c) la empresa en cuestión no ofrece a sus clientes la opción de obtener el producto vinculante sin el producto vinculado; y d) la vinculación excluye la competencia"¹⁴. El punto d) suscita cuestiones económicas complejas.

3. Ejemplos de casos en que el cumplimiento de la legislación sobre la competencia contribuye al desarrollo

54. Todos los países que respondieron al cuestionario de la UNCTAD consideraron que los abusos de la posición dominante limitaban o impedían su desarrollo económico.

55. En un caso, que se dio en Sudáfrica, de limitación del acceso a los medicamentos contra el VIH/SIDA, se consideró que la legislación sobre la competencia era una herramienta del Estado para ayudar a preservar la vida.

siguiente: "El efecto de un acuerdo en exclusiva sobre arcones es (...) el mismo que podría tener cualquier otra medida adoptada por un proveedor en situación de posición dominante que impidiera a sus competidores entablar relaciones comerciales con dicho minorista".

¹⁴ Asunto COMP/C-3/37.792, *Microsoft c. Commission*, decisión de la Comisión 24 de marzo de 2004, párr. 794.

56. La intervención de un organismo de defensa de la competencia puede mejorar el acceso a servicios locales fundamentales, lo cual a su vez promueve el desarrollo económico. En sus respuestas al cuestionario, Bulgaria y la República Checa expusieron casos referidos a los autobuses interurbanos.

57. Los organismos encargados de la competencia intervienen frecuentemente cuando se trata de servicios públicos como la electricidad, las telecomunicaciones, el gas y el agua. Ejemplo de ello es el caso de RWE Transgas de la República Checa descrito anteriormente. La intervención en esos sectores, especialmente cuando el organismo regulador sectorial está inactivo o no existe, puede favorecer el desarrollo económico. No obstante, las intervenciones pueden requerir un alto grado de capacidad técnica del que quizá no dispongan las autoridades de defensa de la competencia pequeñas o de reciente creación. Pueden resultar más eficaces las actividades de promoción con los organismos reguladores sectoriales, cuando éstos existen. Como ejemplo cabe citar el caso de Albania, descrito anteriormente.

58. En resumen, las autoridades encargadas de la competencia intervienen frecuentemente para evitar abusos de la posición dominante en los sectores que sostienen el desarrollo económico. Éstos incluyen desde estaciones de autobuses hasta fármacos que salvan vidas. Sin embargo, las actividades de promoción con los órganos reguladores sectoriales a veces pueden resultar más efectivas que las reiteradas medidas para la aplicación de las normas.

IV. DESAFÍOS CON QUE TROPIEZAN LOS PAÍSES EN DESARROLLO Y LAS ECONOMÍAS EN TRANSICIÓN

A. El objetivo de desarrollo según el Conjunto de Principios y Normas de las Naciones Unidas

59. El Conjunto de Principios y Normas de las Naciones Unidas¹⁵ alienta a los países en desarrollo a adoptar y aplicar leyes sobre competencia adaptadas a sus condiciones económicas y a sus necesidades específicas. En la sección C iii) se establece lo siguiente: "A fin de asegurar la aplicación equitativa del Conjunto de principios y normas, los Estados, en particular los de los países desarrollados, deberían tener en cuenta, al controlar las prácticas comerciales restrictivas, las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados, especialmente para los fines de los países en desarrollo en cuanto a: a) fomentar el establecimiento o desarrollo de industrias nacionales y el desarrollo de otros sectores de la economía; y b) favorecer su desarrollo económico, mediante acuerdos regionales o globales entre países en desarrollo".

¹⁵ El Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas fue aprobado mediante la resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1980.

B. Aspectos especiales del abuso de la posición dominante que afectan a los países en desarrollo y las economías en transición

60. No se dispone de datos estadísticos sobre el abuso de la posición dominante que permitan hacer afirmaciones generales sobre la extensión del fenómeno. Los datos empíricos de que se dispone, como las respuestas a la encuesta de la UNCTAD, apoyan la idea de que la competencia es menos vigorosa en los países en desarrollo y en las economías en transición que en las economías desarrolladas. En este capítulo se examinan algunos estudios estadísticos y datos empíricos.

61. En un documento de trabajo de la UNCTAD de 2002 (Singh, 2002) se citan varios estudios sobre la competencia en los países en desarrollo y desarrollados. Dos de ellos, uno basado en la persistencia de los beneficios y el otro en la cifra de negocios de las empresas (entradas y salidas), indican que el nivel de la competencia en los países en desarrollo y en las economías en transición es prácticamente el mismo que en las economías desarrolladas. Un estudio sobre fabricantes de los países en desarrollo "no respaldó la afirmación de que los fabricantes de los países menos adelantados se encuentran estancados y son poco eficientes en términos relativos", lo que nuevamente contradice la idea de que la competencia es menos intensa en los países en desarrollo (Singh, 2002:3-6, en referencia a Tybout, 2000).

62. En el *Global Competitiveness Report* de 2007 se señaló que la prosperidad de un país aumenta con su productividad. En el informe se ponían en correlación ciertos indicadores con el producto interno bruto (PIB) por habitante. En resumen, en el caso de los países de bajos ingresos influían en el PIB por habitante la telefonía móvil, el suministro eléctrico de alta calidad, el acceso a Internet, las barreras comerciales, las infraestructuras de otro tipo y la competencia local. En el PIB por habitante de los países de ingresos medios influían esos mismos factores, junto con las patentes, la ausencia en el mercado de grupos de empresas en posición dominante y la eficacia de las políticas antitrust (Foro Económico Mundial, 2007).

63. "Las economías en desarrollo y en transición pueden experimentar deficiencias estructurales que las hagan particularmente vulnerables a las conductas anticompetitivas del sector privado. Los siguientes factores, cuando se dan, pueden influir negativamente en la presión competitiva:

- a) Mayor proporción de mercados locales aislados de las medidas de liberalización del comercio;
- b) Acceso limitado a insumos esenciales;
- c) Canales de distribución más limitados;
- d) Mayor dependencia de las importaciones (insumos industriales básicos) y/o exportaciones (para el crecimiento);
- e) Mayor incidencia de las barreras administrativas/institucionales a las importaciones;
- f) Mercados de capitales débiles" (OECD, 2003, párr. 19).

64. La transición de un monopolio estatal a una situación de competencia puede generar más posibilidades de abuso de la posición dominante mediante prácticas excluyentes. "Una antigua empresa monopolística que se enfrenta a nuevos competidores puede haber "heredado" ventajas de su anterior situación, como una sólida situación financiera, el control de ciertas instalaciones de red, contactos y apoyo político, o relaciones sólidas con proveedores y clientes. Esta empresa en posición dominante, u "operador interesado", puede encontrar la forma de complicarles las cosas a los nuevos competidores y, en última instancia, excluirlos efectivamente. En muchos países que tienen mercados liberalizados, la autoridad encargada de aplicar la legislación sobre la competencia se ve desbordada por un sinnúmero de denuncias de abuso de posición dominante provocadas por el desequilibrio entre una empresa que fue monopolística y sus nuevos competidores" (OCDE, 2003: párr. 20). Según la Ley de competencia de la India, (cuyo artículo 19 4) g) indica que el legislador es consciente de esta cuestión) un factor que debe tenerse en cuenta para determinar si una empresa goza de una posición dominante es la existencia de "un monopolio o posición dominante, en virtud de la ley o de su condición de empresa del Estado o de empresa del sector público o de otro motivo".

65. En Sudáfrica encontramos dos ejemplos de empresas que intentaron sobrellevar la transición económica incurriendo en prácticas excluyentes:

"El sector agrícola sudafricano ha estado dominado durante mucho tiempo por las cooperativas de productores y por acuerdos legales de comercialización con un solo comprador. Con la reducción de las barreras al comercio internacional y la introducción de disciplinas de mercado en el sector agrícola, muchas de estas cooperativas y juntas de comercialización se convirtieron en empresas privadas que, pese a todo, intentaban conservar la exclusividad en la prestación de servicios clave de distribución y de otro tipo a sus antiguos miembros, los agricultores y los exportadores de productos agrícolas. Esto ha dificultado la entrada de nuevos proveedores de servicios en el sector agrícola. En dos importantes casos relacionados, respectivamente, con los mercados de las uvas pasas y de los cítricos, el tribunal declaró inválidos los acuerdos anticompetitivos que figuraban en los estatutos sociales de las nuevas corporaciones. Ello ha contribuido al desarrollo de un mercado de servicios clave, como el abastecimiento de insumos agrícolas esenciales y los servicios de comercialización de exportaciones. Esta situación ha permitido la entrada de nuevos competidores en una serie de mercados importantes, para considerable beneficio tanto de estos nuevos competidores como de los usuarios de sus servicios, en particular los agricultores a quienes antes se negaba el derecho a buscar el mejor precio y el servicio de la mejor calidad" (Tribunal de Competencia de Sudáfrica y Comisión de la Competencia de Sudáfrica, 2004: párr. 14).

66. Es posible que las autoridades encargadas de la competencia en los países en desarrollo y en transición tengan que hacer frente a las prácticas abusivas de explotación más a menudo que las autoridades de los países desarrollados. Es más probable que en los países en desarrollo y en transición no haya autoridades reguladoras que limiten el comportamiento de las empresas en los mercados naturalmente monopolísticos (suministro de electricidad, abastecimiento de agua, etc.), por lo que es más probable que en esos países adquiera más importancia la aplicación de leyes sobre la competencia.

67. Es posible que en los países en desarrollo haya un número desproporcionado de empresas dominantes simplemente porque sus economías son pequeñas. En un documento presentado en

nombre de Malta (Briguglio y Buttigieg, 2003) se sostiene de forma elocuente que la legislación sobre competencia se aplica de manera distinta en las pequeñas economías debido a los siguientes factores económicos de base:

- a) Es posible que los monopolios naturales sean más frecuentes porque la demanda es menor en las economías más pobres o más pequeñas y porque no se comercia con algunos productos.
- b) Es posible que haya más barreras de entrada. Es más probable que la escala de entrada supere la demanda local. Otra posibilidad es que el gobierno cree barreras de entrada para que las empresas interesadas puedan funcionar al menor nivel de eficiencia.
- c) Los precios elevados quizás reflejen simplemente el mayor costo de las operaciones a menor escala o la prima de riesgo por importar hacia una economía pequeña.
- d) Puede que las importaciones representen una porción mayor del PIB y que haya pocos productos de sustitución de las importaciones. Ello a menudo da lugar a que las empresas que dominan los canales de importación dominen también el mercado interno correspondiente.

68. Dutz (2002) sostiene que las autoridades encargadas de la competencia en los países en desarrollo y en transición deberían centrar su lucha contra el abuso de posición dominante en los abusos que impiden a las empresas acceder a servicios que les son esenciales. La idea es reducir los obstáculos a que se enfrentan los nuevos empresarios y las PYMES. Dutz cita como ejemplo de insumos locales esenciales "los bienes inmobiliarios, los servicios de banca, el transporte, los almacenes de distribución, las comunicaciones y los servicios profesionales para empresas".

69. Fox (2007:116) afirma que "las prácticas anticompetitivas abundan en los sectores de los productos esenciales para uso personal y de las empresas, como la leche, los refrescos, la cerveza, el pollo, el azúcar, el algodón, el papel, el aluminio, el acero, los productos químicos (para fertilizantes), las telecomunicaciones, incluidos los servicios de telefonía móvil, el cemento y otros materiales de construcción, el transporte, incluido el transporte por camión, el transporte marítimo y el acceso a los puertos, los gases industriales, los servicios bancarios, los servicios de seguros, el carbón y la electricidad. Muchas de las prácticas son locales, muchas están facilitadas por el gobierno, y muchas otras son transnacionales, lo cual tiene efectos restrictivos en el mercado interno". Fox afirma que intervenir contra las conductas de empresas estatales o privilegiadas por el Estado que bloquean la entrada de nuevos competidores y provocan discriminaciones podría ser más beneficioso y menos costoso que intervenir contra el abuso de la posición dominante en los países desarrollados (Fox, 2007:119).

70. La reforma económica en muchos países incluye la introducción de la competencia en mercados donde solía haber monopolios estatales. Resulta tentador transformar los monopolios públicos en monopolios privados. Una función importante de los organismos encargados de la competencia es promover estructuras competitivas y una reglamentación que estimule la competencia. Es mucho más fácil imponer un cambio estructural -como la separación vertical y divisiones horizontales para crear competidores- antes de la privatización que después. Los titulares de propiedad privada se opondrán a cambios estructurales que supongan una

destrucción de valor. Por ello, es fundamental iniciar el proceso de reforma con cambios estructurales.

V. CONCLUSIÓN

71. Los organismos de defensa de la competencia pueden alcanzar los objetivos de interés público concentrándose en los ámbitos que tienen repercusiones importantes en el conjunto de la sociedad. La competencia en los mercados de productos esenciales para uso personal y de las empresas, y en los de otros productos básicos, que a menudo constituyen importantes mercancías de exportación para los países en desarrollo, puede ser decisiva para lograr las metas de desarrollo. Para alcanzar estas metas de manera efectiva quizás sea necesario realizar actividades de promoción (contra la privatización de monopolios y a favor de la eliminación de los regímenes especiales que protegen de la competencia a las empresas dominantes) e intervenciones contra los abusos de la posición dominante. La protección de los consumidores y la libertad de las empresas, incluidas las PYMES y las microempresas, de adoptar una conducta económica que no esté sometida a los abusos de las empresas dominantes promueven el desarrollo económico.

BIBLIOGRAFÍA

- American Bar Association (1997). ABA Section of Antitrust Law. Antitrust Law Developments, cuarta edición.
- Briguglio L. y Buttigieg E. (2003). Competition constraints in small jurisdictions. Presentado en el Fondo Mundial sobre la Competencia de la OCDE en 2003. CCNM/GF/COMP/WD(2003)32.
- Competition Tribunal of South Africa and the Competition Commission of South Africa (2004). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. Presentado en el Fondo Mundial sobre la Competencia de la OCDE en 2004. CCNM/GF/COMP/WD(2004)11.
- Dutz M. (2002). Competition policy issues in developing and transition markets. Presentado en el Fondo Mundial sobre la Competencia de la OCDE en 2002. CCNM/GF/COMP/WD(2002)35.
- Dirección General de Competencia de la Comisión Europea (2005). DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, diciembre. Disponible en: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- Comisión Europea (2004). Guidelines on the application of article 81(3) of the treaty.
- Fox E. (2007). Economic development, poverty and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 13:101–126.
- Goyder D. G. (2003). *European Commission Competition Law*. Cuarta edición. Oxford University Press.
- Red Internacional para la Competencia (2007). Report on the objectives of unilateral conduct laws, assessment of dominance/substantial market power, and state-created monopolies, mayo. Disponible en: www.internationalcompetitionnetwork.org.
- OCDE (2003). How enforcement against private anticompetitive conduct has contributed to economic development. CCNM/GF/COMP(2003)7. Disponible en: www.oecd.org/competition.
- OCDE (2005). Competition on the merits. Best Practice Roundtable. DAF/COMP(2005)27.
- OCDE (2006). Competition, patents and innovation. Best Practice Roundtable. Disponible en: www.oecd.org/competition.
- OCDE (2007). Competition and barriers to entry. Policy Brief, enero. Disponible en: www.oecd.org/publications/Policybriefs.

Singh A. (2002). Competition and competition policy in emerging markets: international and development dimensions. G-24 Discussion Paper Series, N° 18, septiembre.

Tybout J. (2000). Manufacturing firms in developing countries: how well do they do, and why? *Journal of Economic Literature*, vol. 38. Marzo:11–44.

Foro Económico Mundial (2007). *The Global Competitiveness Report 2007-2008*. Disponible en: www.gcr.weforum.org.
