
ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE: DERECHO COMPARADO Y DERECHO URUGUAYO VIGENTE

BEATRIZ BUGALLO

Profesora de Derecho Privado IV-V, Universidad de la República

Profesora de Derecho Comercial, Universidad de Montevideo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. • II. DERECHO COMPARADO. A) Unión Europea. 1. Normativa aplicable. 2. Abuso de posición dominante a tenor del artículo 82 B) MERCOSUR y países de la región 1. Protocolo de Fortaleza 2. Argentina 3. Brasil • III. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO URUGUAYO VIGENTE • IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Mantener la libertad de competencia es preocupación de los Estados que sustentan su régimen económico en la conocida "economía de mercado". En este sentido, el régimen jurídico se orienta a procurar evitar las prácticas restrictivas del comercio y, en general, toda conducta que contradiga este principio.

La normativa que persigue esta finalidad, siendo históricamente reciente¹, tiene actualmente un creciente desarrollo en el derecho comparado. Entre las diversas razones que llevan a los legisladores a regular este punto se destacan tanto las necesidades y problemas a que dan lugar los procesos de regionalización como el impulso que recibe la liberalización de la competencia en los foros internacionales.

Ambas circunstancias, precisamente, han determinado que en nuestro país se planteara la necesidad de su pronta regulación y se consagraran disposiciones en la llamada Ley de Urgencia I. La temática comprendida por las disposiciones vigentes comprende la figura del abuso de posición de dominio o abuso de posición dominante, entre otros mecanismos clásicos de la defensa de la competencia. Este instituto será analizado en el presente trabajo, planteado desde sus antecedentes de derecho comparado y ante la regulación actualmente vigente.

Sin perjuicio de las variedades nacionales, en el derecho de la defensa de la competencia (o derecho antitrust) se pueden distinguir dos grandes sistemas normativos, el norteamericano y el comunitario europeo, los cuales –aún manifestando algunas diferencias sustanciales– defienden idénticas bases de la economía del mercado.

Por afinidades troncales tradicionales entre los sistemas normativos latinoamericanos y el europeo, analizaremos este último con particularidad: en el tema que nos ocupa se ha dejado notar claramente esta influencia en las regulaciones de los países sudamericanos. Simultáneamente, anotaremos el contraste con distintos aspectos del sistema norteamericano. En ambos casos se persigue, históricamente, la figura del abuso de ciertos derechos de los operadores económicos, ya sea los de posición de dominio o los de monopolio, tal como hace referencia el derecho europeo o el norteamericano a esta figura, respectivamente.

Seguidamente plantearemos la regulación del concepto que nos ocupa en el Protocolo de Fortaleza así como en

1 La primera disposición legal conocida es la Sherman Act norteamericana de 1890.

Argentina y Brasil, comprendiendo de esta forma la situación normativa del MERCOSUR y los países de la región que han regulado el tema legalmente. También en Paraguay se ha procurado dar solución a este problema pero no se ha optado por una norma legislativa sino por la reglamentación mediante decreto de 1996 de normas correspondientes a defensa de la competencia a tenor del Tratado Constitutivo de la Organización Mundial de Comercio que constituye ley en Paraguay.

La consideración de la figura del abuso de posición dominante es de primer orden en los procesos de integración dado que, partiendo de un reconocimiento de asimetrías entre las economías de los distintos países es de esperar que puedan darse conductas de empresas de un país de mayor desarrollo industrial que afecten a empresas de otro país². La necesidad de regulación y control a efectos del mantenimiento de la competitividad en el mercado nacional se potencia claramente cuando se trata de mercados integrados, aún cuando deberá la reaglamentación deberá recoger una adecuada flexibilidad a efectos de que el pretendido incentivo a la competencia no se vuelva un obstáculo contradictorio con la ésta³.

Finalmente, formularemos nuestras consideraciones respecto de la forma en la cual el derecho uruguayo recogió la figura del abuso de posición dominante.

II. DERECHO COMPARADO

A) Unión Europea

1. Normativa aplicable

El tema que analizamos integra la temática expresamente reulgada por el Derecho Comunitario europeo, del cual se destaca su carácter "instrumental", dado que no constituye un objetivo en sí⁴, en el mismo sentido que la Sherman Act, sino que se regula y desarrolla en función de la unificación del Mercado Común, que constituye el objetivo principal de la normativa comunitaria toda.

Los preceptos a las cuales recurriremos, para estudiar la regulación del abuso de posición dominante en los términos planteados, se encuentran fundamentalmente en el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam, integrado en la misma sección con el artículo 81, al cual se encuentra vinculado por su propia temática⁵.

- 2 DIEZ-CANSECO NÚÑEZ, Luis José, "Competencia e integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, pág. 61.
- 3 DULLARD, Alfred, "Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, pág. 21 a 39.
- 4 La diferencia de base entre el sistema europeo de defensa de la competencia y el derecho antitrust norteamericano la encontramos en que el sistema de la Sherman Act hace de la persecución de los monopolios un fin en sí mismo.
- 5 **NORMAS COMUNES SOBRE COMPETENCIA, FISCALIDAD Y APROXIMACIÓN DE LAS LEGISLACIONES**
CAPÍTULO I - Normas sobre competencia
 Sección primera - Disposiciones aplicables a las empresas
Artículo 81 (antiguo artículo 85)
 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:
 a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción.
 b) Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.
 c) Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.
 d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalente, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
 e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
 2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.
 3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:
 - Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas.
 - Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas
 - Cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:
 a) Impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos.
 b) Ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.
Artículo 82. (Antiguo artículo 86)
 Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por

El texto de los actuales artículos 81 y 82 (antes 85 y 86 del Tratado de la CEE) fue establecido ya en el Tratado constitutivo de 1957, resultando invariable desde ese entonces. A pesar de ello, no se llegó a aplicar a caso concreto alguno por las autoridades comunitarias hasta 1971. Esta circunstancia es atribuida, según un sector de doctrina, a la vaguedad de las expresiones que consagran al instituto, lo que hacía depender claramente su aplicación de la sabiduría de las autoridades, cosa que en una fase previa – ante la ausencia de referencias del sistema – podía hacer pensar a los operadores que fuera preferible no correr con los riesgos de una actuación administrativa arbitraria o de una interpretación judicial⁶.

Sustancialmente, el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam integra con el artículo 81 del mismo Texto legal un cuerpo normativo que prohíbe determinadas conductas de las empresas operadoras en el mercado comunitario que atenten o puedan atentar contra el principio de la libre competencia, considerándolas – en ambos casos – “incompatibles con el mercado común”. Se trata de disposiciones muy concretas, que carecen de nociones generales o definiciones de los institutos a los cuales aluden por lo que deberemos recurrir constantemente a pronunciamientos de las diversas autoridades comunitarias para llegar a una verdadera conceptualización. Se ha considerado que forman “un todo indivisible y así deben ser interpretadas”⁷.

Mientras el artículo 81 atiende a las consecuencias que pudieran derivarse de los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pudieran tener efectos anticompetitivos en el mercado común o en una parte sustancial, el artículo 82 atiende los efectos anticompetitivos a que puede dar lugar el ejercicio abusivo de los derechos que surgen de una posición de dominio en el mercado que pueda cometer una o más empresas.

Sin perjuicio de sus notables similitudes, es destacable en el texto del artículo 82 una vocación más clara de protección de los consumidores que en artículo 81. Gómez Segade⁸ destaca esta característica de la comparación entre los párrafos 1, b) del texto que corresponde actualmente al artículo 81 y 2º b) del artículo 82.

Ambas normas, por otra parte, pueden ser aplicables acumulativamente en una misma situación, en tanto se cumplan simultáneamente los requisitos exigibles a ambas⁹, pues no existe ninguna jerarquía normativa entre ellas que determine la preeminencia de una frente a otra¹⁰.

Estas normas se complementan, a efectos procedimentales, con las disposiciones del Reglamento 17 adoptado por el Consejo en el año de 1962. No analizaremos en el presente trabajo tales extremos¹¹.

Sin perjuicio de la constante referencia a estos artículos, no podremos excluir las menciones correspondientes a los principios generales y a la normativa de patentes de invención, a efectos de la consideración de los diversos problemas que se plantean.

parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial el mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a) Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.

b) Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.

c) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.

d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

6 GUYENOT, d'EVIGNÉE, “Competition Law...”, cit., pág. 93.

7 VILA COSTA, Blanca, “El “abuso de posición dominante” en la CEE”, Cuadernos de Administración pública, 9, Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 1979, pág. 62.

8 GÓMEZ SEGADE, José Antonio, “Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E.”, en “Actas de Derecho Industrial”, 5, 1978, pág. 115.

9 GÓMEZ SEGADE, “Panorámica...”, cit., pág. 115.

10 GOLDMAN, LYON-CAHEN, “Derecho...”, cit., pág. 393.

11 Recientemente se ha promovido la actualización de las disposiciones de implementación de los artículos 81 y 82. Manteniendo que se trata de normas dirigidas originalmente a una comunidad territorial integrada por seis Estados miembros, se considera que los desafíos de un mercado común de mayor amplitud hacen necesario una actualización normativa en esta temática.

En este orden de cosas, se promovió un “White Paper” referido a la modernización de las reglas de implementación de los artículos 81 y 82 adoptado y publicado en 1999. Hasta el 30 de setiembre del mismo año se recibieron comentarios respecto de las diversas alternativas planteadas, habiendo adoptado una resolución el Parlamento Europeo con fecha 18 de enero de 2000. Las opiniones y comentarios recibidos provinieron de los Estados Miembros de la Unión Europea, de los países de la EFTA, la “ESA”, así como de las autoridades de competencia de Estonia, Hungría y la República Checa. La Comisión procedió a la formación de un grupo de trabajo, hasta la elaboración de una propuesta cuyo objeto es reformar las reglas de implementación de los artículos 81 y 82.

Con esta reforma se busca lograr una protección de la competencia más eficiente, favorecer – de esta forma – las actividades empresariales de alcance comunitario y llegar a un nivel adecuado de certidumbre jurídica para las sociedades y una reducción de la burocracia. Los cuarenta y dos artículos propuestos se ocupan de aspectos tales como la aplicabilidad directa de los artículos 81 y 82, su relación con el derecho nacional de la competencia, los poderes y decisiones de la Comisión en este tema, la cooperación con autoridades y cortes nacionales, los poderes de investigación, imposición de sanciones, audiencias y secreto profesional, las exenciones. (El planteo completo de esta propuesta de reforma se encuentra en “Common Market Law Review – Antitrust Reports”, diciembre de 2000, [2000] 5 C.M.L.R. 985-1216)

2. Abuso de posición dominante a tenor del artículo 82

El inciso primero del artículo 82 caracteriza y prohíbe el abuso de posición dominante en el ámbito de la Comunidad Económica Europea, mientras que el inciso segundo enuncia una serie no limitativa de situaciones comprendidas en el concepto general.

Analizaremos sucesivamente ambas disposiciones, presentando luego el efecto dispuesto por el legislador comunitario para los casos en los cuales se han llevado a cabo conductas prohibidas.

A) Caracterización del abuso de la posición dominante en el derecho comunitario

La determinación de los actos que resultan comprendidos en la previsión normativa mencionada implica la consideración de los siguientes puntos:

- a) sujetos alcanzados por la disposición;
- b) mercado relevante;
- c) posición de dominio;
- d) abuso de la posición de dominio;
- e) afectación del comercio entre Estados Miembros.

• a) Sujetos alcanzados por la disposición

La norma del artículo 82 se dirige a "una o más empresas".

El legislador europeo toma acá un concepto de empresa común al artículo 81 y, en general, a todo el derecho comunitario de la defensa de la competencia, como entidad económica que opera en el mercado. Sin embargo, el tema no se agota en la determinación del concepto de empresa aplicable, si de la manera tradicional o en la dimensión correspondiente al derecho de la competencia comunitario europeo.

Por una parte, se plantea si el concepto de empresa, a efectos de la norma del artículo 82 alcanza también a las empresas públicas. No existiendo pronunciamientos correspondientes a las situaciones planteadas con este mismo texto legal, se puede recurrir a las opiniones vertidas por el Tribunal de Justicia en otras situaciones similares, en las que se ha considerado que sí están incluidas las empresas públicas en este concepto de empresa. Sin perjuicio de ello, parecería imponerse la inmunidad de la empresa cuando dicho dominio o el "abuso" que pueda derivar de él tenga origen en el derecho concedido por el Estado, aún cuando haya sido concedido contra el Tratado de la CEE¹². La legalidad u oportunidad de la base jurídica del poder en el mercado habrá de analizarse, de esta forma, a la luz de otras normas comunitarias.

Por otra parte, una posición dominante puede también ser el resultado de la acción de un grupo de empresas dominadas por una de ellas, y hay que determinar cuál empresa podrá ser imputable de detentar posición de dominio o conducta abusiva de la misma, siendo la posible independencia entre empresas muy difícil de determinar¹³. Se da esta situación cuando una empresa extranjera detenta una posición de dominio en el territorio comunitario por medio de una filial. Se dio esto en el caso "Continental Can", en el cual la Comisión decidió, el 9 de diciembre de 1971, que sí podía imputar en el referido caso concreto la posición de dominio a la filial, posición que mantuvo el Tribunal de Justicia en Sentencia de 21 de febrero de 1973, sin brindar pautas indicativas sobre la situación planteada¹⁴. Se trataba de calificar al agente que de hecho ejercía el poder¹⁵.

Más adelante, se consolida la tendencia de las autoridades comunitarias hacia la imputación de la condición de detentadoras de dominio a las dos sociedades, matriz y filial, que estuvieran en posición de dominio en el mercado¹⁶.

De este planteo se deriva la posibilidad de distinción entre el abuso de posición dominante que lleva a cabo una sola empresa a causa de un monopolio del abuso de posición dominante del cual son responsables varias empresas a causa de un oligopolio¹⁷.

12 GOLDMAN. LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 393-394.

13 GUYENOT, Jean, J'EVIGNÉ, Charles, "European Antitrust Law of the Common Market", Paris: Economica, 1976, pág. 88-89.

14 GOLDMAN. LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 394-395.

15 Ya se había pronunciado la Comisión en el caso "Bendix-Mertens and Straet", Decisión de 1º de junio de 1964, en el sentido que "la circunstancia de que una de las partes del acuerdo de distribución exclusiva esté situada fuera del Mercado Común no es un obstáculo para la aplicación del artículo 85 (hoy 81) del Tratado; consecuentemente, tal acuerdo, tiene efecto dentro del Mercado Común."

16 GOLDMAN. LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 395.

17 GOMEZ SEGADE, "Panorámica...", cit., pág. 117.

Se ha perfeccionado este problema a través del estudio del caso Vidrio Plano italiano, ocasión en la que se introdujo el concepto de posición dominante conjunta, cuando vínculos estructurales entre más de una empresa determinan el dominio conjunto del mercado, posición que aisladamente no tiene cada una de las empresas integrantes del grupo. Los vínculos que pueden dar lugar a esta situación son acuerdos de intercambio de tecnología, accionistas, soportes de los órganos de administración y otros factores de caracterización de dominio, control o vinculación estructural entre sociedades.

Más recientemente, incluso en los casos en que no son explícitos tales vínculos entre empresas, se ha llegado a admitir que pueda existir una posición de dominio conjunta a pesar de las dificultades probatorias que encierra esta situación. Se parte de la base de evitar los oligopolios, reconociendo que pueden ser perjudiciales para el comercio, aunque no siempre es tan evidente la unidad del comportamiento en el mercado.

• b) Mercado relevante

1. Noción general

El concepto de mercado relevante es básico para la contextualización de la conducta abusiva de la posición dominante. Tal como destaca en forma unánime la doctrina¹⁸, "una posición dominante no puede existir in vacuo", por lo que debe determinarse el mercado en el cual se está ejerciendo el poder económico.

La noción de "mercado relevante" tiene origen en el derecho anglosajón, y fue desarrollada entrado ya el siglo XX por el derecho antitrust norteamericano¹⁹. Hace referencia al mercado o sector de mercado - como espacio de encuentro de oferta y demanda -, que debe ser tomado en cuenta para el análisis del poder económico de la empresa o empresas que se trata. Es un término relativo, pudiendo incluso decirse que cada empresa puede operar en varios mercados o submercados a la vez²⁰.

Deben ser considerados diversos factores para la identificación del mercado relevante: producto, ámbito geográfico, ámbito temporal. Partiendo de estos tres factores, se habla de una triple dimensión de la noción del mercado relevante²¹, cuyos lineamientos característicos se analizan a continuación.

No obstante, siendo destacables los esfuerzos doctrinarios para la delimitación teórica y la determinación de cada caso que presentaremos a continuación, se localizan dos niveles de problemas que, veremos, son difíciles de salvar:

- a. valoración teórica de los criterios utilizados para delimitar el mercado relevante;
- b. problemas de carácter técnico para la definición material del mercado, la correcta aplicación del criterio de "elasticidad cruzada de la demanda" o los términos precisos de "intercambiabilidad" entre productos.

ii. Ámbito de producto

Como primera referencia se impone aclarar que al hablar de producto o mercado de producto no se está excluyendo la prestación de servicios como tal, debiendo entenderse productos o servicios. Asimismo, no hay exclusión alguna de productos cuando se plantea la determinación del mercado relevante para los efectos de los artículos 81 y 82, siendo aplicables para todo tipo de productos y servicios²².

El mercado de producto²³, con independencia del factor en función del cual se lo defina, se determina mediante el análisis del grado de "sustituibilidad" de los productos que se trate²⁴, denominada también "intercambiabilidad" por parte de la doctrina²⁵. Se trata²⁶ de analizar productos "comparables", que son aquéllos que pueden enfrentar la

18 FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, "Significado y delimitación del mercado relevante", en ADI, tomo 6, pág. 261 y cc., pág. 263.

19 Se cita como primer aporte jurisprudencia norteamericano el caso "Standard Oil Indiana c. U.S.", 283 U.S. 163 (1931). VILA COSTA, "El 'abuso...'", cit., pág. 119. El mercado relevante, en su elaboración más completa se viene definiendo en U.S.A. para cada ocasión desde el caso Alcoa.

20 FOX, SULLIVAN, "Cases and...", cit., pág. 141.

21 VILA COSTA, "El 'abuso...'", cit., pág. 120.

22 VAN RAN, REILIS, "Competition", cit., pág. 64.

23 La determinación del mercado de producto para llegar al mercado relevante, se origina igualmente en el derecho norteamericano y se consolida a partir del estudio que realiza el Tribunal Supremo en el asunto "Du Pont de Nemours", conocido como de "La Cellophane". Se procuraba determinar si debía tener en cuenta el mercado del celofán solamente o el de todos los embalajes flexibles. Sosteniendo que correspondía la segunda opción, el pronunciamiento explicó que debía considerarse el mercado de todos los productos que los usuarios tuvieran por "razonablemente intercambiables".

24 JOLLET, "Monopolisation et...", cit., pág. 649.

25 Así hace referencia a este carácter FERNÁNDEZ NOVOA, "Significado...", cit.

competencia de productos "sustitutos" o "sustitutivos", es decir, productos diferentes que sirven al mismo propósito. Areeda enseña que, del punto de vista de la competencia, un producto puede solamente ser considerado como sustituto de otro si este primero permite el mismo uso que el que se pretende sustituir sin perjudicar una categoría de consumidores debido a una diferencia en precio, moda, calidad o aprovechamiento que sea demasiado grande²⁷.

Las autoridades comunitarias de la Unión Europea valoraron la determinación del mercado de producto por primera vez en ocasión del caso Continental Can. En esta oportunidad, la Corte de Justicia sostuvo que se trata de una determinación esencial, en tanto las posibilidades de la competencia pueden ser juzgadas solamente en relación con las características de los productos en cuestión, en virtud de las cuales tales productos son particularmente aptos para satisfacer una necesidad determinada y son intercambiables solamente en forma limitada con otros productos²⁸.

El concepto se hizo más preciso en el estudio del caso United Brands²⁹. En esta ocasión, analizando si el mercado de las bananas podía integrarse en uno general de fruta fresca dijo la Comisión que "las específicas cualidades de las bananas influyen en las preferencias del consumidor y lo inducen a no aceptar otras frutas como sustitutivas".

Para la delimitación del mercado relevante, por otra parte, corresponde considerar tanto el lado de la demanda como el de la oferta³⁰.

En cuanto a la demanda, se plantea determinar los factores que hacen que un consumidor pueda sustituir o intercambiar un producto. Entre estos se han de tener en cuenta las categorías de consumidores, la importancia en la variación de precios en los distintos productos, técnicas de producción, ventajas tecnológicas, entre otros³¹.

Del punto de vista de la oferta, la interrogante que se plantea es qué es lo que van a comenzar a vender o proveer a los clientes los demás empresarios, si el vendedor existente subiera el precio más allá del costo, más allá del precio de competencia perfecta. En otras palabras, debe ser analizarse si existen eventuales competidores que puedan acceder al mercado con escasas inversiones en caso de conducta abusiva del actual proveedor del producto que se trate³².

La posibilidad de intercambiar o sustituir productos nos hace evidente la elasticidad que tenga o pueda tener el mercado del producto que se trate. Cuanto menor o más rígida sea dicha posibilidad estaremos más y más cerca de una posición de dominio de la o las empresas protagonistas del mercado. En este orden, se destaca el concepto de origen norteamericano de "elasticidad cruzada de la demanda" - "cross elasticity of demand"³³, la cual tiene lugar, cuando varios consumidores de un producto determinado, ante una suba de precios del mismo, optan por productos concurrentes o sustituibles.

iii. Ámbito geográfico

La dimensión espacial o geográfica de un mercado relevante es el área en la cual la empresa considerada dominante ejerce su actividad mediante prácticas consideradas abusivas³⁴.

La Comisión Europea lo ha definido en el caso Hilti³⁵ como aquel territorio o ámbito territorial en el cual las condiciones de intercambio son similares: "área donde las condiciones objetivas de competencia aplicables al producto en cuestión deben ser las mismas para todos los comerciantes". Esto no se interpreta como que las condiciones deban ser perfectamente homogéneas, sino "suficientemente" homogéneas³⁶.

En el caso del mercado comunitario, atiende directamente - como objetivo primario - al espacio económico constituido por los Estados Partes del Tratado de Amsterdam, es decir, al Mercado Común. Sin embargo, la normativa comunitaria no impone la consideración constante o única del Mercado Común como unidad territorial, pues puede tener lugar el supuesto normativo también "en parte sustancial del mismo". De esta forma, corresponde valorar qué

26 GUYENOT, d'EVEGNÉE, "Competition...", cit., pág. 92.

27 AREEDA, "Antitrust Analysis", cit., pág. 136.

28 VAN BAEL, Ivo, BELLIS, Jean-Francois, "Competition Law of the CEE", Chicago et al.: CCH, 1987, reprinted, pág. 235-236.

29 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 403 y 405.

30 FOX, Eleanor, SULLIVAN, Lawrence, "Cases and materials on Antitrust", St. Paul-Minnesota: West Publishing, 1989, pág. 139 a 143.

31 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 404; NAFFEL, Mark, "How does One say 'Dominance' in European?", en "Antitrust Report" (October 1997), pág. 12; VAN BAEL, BELLIS, "Competition...", cit., pág. 52.

32 BERENQUER FUSTER, Luis, "Las conductas abusivas de una posición de dominio", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 86, destacando la necesidad de analizar tanto la sustituibilidad de la oferta como la sustituibilidad de la demanda.

33 THIESING, SCHRÖTER-HOCHBAUM, "Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E.", Paris: Júpiter - Navarre, 1977, pág. 224.

34 VAN BAEL, BELLIS, "Competition...", cit., pág. 54.

35 Caso Hilti, Eurofix Limited and Banco Limited c. Hilti AG, Decisión del 22 de diciembre de 1987, 88/138/EEC.

36 NAFFEL, "How does ...", cit., pág. 8.

significa esta expresión que se contempla para la configuración del territorio geográfico del mercado relevante.

La determinación de un mercado geográfico relevante, implica analizar los límites geográficos, que podrán ser artificiales o naturales³⁷. Los primeros, se sustentan en las delimitaciones políticas de circunscripciones geográficas, mientras que los segundos – más difíciles de delimitar – dependen de factores tales como costos de transporte o la propia naturaleza del producto que se trate.

Entre las formulaciones de la doctrina que han intentado formular un criterio general para la determinación de la "parte sustancial" del Mercado Común se destaca Dubois, quien se ha pronunciado en el sentido de que lo será la parte o el sector del mercado en el que resulta afectado el comercio intracomunitario³⁸. Su determinación implica considerar la ubicación de la empresa objeto de la investigación y la naturaleza de las prácticas cuestionadas, debiéndose caracterizarse por prácticas homogéneas de competencia.

En la experiencia comunitaria europea se ha valorado como suficiente la extensión del territorio de un Estado Miembro. En el caso Michelin, por ejemplo, Holanda fue considerada un mercado relevante a efectos de la aplicación de la norma hoy contenida en el artículo 82.

También parte de un Estado miembro ha cabido dentro del concepto de "parte sustancial" del Mercado común, como en el caso Siker, Unie o Hugin.

iv. Ámbito temporal

La exigencia temporal, que también debe ser relativizada en función de diversos factores como el producto o servicio que se trate, debe valorarse al momento en que se analice la conducta de la o las empresas involucradas.

El dinamismo del mercado y los constantes cambios que en él imponen los diversos factores, hacen que no pueda formularse una delimitación duradera del mercado relevante, ni geográfica ni de producto. De esta característica, deriva la importancia del momento en que se proceda al análisis, según el estado de la estructura de la empresa o del mercado³⁹.

Debido a estas características ha afirmado la Comisión que "es imposible delimitar un "relevant market" de una vez para todas"⁴⁰.

La coincidencia de una elevada cuota de mercado y el mantenimiento de la misma durante un tiempo constituyen elementos o factores indicativos de la existencia de una posición de dominio, pues la empresa que la detenta puede actuar con independencia del comportamiento de competidores en la imposición de condiciones negociables⁴¹.

• c) Posición de dominio

i. Importancia de su determinación

Una vez caracterizado el concepto sustancial de mercado relevante, el paso previo a la definición de la figura de "abuso de posición dominante", es la caracterización de "posición de dominio" en el derecho europeo.

La posición de dominio o "posición dominante" sustenta la reglamentación contenida en el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam, es decir, constituye la base sobre la cual se podrá llegar a la noción de abuso que persigue la norma, como contraria al correcto funcionamiento del mercado que pretende alcanzar el ordenamiento comunitario europeo⁴². Esta norma no consagra un concepto de tal figura, por lo que corresponde analizar los textos antecedentes que pudieron servir para la redacción del texto vigente, así como los pronunciamientos del Tribunal de Justicia y de la Comisión.

37 VILA COSTA, "El "abuso...", cit., pág. 122.

38 DUBOIS, "La position...", cit., pág. 184 y ss.

39 DUBOIS, "La position...", cit., pág. 195.

40 VILA COSTA, "El "abuso...", cit., pág. 127.

41 Cfme. DE SANTIAGO GONZALEZ, Ana, "El abuso de posición dominante en derecho comunitario y español (artículo 86 del Tratado C.E. y artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia): Introducción", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 103.

42 El sistema difiere del norteamericano, que ha elaborado la noción de "monopolio" o "monopolización", situación que persigue "per se", aplicando la "rule of reason" según cada situación, a partir de un núcleo normativo que encabeza la Sherman Act, norma desde el año de 1890. Se trata de nociones que se relacionan estrechamente, pero que no pueden identificarse conceptualmente.

ii. Antecedentes

El concepto de "empresa dominante" se venía desarrollando a nivel europeo - en concepción que según Asquini absorbía el concepto de empresa "monopolística" - desde la discusión y aprobación de la "Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlichen Machtstellungen", de 2 de noviembre de 1923, ordenanza alemana que confería al "Kartellgericht" la competencia para declarar nulidad de aquéllas condiciones contractuales impuestas por el empresario en posición dominante que tenían como objetivo imponer precios o que eran idóneas para perjudicar el interés general⁴³.

Se cita como antecedente a nivel de normativas nacionales⁴⁴, fundamentalmente, el texto de la ley alemana de 27 de julio de 1957, que se encontraba en preparación al tiempo de la aprobación del Tratado de la C.E.E., que estableció en definitiva que "En la medida en que una empresa carece de competidores para una cierta categoría de mercancías o de prestaciones de servicios profesionales, o si no está expuesta a ninguna competencia sustancial, ocupará una posición de dominio en el mercado en el sentido de la presente ley." La doctrina suele incluir, en la enumeración de antecedentes normativos, a la ley holandesa sobre la competencia económica de 1956, la legislación francesa de 1963, la ley danesa de 1955 que regula las situaciones de "Influencia sustancial" en los precios, producción o transportes y la ley belga de 1960 contra los abusos de "poder económico".

En cuanto a los primeros documentos normativos comunitarios que se refieren a esta figura a nivel europeo, se destaca el párrafo 7 del artículo 66 del Tratado de la CECA de 1951, inspirador de los preceptos del Texto que estamos analizando que establece que "si la Alta Autoridad reconociera que ciertas empresas públicas o privadas tienen o adquieren, de hecho o de derecho, en el mercado de uno de los productos sujetos a jurisdicción, una posición de dominio que les sustrae de una competencia efectiva en una parte importante del Mercado Común y utilizan esta posición para fines contrarios a los objetivos del presente Tratado, les dirigirá las recomendaciones oportunas para evitar que esta posición sea utilizada a esos fines".

Se puede derivar de estos conceptos que en la época de elaboración del Tratado de la CEE de 1957, el legislador europeo entendía por posición de dominio de una o más empresas aquellos casos de ausencia de competencia efectiva en el mercado. El concepto de "competencia efectiva" proviene del correspondiente a "workable competition" y, según enseñara el Maestro Garrigues⁴⁵, estamos ante tal situación cuando se identifican dos elementos fundamentales: "1. una rivalidad suficientemente intensa entre un número adecuado de productores, de suerte que puedan ofrecer a los consumidores una posibilidad razonable de elección entre las distintas ofertas en competencia y mantener, por tanto, bajo control el poder monopolístico; 2. un aumento del poder monopolístico suficiente par evitar la competencia ruinosa, asegurar la eficiencia que deriva de la dimensión óptima de la empresa."

iii. Opiniones de la Comisión

La Comisión se pronunció respecto del concepto de posición de dominio en el informe o memorándum de 1º de diciembre de 1965 sobre la concentración en el Mercado Común⁴⁶: "En primer lugar, se trata de un poder económico, es decir, la facultad de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable, y en principio previsible, por la empresa dominante. Esta facultad económica de una empresa dominante influye sobre el comportamiento y sobre las decisiones económicas de otras empresas, se emplee o no en un sentido dado. Una empresa que puede eliminar, cuando quiera, a las demás empresas competidoras del mercado, puede disponer ya de una posición de dominio y determinar de un modo decisivo el comportamiento de las demás empresas, aún cuando su propia parte del mercado sea todavía relativamente débil".

Consecuentemente, en la Decisión Continental Can, la Comisión expresó: "las empresas se encuentran en posición de dominio cuando pueden desarrollar comportamientos independientes gracias a los cuales están en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta a los competidores, a los compradores o a los proveedores". De todas formas, la mejor elaboración de la noción no enerva la problemática práctica: la determinación de cuando hay algún grado de independencia en la toma de decisión de los empresarios, que amerite la calificación de abusiva.

43 ASQUINI, "L'impresa dominante...", pág. 3

44 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 396. Cfme. ASQUINI, "L'impresa dominante...", cit., pág. 7, aproximadamente en cuanto al texto de la norma alemana; VILA COSTA, "El 'abuso...' ", cit., pág. 176-168.

45 CARRIGUES, Joaquín, "La Defensa de la competencia", Madrid, 1964, pág. 29, quien lo hace analizando - con referencia a este tema - la obra de Clark, introductor del concepto traducido como competencia efectiva, en el libro "Toward a Concept of Workable Competition", 1940.

46 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit. pág. 397.

iv. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia

Por parte del Tribunal de Justicia podemos encontrar varios pronunciamientos que contribuyen a la formación progresiva de una idea del concepto de posición de dominio, siguiendo las líneas conceptuales de la Comisión.

Se establece en la Sentencia del caso Sirena, de 18 de febrero de 1971, que siendo titular de una marca (lo que por sí solo no significaría posición de dominio) *"es necesario, además, que el titular tenga poder para obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva..."*. En forma similar se pronunció en el caso "Deutsche Gramophon"⁴⁷, recurriendo al concepto de competencia efectiva ya explicado.

Nos corresponde destacar otros dos pronunciamientos que precisan la noción. Por un lado, el caso United Brands⁴⁸, el Tribunal consideró que la existencia de una competencia, no excluye toda posición de dominio: esta última supone solamente una capacidad de acción autónoma, aún a pesar de la competencia. De modo que se relativiza el concepto haciendo menos rígida su aplicación y facilitando el análisis pragmático de las situaciones.

Por otro lado, mencionaremos el caso Hoffmann-La Roche⁴⁹, en el cual se explica más claramente las facultades que tiene quien detenta una posición dominante: *"La posición de dominio así contemplada afecta a la situación de poder económico detenida por una empresa, que le faculta para obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado, al facilitarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores"*.

v. Determinación de la posición de dominio

Más allá de la formulación del concepto de poder económico o posición de dominio en un mercado, para su determinación corresponde valorar cada situación, pudiendo plantear a tales efectos diversos criterios. Entre aquellos a que se apela con más frecuencia, podemos enunciar los siguientes:

- a. *análisis estructural* del mercado y de la situación de la empresa que se investiga en el mismo;
- b. *análisis del comportamiento* de la empresa y de sus competidores actuales y eventuales;
- c. *análisis de la mayor o menor dependencia* que puede tener una empresa en dicho mercado, en relación con la empresa cuya eventual posición de dominio se investiga.

Estos criterios no se excluyen entre sí, correspondiendo un planteo acumulativo de los diversos factores al caso concreto, dado que ninguno de ellos - tomado aisladamente - puede resultar conclusivo.

Para llevar a cabo el *análisis estructural*, es fundamental la determinación de la dimensión de la cuota de mercado de cada empresa y la valoración de su importancia. Se parte para ello de la información referida a las ventas de la empresa y de los competidores, tanto los establecidos en el Mercado Común como en terceros países⁵⁰.

De acuerdo con este planteo, encontramos - históricamente - normas que se han pronunciado respecto de la dimensión mínima exigible para afirmar que se trata de una posición de dominio⁵¹. La Ley inglesa de 1948, sec. 3, hablaba de la tercera parte del mercado. Para la Ley noruega de 26.6.1953, "Ley de supervisión de Precios, beneficios y Acuerdos Restrictivos de la competencia", art. 34.1.1, basta una cuarta parte. En Francia no es establecido un porcentaje, pero sí una elevada pauta cuantitativa: "casi totalidad".

Siguiendo dicha línea, las autoridades comunitarias tomaron en consideración este factor en sus pronunciamientos. En el caso Hoffmann La-Roche⁵², el Tribunal de Justicia estableció que cuotas superiores al 80 % eran suficientes para demostrar que existía posición de dominio. Posteriormente, se toma como porcentaje determinante de la posición de dominio un 50 %, tendencia que se mantiene en la actualidad. Sin perjuicio de ello, en el caso United Brands⁵³, afirmó que cuando la empresa investigada tiene entre un 40 y un 50 % de cuota del mercado se deben tener en consideración otras cuestiones como el número y dimensión de los competidores.

47 Caso Deutsche Gramophon c. Metro, Sentencia de 8 de junio de 1971, Asunto 78/70 [1971].

48 Caso United Brands, cit., Sentencia de 14 de febrero de 1978.

49 Caso Hoffmann-La Roche c. Centrafarm, o Asunto de las vitaminas, Sentencia de 23 de mayo de 1978, Asunto 28/77 [1978].

50 CHAMORRO GONZÁLEZ, Irene, "La noción de posición de dominio y su determinación", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 93.

51 SMIT, HERZOG, "The Law...", cit., pág. 3.251.

52 Caso Hoffmann La Roche, Asunto 85/76, 13 de febrero de 1979.

53 Caso United Brands, cit.,

Evidentemente, esta pauta numérica no es considerada adecuada por sí sola, correspondiendo tener en cuenta otros criterios, para analizar las peculiaridades de la estructura del mercado relevante, medidas a través de variables como la facilidad de acceso al mercado, en número, carácter y cuotas de mercado de los competidores actuales y potenciales, la naturaleza del producto, la disponibilidad de materia prima y sustitutos⁵⁴, las características de los compradores, los objetivos y orientación del mercado⁵⁵.

Otro de los mecanismos - de aplicación más reciente - para el análisis del poder económico que pueda derivar de la posición de una empresa en el mercado es contrastar la situación del mercado que se investiga con la "teoría de los mercados contestables". Enseña Fernández Ordóñez⁵⁶ que los mercados contestables "son aquellos en los que es fácil establecerse y, en consecuencia, si una empresa que tiene un porcentaje alto en el mercado intentara abusar de su situación, estimularía la entrada de nuevos competidores que lo harían rápidamente y sin mayores dificultades." La mayor o menor facilidad de establecimiento en un mercado impone la individualización y calificación de las "barreras de entrada" que puedan existir, esto es, las dificultades para que, en tiempo razonable, nuevos competidores ofrezcan nuevos productos. Puede tratarse de dificultades u obstáculos de origen legislativo o reglamentario, propios del funcionamiento del mercado - como la necesidad de disponer de una tecnología completa - u obstáculos impuestos intencionalmente por las empresas ya establecidas⁵⁷. Se concluye que en un mercado sin barreras, nadie tiene cuota de dominio, mientras que en un mercado con barreras sí habrá quienes las detenten.

En este sentido, y siguiendo nuevamente a Fernández Ordóñez, será evidencia de dominio o poder de mercado que: 1. una empresa tenga una cuota de mercado grande; 2. la demanda sea inelástica; 3. la expansión de la producción o la entrada de nuevos competidores a corto plazo presente dificultades.

En último lugar, tenemos presente que en el mercado que se tenga en cuenta para la calificación de la posición de la empresa que se investigue no se exige la inexistencia total de competencia. En este sentido, el Tratado de la CEE va más allá de su Tratado antecedente, CEEA, y de la ley alemana, pues reconoce que una posición de dominio puede existir aún cuando la empresa que se trate se encuentre expuesta a competencia "sustancial"⁵⁸.

• d) Abuso de la posición de dominio

i. Noción general

Tampoco en este caso encontramos normas que contengan la definición o pautas específicas para su determinación. En términos generales, se hace referencia a una situación en la cual los derechos o facultades derivadas de una posición de dominio del mercado se ejercen de manera excesiva.

El abuso de posición dominante es un concepto característico del derecho de defensa de la competencia europeo, que no puede identificarse con el concepto de monopolio, al que acude sustancialmente el sistema del antitrust norteamericano⁵⁹. El monopolio, en derecho europeo, implica un control absoluto del mercado⁶⁰.

En lo que respecta al ámbito europeo comunitario, se destaca un pronunciamiento del grupo de expertos que fuera encargado por la Comisión Europea para el análisis de este articulado, estableciendo que hay explotación abusiva de una posición dominante cuando el detentor de esta posición utiliza las posibilidades que derivan de ella para obtener ventajas que no obtendría en caso de concurrencia práctica y suficientemente eficaz⁶¹.

Esta interpretación hace que deba valorarse en forma objetiva cada situación, para la determinación de si debe entenderse el caso como la explotación efectiva del poder de monopolio en detrimento de los operadores o no⁶². Resulta esencial a la noción de "abuso" la individualización de un perjuicio de los competidores, proveedores, clientes y consumidores⁶³.

54 SMIT, HERZOG, "The Law...", cit., pág. 3.251.

55 AREEDA, "Antitrust...", cit., pág. 201. compartiendo también algunos de los citados en la nota precedente.

56 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A., "La competencia", Madrid: Alianza, 2000, pág. 109 y ss.

57 CHAMORRO, "La noción...", cit., pág. 95.

58 SMIT-HERZOG, "The Law...", cit., pág. 3.252.

59 Cfme. DUBOIS, "L'abus...", cit., pág. 136.

60 En derecho norteamericano el poder de monopolio es definido, teniendo en cuenta el artículo 2 de la Sherman Act, como "el poder de controlar los precios y de excluir la competencia", JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 648. No se refiere a un poder absoluto "sino con un margen discrecional sustancial en la determinación del precio y de la producción, en un poder importante de apreciación", JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 659.

61 JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 679.

62 JOLIET, "Monopolisation et...", cit., pág. 688. El planteo del derecho comunitario europeo se distancia del derecho norteamericano, art. 2 de la Sherman Act, puesto que en este contexto la noción de abuso debe ser comprendida como un comportamiento agresivo o desleal frente a la concurrencia en el mercado.

63 GOMEZ SEGCADE, "Panorámica...", cit., pág. 120.

El enfoque objetivo de este instituto fue aplicado por vez primera en el caso Hoffmann-La Roche⁶⁴. Hay abuso, en el sentido actual del artículo 82, cuando se consiguen tales efectos en relación con los demás operadores del mercado, que no podrían imponerse si no se tratara de una conducta de posición de dominio.

ii. Determinación

Se han propuesto diversos criterios para la valoración de la existencia o no de abuso en las variadas situaciones que puedan tener lugar.

En dicho sentido Smit y Herzog nos dan una primera pauta o criterio para identificar un posible abuso de posición de dominio⁶⁵. Explican estos autores que, a tono con el texto de la norma, será abuso cualquier uso – de derechos – que sea “incompatible con el mercado”. De tal forma, es irrelevante si quien perpetra el abuso es conciente de la naturaleza de prohibidas de las actividades que está realizando o de si su conducta puede ser calificada como socialmente injusta. Cualquier “uso” de posición dominante que objetivamente pueda ser calificada como abuso será suficiente.

Sin perjuicio de esta primera pauta de análisis – acaso muy general –, se distinguen dos criterios en el derecho comunitario de la competencia para analizar la existencia de una explotación abusiva de una posición de dominio: el abuso en los resultados o el abuso estructural.

El análisis del *abuso en los resultados* se corresponde con la interpretación clásica del derecho comunitario e impone calificar si los resultados de la conducta de la empresa no hubieran podido obtenerse en forma igualmente ventajosa de no ser por el poder que detenta en el mercado. Fue aplicado, claramente, en el caso Hoffmann-La Roche⁶⁶.

El análisis del *abuso estructural* prescinde de los efectos de la conducta empresarial, enfocando las alteraciones introducidas en las estructuras competitivas. En el contexto de esta teoría, de la cual destacan Goldman y Lyon Cahen que se encuentra consagrada por el derecho positivo⁶⁷, se debate si alcanza con el análisis de las alteraciones estructurales o corresponde también valorar los medios que dieron lugar a estas primeras. Se ha llegado a conclusiones claras al respecto, sin perjuicio de lo cual sostienen los referidos autores que un análisis de los medios impondría una apreciación subjetiva que resulta prescindible, frente a la apreciación objetiva que el Tribunal desea.

Corresponde anotar que la existencia de mayores ganancias o mejor rentabilidad no es supuesto necesario de abuso de posición dominante. En el caso *United Brands*, el Tribunal europeo sostuvo que cuando una empresa sufre pérdidas también puede estar ocupando una posición de dominio. Corresponde determinar si se está llevando a cabo una obstaculización de la libertad de competencia con indiferencia de las causas por las cuales tenga lugar esta conducta⁶⁸.

En definitiva, las autoridades comunitarias apelan, a un concepto objetivo del abuso de la posición dominante para la consecución del propósito de la norma, condenando el uso de la posición de dominio, monopolio o cuasi-monopolio para evitar los efectos contrarios al comercio entre los Estados, a tenor de los principios del mercado común, cuando éste se ejerce abusivamente.

Finalmente, hemos de mencionar que algún sector de la doctrina se ha orientado al análisis del abuso de los derechos de manera general, procurando determinar la naturaleza jurídica del instituto. En este sentido, enseña Asquini⁶⁹, que el abuso de la posición de dominio se puede interpretar de dos maneras distintas:

- a. tal como lo ha hecho Sena en el derecho italiano, recurriendo a la noción tradicional de “abuso de derecho” del Derecho Civil, sin intentar ninguna reinterpretación o adaptación al derecho de defensa de la competencia;
- b. o como propone la doctrina germánica, comportamiento contrario a los usos honestos “gegen die guten Sitten, Sittenwidrig” y, como tal, lesivo del interés público.

64 Caso Hoffmann-La Roche, Sentencia de 32 de mayo de 1978, cit.

65 SMIT, HERZOG, “The Law...”, cit., pág. 3.262.

66 Caso Hoffmann-La Roche, Sentencia de 32 de mayo de 1978, cit.

67 GOLDMAN, LYON-CAHEN, “Derecho...”, cit., pág. 408.

68 GOMEZ SEGADE, “Panorámica...”, cit., pág. 118-119.

69 ASQUINI, “L’impresa dominante”, cit., pág. 10.

Esta última posición parecería más apropiada, dada su posible adaptación a los aspectos propios de la defensa de la competencia, aunque tomando los conceptos evolutivos del Derecho civil, eventualmente podría llegarse al mismo resultado.

• e) *Afectación del comercio entre los Estados miembros*

Todo este mecanismo de delimitación de mercado relevante, análisis de poder económico de una o más empresas en dicho mercado y calificación como abusivas de las conductas competitivas que se trate, solamente encuadra en la conducta prohibida por la norma del artículo 82 cuando afecta el comercio entre los Estados miembros⁷⁰.

Al igual que en el caso del artículo 81 - norma con la cual es compartida la interpretación de esta expresión -, este requisito debe ser entendido, además, como definitorio de la esfera de aplicación del derecho comunitario en su relacionamiento con los derechos nacionales⁷¹.

El derecho europeo no sanciona el poder económico en sí mismo, sino el abuso de los derechos que de éste deriva⁷². El legislador solamente prohíbe las conductas en las cuales las finalidades del mercado comunitario se vean afectadas. Esta consideración fue expuesta por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Michelin⁷³: "*declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche, sino que simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de la que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el Mercado Común*".

A tenor de las diversas opiniones vertidas en las decisiones de la Comisión y en Sentencias del Tribunal de Justicia - tal como la recién mencionada -, la noción de afectación del comercio entre los Estados miembros implica una contradicción a los principios que rigen el Mercado Común. ¿En qué supuestos puede encontrarse esta contradicción? En términos generales, en caso de perjuicio de los distintos operadores - incluidos consumidores - o de conductas que afectan la estructura del mercado efectivamente competitivo que se pretende estabilizar en el Mercado Común. En cuanto a conductas concretas:

- a. aplicación de descuentos en un solo Estado Miembro, sin causas que justificaran diferencias de precios⁷⁴;
- b. prácticas excluyentes en materia de precios para mercados de exportación⁷⁵;
- c. precios predatorios en un sector del mercado para que la empresa que resulta presionada por esta conducta, se retire de otro sector en el que la primera también tiene presencia y le interesa más⁷⁶

B) La enumeración del artículo 82.2 y los actos abusivos

De la lectura de las conductas expresamente prohibidas por el Tratado, resulta excluido un género de actos de relevancia fundamental para el juego de la competencia, como lo es el correspondiente a los actos realizados contra los competidores. Efectivamente, los numerales a) a d) atienden a situaciones que se derivan de las relaciones de la empresa presuntamente abusiva con proveedores o con consumidores.

Esta consideración influyó en los primeros años de aplicación de la norma, aún cuando nunca se dudó respecto de que el listado de conductas o situaciones expresamente previstas en el Tratado de la CEE, no es taxativo ni exhaustivo⁷⁷. Tal afirmación se justifica en el propio texto del encabezado de la enumeración, que dice: "*Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en*"

Su formulación no ha ceñido las consideraciones de la Comisión ni del Tribunal de Justicia en el momento de valorar las diversas situaciones presentadas⁷⁸.

La enumeración de este artículo se aproxima a la del artículo 81, siendo destacable como diferencia más impor-

70 Este requisito, por otra parte, amalgama el régimen comunitario, dando coherencia en la búsqueda de unidad del Mercado Común. Cfme. BERENGUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 83.

71 VON BAEL, BELLIS, "Competition...", cit., pág. 61.

72 Otra diferencia radical con el sistema norteamericano. Se ha dicho que el derecho comunitario europeo es "más tolerante" con el poder económico que la Sherman Act.

73 Caso Michelin, Sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de noviembre de 1983.

74 Caso Michelin v. Commission

75 Caso United Brands v. Commission

76 Caso AKZO Chemie BV c. Comisión de las Comunidades Europeas, Sentencia del Tribunal de 3 de julio de 1991, Asunto L 374/13, [1986] 3 CMLR 273.

77 Cfme. GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 405.

78 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 406.

tante la ausencia de la situación prevista en el literal "c" del artículo 81, "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento". Goldman y Lyon-Cahen critican esta falta, expresando que si bien en un primer momento se puede pensar que un reparto solamente podría partir de un acuerdo o contrato y, por ello, de una situación perseguible a tenor del esquema de aplicación del artículo 81, no del 82, en una consideración más profunda se concluye que quedan fuera de la aplicación de la norma del artículo 81 las situaciones en las cuales el reparto tenga lugar en el interior de un grupo –por lo tanto excluido de su aplicación–⁷⁹.

Los pronunciamientos de las autoridades comunitarias debieron salvar la aparente omisión legislativa, en casos tales como Continental Can, en el cual la actividad prohibida tenía como operadores perjudicados, precisamente, a los competidores: se trataba de una empresa adquiriendo otras para convertirse en titular de una licencia exclusiva de modo de imponerse en el mercado e impedir el desarrollo de los competidores.

De esta forma, en términos generales, se puede clasificar en general las modalidades de abuso de posición dominante en dos formas⁸⁰:

- a. "abuso anticompetitivo", que pretende expulsar a un competidor del mercado, así como obstaculizar o impedir la entrada de un nuevo operador al mercado;
- b. "abuso explotativo", que tiene como objetivo la agresión de intereses de los demás operadores, sean proveedores, clientes o consumidores.

Formularemos algunos breves comentarios sobre cada una de las previsiones.

- a. *Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.*

La imposición de precios constituye una de las conductas restrictivas de la competencia más frecuentes. Sin embargo, no por ello es simple la determinación, en cada circunstancia, de la existencia de imposición. Esto se debe a que esta actividad implica la comparación de precios y a tal efecto hay que definir un parámetro objetivo.

- b. *Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.*

Se trata de la conducta conocida como de la "vida fácil"⁸¹, en tanto se busca por este medio escapar de la presión de los competidores, dejando de lado usualmente la introducción de innovaciones y beneficios para los consumidores dado que no es necesario alterar el estatus empresarial.

En este caso, son los consumidores los principales perjudicados por la restricción de la competencia.

- c. *Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.*

Los beneficiarios de mejores condiciones tendrían ventajas competitivas basadas en razones ajenas a su propia capacidad competitiva.

En este caso, la dificultad se encierra en la determinación de si los productos o servicios ofrecidos son efectivamente desiguales.

- d. *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Esta cláusula hace referencia a los "tying contracts" o "contratos anudados", no queridos por el legislador comunitario en tanto puedan afectar el comercio en el Mercado Común.

Se relaciona con esta previsión el denominado "efecto cartera"⁸² que consiste en la venta conjunta de productos diversos del mismo fabricante o distribuidor. Resulta abusiva cuando en uno de los productos el oferente tiene posición de dominio y exige dicha compra conjunta para contratar respecto de los primeros.

79 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 409-410.

80 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 86.

81 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 87-88.

82 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 89.

tante la ausencia de la situación prevista en el literal "c" del artículo 81, "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento". Goldman y Lyon-Cahen critican esta falta, expresando que si bien en un primer momento se puede pensar que un reparto solamente podría partir de un acuerdo o contrato y, por ello, de una situación perseguible a tenor del esquema de aplicación del artículo 81, no del 82, en una consideración más profunda se concluye que quedan fuera de la aplicación de la norma del artículo 81 las situaciones en las cuales el reparto tenga lugar en el interior de un grupo –por lo tanto excluido de su aplicación–⁷⁹.

Los pronunciamientos de las autoridades comunitarias debieron salvar la aparente omisión legislativa, en casos tales como Continental Can, en el cual la actividad prohibida tenía como operadores perjudicados, precisamente, a los competidores: se trataba de una empresa adquiriendo otras para convertirse en titular de una licencia exclusiva de modo de imponerse en el mercado e impedir el desarrollo de los competidores.

De esta forma, en términos generales, se puede clasificar en general las modalidades de abuso de posición dominante en dos formas⁸⁰:

- a. "abuso anticompetitivo", que pretende expulsar a un competidor del mercado, así como obstaculizar o impedir la entrada de un nuevo operador al mercado;
- b. "abuso explotativo", que tiene como objetivo la agresión de intereses de los demás operadores, sean proveedores, clientes o consumidores.

Formularemos algunos breves comentarios sobre cada una de las previsiones.

- a. *Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.*

La imposición de precios constituye una de las conductas restrictivas de la competencia más frecuentes. Sin embargo, no por ello es simple la determinación, en cada circunstancia, de la existencia de imposición. Esto se debe a que esta actividad implica la comparación de precios y a tal efecto hay que definir un parámetro objetivo.

- b. *Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.*

Se trata de la conducta conocida como de la "vida fácil"⁸¹, en tanto se busca por este medio escapar de la presión de los competidores, dejando de lado usualmente la introducción de innovaciones y beneficios para los consumidores dado que no es necesario alterar el estatus empresarial.

En este caso, son los consumidores los principales perjudicados por la restricción de la competencia.

- c. *Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.*

Los beneficiarios de mejores condiciones tendrían ventajas competitivas basadas en razones ajenas a su propia capacidad competitiva.

En este caso, la dificultad se encierra en la determinación de si los productos o servicios ofrecidos son efectivamente desiguales.

- d. *Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Esta cláusula hace referencia a los "tying contracts" o "contratos anudados", no queridos por el legislador comunitario en tanto puedan afectar el comercio en el Mercado Común.

Se relaciona con esta previsión el denominado "efecto carter"⁸² que consiste en la venta conjunta de productos diversos del mismo fabricante o distribuidor. Resulta abusiva cuando en uno de los productos el oferente tiene posición de dominio y exige dicha compra conjunta para contratar respecto de los primeros.

79 GOLDMAN, LYON-CAHEN, "Derecho...", cit., pág. 409-410.

80 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 86.

81 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 87-88.

82 BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 89.

Para finalizar, corresponde destacar nuevamente que estas conductas, así como aquéllas calificables como tales en función del concepto general de abuso de posición dominante, solamente están prohibidas para quien tenga posición de dominio, de modo que si una empresa no tuviera tal posición en el mercado podría llevar a cabo cualquiera de estas acciones⁸³.

B) MERCOSUR y países de la región

1. Protocolo de Fortaleza

El Tratado de Asunción no hizo referencias específicas a la reglamentación de la defensa de la competencia de la forma que se ocupó del tema el derecho comunitario europeo en el Tratado de Roma.

En el acuerdo marco constitutivo del MERCOSUR podemos destacar sí el compromiso recogido en su artículo cuatro, en función del cual los Estados Partes coordinarían "sus respectivas políticas nacionales con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial."

Sin embargo, la evolución del proceso de integración hizo evidente la necesidad de formular una reglamentación regional al respecto, que cristalizó con la suscripción del protocolo de Fortaleza de defensa de la competencia del MERCOSUR de 17 de diciembre de 1996. En el Preámbulo de dicho texto se reconoce como razones de la regulación que "el crecimiento equilibrado y armónico de las relaciones comerciales intra-zona, así como el aumento de la competitividad de las empresas establecidas en los Estados partes dependerán en gran medida de la consolidación de un ambiente concurrencial en el espacio integrado por MERCOSUR." Por otra parte, reconoce también en esta temática un "instrumento capaz de asegurar el libre acceso al mercado y la distribución equilibrada de los beneficios del proceso de integración económica."

En el Protocolo de Fortaleza no se sistematizan las diversas categorías de actos típicamente calificables como contrarios a la competencia o "antitrust" a efectos de un tratamiento diferenciado tal como se realiza en el derecho comunitario europeo. Se optó por dar un tratamiento unitario, prohibitivo de manera absoluta, a toda una serie de conductas. Ambos sistemas se asemejan, sin embargo, en la consagración de una cláusula general a la que sigue una enumeración ejemplificativa de conductas en el mercado.

El artículo 4 establece que "*Constituyen infracción a las normas del presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes.*"

En esta cláusula general, se pueden distinguir tres tipos de actos: los actos concertados que tienen objeto o efecto anticompetitivo; el abuso de posición dominante y los actos unilaterales de carácter anticoncurrencial. Los dos primeros mencionados, recogen la tradición europea, por lo que la experiencia de su aplicación servirá indudablemente de apoyo para el desarrollo a la jurisprudencia del MERCOSUR.

Concentrándonos en el objeto de nuestro trabajo, abuso de la posición de dominio, podemos afirmar que su interpretación a la luz del derecho comunitario europeo se ve reforzada por la disposición del artículo 5º del Protocolo de Fortaleza, cuando dice que "*la simple conquista de mercado resultante de un proceso natural de mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores no representa una ofensa a la competencia*". De esta manera, resulta evidente que no se prohíbe el monopolio en sí mismo, cuando se sustenta en un logro a base de eficiencia en el mercado, sino que - a la manera europea⁸⁴ - son las situaciones de abuso de dicho monopolio las no admitidas en el ámbito MERCOSUR.

Finalmente, hemos de referirnos a la lista enumerativa del artículo 6, que completa la cláusula general mencionada. Establece que "*Las siguientes conductas, entre otras, en la medida en que configuren las hipótesis del artículo 4, constituyen prácticas restrictivas de la competencia:*

83 Cfme. BERENQUER FUSTER, "Las conductas...", cit., pág. 86.

84 En igual sentido, el Profesor Carlos Correa destacó que el proyecto de este Protocolo se inspiró claramente en el modelos de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma en "El Derecho argentino de la competencia en proceso de cambio", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad argentina, 2000, pág. 47.

- I - fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma, precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción;
- II - obtener o influir en la adopción de conductas comerciales uniformes o conexas entre competidores;
- III - regular mercados de bienes o servicios, estableciendo acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución;
- IV - dividir los mercados de servicios o productos, terminados o semiterminados, o las fuentes de abastecimiento de materias primas o los productos intermedios;
- V - limitar o impedir el acceso de nuevas empresas al mercado;
- VI - convenir precios o ventajas que puedan afectar la competencia en licitaciones públicas;
- VII - adoptar, en relación a terceros contratantes, condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos en una situación de desventaja competitiva;
- VIII - subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien;
- IX - impedir el acceso de competidores a los insumos, materias primas, equipamientos o tecnologías, así como a los canales de distribución;
- X - exigir o conceder exclusividad para la divulgación de publicidad en los medios de comunicación;
- XI - sujetar la compra o venta a la condición de no usar o adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;
- XII - vender, por razones no justificadas en las prácticas comerciales, mercadería por debajo del precio de costo;
- XIII - rechazar injustificadamente la venta de bienes o la prestación de servicios;
- XIV - interrumpir o reducir en gran escala la producción, sin causa justificada;
- XV - destruir, inutilizar o acopiar materias primas, productos intermedios o finales, así como destruir, inutilizar o dificultar el funcionamiento de los equipos destinados a producirlos, distribuirlos o transportarlos;
- XVI - abandonar, hacer abandonar o destruir cultivos o plantaciones, sin justa causa;
- XVII - manipular el mercado para imponer precios.

Se trata de una lista "indiferenciada"⁸⁵, en tanto se puede considerar aplicable en principio a cualquiera de las categorías de actos prohibidos. Esto sin perjuicio de que, del análisis puntual de cada una de sus disposiciones, pueda identificarse situaciones solamente comprendidas en alguno de ellos.

La valoración a efectos de la aplicación del sistema se realiza a través de agencias nacionales, no constituyendo el MERCOSUR organismos supranacionales de manera que la eficacia de la regulación regional va a depender de la capacidad de aplicación que de la misma tengan las respectivas oficinas⁸⁶.

Vemos, pues, que el sistema de defensa de la competencia del Protocolo de Fortaleza, al igual que la Unión Europea, sigue la "teoría de la doble barrera", es decir, que reconoce la coincidencia de dos sistemas aplicables simultáneamente en los distintos territorios: un sistema normativo nacional y un sistema de extensión regional. De esta manera, un mismo fenómeno podrá verse regido por dos ordenamientos, en función de su diverso grado de afectación del mercado.

2. Argentina

La legislación argentina tiene una larga tradición normativa en materia de legislación antitrust, desde 1923, cuya manifestación vigente la constituye la Ley de Defensa de la Competencia N° 25.156 de 25 de julio de 1999.

Esta norma es encabezada por la cláusula general de la materia que, al incluir el abuso de posición dominante, dice así: "Artículo 1.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general. ..."

85 VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "La defensa de la competencia en la Unión Europea y en MERCOSUR", en "MERCOSUR y la Unión Europea: dos modelos de integración económica", Valladolid: Lex Nova, 1998, pág. 188.

86 Cfme. TAVARES DE ARAUJO, Jr., José, TINEO, Luis, "Harmonization of competition policies among Mercosur countries", The Antitrust Bulletin, Spring 1998, pág. 47.

Además de adoptar igual dimensión del instituto a la consagrada por el derecho europeo, no prohibiendo la posición dominante en sí sino el abuso de ésta, determina la consideración adicional de que exista perjuicio para el interés económico general. Esta expresión, ya existente en la disposición anteriormente vigente - ley 22.262 -, resulta de interpretación problemática. Fue calificado como concepto "deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico"⁸⁷, habiéndose optado tradicionalmente por su consideración como concepto de eficiencia económica⁸⁸. Corresponde hacer notar que para la norma es sancionable aquel acto que pudo haber causado el efecto anticompetitivo aún cuando no lo haya alcanzado.

La ley que estamos analizando define qué ha de entenderse por posición dominante en el artículo 4, que dice así: "A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de terminar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos."

Esta disposición, que incluye la referencia a mercados más allá del territorio argentino, debe ser analizada junto con el artículo siguiente, que califica las circunstancias que habrán de encuadrar en definitiva la conducta del agente económico. El artículo 5 establece que "A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias:

- a. El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma;
- b. El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos y oferentes o demandantes al mercado de que se trate;
- c. El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder."

En definitiva, se trata de analizar la sustituibilidad de productos o servicios, la existencia de barreras de acceso al mercado y la relación de poderes entre competidores. No se manejan porcentajes fijos para dicha consideración.

3. Brasil

En la legislación brasilera se conocen desde tiempo atrás normas de defensa del mercado y particularmente de defensa de la competencia, como la Ley N° 4.137/62, las cuales no eran aplicadas estrictamente ni frecuentemente. Esta situación comienza a cambiar desde la aprobación del Código de Defensa del Consumidor y la Ley de Crímenes contra el orden económico y las relaciones de consumo, ambos textos normativos del año de 1990⁸⁹.

Posteriormente se aprueba una norma de derecho antitrust, la Ley N° 8.884 de 11 de junio de 1994, que transforma el Consejo Administrativo de Defensa Económica CADE en "autarquía" y dispone sobre la prevención y la represión de infracciones contra el orden económico entre otras providencias. El capítulo II de esta disposición, tratando las infracciones no solamente incluye la figura del abuso de posición dominante en el artículo 20 en la cláusula general sino que, además, la define y precisa la dimensión del mercado relevante. Establece lo siguiente (en traducción propia):

"Artículo 20.- Constituye infracción del orden económico, independientemente de la culpa, los actos manifestados de cualquier forma, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos, aún cuando no sean alcanzados:

- I - limitar, falsear o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o la libre iniciativa;
- II - dominar el mercado relevante de bienes o servicios;
- III - aumentar arbitrariamente las ganancias;

87 Vé Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Argentina, <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1c.htm>

88 LISIETO-BLANCO, Alberto, "La Defensa de la Competencia en la experiencia argentina", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001, pág. 98.

89 HASSON SAYEG, Ricardo, "Práticas comerciais abusivas", Bauru SP: Edipro, 1995, pág. 136-137.

IV - ejercer de forma abusiva posición dominante.

§ 1°. La conquista del mercado resultante de un proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores no caracteriza el ilícito previsto en el inciso II.

§ 2°. Existe posición dominante cuando una empresa o grupo de empresas controla una parte sustancial de mercado relevante, como proveedor, intermediario, adquirente o financiador de un producto, servicio o tecnología al cual es relativa.

§ 3°. La posición dominante a que se refiere el párrafo anterior se presume cuando la empresa o grupo de empresas controla el 20 % (veinte por ciento) del mercado relevante, pudiendo este porcentaje ser alterado por el CADE para sectores específicos de la economía."

(Este último párrafo según texto dado por la ley N° 9.069 de 29 de junio de 1995)

De esta manera, el derecho brasilero sigue la línea regional considerando en su enunciación o cláusula general a la figura del abuso de posición dominante, a la manera del derecho europeo. Es destacable, asimismo la pauta para la determinación legal de la dimensión del mercado relevante al establecer el 20 %, pauta que se encuentra suficientemente ponderada con la autorización a la autoridad de aplicación administrativa para modificar - "alterar" - dicho porcentaje en sectores específicos de la economía. Con esta norma, texto actual del párrafo 3, reconoce las variedades que los sectores económicos tienen en cuanto a su objeto y también en el tiempo, salvando la creciente crítica que se realiza a las normas legales que establecen una pauta rígida en dicho sentido.

El artículo siguiente, N° 21, incorpora al derecho positivo brasileño una enunciación de actos que deberá tenerse en cuenta para la determinación del abuso de posición dominante que recoge aquéllos que luego serían aprobado como Protocolo de Fortaleza, en el ámbito Mercosur.

III. EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN EL DERECHO URUGUAYO VIGENTE

La Constitución uruguaya sienta bases en materia de derecho antitrust y respecto a la libertad de competencia en diversas disposiciones. Nos referimos particularmente a los artículos 7, 36 y 50 inciso segundo. Estas disposiciones iluminaron muchas de las normas aisladas o generales en el escaso y disperso derecho del mercado nacional, pero no tuvieron una aplicación directa a situaciones en las que se habla hoy de defensa de la competencia.

Asimismo, corresponde destacar la regulación que realiza el Código Civil uruguayo de la figura del abuso de derecho en el artículo 1321⁹⁰, norma que constituye la apoyatura antecedente para la elaboración de la figura del abuso de posición dominante⁹¹.

Sin embargo, podemos decir que el derecho uruguayo en materia de defensa de la competencia recién se estructura a partir de la inclusión en la Ley de Urgencia N° 17.243 de las normas de los artículos 13 a 15, en las que no se deja de reconocer su fundamento constitucional.

Las mencionadas disposiciones recogen principios generales de la materia:

- a. el artículo 13, cimentó en las reglas libertad de la competencia a la actividad económica de las empresas, a la luz de las disposiciones constitucionales correspondientes, artículos 7 y 36;
- b. el artículo 14, consagra una cláusula general y una acotada lista enumerativa de conductas prohibidas;
- c. el artículo 15, se ocupa de aspectos reglamentarios y de organización.

Siguiendo la modalidad de introducir prohibiciones sin sistematizar las diferencias situaciones, veremos que también se incluye entre las conductas prohibidas el abuso de posición de dominio. Efectivamente, enseña el artículo 14: "Prohibense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios".

90 El citado artículo dice "El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable".

91 Cfme. OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Introducción al derecho de la competencia", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001, pág. 23.

En cuanto al instituto que estamos analizando, no encontramos en nuestra ley definición alguna que lo contemple precisamente. Eso sucede también, como vimos en el derecho europeo, en función de lo cual se ha construido su concepto a partir de la apreciación de los diversos litigios que han realizado los órganos de aplicación comunitarios. Cabe destacar que esta experiencia es referencia constante, a su vez, de los órganos de aplicación nacional de los Estados de la Unión europea.

De todas maneras, corresponde trasladar de la experiencia nacional y comunitaria europea la referencia que realizó inicialmente la doctrina - antes de la mitad del siglo XX - a conceptos tradicionales de derecho común elaborados a partir de las normas sobre "abuso de derecho" de los Códigos Civiles nacionales. De esta manera, podríamos tener presente el artículo 1321 como modelo interpretativo. Siempre habrá de tenerse en cuenta la especialidad del derecho del mercado.

Sin perjuicio de ello, corresponde en el plano nacional verificar dos circunstancias. En primer lugar, debe analizarse si se está o no ante una situación de "abuso de posición dominante". Entendemos que, al efecto, hemos de recurrir a las interpretaciones existentes en el derecho comunitario europeo por las coincidencias filosóficas y jurídicas de ambos sistemas. En este plano, identificaremos conceptos tales como los de mercado relevante, concepto de posición de dominio y abuso de posición de dominio, de la misma manera que se ha realizado en el citado derecho comunitario europeo. En segundo lugar, hemos de analizar qué efecto tiene la conducta presumiblemente abusiva en cuestión. La amplia enumeración de efectos previstos en la cláusula general hace que muy difícilmente pueda existir una conducta abusiva que no contemple al menos uno de ellos.

La conclusión respecto de estas dos consideraciones se ve facilitada o puede ser sustentada a través del posible encuadramiento de la situación que se trata en alguno de los literales - también de gran amplitud - que integran la lista ejemplificativa del mismo artículo 14. Es de destacar, que no tendría que ser necesariamente correspondiente con una de tales situaciones, dado el carácter enunciativo de la disposición. Las situaciones previstas son:

- A) Imponer en forma permanente, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores.*
- B) Restringir, de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o de consumidores.*
- C) Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia.*
- D) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores.*
- E) En forma sistemática, vender bienes o prestar servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo con las obligaciones fiscales o comerciales."*

Recordando el concepto ya manifestado al analizar el Protocolo de Fortaleza, estamos nuevamente ante una lista en principio "indiferenciada" que puede ser contrastada contra cualquiera de los casos de actos prohibidos: sean acuerdos o prácticas anticompetitivas, o - como es el caso que nos ocupa - situaciones de abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos.

Pero no basta con esta doble consideración: para poder estar ante una conducta prohibida corresponde también que "la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general", inciso final del artículo 14.

No es generalmente recibido en el derecho comparado un condicionamiento en dicho sentido. Esto se debe, sin duda, a que las conductas calificadas según los parámetros presentes en la cláusula general, y acaso también identificables en las situaciones previstas en las enunciaciones, encierran de por sí un perjuicio relevante al interés general. De esta forma, estando usualmente presente en la legislación comparada la referencia al interés general, interés económico general o a la afectación del mercado como circunstancia contraviniente del interés protegido por la norma, no se le ha incorporado de manera expresa como una nueva variable a dilucidar para la aplicación de la ley.

Nuestro derecho, podría dar a entender que algunas situaciones abusivas de una posición de dominio, cuyo efecto sea distorsivo del mercado podrían no generar un perjuicio relevante al interés general y, por lo tanto, ser lícitas. Esta afirmación parece imposible. Un margen para situaciones de este tipo resulta de muy difícil existencia y no conocemos en derecho comparado doctrina o jurisprudencia que haga referencia a una posibilidad en tal sentido. De todas formas, el peso del sistema de aplicación se centra de esta manera en la definición de interés general y

la identificación de un perjuicio, cuya extensión y precisión será dada por la jurisprudencia y doctrinas nacionales. Este será un paso ineludible para la definitiva aplicación de las sanciones correspondientes a la prohibición del abuso de posición dominante.

A la hora de formular tales consideraciones y de plantearnos la interpretación del "perjuicio del interés general", no podemos dejar de lado las disposiciones de la Ley N° 17.250 de 25 de junio de 2000, Ley de Relaciones de Consumo que se ocupa de diversos aspectos relacionados con la que habrá de ser calificada como conducta lícita de los empresarios en el mercado. Deberá reconocerse una conexión o coordinación entre los valores protegidos por ambas normas.

Las disposiciones de la Ley de Urgencia I fueron, posteriormente, complementadas por los artículos 157 y 158 de la Ley 17.296 de 16 de febrero de 2001, ley de Presupuesto. El articulado analizado, si bien se ocupa de aspectos sustanciales no atendió efectivamente el sistema de sanciones y de aplicación administrativa al efecto. Justamente, el artículo 157 consagra las sanciones administrativas correspondientes y el artículo 158 determina las funciones y facultades del órgano de aplicación correspondiente.

Finalmente, el decreto 86/2001 de 28 de febrero de 2001 reglamenta los cinco artículos mencionados, determinando que la Dirección General de Comercio será la autoridad de aplicación en la materia (art. 1°), instrumentando el procedimiento administrativo de denuncia y reglamentando ciertas condiciones para el sometimiento de las cuestiones a la resolución de árbitros.

En cuanto al derecho internacional, tanto el Protocolo de Fortaleza como las disposiciones que imponen prohibiciones a las prácticas restrictivas de la competencia que se consagran a nivel de la Organización Mundial de Comercio, determinan también el grado de compromiso del Uruguay con la regulación de la materia.

IV. CONCLUSIONES

El abuso de posición dominante es una figura jurídica regularmente prohibida en el derecho comunitario europeo y en los sistemas que se informan de dicha tradición, como lo son aquéllos de los países del Mercosur. Esto se hace evidente también en la propia normativa comunitaria de dicha región.

Esto no significa, sin embargo, desconocer el aporte del derecho de origen anglosajón, particularmente el derecho norteamericano que además fue el inspirador históricamente de la normativa del continente europeo y que ha precisado y analizado exhaustivamente conceptos tan necesarios como el de mercado relevante.

La regulación del derecho de defensa de la competencia y la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho uruguayo parece tardía y será de difícil aplicación a pesar de – o acaso debido a – su sencillez. Hemos de tener presente que, si bien puede considerarse ventajoso dar flexibilidad a la interpretación de la realidad cuando se trata de pronunciamientos sobre esta categoría de casos, las autoridades administrativas y judiciales uruguayas, tanto como nuestra propia doctrina, carecen de experiencia en la apreciación de dichas situaciones.

En sistemas económicos más avanzados se aplican de manera ágil las disposiciones en todas estas cuestiones. Sin embargo, creemos que ni la normativa del MERCOSUR ni la nacional nos permite la agilidad y concreción necesarias para una eficiente inserción en los sectores del mercado global correspondientes a los países industrializados.

Falta regular muchos temas: es francamente escasa la normativa sobre de las concentraciones empresariales, no se atiende la problemática de las ayudas públicas y su efecto distorsivo de la competencia – problema éste ya planteado y cuestionado a nivel de Mercosur por Brasil que ni lo reglamenta ni consintió que se incluyera en el Protocolo de Fortaleza –.

De todas maneras, la aplicación de estas disposiciones podrá ir fortaleciendo dicha falta de experiencia nacional en la materia, hasta el momento en que podamos plantearnos una reforma integral con un planteo de mayor ambición tanto en lo legislativo como en el control de su aplicación.

Sería deseable que dicho momento fuera próximo para que el derecho nacional equipare las condiciones de operatividad en nuestro mercado nacional y regional con los mercados del mundo en los cuales es imperativo que nuestro país tenga la más provechosa participación. ♦

BIBLIOGRAFÍA

- AREEDA, Phillip, "Antitrust analysis. Problems. Text. Cases.", 2d. ed., 6th printing, Boston et al.: Little, Brown and Company, 1974.
- ASQUINI, Alberto, "L'impresa dominante", en Riv. Dir. Comm, I, 1963, pág. 3 a 14.
- BELLAMY, Christopher, CHILD, Graham, "Derecho de la competencia en el Mercado Común", versión española a cargo de Eric Picañol, Madrid: Civitas, 1992.
- BERCOVITZ, Alberto, "Apuntes de Derecho Mercantil", Pamplona: Aranzadi, 2000.
- BERCOVITZ, Alberto, "La protección de la libre competencia y la propiedad intelectual", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999.
- BERENQUER FUSTER, Luis, "Las conductas abusivas de una posición de dominio", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 83 y ss.
- BULLARD, Alfred, "Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia - Argentina, "Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia", <http://www.mecon.gov.ar/cndc/docu1.c.htm>
- CORREA, Carlos, "El Derecho argentino de la competencia en proceso de cambio", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, Irene, "La noción de posición de dominio y su determinación", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 81 y ss.
- DE SANTIAGO GONZÁLEZ, Ana, "El abuso de posición dominante en derecho comunitario y español (artículo 86 del Tratado C.E. y artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia): Introducción", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 99 y ss.
- DIEZ-CANSECO NÚÑEZ, Luis José, "Competencia e integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados", en "Derecho de la competencia", Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2000.
- DOMKE, Martin, "Le projet de convention des Nations Unies sur les restrictives business practices", en Rev. Trím. Dr. Comm. 1954, pág. 567 a 576.
- DUBOIS, Jean-Pierre, "La position dominante et son abus", Paris: Librairies Techniques, 1968.
- FERNANDEZ NOVOA, Carlos, "Significado y delimitación del mercado relevante", en "Actas de Derecho Industrial", 1979-80, tomo 6, pág. 261 y ss.
- FERNANDEZ ORDÓÑEZ, Miguel A., "La competencia", Madrid: Alianza, 2000.
- FOX, Eleanor, SULLIVAN, Lawrence, "Cases and materials on Antitrust", St. Paul-Minnesota: West Publishing, 1989.
- FRIGNANI, A., WAELBROECK, M., "Derecho Europeo de la Competencia", versión española de Sáenz-Cortabarría, I. y Morales, M., Barcelona, 1998, 2 vol.
- GOLDMAN, LYON-CAHLEN, "Derecho comercial europeo", 1996.
- GOMEZ SEGADE, José Antonio, "Panorámica del derecho de la libre competencia en la C.E.E.", en "Actas de Derecho Industrial", 5, 1978.
- GUYENOT, Jean, d'EVEGNÉE, Charles, "European Antitrust Law of the Common Market", Paris: Economica, 1976.
- HASSON SAYEG, Ricardo, "Prácticas comerciales abusivas", Bauru, SP: Edipro, 1995.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, Francisco, "La aplicación del artículo 86 del Tratado de Roma a los precios predatorios: el caso AKZO", en ADI, tomo XIV, 1991-92, 247 y ss.
- MARTINEZ BLANCO, Camilo, "Grandes cadenas, poder dominante y defensa de la competencia", Montevideo: FCU, 2001.
- NAFTEL, Mark, "How does one say 'dominance' in European?", "Antitrust Report", octubre 1997, N° 2.
- NAVARRO VARONA, Edume, "Novedades en la aplicación de los artículos 85 y 86 el Tratado de Roma en el ámbito de los derechos de propiedad industrial e intelectual", en "Derecho de la competencia europeo y español", Madrid: Dykinson, 1999, pág. 67 y ss.
- OLIVERA GARCÍA, Ricardo, "Introducción al derecho de la competencia", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001
- PLAISANT, R., FRANCESCHELLI, R., LASSIER, J., "Droit européen de la concurrence", Paris: Delmas, 1978.
- TAVARES DE ARAUJO JR., José, TINEO, Luis, "Harmonization of competition policies among Mercosur countries", en "The Antitrust Bulletin", Spring 1998, pág. 45 y ss.
- THIESING, SCHRÖTER-HOCHBAUM, "Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la C.E.E.", Paris: Júpiter - Navarre, 1977.
- USIETO-BLANCO, Alberto, "La Defensa de la Competencia en la experiencia argentina", en "El Nuevo Régimen de Derecho de la Competencia", Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001.
- VAN BAEL, Ivo, BELLIS, Jean-Francois, "Competition Law of the CEE", Chicago et al.: CCH, 1987, reprinted.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, "La defensa de la competencia en la Unión Europea y en Mercosur", en "Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica", Valladolid: Lex Nova, 1998.
- VILA COSTA, Blanca, "El 'abuso de posición dominante' en la CEE", Cuadernos de Administración pública, 9, Madrid: Instituto Nacional de Administración pública, 1979.
- WHISH, Richard, "Competition law", 2nd. ed., Londres: Butterwords, 1989.
- WILLIMSKY, Sonya Margaret, "The Concept(s) of Competition", en [1997] 1 ECLR, p. 54 y ss.