

FUNDAMENTOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

José Antonio de Chazal P.

1. LA ECONOMÍA DE MERCADO Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

La economía de mercado, vigente en la mayoría de los países, parte del presupuesto de que "en el mercado reina la competencia, toda vez que es en un régimen de competencia donde las leyes de mercado conducen a la más óptima solución de los problemas... Ahora bien, la competencia -factor de primer orden para el adecuado funcionamiento del sistema económico- es un bien necesitado de protección. Se hace, pues, imprescindible una decidida actitud del ordenamiento jurídico encaminada a la defensa de la competencia como principio rector del mercado y, así, surge -en primer lugar en los Estados Unidos y, posteriormente, en el Viejo Continente- el denominado Derecho antitrust o Derecho protector de la libre competencia, cuyo objeto es proteger la institución de la competencia contra los ataques y lesiones de que es objeto por los operadores económicos, bien mediante concertaciones, bien mediante conductas unilaterales amparadas en el poder de mercado, bien mediante concentraciones que, reduciendo el número de sujetos actuantes en el mercado, dan lugar al nacimiento de centros de poder económico, las cuales, más que someterse a las leyes del mercado, lo conforman." ¹

Es la conjunción entre ese Derecho protector (si conviene así llamarlo) de la competencia -el Derecho antitrust-, en libertad y según

¹ GALAN CORONA Eduardo, Legislación sobre Competencia, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, pág. 15

las reglas del mercado, y el denominado Derecho contra la competencia desleal, lo que se conoce modernamente como Derecho de la Competencia.

El crecimiento vertiginoso de las economías privadas, la globalización, la internacionalización de los mecanismos de producción e intercambio, la concurrencia de las empresas en los mercados mundiales, está generando una serie de disposiciones legales, conjuntos normativos que se vislumbran transformadores de los modelos tradicionales del Derecho Comercial o Mercantil. Así, por ejemplo, surge este moderno Derecho de la Competencia; sin duda que por la dinamicidad de la ciencia jurídica aparecerá un novedoso Derecho Empresarial -más dirigido a las empresas- y, en suma, a medida que los procesos sociales y los fenómenos económico-políticos sufren transformaciones, lo propio ocurre con el Derecho, que es una ciencia social donde lo jurídico se inserta con la realidad allá donde sea preciso ordenar conductas -particulares o colectivas- en resguardo de la sociedad organizada, garantizando la pacífica y civilizada convivencia.

Al margen de ello, se ha apuntado que, si la función tutelar de la competencia es permitir la libre concurrencia de las empresas, también debe ser un sistema que vele por los demás participantes del mercado: los consumidores y usuarios. En cuanto al Derecho de la Competencia, se presenta una identidad de fines con enfoques distintos, "pues en el Derecho antitrust importa la estructura del mercado, y en el ámbito de la competencia desleal, el comportamiento del mercado... Las conductas encuadrables en el ámbito de las normas contra la competencia desleal adquieren relevancia antitrust, cuando

por la intensidad de su negativa incidencia sobre la competencia afectan al interés público." ²

1.1. *El Derecho anti-trust*

En sentido puro, el Derecho anti-trust es un conjunto normativo contrario al monopolio, que tiene la función de asegurar la existencia de mecanismos de competencia en el mercado, actuando en protección de las empresas y de los consumidores o usuarios. Idealmente supone el equilibrio perfecto de los intereses empresariales con los de la comunidad que consume o utiliza la producción o los servicios.

Se sostiene que, el Derecho anti-trust y el Derecho contra la competencia desleal, en calidad de órdenes normativos, "tienen una función tutelar de la competencia, del correcto funcionamiento del sistema económico constitucionalizado que se justifica en razón de su eficiencia y para lo cual precisa no sólo que en el mercado exista una situación de competencia efectiva, sino también que la conducta de los operadores económicos se ajuste a la lógica del mercado, que la pretensión de obtener el éxito se base en la eficiencia de sus prestaciones y no en circunstancias ajenas a ella que alteran el correcto funcionamiento del mercado." ³

1.2. *Derecho contra la competencia desleal*

Si bien es cierto que la competencia implica la posibilidad de que las empresas u operadores económicos accionen en el mercado, en concurrencia con otros de similar naturaleza, la

² GALAN CORONA Eduardo, ob. cit., págs. 17 y 19

³ GALAN CORONA Eduardo, ob. cit., pág.16

actividad empresarial requiere de normas éticas y de conducta leal. "Cada empresario tiene derecho a ampliar el ámbito de sus negocios y el círculo de sus clientes aunque con ello perjudique a otros; pero la ley procura que esa competencia, aunque no viole ninguna prohibición, no sea incorrecta. La competencia desleal es reprobada por la ley por no respetar el mínimo de honestidad y juego limpio que debe presidir la lucha comercial." ⁴

2. DERECHO COMPARADO DE LA COMPETENCIA

En el Derecho Comunitario Europeo,⁵ se establecen tres elementos constitutivos del Derecho de la Competencia: **a)** Prohibición de las ententes, **b)** Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado, y **c)** Regulación del régimen de ayudas estatales.

2.1. Conductas prohibidas (ententes)

Según el concepto del Derecho Francés las *ententes* son acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

El Derecho Español se refiere a ellas en sentido genérico como prácticas *colusorias* concertadas o conscientemente paralelas, "que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte

⁴ URÍA Rodrigo, ob. cit., pág. 139

⁵ El Derecho de la Comunidad Europea, fue establecido por el Tratado de Roma y ampliado en su integración bajo la Unión Europea en el Acuerdo de Maastricht. Tiene supremacía normativa frente al Derecho Individual de cada país miembro.

del mercado nacional y, en particular los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones; c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos." ⁶

La competencia, "como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica... y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos..." ⁷

2.2. Abuso de posición dominante

El Derecho Comparado prohíbe la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado o en una parte sustancial del mismo.

⁶ ver: Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, B.O.E. 170, art.1º

⁷ íbid, Exposición de Motivos. Citado por GALAN CORONA Eduardo, Legislación sobre Competencia, ob. cit., pág. 37

Nótese bien que no está prohibida en sí la posición de dominio en el mercado, ya que ésta puede darse por efecto del juego libre de la competencia, o por situaciones que escapan del control de la empresa que ha logrado colocarse en tal posición dominante. Lo que prohíbe la normativa europea es la "explotación abusiva", que excede los aspectos normales de funcionamiento de las condiciones de mercado y se introduce a lo que en teoría se ha desarrollado como abuso del derecho, con variantes de orden económico propios del sistema en el que se desarrolla la competencia.

El abuso podrá consistir, en particular, "en a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos; b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. El abuso de posición de dominio podrá producirse, incluso, cuando el dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecido por ley, o sea consecuencia de un monopolio legal" ⁸ como ocurre

⁸ SANCHEZ CALERO Fernando, Instituciones de Derecho Mercantil, 15a. ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pág. 94

en el caso de ciertos servicios público o actividades públicas, a cargo de explotaciones del Estado.

2.2.1. Control previo de las Concentraciones Económicas:

Se considera que una concentración económica existe cuando una o más operaciones implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes. De manera más concreta, se tipifica como concentración: a) cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionen; b) cuando una o más personas controlen al menos una empresa, o una o más empresas mediante la toma de participaciones en el capital, o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, adquiriera, directa o indirectamente, el control sobre la totalidad o parte de una o de varias otras empresas.⁹

A efectos de ley, el Derecho Comunitario Europeo entiende que “el control resulta de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de una empresa, y en particular: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

⁹ GALAN CORONA Eduardo, ob. cit., pág. 366

Se entenderá que han adquirido el control, la persona o personas o empresas: 1) que sean titulares de dichos derechos o beneficiarios de dichos contratos; o 2) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos." ¹⁰

A los fines de permitir operaciones de concentración, éstas deben ser comunicadas oficialmente al órgano regulador y de defensa de la competencia, con fines de fiscalización dada la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado.

2.3. *Régimen de ayudas estatales*

Conocido también como régimen de ayudas públicas. Consiste en el mecanismo por el cual el Estado, con sus propios recursos o con financiamiento cuyo repago está a su cargo, destina sumas de dinero o apoyo económico a entes de carácter privado, con alguna finalidad de orden público.

Será incompatible este régimen en su aplicación dentro de un sistema de economía de libre mercado, cuando tales ayudas falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o a ciertos rubros de la producción.

En el Derecho Comparado se considera que las ayudas estatales son viables, es decir, compatibles con un régimen de mercado común, cuando: a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida

¹⁰ Reglamento CEE N° 4064/89 del Consejo de la Comunidad Europea, de 21 de Diciembre de 1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE núm. L257, pág. 367, art. 3

sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo; b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado; c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común, d) las ayudas conducentes a promover la cultura y la conservación del patrimonio cultural.

¹¹

3. LA COMPETENCIA DESLEAL

Consiste en una serie compleja de prácticas empleadas por un vendedor para aumentar beneficios mediante publicidad engañosa, *dumping* u otros mecanismos que dañan a los otros vendedores. En otras palabras, implica el ejercicio de actividades de una empresa, en forma tal que daña los derechos e intereses de otras dedicadas a similares rubros de comercio.

3.1. Visión legislativa boliviana

Existen prácticas constitutivas de competencia desleal que son identificadas por la legislación, las cuales consisten en:

a) Violar disposiciones que protegen la propiedad industrial, patentes de invención y marcas.

¹¹ ver: Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, BOE N° 1, de 1° de Enero de 1986; también en GALAN CORONA Eduardo, Legislación sobre competencia, ob. cit., pág. 153

- b) Confundir o inducir a confusión en los nombres, signos, actividades, publicidad o propaganda de otro producto o empresa.
- c) Utilizar medios o sistemas tendientes a desacreditar los productos o servicios de un competidor, o los altere de tal manera que conduzca a engaño de la clientela.
- d) Utilizar denominaciones aprovechando las cualidades de productos ajenos o realizar imitaciones.
- e) Emplear medios que induzcan a errores al público consumidor o usuario.
- f) Sobornar a empleados de la competencia o a otras personas para que ahuyenten a la clientela del competidor.
- g) Ejercer maquinaciones o artificios para provocar desconfianza entre el personal de la competencia.
- h) Utilizar medios o sistemas dolosos (con premeditación o alevosía) destinados a desorganizar el mercado.
- i) Efectuar cualquier otro procedimiento que sea contrario a la ley y a las costumbres de comercio, en detrimento de otros empresarios.

En definitiva, Morales Guillén ¹² determina los elementos constitutivos de la noción de competencia desleal: 1) Un acto de competencia, que supone un vínculo entre el acto realizado

¹² ver: MORALES GUILLÉN Carlos, ob. cit., págs.

y la clientela del autor y de la víctima, dedicados a actividades similares, 2) Una conducta incorrecta del autor del acto, contraria a los usos honestos o representativa de abuso del derecho, representativa de deslealtad, 3) Un acto susceptible de provocar un perjuicio al competidor.

En todos los casos, no interesa únicamente el resultado sino los medios que puedan utilizarse a fin de calificar los hechos si son o no constitutivos de competencia desleal.

3.2. *Visión normativa del Derecho Comunitario Europeo*

El criterio que ha primado en esta moderna concepción introduce un "cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección."¹³

Para calificar un acto de competencia desleal es preciso que se realice en el mercado y con fines concurrenciales por parte de las empresas que operan en él. En este sentido, se reputan actos de esta naturaleza los siguientes:

a) *Actos de confusión*, que determinen un comportamiento idóneo para crear confusión con una actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, del cual se produzca un beneficio

¹³ GALAN CORONA Eduardo, ob. cit., pág. 111

para el que realiza la confusión o un perjuicio para la empresa afectada.

b) *Actos de engaño*, donde se utilice o difunda indicaciones incorrectas o falsas, "la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas." ¹⁴

c) *Actos de cohecho*, que tienen similitud con aquella figura típica de recibir dádivas o promesas para ejecutar o dejar de hacer algo relativo a un cargo o función pública. Aquí se presenta la entrega de obsequios con fines publicitarios y supuestos análogos, que pongan al consumidor en el compromiso de contratar la prestación principal, atendiendo a las circunstancias en que se realicen y, principalmente, "cuando induzca a error o dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas." ¹⁵

d) *Actos de denigración*, realizados o difundidos por el competidor o un tercero por él, sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de una empresa, cuyo objetivo sea el menoscabo de su crédito en el mercado. En el supuesto que sea verdad, surge la denominada "*exceptio veritas*" que consiste en la

¹⁴ ver: LEGISLACION ESPAÑOLA, Ley 3/1991 de 10 de Enero, de Competencia Desleal, art. 7

¹⁵ *ibid.*, art. 8

argumentación exacta, verdadera y pertinente de lo dicho, lo cual libera de responsabilidad al autor.

e) *Actos de comparación*, que están vinculados al caso anterior, cuando se produce una "comparación pública de la actividad, las prestaciones o el establecimiento propio o ajeno con los de un tercero" ¹⁶ con alusiones o prácticas engañosas y denigrantes.

f) *Actos de imitación*, cuando resulten idóneos "para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación, o comprobe un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno." ¹⁷ Esto es lo que constituye una de las causas más comunes de competencia desleal, donde empresas competidoras (generalmente nuevas) se aprovechan del nombre, de las características, de la marca o de otros elementos inherentes, para penetrar al mercado.

g) *Otros actos* de competencia desleal, entre los más importantes se cuentan:

g.1.) *Explotación de la reputación ajena*: Vale decir, el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación ajena. Generalmente se expresa mediante actos de imitación o de confusión.

g.2.) *Violación de secretos*: El hecho de vulnerar el secreto industrial, el *know how* y otros elementos reservados de la empresa (estrategias de comercialización, sistemas de producción, etc.), generalmente "cuando se ha tenido

¹⁶ *ibid.*, art. 10

¹⁷ *ibid.*, art. 11

acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas" ¹⁸ como actos dolosos o hechos ilícitos.

g.3.) *Inducción a la infracción contractual*: Cuando se intenta modificar la conducta o las obligaciones contractualmente asumidas por los trabajadores, los proveedores, clientes y otros obligados, con el propósito de infringir tales deberes en perjuicio de la empresa damnificada o en beneficio del competidor.

g.4.) *Violación de normas*: Este es un caso más de competencia ilícita que desleal, ya que implica una infracción expresa de normas legales con el fin de prevalerse de una situación en el mercado, o de afectar el sistema de libre competencia.

g.5.) *Discriminación*: El trato discriminatorio del consumidor hecho por una empresa, aprovechando una situación de dependencia económica en la que pueda encontrarse éste u otras empresas, "que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad." ¹⁹

g.6.) *Venta a pérdida*: Esto supone una especie de *dumping* o venta con subsidios en el mercado, con el fin de eliminar un competidor o de lograr una posición de dominio en el mercado. Es importante señalar que no entran en esta calificación aquellas ventas o realizaciones de temporada, así como las liquidaciones de stocks o

¹⁸ *ibid.*, art. 13

¹⁹ *ibid.*, art. 16

renovaciones de inventarios, cuando se evidencie el sentido comercial legítimo de la empresa.

4. ACCIONES DERIVADAS DE LA COMPETENCIA DESLEAL

En la legislación boliviana se presentan tres clases de acciones, ante el Juez competente, todas ellas destinadas a enfrentar situaciones de competencia desleal:

- Abstención del acto denunciado y la destrucción de los medios materiales empleados.
- Rectificación pública en caso de afirmaciones inexactas o falsas.
- Resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados, y en su caso, el otorgamiento de garantías para responder por ellos.

Como es fácil apreciar, existen grandes vacíos que no pueden ser cubiertos legalmente, frente a una creciente y cada vez más agresiva competencia desleal. Contrariamente, en la legislación comunitaria europea donde -como se ha dicho antes- prevalece respecto a la legislación de cada país miembro, se tiene la posibilidad de plantear seis acciones alternativas: a) Acción declarativa de la deslealtad del acto; b) Acción de cesación del acto o de prohibición del mismo; c) Acción de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal; d) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; e) Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, incluyendo la publicación de la sentencia correspondiente; f) Acción de enriquecimiento injusto (enriquecimiento ilegítimo o ilícito, según la legislación boliviana),

cuando se haya lesionado "una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico." ²⁰

4.1. *Legitimación activa*

Indica la capacidad para demandar el o los actos de competencia desleal, a través de las acciones referidas. De ahí que "cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio" ²¹ judicial de tales acciones. Asimismo, también es permitido presentar demanda a las asociaciones, cámaras y organizaciones empresariales, así como aquellas instituciones que tengan por finalidad la protección de los derechos de los consumidores.

4.2. *Legitimación pasiva*

Establece que las acciones contra actos de competencia desleal podrán ejercitarse contra cualquier persona o autoridad que haya realizado u ordenado el acto de competencia. Algunos autores indican que hay un grado de responsabilidad en los funcionarios públicos que, por acción u omisión, permitan a sabiendas la comisión de actos de competencia desleal, sin hacer nada para evitarlos o sancionarlos.

²⁰ *ibid*, art. 18 inc. 6º)

²¹ *ibid*, art. 19

5. EL MERCADO Y LA COMPETENCIA

Mucho se ha hablado del mercado y su relación inexorable con la competencia de los agentes económicos (empresas). En la concepción de los economistas clásicos, "el mercado constituye no sólo el punto de encuentro teórico de la oferta y demanda, sino al mismo tiempo un instrumento de planificación económica descentralizada, a través del cual tiene lugar en forma espontánea y merced al mecanismo de los precios, la coordinación de los planes económicos individuales formulados por las empresas y las economías familiares. Así concebido, este mecanismo sólo puede funcionar satisfactoriamente cuando los precios a los que vienen ofertados y demandados los bienes y servicios, se mueven libremente y el acceso de las empresas al mercado permanece abierto, es decir, cuando este último se halla sujeto a un régimen de libre competencia, el cual -una vez eliminados los obstáculos artificiales a su funcionamiento- está llamado a operar de forma autónoma. Dentro de este sistema de libertad de competencia, entendida como expresión de la libertad de iniciativa económica, existe una pluralidad -en principio, ilimitada- de sujetos que de ella disfrutan, a los que en el desarrollo de su actividad se les reconoce un tratamiento jurídico sustancialmente igual. En este sentido, el *fundamento jurídico de la libertad de competencia* descansa en el reconocimiento por el legislador de esta libertad de iniciativa económica y del derecho que asiste a toda persona de actuar al servicio de sus intereses particulares." ²²

²² FERNANDEZ DE LA GANDARA Luis- CALVO CARAVACA Alfonso Luis, Derecho Mercantil Internacional, Estudio sobre Derecho Comunitario y del Comercio Internacional, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, págs. 129-130

5.1. *La empresa y el Derecho de la Competencia*

Se ha dicho ya que la empresa, en una visión global, es una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, "vinculada a un sujeto jurídicamente autónomo y que persigue de una manera duradera un fin económico determinado." ²³

En el ámbito de la competencia, donde concurren los agentes u operadores económicos, es fundamental la presencia de éstos ya que son los que determinan el funcionamiento del mercado y permiten la institución de normas de actuación concurrente. Por ello, a los efectos de la competencia, se sostiene que la empresa "comprende todo sujeto, persona física o jurídica, pública o privada, titular de relaciones jurídicas de contenido económico, que opera en el mercado, mediante la producción o distribución de bienes o la prestación de servicios..." ²⁴

El ánimo de lucro está generalmente presente en la actividad empresarial, aunque no es indispensable esa característica para que sea identificada como tal. La razón es obvia, toda empresa comprende un conjunto de elementos, tangibles e intangibles, que interactúan y producen efectos, y uno de ellos es el propósito lucrativo pero no el único. Asimismo, dada su integración necesaria al mercado, la empresa no es tal si carece del grado de autonomía suficiente para determinar sus objetivos y políticas empresariales.

²³ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA, Sentencia de 13/Julio/1992

²⁴ FERNANDEZ DE LA GANDARA Luis-CALVO CARAVACA Alfonso Luis, ob. cit., pág. 149

5.2. Estructuras distorsionantes de la competencia

Son estructuras que se presentan opuestas al funcionamiento normal de la competencia, distorsionándola frente al mercado. Estas se presentan de diferentes formas.

5.2.1. *El oligopolio y el monopolio:* En sentido estricto, *oligopolio* significa pocos vendedores, con poca o ninguna diferencia entre los productos que ofrecen, que posee una gran influencia en el precio y distorsiona el mercado en perjuicio de los consumidores.

El *monopolio*, por su parte, se constituye cuando existe un solo vendedor que oferta un bien o servicio y se convierte en exclusivo, sin lugar a la existencia de la competencia. El más perjudicado es el consumidor o el usuario, que está a merced de la voluntad o de las reglas que defina el ente monopólico.

En Bolivia, al no reconocerse por mandato constitucional "ninguna forma de monopolio privado," se abre, sin embargo, las puertas al monopolio estatal, con características casi tan perniciosas como el de orden privado, dado que se elimina la competencia, se pierde la eficiencia y no existe alternativa para los consumidores o usuarios. Aunque es oportuno mencionar la política de privatización y capitalización, ella no ha sido suficiente para abrir un espacio suficiente a la competencia real y efectiva en el mercado.

El *monopolio* es una situación que puede presentarse aún dentro de sistemas de economía de mercado. "El

monopolista en tal supuesto, es una persona o un grupo de individuos, actuando de consuno, que controlan la oferta de determinada mercancía, con exclusividad..."²⁵

5.2.2. *El dumping*: Es un mecanismo que caracteriza una competencia o práctica desleal de naturaleza tal, que afecta el sistema de comercio exterior de los países. Así, en la legislación boliviana se considera una "importación a precio de dumping, cuando su precio de exportación es menor que el valor normal de un producto similar, destinado al consumo o utilización en el país de origen o exportador, en operaciones comerciales normales" , entendiéndose por éstas, las realizadas entre partes asociadas o que han concertado entre sí un arreglo compensatorio, tomándose para efectos de determinación válida del valor, las disposiciones relacionadas con el GATT (Tratado General de Aranceles y Acuerdos de Comercio) actualmente sustituido por la O.M.C. (Organización Mundial del Comercio) durante la denominada Ronda Uruguay que marcó la transformación del GATT; ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración) y del Pacto Andino (Acuerdo de Integración económica y comercial de los países andinos), según corresponda al ámbito de integración económica.

Precisando más el concepto, en teoría, "existe dumping cuando en el mercado nacional se venden productos importados a precios inferiores a su valor normal, es decir,

²⁵ VON MISES Ludwig, ob. cit., pág. 426

el producto se vende más caro en el país de origen que en el de destino." ²⁶

5.2.2.1. *El dumping en el Derecho Comparado:* Particularmente en el Derecho Comunitario, se considera que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación sea inferior al valor normal de un producto similar. Entiéndese por valor normal: a) El precio comparable realmente pagado o por pagar en el curso de operaciones comerciales normales por el producto similar destinado al consumo en el país de exportación o de origen. b) Cuando no se realice ninguna venta del producto similar en el curso de operaciones normales en el mercado interior del país de exportación o de origen, o cuando tales ventas no permitan una comparación válida. c) Cuando existan razones válidas para pensar o sospechar que el precio al que se vende realmente un producto para su consumo en el país de origen es inferior al coste de producción. ²⁷

Para determinar el valor normal, de dispone que "las transacciones entre partes respecto de las cuales se considere que están asociadas o que han celebrado entre sí un acuerdo de compensación, podrán ser consideradas como operaciones comerciales *no normales* a menos que las autoridades comunitarias comprueben con certeza que los precios y costes de que se trate son comparables a los

²⁶ CETRE Moisés, Liberación Comercial y Neutralidad Estatal, Rev. Comercio Exterior, Bancomex, México, 1994, pág. 515

²⁷ ver: Normas relativas a prácticas de Dumping, Reglamento CEE Número 812/86 del Consejo, de 14 de Marzo de 1986

de operaciones efectuadas entre partes que no tengan tales vínculos." ²⁸

5.2.2.2. *Margen de dumping*: Se entiende por "margen de dumping" el importe en que el valor normal supere al precio de exportación. Asimismo, "cuando los precios varíen, el margen de dumping podrá establecerse transacción por transacción o con referencia a los precios, representativos o medios ponderados, más frecuentemente comprobados." ²⁹ Si estos márgenes varían, se podrá establecer una media ponderada entre los países miembros de la Unión Europea.

5.2.3. *El subsidio*: Esta figura económica es calificada también como práctica comercial desleal, teniéndose calificada una importación como tal, cuando la producción, fabricación, transporte o exportación del bien importado o de sus materias primas o insumos, ha recibido directa o indirectamente cualquier prima, ayuda, premio o aporte en el país de origen o de exportación. Se extiende esta interpretación hacia la existencia de tipos de cambio múltiples que tengan el efecto de un subsidio.

El fomento a las exportaciones no debe necesariamente considerarse un subsidio cuando se trata de un régimen compensatorio de los altos costos de transporte o una devolución de impuestos internos, como ocurre en el caso de Bolivia. Solamente podría pensarse en situaciones de distorsión del mercado internacional por efecto de políticas económicas, cuyo resultado implica afectar la

²⁸ ibid, art. 2 inc. 7

²⁹ ibid, inc. 13

producción de terceros países, con mecanismos artificiales y soportes provenientes de otros ingresos destinados a hacer viable la exportación.

5.3. *Sistemas antidumping y compensatorios de subsidios*

Generalmente, cuando se está frente al dumping surge la respuesta de los países afectados, aplicándose derechos antidumping a las importaciones objeto de esta práctica comercial desleal. Los derechos antidumping son equivalentes al margen calculado de dumping o, en menor cuantía, cuando con ello fuere suficiente para corregir la distorsión provocada. De todos modos, cualquiera sea el caso, se mantiene la aplicación de aranceles y derechos de importación, adicionándose aquellos señalados expresamente cuando se presente situaciones de dumping o de subsidio.

En la legislación boliviana, en los casos de subsidios se aplican derechos compensatorios a las importaciones objeto de esta práctica, equivalentes a la cuantía del subsidio o inferiores a ésta cuando sean suficientes para solucionar el perjuicio o amenaza de perjuicio. "Las medidas antidumping tienen el sentido práctico de proteger a la industria nacional de la competencia desleal... Para demostrar si un artículo se vende a precios inferiores a su valor normal, los empresarios afectados y las autoridades deben adelantar una investigación lenta, compleja y rigurosa. La complejidad no sólo resulta de la falta de información estadística, sino también de las nuevas prácticas comerciales que emplean las empresas exportadoras (exportar mediante costeo variable), lo que implica que a las ventas en su territorio les aplican los costos fijos a partir de un

nivel determinado de producción, mientras que a las exportaciones les cargan los costos variables." ³⁰

En el Derecho Comunitario Europeo no es suficiente la evidencia de dumping, sino que está condicionada a la existencia de perjuicio, es decir, que tales actividades económicas "causen o amenacen causar, debido a los efectos del dumping o de la subvención, un perjuicio importante a un determinado sector económico establecido en la Comunidad (Europea), o retrasen sensiblemente el establecimiento del mismo." ³¹ Frente a ello y complementariamente se señala que los perjuicios causados por otros factores, tales como el volumen y los precios de importaciones que no sean objeto de dumping o de subvenciones, o la contracción de la demanda, que ejerzan también, individualmente o de forma combinada, una influencia desfavorable sobre la producción comunitaria, no deberán atribuirse a las importaciones que sean objeto de dumping o de subvenciones.

Para aplicar derechos compensatorios, más conocidos como derechos antidumping, se requiere que se proceda a un examen preliminar de la situación. Si de él se desprende que "existe dumping o subvención y que hay elementos de prueba suficientes de que ello ocasiona un perjuicio, y los intereses de la Comunidad (Europea) exijan la adopción de alguna medida para evitar que se cause un perjuicio durante el procedimiento, la Comisión, a instancia de un Estado miembro o por propia iniciativa, establecerá un derecho antidumping o compensatorio provisional. En tales casos, el despacho a libre práctica en la Comunidad de los productos de que se trate

³⁰ CETRE Moisés, ob. cit., pág. 515

³¹ GALAN CORONA Eduardo, ob. cit., pág. 548

quedará subordinado al depósito de una garantía por el importe del derecho provisional cuya percepción definitiva se efectuará en aplicación de la decisión ulterior que la Comisión adopte..."³²

Los derechos antidumping y compensatorios no podrán imponerse ni aumentarse con efecto retroactivo. Se establecerán indicando expresamente el importe y el tipo de derecho establecido, el producto afectado, el país de origen o de exportación, el nombre del proveedor y los motivos en que se basen. El importe de tales derechos "no podrá sobrepasar el margen de dumping o el importe de la subvención provisionalmente estimados o definitivamente establecidos; dicho importe deberá ser inferior si el derecho así reducido es suficiente para hacer desaparecer el perjuicio."³³

6. ACUERDOS QUE NO AFECTAN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

En el ámbito de los negocios empresariales, la contratación es el modo más usual de formalizar relaciones entre empresas. Existen ciertos acuerdos o prácticas concertadas que determinan un comportamiento en el mercado destinado a impedir, restringir o falsear la competencia, lo que representa una serie de prácticas restrictivas y por ende, prohibidas por el Derecho de la Competencia.

Sin embargo, se presentan en escena algunos acuerdos que, pese a imponer restricciones a uno de los contratantes, no afectan al Derecho de la Competencia. Por ejemplo, en los acuerdos de distribución

³² *ibid*, pág. 557

³³ GALAN CORONA Eduardo, *ob. cit.*, pág. 559

exclusiva, donde "una parte (el proveedor) se obliga a entregar productos solamente a la otra (el distribuidor) para la reventa dentro de un área determinada" ³⁴ se permite que el proveedor imponga ciertas limitaciones propias de la relación contractual, que no vulneran las normas en tal carácter. Tales restricciones permisibles, que puede imponer el proveedor al distribuidor, pueden ser:

- a) No fabricar o distribuir productos que estén en competencia con los productos objeto de contrato.
- b) Obtener la mercancía para la reventa sólo de la otra parte contratante.
- c) No buscar clientes para los productos objeto del contrato, por ejemplo, mediante anuncios.
- d) No establecer una sucursal o almacén, fuera del territorio contractual.

Algo similar es posible convenir en los contratos de agencia, que incorporan un pacto de no competencia, o sea, que el agente está prohibido de promover o explotar dentro de la misma zona, líneas de negocios de otros empresarios competidores del mismo ramo. De igual modo, también se permite incorporar en el contrato el rasgo de la exclusividad, donde el empresario no podrá convenir con terceros la actividad de promoción o explotación comercial en la misma zona y/o para el mismo rubro de productos.

Messineo sostiene en este sentido que, en el contrato de agencia, "la ley atribuye derecho de exclusiva a las partes, en doble sentido. De un lado el agente no puede asumir el encargo de tratar, en la misma zona

³⁴ BELLAMY Christopher-CHILD Graham, ob. cit., pág. 315

y para el mismo ramo, los negocios de varias empresas o comerciantes que estén en competencia entre sí. Y, recíprocamente, la empresa representada no puede valerse simultáneamente de más de un agente en la misma zona y para el mismo ramo de actividad." ³⁵

7. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE REGULACIÓN

7.1. Certificaciones y declaraciones Negativas

El procedimiento de declaración negativa permite a las empresas comprobar si la Comisión de la Unión Europea considera que su acuerdo o comportamiento está o no prohibido. La declaración negativa reviste la forma de una decisión mediante la cual se certifica que no ha lugar a intervenir en virtud de las disposiciones del Derecho de defensa de la competencia.

7.2. Notificaciones sobre operaciones de Concentración empresarial

Todo proyecto u operación que se realice con el propósito de concretar una concentración empresarial, por vía de fusiones o de tomas de control de una o varias empresas, siempre que por sus características pueda afectar el mercado, debe ser necesariamente comunicada al órgano competente de control y defensa de la competencia.

Las operaciones de control pueden orientarse a la creación o reforzamiento de una eventual posición de dominio en el mercado, casos en los cuales es preciso proceder por la vía

³⁵ MESSINEO Francesco, cita de MORALES GUILLEN Carlos, ob. cit., pág. 1.205

administrativa a una comunicación formal denominada en la legislación comparada como notificación. Ello constituye un procedimiento formal no constitutivo de autorización previa, sino de comunicación de un acto de naturaleza empresarial.

En la legislación nacional existe una prohibición de fusiones entre empresas y entidades competidoras sujetas a la regulación sectorial, “cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico.” El criterio de posición dominante es el que se ha mencionado antes, o sea, aquella situación que tenga un carácter único en la oferta o cuando, sin ser la única no esté expuesta a una competencia sustancial ni eficaz en el mercado específico en el que se desenvuelve.

En definitiva, la notificación implica una operación que debe estar rodeada de la mayor confidencialidad, cuyo depositario público -el órgano administrativo competente- tiene el deber de reserva y tan sólo puede pronunciarse por la procedencia, o eventualmente, por la improcedencia de la concentración cuando existan notorias evidencias que puedan afectar al mercado. Para ello, se tendrán en cuenta los antecedentes, la delimitación del mercado relevante, su estructura, el poder económico acumulado, la evolución de la oferta y demanda, el comercio exterior y las posibilidades de elección de los usuarios y consumidores.