

# **DERECHO DE LA COMPETENCIA**

**Abuso de la Posición Dominante  
Competencia Desleal  
Uso indebido de información  
Privilegiada**

Para concluir el análisis de la noción de competencia desde la ciencia económica, es importante anotar que actualmente se admite que la competencia perfecta y el monopolio puro constituyen dos polos dialécticos opuestos, dos modelos de estudio o hipótesis ideales, cuya síntesis híbrida se aproximaría a conformar el modelo de competencia que reflejaría de manera más fiel la estructura de la realidad económica existente en los mercados de los países capitalistas desarrollados.

## 2. La noción jurídica de la competencia

Los juristas que estudian la disciplina jurídica de la competencia económica comúnmente esquivan el estudio jurídico de la noción, al considerarla como un dato prejurídico proveniente de la Economía.

En efecto, los estudiosos de esta disciplina jurídica por lo general se ocupan de los problemas *patológicos* relativos a la competencia, es decir, de las perturbaciones visibles y evidentes relacionadas con dicha noción (por ejemplo: la competencia desleal, el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas de la competencia, la monopolización de mercados, etc.) pero rara vez se ocupan de ésta en cuanto tal, esto es, en cuanto realidad fenomenológica viva y natural, como si el fenómeno *patológico* en cuestión no presupusiese el hecho *fisiológico* de la competencia misma (FONT; 1987; 28).

Por este motivo, principalmente en la doctrina alemana y española, tras realizar una valoración del concepto de competencia elaborado por los economistas como modelo teórico o esquema conceptual que sirve de parámetro para conceptualizar fenómenos concretos tales como las formas de mercado, la formación de los precios, las condiciones de mercado, la situación de las empresas, etc., se ha concluido que todos estos conceptos o construcciones teóricas son inútiles para el jurista e inaplicables en el razonamiento propiamente jurídico. Esta afirmación se ha justificado al tener en cuenta la existencia de una multiplicidad de hipótesis abstractas y de esquemas teóricos contruidos por los economistas acerca de las diversas formas de funcionamiento del mercado, a cada una de las cuales corresponde una noción diferente de competencia.

Frente a esta situación se ha afirmado que el derecho no puede ocuparse de hipótesis abstractas y cambiantes, sino de objetos delimitados y de realidades caracterizadas con precisión, aunque ello pueda ser tachado de simplismo desde la óptica de la ciencia económica (FONT; 1987; 29).

La revisión de los distintos modelos de competencia relevantes para los economistas permite afirmar que realmente se trata de esquemas ideales, difíciles de

encontrar en funcionamiento en los mercados que integran una economía real, y que su utilización se justifica solamente en la medida en que permiten realizar abstracciones de importancia capital para la teoría económica (GACHARNA; 1982; 10).

En efecto, una situación de competencia perfecta o pura, tomada como el modelo más óptimo según las premisas de los economistas, no se ha producido nunca en la realidad; constituye apenas un modelo teórico, un esquema hipotético construido por los economistas con fines científicos o de estudio y aplicable a una concreta forma y funcionamiento ideal del mercado.

Ante estas consideraciones la doctrina jurídica no ha desconocido la importancia de los modelos teóricos creados por la ciencia económica como herramientas útiles para abarcar y comprender en mejor forma determinados fenómenos fácticos de la dinámica económica. Pero se ha señalado igualmente que no es sano para el desarrollo del derecho mantener en su aplicación y conceptualización una constante remisión a las elaboraciones de la teoría económica.

Si el derecho ha de ser un medio efectivo para regular la actividad de los agentes que participan en los mercados, entonces es necesario que para el derecho se estructure, mediante la jurisprudencia y la práctica administrativa, un acervo de principios y premisas jurídicas que, elaborados inicialmente teniendo en cuenta las realidades develadas por la Ciencia Económica, permitan prescindir de ésta en el estudio de los casos posteriores (CABANELLAS; 1983; 30).

No obstante este propósito orientador, lo cierto es que aun desde el propio marco conceptual del derecho tampoco ha sido fácil construir un concepto jurídico unívoco de la noción de competencia.

La competencia económica es un fenómeno complejo que ni económica ni jurídicamente guarda una conformidad de significado y relevancia, y se resiste a ser encuadrada en un concepto cerrado y unívoco. La competencia económica es un concepto *pluridimensional* que acoge perfiles o aspectos diferentes, contemplados de forma autónoma y fragmentaria en normas legales que se integran, generalmente, en disciplinas jurídicas distintas (FONT, 1987; 32).

Ha sido principalmente en la doctrina alemana donde se ha señalado que la dificultad para formular un concepto jurídico unitario de competencia, reside en el triple significado que efectivamente se le puede atribuir a esta noción:

a) La competencia como la relación de una pluralidad de empresarios en el marco de un modelo de mercado determinado;

b) La competencia como proceso a través del cual una pluralidad de personas lucha por conseguir la misma meta al mismo tiempo, y

c) La competencia como sistema social dentro del cual se ordenan las actividades de los diferentes sujetos de conformidad con unos objetivos específicos.

A la luz de estas tendencias doctrinales se concluye que la construcción jurídica del concepto de libre competencia económica debe abarcar necesariamente los componentes que la caracterizan desde las tres dimensiones que la conforman:

a) Existe una dimensión estructural de la competencia, según la cual ésta se concibe como la relación que se da o se puede dar entre una pluralidad de agentes económicos que actúan en el marco de un determinado modelo de mercado.

El primer elemento por el que comúnmente se define a la competencia es precisamente su carácter *estructural*, ya que para que ésta se pueda ejercitar es necesaria la existencia de una pluralidad de empresas o competidores autónomos, que interactúan entre sí en el marco económico conformado por un determinado modelo de mercado;

b) Existe igualmente una dimensión dinámica, competitiva o conflictual de la competencia, conforme a la cual ésta se concibe como un proceso de actuaciones y comportamientos de los diferentes agentes económicos que participan en el mercado, a través de los cuales aquella pluralidad de personas lucha entre sí por conseguir la misma meta económica en una misma unidad de tiempo y espacio.

Esta dimensión dinámica, competitiva o conflictual de la competencia, es la que se le concibe comúnmente como la lucha entre los competidores por atraer a los consumidores, promover la contratación de los bienes o servicios ofrecidos y maximizar las ganancias.

La dimensión dinámica, competitiva o conflictual del concepto de competencia se identifica con lo que se puede denominar *aspecto de conducta* de la competencia, caracterizado por el hecho de que las empresas concurrentes ac-

Tres dimensiones del concepto de competencia:  
 - estructural  
 - conflictual  
 - social

túan autónoma y libremente en el mercado poniendo en práctica sus proyectos y parámetros de acción para el logro de sus propios objetivos e intereses.

Es importante señalar que la dimensión de conducta viene determinada en gran medida por la dimensión estructural de la competencia. En efecto, una estructura de mercado monopolística, oligopolística, monopsonica, etc., por sí misma determina y condiciona de forma preponderante las conductas y los comportamientos competitivos que podrían asumir los agentes que participan en el respectivo mercado. Las conductas competitivas en un mercado y las tensiones conflictuales entre los intereses opuestos de los diferentes agentes, son función de las condiciones estructurales del mercado en cuestión; de aquí que el comportamiento competitivo de los agentes competidores esté condicionado por la estructura existente en el mercado, y

c) Existe también una dimensión ideológica o político social, según la cual, la competencia conforma un particular sistema institucional de vida social dentro del cual se ordenan las actividades de los agentes económicos. Esta dimensión ideológica y sociopolítica de la competencia conforma la concepción institucional de la competencia como núcleo central del sistema de economía de mercado.

En esta dimensión institucional se incluyen por lo tanto las disposiciones que reconocen, garantizan, promocionan o limitan el ejercicio de la libre competencia, e igualmente las políticas, directrices y finalidades socioeconómicas que se espera alcanzar a través del sistema de la libre competencia.

La labor del intérprete es elucidar cuál es el significado y la relevancia jurídica de la competencia en cada una de las dimensiones que abarca, como paso previo a una construcción conceptual, sistemática y unitaria del fenómeno de la competencia económica. En esta labor no se debe perder de vista que las tres dimensiones están interrelacionadas mutuamente.

Así, las conductas adoptadas por los agentes desde la dimensión dinámica o conflictual pueden ocasionar importantes modificaciones en la conformación de la dimensión estructural. Igualmente, la conformación de una determinada estructura de mercado puede llegar a favorecer la realización de ciertas conductas no deseables o eliminar las que no son nocivas. De otro lado, la dimensión institucional define tanto frente a la dimensión estructural como frente a la dimensión conflictual, el *modus operandi*, la filosofía inherente y la conformación de la competencia como modo de vida social (FONT, 1987; 34).

- a) El poder real de controlar elementos vitales que le permitan ejercer sobre el funcionamiento del mercado relevante una influencia notable y previsible;
- b) La posibilidad de adoptar comportamientos independientes sin tener en cuenta a los competidores, compradores, proveedores o consumidores, y
- c) La probabilidad de prevenir que se le haga competencia efectiva dentro del mercado relevante.

## 2) *Abuso de la posición dominante en el mercado*

### — *Concepto de abuso*

En la legislación de la Unión Europea no existe un concepto sobre lo que es el abuso de la posición dominante, lo que se explica en parte porque todo concepto sobre esta situación correría el riesgo de limitarlo en su contenido y alcances, por este motivo en la legislación comunitaria europea simplemente se consagran posibles situaciones de abuso que no constituyen una enumeración taxativa de las conductas que pueden ser consideradas como abusivas.

Al momento de determinar las conductas que constituyen una explotación abusiva de la posición dominante se debe tener en cuenta la evolución interpretativa por la que ha pasado el artículo 86 del Tratado a la luz de la praxis jurídica de las autoridades comunitarias. En virtud de esta evolución se debe tener presente que en el modelo adoptado en el derecho comunitario europeo las prácticas que pueden ser catalogadas como abusivas son de dos tipos: abusos de conducta y abusos de estructura.

Durante los primeros años de aplicación del artículo 86 del Tratado se consolidó lo que puede denominarse la noción tradicional de lo que es la explotación abusiva de la posición dominante.

En líneas generales se puede afirmar que de acuerdo a esta noción tradicional, la configuración del precepto normativo implica: en primer lugar, que una o varias empresas ocupen una posición dominante en un determinado mercado relevante; en segundo lugar, que se produzca un abuso de dicha posición dominante; en tercer lugar, que se vean perjudicados los proveedores, competidores o consumidores; en cuarto lugar, que el comercio comunitario se vea afectado o perjudicado por la conducta abusiva.

Según esta noción, la explotación abusiva se concreta en una conducta voluntaria de la empresa orientada a producir una incidencia sobre las condiciones del mercado afectando a los proveedores, competidores y consumidores.

Se trata por consiguiente de una noción que tiene un notado carácter subjetivo, por cuanto implica que una cosa es la posición dominante, no sancionable en sí misma y otra cosa la explotación abusiva del poder que brinda dicha posición, que implica necesariamente la ejecución de una conducta que denote infracción, exceso o extralimitación en el poder que se posee, que por lo mismo resulta sancionable.

Según este razonamiento, para la configuración del abuso de la posición dominante la sola conducta anticompetitiva no es suficiente para aplicar la sanción, sino que es necesario demostrar la relación de causalidad existente entre la conducta abusiva y la posición dominante que posibilita tal comportamiento.

La importancia de determinar el origen o la causa del poder que permite realizar la conducta abusiva, es un factor decisivo en la configuración de la teoría tradicional del abuso.

No obstante, las reflexiones realizadas por la Comisión en el *Memorándum de 1965* en lo concerniente al tema de la explotación abusiva, permitieron ampliar sustancialmente la noción tradicional que existía sobre dicho concepto, al manifestar que:

«(...) existe explotación abusiva cuando el comportamiento constituye objetivamente un comportamiento que viola los objetivos fijados por el Tratado. Las prácticas abusivas de una empresa dominante pueden manifestarse frente a los competidores actuales, a los competidores potenciales y a los adquirentes. Como no existe definición general de abuso, su existencia debe ser apreciada en cada caso en función de los objetivos de la norma en que figura esa noción».

Por consiguiente, la noción de abuso debe ser construida a la luz de la vulneración de los objetivos del Tratado, entre los cuales están el mantenimiento de una estructura de mercado oligopolística en la que sea posible garantizar una competencia efectiva.

El abuso se determina entonces no a partir de criterios subjetivos, sino en referencia a ciertos criterios objetivos que son vulnerados. A la luz de esta orientación, el abuso no se debe buscar en la conducta, sino en el resultado perjudicial producido sobre las estructuras de mercado y el mantenimiento de la competencia efectiva.

Lo importante no es la conducta en sí o la fuente de poder que la posibilita (posición dominante), sino el resultado perjudicial que cualquier decisión de la

empresa dominante produce sobre el contexto del mercado y el mantenimiento de la competencia, contrariando así los objetivos del Tratado.

Dentro de esta nueva orientación se admite que la misma posición dominante o su reforzamiento excesivo, a partir de cierto umbral se convierte por sí misma en abusiva, independientemente de la licitud de toda conducta que la acompañe, siempre que produzca resultados contrarios a los objetivos buscados por el ordenamiento comunitario.

Bajo esta óptica, deja de ser un elemento indispensable la relación de causalidad entre posición dominante y abuso, ya que la sola posición dominante, en ciertos casos, puede ser considerada en sí misma como abusiva si genera efectos negativos en el mercado (MIRANDA SERRANO; 1994; 109).

Esta nueva definición supera la conceptualización de la noción tradicional del abuso, ya que en opinión de la instancia ejecutiva comunitaria, la aplicabilidad del artículo 86 no sólo es posible cuando la empresa dominante causa, mediante su conducta, un perjuicio directo o inmediato a los proveedores o consumidores, sino, también, cuando el perjuicio se produce de forma indirecta mediante una operación de concentración o monopolización al quedar afectada la estructura del mercado y el mantenimiento de una competencia efectiva en perjuicio de los consumidores (MIRANDA SERRANO; 1994; 109).

Esta concepción objetiva del abuso fue sostenida en la Decisión y en la Sentencia del asunto *Continental Can y Europemballage*, en el cual la Corte expuso, al referirse a los abusos de estructura, que:

«...constituye un comportamiento incompatible con el artículo 86 el hecho de que una empresa en posición dominante refuerce esta posición por vía de concentración con otra empresa, con la consecuencia de que la competencia que hubiere potencial o efectivamente subsistido a pesar de la existencia de la posición dominante inicial, se halla prácticamente eliminada para los productos en cuestión».

Igualmente esta posición es reiterada en el caso *Hoffman-La Roche*, cuando la Corte Europea de Justicia señaló, en el fundamento de derecho número 91, que:

«(...) la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla las actuaciones de una empresa en posición dominante que por su naturaleza pueden influir en la estructura de un mercado en que como consecuencia precisamente de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de compe-

tencia ha sido ya debilitado y que producen el efecto de obstaculizar, por el recurso a medios diferentes de los que gobiernan una competencia normal de los productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los operadores económicos, al mantenimiento del grado de competencia todavía existente en el mercado o al desarrollo de esa competencia».

Teniendo en cuenta esta interpretación se analizan a continuación las conductas que constituyen un abuso de la posición dominante:

#### — Situaciones de abuso de conducta de la posición dominante en el mercado

En la legislación de la Comunidad Europea se establecen diversas situaciones en las que se considera que se comete abuso por parte de una empresa que ocupa una posición dominante.

Las normas del derecho comunitario europeo prevén ciertos casos susceptibles de ser calificados como abusos de posición dominante, pero sin que ello implique la exclusión de otras hipótesis que también pueden ser incluidas bajo esta figura.

Entre las situaciones previstas por la legislación en que se presenta abuso de la posición dominante, se resaltan las siguientes:

- **Imposición de precios abusivos:** Esta modalidad de abuso está prevista en el literal a) del artículo 86 del Tratado al catalogar como abusiva la imposición, directa o indirecta, de precios inequitativos de compra o de venta(...).

La jurisprudencia desarrollada bajo el artículo 86 del Tratado ha entendido que la fijación de un precio resulta inequitativa, si no hay relación razonable con el valor económico de la prestación suministrada (United Brands, 1978).

El precio inequitativo por lo tanto puede asumir dos modalidades: que el precio sea inequitativo por ser excesivamente alto en relación con los costos de producción o, en el otro extremo, excesivamente bajo hasta el punto de eliminar los competidores como consecuencia de tácticas depredatorias.

La determinación de los precios calificables como inequitativos por ser excesivamente altos, presenta ciertas dificultades de aplicación de la norma en cuanto a la determinación de lo que debe considerarse un precio justo o que guarda

correspondencia con los costos de producción y la porción de la utilidad razonable que se suma a dicho valor.

La Corte Europea de Justicia no proporcionó una regla clara al respecto, pues el principio de que los precios excesivos son *los que no tienen una relación razonable con el valor económico del producto ofrecido* expuesto en el caso General Motors, resultó excesivamente vago por ser necesario en todo caso establecer que sentido es el que ha de darse al concepto de *valor económico* del producto. Para ese fin, se podría precisar cual es el valor económico teniendo en consideración los costos y las utilidades normales. Sin embargo, la dificultad se presenta en la necesidad de definir y cuantificar los costos normales de producción en un mercado determinado en unas condiciones específicas, y de otro lado, fijar el valor de lo que serían las *utilidades normales* en ese mismo mercado, cuestiones estas que pueden ser abarcadas desde distintos enfoques y métodos económicos de medición, ofreciendo resultados diversos según las variables de las que se parta.

Debido a las dificultades de aplicar el criterio de *costos más utilidad razonable*, la Corte Europea de Justicia se inclinó por comparar los precios presuntamente excesivos con los precios imperantes para artículos similares en mercados que no se encuentran afectados por posiciones dominantes.

Así, en el caso *United Brands* la Comisión de las Comunidades Europeas tuvo en cuenta, a efectos de determinar el carácter abusivo de los precios fijados sobre la base de una posición dominante, la diferencia de valores existentes entre los distintos productos de la empresa imputada, según ellos fueren identificados o no con determinadas marcas, y el grado en que tal diferencia reflejaba distintos costos o calidades; consideró así mismo las diferencias de precios con otros productos comparables en cuanto a calidad y los márgenes de utilidades obtenidos por otras empresas que operaban en el mismo sector, que percibían precios menores que los cobrados por la firma dominante (CABANELLAS; 1983; 680).

Igualmente, en el caso *General Motors*, los precios fijados por la obtención de ciertos certificados necesarios para la utilización de los vehículos vendidos por esa empresa fueron considerados excesivos en forma abusiva, por no guardar relación con los precios cobrados por otras empresas del sector y con los costos imputables a tal servicio (CABANELLAS; 1983; 680).

En todo caso, en el análisis de utilidades excesivas la doctrina ha sostenido que esta evidencia debe complementarse con el estudio de las condiciones o causas que permiten esos altos márgenes de ganancias.

Así, debe indagarse qué factores impiden la entrada de otras empresas competidoras al sector, pese a la existencia de márgenes de ganancias superiores a las normales suficientemente atractivas.

Si los altos márgenes están vinculados a la mayor eficiencia de la empresa, que deja rezagadas a todos los posibles competidores, no debe imputarse a la empresa que tiene la posición dominante una conducta abusiva, dado que esa mayor eficiencia ocasionará mayores márgenes de ganancias aun en mercados razonablemente competitivos. Pero, si el no ingreso de nuevos competidores está vinculado a restricciones en la circulación de materias primas, el temor a prácticas depredatorias, etc., los márgenes elevados pueden ser considerados un abuso, ya que son utilidades que obtiene la empresa las cuales no lograría posiblemente de existir una competencia practicable o efectiva en el respectivo mercado.

Respecto de los precios excesivamente bajos, se ha concluido que son un mecanismo para realizar prácticas depredatorias en las que la empresa dominante baja los precios de sus productos o servicios durante un lapso de tiempo determinado, por debajo de su nivel de costos, con lo cual atrae a los consumidores de sus posibles competidores, logrando así impedir la expansión de estos últimos y mantener su posición de dominio en el mercado.

Es importante tener en cuenta que no siempre la reducción de los precios por debajo de los costos de producción puede ser catalogada como una táctica de precios predatorios, sino que es necesario hacer un análisis relacionado con el contexto específico en que se fijan dichos precios. El no tener en cuenta dicho contexto puede llevar a catalogar como precios predatorios diversas estrategias comerciales cuya finalidad no es propiamente perjudicar la libre competencia, tal es el caso de la distribución de productos a bajo precio o como muestras gratuitas con las que se pretende simplemente promocionar o introducir un nuevo producto o servicio en el mercado.

- **Imposición de condiciones contractuales inequitativas:** La fijación de precios inequitativos es una de las modalidades de los abusos de la posición dominante por medio de la imposición de condiciones inequitativas en las relaciones contractuales. El literal a) del artículo 86 del Tratado sanciona también la imposición de otras condiciones comerciales no equitativas, diferentes del precio.

En el caso *Gema*, que resulta más ilustrativo sobre este tipo de abuso, se evaluó la conducta de una asociación alemana dedicada a la gestión colectiva de derechos de autor de compositores, autores y editores de obras musicales.



Esta asociación ocupaba en este campo una posición dominante por constituir un monopolio de hecho y por ello contaba con la posibilidad de imponer condiciones abusivas sobre los compositores, los adquirentes de derechos de ejecución y de los discos, ya que los titulares de los derechos debían transferirlos a esta asociación como condición para la prestación de sus servicios.

En la investigación del caso la Comisión imputó a *Gema* diversas conductas abusivas por imposición de condiciones contractuales inequitativas: discriminaciones basadas en la nacionalidad de autores o compositores, la obligatoriedad de cesión a *Gema* de todos los derechos de autor obtenidos por el autor o compositor durante la vigencia del contrato, variación de los derechos reconocidos a autores y compositores en función del mayor o menor período en que estos se vinculaban a la entidad, fijación de períodos mínimos relativamente prolongados para las vinculaciones contractuales con los autores y compositores, etc.

Estas conductas contractuales claramente constituyen casos típicos de la utilización del poder de mercado a fin de lograr condiciones contractuales ventajosas que serían imposibles de lograr o imponer en un mercado competitivo normal.

• **Imposición de condiciones discriminatorias:** El literal c) del artículo 86 del Tratado califica como abuso de posición dominante la aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, siempre que ello ubique a ciertos clientes en desventaja desde el punto de vista de la competencia.

Esta conducta supone una explotación de las condiciones de mercado, que pueden ser manipuladas o controladas por la empresa en posición dominante, al punto de obtener beneficios adicionales perjudicando o sacando del mercado a determinados compradores, lo cual no sería posible obtener en condiciones de competencia efectiva.

La discriminación puede asumir dos modalidades: horizontal, cuando la práctica está encaminada a afectar a un comprador que se ubica en el mismo nivel del proceso productivo, o vertical, cuando la práctica busca afectar a un comprador ubicado en una fase subsiguiente del proceso productivo de un determinado bien.

En cuanto a la discriminación horizontal, se ha considerado que la política de establecer condiciones desiguales, bien sea porque se ofrezcan condiciones favorables o prestaciones adicionales a los clientes de empresas competidoras con el objeto de atraerlos, o porque de manera directa o indirecta se impongan

precios de venta o de compra y otras condiciones de transacción no equitativas que tienden a excluir a los competidores del mercado, han sido calificadas como conductas abusivas de la posición dominante en diferentes casos.

Así, en el caso de *Napier Brown* contra *British Sugar* la Comisión determinó que esta última incurrió en prácticas de discriminación horizontal al ofrecer a los más importantes distribuidores minoristas de azúcar una reducción de precios a condición de que rehusaran mantener en su inventario los productos de su competidor *Napier Sugar* (MIRANDA; 1993; 189).

En el caso de *Eurofix Bauco* contra *Hilti*, la Comisión consideró que esta última abusó de su posición dominante al establecer condiciones selectivas y discriminatorias a clientes que a pesar de comprar exactamente los mismos productos y en las mismas cantidades no recibían las ventajas ofrecidas a los clientes seleccionados por *Hilti* con el fin de atraerlos (MIRANDA; 1993; 189).

En cuanto a la discriminación vertical, se ha señalado que la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, ejercida por una empresa en forma unilateral contra empresas o personas que se encuentren en un nivel diferente o subsiguiente del proceso productivo, constituye una modalidad de abuso de la posición dominante.

En el mismo caso de *Napier Brown* contra *British Sugar*, la Comisión sostuvo que *British Sugar* había abusado de su posición de dominio por negarse a suministrar a *Napier Brown* azúcar de remolacha, como ésta lo había solicitado específicamente, suministrándole a cambio azúcar de caña, razón por la que dejó de percibir importantes descuentos en los costos de almacenamiento (MIRANDA; 1993; 188).

• **Imposición de prestaciones u operaciones suplementarias:** Esta conducta, denominada en inglés *Tying*, consiste en subordinar el suministro de un producto o servicio a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyen parte del objeto del negocio.

Es decir; se caracteriza por imponer obligaciones subsidiarias que por su naturaleza no tiene conexión con los contratos principales. Esta conducta se sanciona a la luz del literal d) del artículo 86 del Tratado que cataloga como abusiva este tipo de subordinación de la conclusión de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias.

Ejemplo de lo afirmado es el caso de IBM, empresa que fue acusada ante la Comisión Europea por ofrecer en venta el más poderoso de sus equipos denominado *Sistema 370*, con la condición de que el cliente aceptara pagar dentro del precio una capacidad adicional de memoria y el software básico. Después de la intervención de la Comisión IBM fue obligado a vender estos equipos sin exigir la obligación adicional señalada (MIRANDA; 1993; 190).

Igualmente, en otro caso, la compañía Fiat también tuvo que renunciar a su estrategia de obligar a sus distribuidores y talleres de servicio autorizados a utilizar y vender exclusivamente una marca de lubricantes producido por *Oliofiat* (MIRANDA; 1993; 190).

• **Limitación de la producción, de los mercados y el desarrollo técnico:** En el literal b) del artículo 86 del Tratado se catalogan como prácticas abusivas de la posición dominante todas las que puedan consistir en limitar la producción, los mercados, o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores. La doctrina ha conceptualizado sobre el carácter amplio de esta disposición que permite incluir otros supuestos de abuso no contemplados expresamente.

Así, se ha sugerido que bajo esta disposición podrían llegar a incluirse los casos de firmas que utilizan su posición dominante para adoptar una posición pasiva respecto de posibles mejoras en la organización de su empresa o que incurrir en una posición voluntariamente negligente en el manejo de sus operaciones, redundando negativamente en la calidad y el mejoramiento de su producción, trasladando finalmente dichas ineficiencias a los consumidores. Esta sugerencia es interesante aunque implica determinadas dificultades en el plano probatorio.

Otros doctrinantes han sugerido la posibilidad de que bajo esta modalidad se incluyan aquellos supuestos de abuso de la posición dominante que se configuran por las limitaciones impuestas sobre la investigación o desarrollo técnico, especialmente mediante cláusulas contractuales que limitan tales actividades (como puede ocurrir en los contratos de licencia y de transferencia de tecnología). En este sentido coinciden algunos autores en considerar que tal abuso se puede configurar también a través de la acumulación excesiva de patentes o derechos de propiedad industrial, cuando ese elemento se convierte en un factor para dominar la entrada al mercado de los competidores a través del otorgamiento de licencias (CABANELLAS; 1983; 688).

• **Negativa a contratar:** En el derecho comunitario europeo esta modalidad de práctica abusiva ha sido desarrollada por vía jurisprudencial, al declararse en

diversos fallos que la negativa injustificada a suministrar un producto puede constituir, por diversas razones, una violación al artículo 86 del Tratado de Roma.

En efecto, se ha considerado que una empresa en posición dominante puede negarse a contratar con la intención de desplazar a unos determinados compradores del mercado que abastecen, a fin de así extender su posición dominante a dicho mercado o a etapas subsiguientes de la producción. La negativa puede ser también una forma de sanción contra las empresas que no siguen las condiciones impuestas por la firma dominante. Igualmente la negativa a contratar puede ser un mecanismo utilizado por la empresa en posición dominante para obstaculizar el acceso al mercado de competidores potenciales.

Por estas razones la negativa a negociar por parte de una empresa que tiene una posición dominante, ha sido vista negativamente no sólo por la Comisión y la Corte Europea de Justicia, sino también por la doctrina, admitiéndose su práctica solamente en circunstancias limitadas.<sup>22</sup>

En el caso de *Commercial Solvents vs. Comisión* (1974), dicha empresa gozaba de una posición dominante en la producción de una materia prima necesaria para la fabricación de drogas antituberculosas (ethambutol). Después de que la subsidiaria italiana de *Commercial Solvents* comenzó a producir directamente la droga, dicha empresa se negó a seguir proveyendo a los otros productores del ethambutol con la materia prima en cuestión.

En este caso la Corte sostuvo que un productor de una materia prima determinada, con posición dominante en ese mercado, no puede negarse a proporcionar la materia prima a un fabricante importante de productos derivados, si esta negativa puede eliminar la competencia desarrollada por el fabricante del producto derivativo en cuestión en su mercado respectivo.

El mismo criterio fue sostenido en el caso *Hugin vs. Comisión* (1979), en

<sup>22</sup> Se ha considerado que la negativa a contratar o satisfacer pedidos puede estar en cierto modo justificada, y por lo tanto no ser lesiva de la competencia, cuando tiene por propósito la simplificación eficaz de los mecanismos de distribución de un determinado producto a las manos del consumidor final; cuando es una forma de sanción a los comerciantes que no han seguido los lineamientos técnicos en el tratamiento del producto ya sea para su transporte, comercialización u ofrecimiento al público; cuando comercialmente la empresa no puede aceptar las condiciones crediticias ofrecidas por quien formula un determinado pedido o cuando la formulación del pedido se aparta de forma evidente de las condiciones de ofrecimiento normales del mercado.



el cual una empresa distribuidora de máquinas registradoras se negó a seguir suministrando los repuestos respectivos a una firma dedicada a la comercialización de éstos y a la atención y reparación de tales máquinas, en razón de que había instalado su propia red de servicios.

En el caso *United Brands*, dicha compañía se negó a seguir vendiendo a uno de sus grandes distribuidores de banano en Dinamarca, después de que tal distribuidor participó en la campaña publicitaria de un competidor. En este caso *United Brands* argumentó que tenía una razón objetiva y comercial para negarse a vender, consistente en que al parecer el distribuidor había violado las directrices señaladas por *United Brands* acerca de los cuidados que se debían seguir en la maduración de las bananas. Sin embargo, la Corte, sin dar mucho peso a la aparente justificación comercial de *United Brands*, consideró que una empresa en una posición dominante no puede *detener la provisión de un producto establecida desde hace mucho tiempo con un cliente que cumple con una práctica comercial regular, si los pedidos requeridos por ese cliente en modo alguno se salen de la práctica ordinaria*.

En conclusión, el carácter dominante de una empresa, cuando ella es la única capaz de suministrar determinados bienes o cuando no enfrenta una competencia que garantice una oferta alternativa a los compradores o usuarios, impone sobre ella obligaciones de atención de los pedidos del público o de los distribuidores que no tendría que asumir en mercados competitivos.

#### — Abusos de estructura de la posición dominante

• **La concentración o el reforzamiento de la posición dominante como forma de abuso:** Esta modalidad de abuso ha sido construida jurisprudencialmente con base en los pronunciamientos del Ejecutivo Comunitario que determinaron un giro en la interpretación del artículo 86 del Tratado, permitiendo que al lado de las prácticas abusivas por conducta se puedan sancionar igualmente las prácticas abusivas de estructura de mercado.

Con base en este giro interpretativo, que permite configurar la práctica abusiva bajo criterios objetivos cuando los resultados generados se apartan de los objetivos perseguidos por el ordenamiento jurídico comunitario, ha sido posible incluir dentro de las modalidades de abuso las denominadas concentraciones agresivas y los reforzamientos de la posición dominante que degeneran en monopolio.

La Corte de Justicia en el caso *Metro/Saba* (1977) ya había señalado que el modelo de competencia tutelado por el Tratado es la competencia efectiva, practicable o eficaz, al afirmar que: *...la competencia no falseada a la que se refieren los artículos 3° y 85 implica la existencia en el mercado de una competencia eficaz, es decir, de la dosis de competencia necesaria para que se respeten las exigencias fundamentales y se alcancen los objetivos del Tratado*.

Frente a este modelo de competencia tutelado, se ha señalado que las concentraciones empresariales son compatibles con el Tratado cuando conllevan la formación de unidades empresariales fuertes, de talla europea para enfrentar a los competidores de terceros países (E.U. y Japón), siempre que permitan mantener una situación de competencia oligopolística.

Una situación de oligopolios no excluye necesariamente una competencia eficaz, y antes por el contrario se caracteriza por una competencia muy fuerte en el plano de la productividad, la investigación y la calidad de los productos. Es solamente en una situación muy monopolística en la que toda forma de competencia efectiva desaparece y por eso la Comisión se ha mostrado partidaria de que las fusiones o concentraciones que conduzcan a una situación monopolística sean prohibidas.

Pero igualmente, deben ser prohibidas las denominadas *concentraciones agresivas* o los reforzamientos de la posición dominante cuando conducen a una situación de monopolio, ya que tales situaciones encajan en el supuesto b) del artículo 86 del Tratado al *limitar la producción... en perjuicio de los consumidores*, bajo el entendimiento de que el abuso se configura desde el momento en que el monopolio reduce necesariamente las posibilidades de elección de los consumidores (MIRANDA SERRANO; 1994; 109).

No es la propia concentración o el monopolio en sí el que determina la sanción bajo el artículo 86, sino que al ser considerados estos fenómenos como un resultado producido sobre la estructura del mercado, su legalidad se juzga según el alejamiento frente a los objetivos buscados por el Tratado.

De este modo el abuso de la posición dominante es definido como el acto que contraviene el orden constitucional del mercado común (los objetivos del Tratado), entendiéndose que existe violación de dicho orden cuando la desaparición de una empresa competidora reduce el número de empresas oferentes por debajo del número necesario para el funcionamiento de una competencia efectiva o practicable (por lo menos oligopolística).

## 2. Evolución de la naturaleza jurídica de los actos de competencia desleal

Según los anteriores modelos reseñados, el ilícito concurrencial en un principio estuvo unido a la idea de lesión de un derecho subjetivo del empresario. Así, en el período correspondiente al modelo paleoliberal la disciplina de la competencia desleal aparece fuertemente vinculada a la protección de los derechos derivados de la propiedad industrial, mientras que en la segunda etapa o período profesional, el acto desleal se reprime sólo en función de la protección de los derechos de los empresarios.

Dentro de los planteamientos doctrinales que relacionan el acto desleal con la lesión de un derecho subjetivo —caracterizado éste por ser un derecho de monopolio, que acota a favor de su titular una serie de prerrogativas reconocidas por el ordenamiento jurídico para su exclusivo provecho— se pueden destacar dos posiciones:

1ª En la primera, aparecen todas las tendencias que propugnan por individualizar el objeto de tutela de la competencia, refiriéndose a la protección de un *derecho de naturaleza patrimonial*. Según este planteamiento, la naturaleza jurídica de la represión de los actos de competencia desleal se explicaría bajo la teoría de la responsabilidad extracontractual o por la teoría de la protección de la hacienda (*Ripert, Carnelutti*), teorías en las cuales el eje común es la indemnización a cargo del competidor infractor, que se origina por el atentado realizado contra un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial de otro competidor.

2ª En la segunda, se engloban los argumentos a favor de que el objeto protegido es el derecho al libre desarrollo de la personalidad del empresario. Según este planteamiento la naturaleza jurídica de la represión de la competencia desleal encontraría su explicación en la teoría de la protección de la personalidad (*Kohler*), ya que toda actividad económica es de naturaleza personal y la disciplina de la competencia desleal surge precisamente para tutelar la persona del empresario como competidor, pues la competencia desleal encuentra sus fronteras allí donde se vulnera la personalidad del empresario competidor.

Posteriormente, en la evolución hacia el modelo social, la crisis de la teoría de los derechos subjetivos absolutos, de tinte eminentemente individualista, contribuyó a la actual conceptualización de la competencia desleal; en efecto, la concepción contemporánea del fenómeno de la concurrencia ilícita le atribuye una clara función social al derecho de competencia.

Dentro de este contexto la naturaleza jurídica de la represión de la competencia desleal se explica comúnmente enmarcada dentro de la teoría del abuso del derecho (*JOSSEAND, ROUBIER*), fundamentada en la sanción al desvío de la finalidad social que busca la competencia, esto es, en el exceso en el ejercicio del derecho de competencia que, por su inherente individualismo, generalmente olvida que en última instancia todo derecho individual está llamado a cumplir una función social. En otras palabras, el derecho individual de libre competencia encuentra su límite y su exceso en donde empieza la función social que debe cumplir dicho derecho individual en una sociedad competidora de libre mercado.

Al evolucionar el derecho de la competencia desleal hacia la concepción en virtud de la cual se protegen todos los intereses que participan en el tráfico mercantil, la doctrina moderna, ya enmarcada dentro del modelo social, ha superado absolutamente la calificación de la deslealtad del acto relacionándolo exclusivamente con la lesión de un derecho subjetivo del empresario o comerciante.

La represión de la competencia desleal deja atrás la simple *protección individual* para configurar una disciplina que, al intentar mantener un orden en el juego competitivo, establece deberes objetivos de abstención o *reglas objetivas de conducta en el mercado* que buscan beneficiar a todo el conglomerado social.

Por lo tanto, dos situaciones son ahora los ejes temáticos alrededor de los cuales se articula la nueva concepción:

1ª El reconocimiento de que el acto desleal implica un abuso del derecho a competir, por el modo o la forma desleal como se compete;

2ª La importancia de definir jurídicamente los criterios que han de tenerse en cuenta para calificar el carácter abusivo o desleal de una determinada conducta competitiva (*BACHARACH; 1993; 55-57*).

## C. CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL

Es difícil, por no decir imposible, dar una definición completa, cerrada y absoluta en la que puedan incluirse plenamente todos los supuestos de actos que constituyen competencia desleal. Es natural que en la lucha por el mercado los empresarios intenten por todos los medios atraer la clientela para obtener los máximos beneficios económicos.

El propio ordenamiento jurídico considera que hacerlo así, a través de medios calificados como leales, correctos, honrados, honestos o cualquier otro sinónimo, es totalmente lícito. Por tanto, el límite, y consecuentemente la difícil-

tad para dar una definición detallada, radica en los criterios que han de ser tenidos en cuenta para calificar la deslealtad de un determinado acto en el mercado.

Para definir este punto se ha recurrido a criterios elásticos y amplios que permiten no solamente dar cabida a todas las modalidades desleales actualmente conocidas, sino además incluir todas aquellas que puedan surgir hacia el futuro debido a la evolución permanente de las formas y los medios para competir.

### 1. El valor de las cláusulas generales

Para ello, el legislador utiliza las llamadas *cláusulas generales*, es decir, una norma constituida por conceptos amplios y elásticos a través de los cuales el legislador puede adaptarse a las distintas variedades de conductas desleales que surgen en el tráfico económico.

Con la utilización de las cláusulas generales se empezó a catalogar como desleal todo acto competitivo que fuese contrario a criterios tan amplios como *las buenas costumbres* (en las leyes alemana y austríaca), los *principios de corrección profesional* (en el Código Civil italiano), *la buena fe* (en la ley Suiza), o los *usos honestos en materia industrial y comercial* (Convenio de París, art. 10 bis).

De este modo, las leyes contemporáneas resumen su criterio valorativo de la ilicitud de las conductas que se tachan de desleales en una definición omnicompresiva de todas las manifestaciones concretas de deslealtad, lo cual permite incluir no sólo las prácticas más comunes, sino también las que tienen un carácter extraño o marginal.

La utilización de las cláusulas generales evita, además, que las normas para la represión de la competencia desleal queden obsoletas tempranamente por el surgimiento de nuevas conductas desleales debido al despliegue constante en el mercado de novedosas formas para competir que en muchos casos pueden tener un carácter abusivo.

Como ejemplo de esta tendencia se puede señalar el artículo 5º de la LCD en España (L. 3º/91), en la que a través de una cláusula general se define la competencia desleal como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe; y en Perú, la cláusula general consagrada en el Decreto-Ley 26122 de 1992, en la cual se considera como competencia desleal toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en el mercado (KRESALJA, 1995).

### 2. Requisitos contemporáneos del ilícito concurrencial

Principalmente en la doctrina europea se han trazado nítidamente los entornos que caracterizan o estructuran el ilícito concurrencial, así:

#### a) *Se trata de una conducta desleal, incorrecta, indebida o ilícita*

Se ha reconocido que el adjetivo que comúnmente acompaña al vocablo *competencia*, es decir, el adjetivo *leal* o *desleal*, marca, sobre todo, un elemento ético, casi externo al mundo del derecho, pues el fundamento de la ilicitud en la competencia desleal es siempre un contraste con el orden moral, es decir, que siempre se está frente a ciertas conductas jurídicamente valorables en las que las reglas de juego se transforman en reglas jurídicas y se remiten a la conciencia económica y social, a la costumbre o a la ética social.

Por *leal* se entiende lo que es verídico, fidedigno, fiel en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo. En la dinámica de la actividad económica significa ser honorable y honrado frente a los competidores y los consumidores.

Lo *desleal*, *incorrecto*, *indebido*, etc., independientemente de la intencionalidad del sujeto, es todo lo contrario, denotando que en el acto puede existir bien sea o un exceso, o una disconformidad con la práctica usual de los negocios, o un abuso, o un error de conducta en el ejercicio del derecho a competir en el mercado, derecho este que es permitido, reconocido e impulsado por el mismo ordenamiento jurídico. Pero no resulta fácil delimitar este concepto, ya que necesariamente remite al trasfondo constituido por las condiciones relativas de tiempo, cultura, país, desarrollo económico, etc.

La regulación jurídica del contenido que encierra el concepto *desleal* es sensible por lo tanto a la evolución de los factores políticos, ideológicos y tecnológicos de una sociedad dada; así, es distinta la regulación jurídica aplicable en una economía mayoritariamente artesanal que en una economía industrializada y de tráfico masificado, donde la publicidad y los medios para atraer a la clientela son naturalmente más agresivos.

Actualmente la calificación de la deslealtad del acto ha comenzado a depender en sí de la tipificación dada en las cláusulas generales. Tradicionalmente, para calificar un acto como desleal, en las cláusulas generales se consideraba