



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado
Trabajo de Grado

**Técnicas de Derecho Internacional Privado (un método conflictual) para
el control de prácticas anticompetitivas de alcance transfronterizo**

**Trabajo de Grado presentado para optar al Título de Magister
Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado**

Autor: Yvette Edrei. C.I. 16.223.974

Tutor: Eugenio Hernández-Bretón

Caracas, Julio de 2012

RESUMEN

El objetivo principal de esta tesis es demostrar que el DIP debe evolucionar con su objeto: las relaciones de tráfico jurídico externo. Para ello se ha tomado como foco de estudio las prácticas anticompetitivas internacionales compuestas por este tipo de relaciones, donde agentes económicos cuyas casas matrices se encuentran en diferentes Estados actúan en conjunto para generar efectos nocivos para diversos mercados nacionales con el objeto de obtener ventajas económicas para sí mismos. Evidentemente, el control sobre tales prácticas internacionales no existe, por cuanto no se conoce de ningún organismo universal con la autoridad o la jurisdicción requerida para actuar sobre diversos Estados al mismo tiempo.

De allí que se considere que la metodología del DIP aporta la solución para ejercer un control, siendo que los Estados compartan jurisdicción y reconozcan las decisiones de sus pares, todo dentro del marco de un acuerdo de cooperación donde se definan pautas claras para establecer el mercado relevante afectado. Para esto se ha partido de desmitificar la idea que el Derecho público y el Derecho privado son parcelas absolutamente contrarias entre sí, se ha realizado un estudio comparativo de las legislaciones de competencia de países latinoamericanos y se ha demostrado que las soluciones del DIP ofrecen una solución real y efectiva para ejercer el control sobre los efectos nocivos de las prácticas anticompetitivas internacionales.

Descriptores: Derecho Internacional Privado – Libre Competencia – Carteles Internacionales – Cooperación – Mercado Relevante Internacional

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	2
Abreviaturas	5
Introducción	6
Capítulo I: Reconsiderando el carácter estrictamente privado del DIPr y el estrictamente público del Derecho de libre competencia	11
1. Breve referencia al objeto/fundamentos del Derecho de libre competencia y del DIPr	11
1.1. Fundamento/objeto del Derecho de libre competencia	11
1.2. Fundamento/objeto del DIPr.....	20
2. Soluciones/metodología del DIPr	26
3. El carácter unilateral y territorial de las normas de libre competencia frente al carácter bilateral de las normas de conflicto clásicas.....	38
Capítulo II: Mercados relevantes internacionales.....	49
1. Delimitación del Mercado Relevante	51
2. Mercados Relevantes Internacionales o Transfronterizos...59	
3. Las más importantes prácticas anticompetitivas de alcance Internacional. Especial referencia a prácticas colusorias Internacionales	63
Capítulo III: Propuesta	71

1. El control sobre el mercado internacional analizado bajo ideas internacionalprivatistas	71
1.1 Los efectos sobre el mercado como factor de conexión/ Criterio atributivo de jurisdicción	71
1.2 El reconocimiento de actos administrativos extranjeros en sede administrativa	76
2. Consagración de los efectos como criterio atributivo de jurisdicción en la Ley venezolana	79
3. Las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado como marco para la Cooperación y las pautas para alcanzar la efectiva cooperación entre autoridades administrativas	84
4. Conclusión	116
Bibliografía	119

ABREVIATURAS

Siglas	Significado
Art.	Artículo
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CIDIP	Convención Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado
COPROCOM	Comisión para Promover la Competencia, República de Costa Rica
DIP	Derecho internacional privado
IDI	Instituto de Derecho Internacional
LDIP	Ley de Derecho Internacional Privado venezolana
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
TLC	Tratado de Libre Comercio
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo

INTRODUCCIÓN

Es claro que mientras no exista un mercado común en Latinoamérica, que comparta autoridades comunes capaz de reforzar la aplicación de normas comunes, lo más cercano a una coordinación material tanto en el desarrollo de un cuerpo normativo como en lo referente al efectivo control y regulación de prácticas anticompetitivas que afectan más de un mercado nacional, es la solución que se propone.

Hoy más que nunca es evidente que los mercados se encuentran entrelazados. Si el mercado vecino se encuentra en aprietos, muy seguramente a tu mercado también le va a afectar. De allí que sea conveniente empezar a trazar una hoja de ruta para la cooperación entre autoridades reguladoras de la libre competencia en aras a prevenir o limitar los daños que pueda producir una excesiva falta de regulación de los mercados internacionales.

Al hacer referencia a prácticas anticompetitivas desarrolladas dentro de mercados nacionales, resulta sencillo determinar quién es la autoridad encargada de la regulación y control de las mismas, ya que sus límites siempre se encuentran circunscritos a las fronteras del Estado de cuyo mercado se trate. Ha sido por todos entendido –tanto por autoridades como por agentes económicos participantes en el mercado- quién y qué Derecho debe regular y controlar las prácticas o actos anticompetitivos desplegados sobre tales mercados nacionales: aquél en cuyo mercado se desarrollen o se soporten los efectos de dicho acto o práctica.

Una vez determinado este mercado, no resta a la autoridad administrativa más que definir el mercado relevante dentro del cual se desenvuelve cierta práctica anticompetitiva. Es elemental para la autoridad encargada de aplicar Derecho de competencia establecer con exactitud, qué –productos y transacciones específicos- y quiénes –agentes económicos individualizados- comprenden un mercado relevante, para establecer claramente los límites donde se desarrollan las prácticas anticompetitivas sobre las que habrá de surtir efectos la eventual decisión que imponga las respectivas multas o correctivos. Sin esta definición no hay posibilidad de medir la capacidad de una empresa para restringir, reducir o eliminar la competencia.

El problema se plantea en la realidad de la economía mundial, donde los mercados –y dentro de ellos, los mercados relevantes- son interdependientes y de alcance internacional. Ya no se trata solamente de actos o prácticas anticompetitivas que se realizan o que afectan un mercado circunscrito a determinadas fronteras estatales, sino que a su vez, estos han adquirido dimensiones internacionales. De manera que, por ejemplo, no resultaría extraño encontrar barreras de entrada en el mercado venezolano de replicación de discos compactos, como consecuencia directa de prácticas anticompetitivas desarrolladas simultáneamente dentro y fuera del territorio nacional, por una empresa multinacional con posición dominante en el ramo.

En una situación como la anteriormente descrita, nos encontramos ante un mercado afectado cuya regulación y control corresponde, sin lugar a dudas, a la autoridad competente venezolana,¹ por cuanto es dentro de sus fronteras donde se constata la práctica anticompetitiva y sus efectos. Ahora

¹ Artículos 4 y 5 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley Procompetencia) *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 34.880 de 13 de enero de 1992.

bien, supongamos que la autoridad venezolana determina que hay lugar a ciertas multas y además impone correctivos a esta empresa multinacional. Esta responde diligentemente, más sin embargo, posiblemente su actividad internacional seguirá desarrollándose y seguirá perturbando el mercado venezolano. Cabe preguntarse: ¿Se ha resuelto eficazmente el problema? ¿Realmente se corrige la barrera de entrada en el mercado venezolano para los potenciales competidores? ¿Se está garantizando realmente el ejercicio del derecho a la libertad económica?

Imagine otro escenario. Suponga que la respuesta de la autoridad venezolana haya sido sencillamente algo como esto: considerando que el mercado de la replicación de discos compactos excede los límites geográficos de Venezuela, conformado un mercado relevante internacional integrado principalmente por los mercados de Colombia, México y Argentina, es imposible establecer que una empresa detente una posición dominante. Ante este escenario, se sumaría a las preguntas anteriores, completamente pertinentes, lo siguiente: ¿Acaso podría el agente económico afectado pretender acción alguna por parte de las autoridades extranjeras involucradas en el mercado internacional, que además ha sido determinado unilateralmente por la autoridad venezolana? ¿Cabe pensar en un reconocimiento por parte de las autoridades extranjeras del acto administrativo venezolano que implique, de parte de ellas, tomar acciones dentro de su mercado?

Se acaba de exponer el problema más grave que enfrenta hoy en día el Derecho de libre competencia y las autoridades que lo aplican: la falta de control sobre los mercados internacionales. Como se señalara anteriormente, al circunscribir los mercados a un ámbito geográfico estatal, no existe inconveniente en aceptar que el ordenamiento jurídico del Estado en

cuestión es el competente y soberano para tomar acciones. Pero, para el momento en que ese mercado excede esos límites, ¿se cuenta con un ordenamiento jurídico internacional que designe una autoridad, con la misma característica, para que aplique un Derecho de libre competencia internacional?

Es pertinente aclarar en este punto, la situación particular de los mercados comunes derivados de mecanismos de integración regional o subregional. Dentro de los contextos citados, existen autoridades centrales encargadas de aplicar normas comunes sobre libre competencia para regular actos o prácticas que afectan al *mercado común* de que se trate, dejando a salvo la autoridad que, dentro de sus fronteras, tenga cada Estado sobre actos o prácticas anticompetitivas cuyos efectos no excedan de tales límites.

No debe confundirse el *mercado común* con el mercado relevante transfronterizo al que se hace referencia en la investigación. El término *mercado común* se refiere a aquel establecido entre varios Estados con fines integracionistas, distinto al mercado relevante transfronterizo o de alcance internacional, que hace referencia a un determinado producto dentro de un ámbito geográfico identificable que excede las fronteras de un mercado nacional.

Se considera que, en pro de alcanzar la efectiva garantía del ejercicio del derecho fundamental a la libertad económica, es necesaria la sensata y rigurosa cooperación entre autoridades administrativas encargadas de aplicar el Derecho de libre competencia. Pero no el tipo de cooperación que se ha visto anteriormente, limitada sólo a la investigación e información sobre actos y prácticas anticompetitivas, más bien se pretende que sea una

cooperación práctica, y para ello se propone identificar las herramientas jurídicas de que dispone el Derecho internacional privado para dar respuesta a los conflictos de jurisdicción y Derecho aplicable. Se espera con esta investigación, facilitar o instrumentar las bases para un positivo acuerdo de cooperación entre autoridades extranjeras que permita dar respuesta a la falta de control efectivo sobre actividades anticompetitivas de alcance transfronterizo.

Haciendo una adaptación de las soluciones del DIP, en esta propuesta se plantea que las autoridades de competencia compartan su jurisdicción sobre el mismo caso, dejando de lado el desgaste de argumentar o debatir cuál Derecho debe ceder o cuál es el que mejor regula la conducta anticompetitiva, lo que se propone es el trabajo coordinado de las autoridades nacionales cuyos mercados se han visto simultáneamente afectados por una misma practica anticompetitiva, o en caso de no verse directamente afectados, sean capaces de cooperar con los mercados que sí lo están por efecto de una práctica anticompetitiva desarrollada dentro de sus fronteras.

CAPÍTULO I: Reconsiderando el carácter estrictamente privado del Derecho internacional privado y el estrictamente público del Derecho de Libre Competencia.

1. Breve referencia al objeto/fundamentos del Derecho de libre competencia y del Derecho internacional privado

1.1 Fundamento/Objeto del Derecho de Libre Competencia

Libertad Económica. Garantía de su ejercicio.

El sistema económico de mercado, mundialmente preponderante y estatuido en la mayoría de los países que conforman la comunidad internacional, se basa en la filosofía de Adam Smith que propone que “el mejor ‘balance social’ es el balance económico: cuanto más éxito se obtiene en los negocios, más se está contribuyendo al bienestar general, pues ello quiere decir que sus productos y/o servicios satisfacen a los ciudadanos compradores de los mismos a un precio aceptado por éstos, siempre, claro es, que las transacciones sean libres y estén informadas.”² De allí que para la existencia del sistema económico sea fundamental la libertad y por tanto la gran mayoría de las legislaciones del siglo XIX, las constituyan leyes de libertad.

Es por esto que se encuentra garantizada en buena parte de las legislaciones actuales la libertad económica³ como el “derecho a desarrollar

² ARIÑO, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*, Tercera Edición ampliada. Editorial Comares, Granada, 2004.

³ Por mencionar algunos: Hong Kong, Singapur, Nueva Zelanda, Noruega, El Salvador, Estados Unidos, España, Honduras, Costa Rica, Venezuela, entre otros. *Vid.* GWARTNEY, James y Robert LAWSON: *Economic Freedom of the World, 2008 Annual Report*. Economic

cualquier actividad económica, sometiéndose a las leyes que puedan regular la actividad económica y siempre que no contraríe la moral, el orden público o la seguridad nacional”.⁴ Está referida a cualesquiera actos que permitan realizar actividades lucrativas que ayuden o faciliten la gestión económica.⁵

Solo en sistemas económicos de libre mercado donde se reconoce y garantiza constitucionalmente la libertad económica de las personas, es posible la existencia regímenes de libre competencia. La configuración de tales regímenes materializa la protección del ejercicio del derecho de libertad económica.

Sobre la base de este principio, se crean las reglas e instituciones que darán seguridad a los particulares del Derecho que subyace en el mismo. No basta con establecer unas normas que regulen y controlen el mercado, es necesario poner a disposición de los agentes económicos los mecanismos que permitan asegurar la existencia de tal libertad.

De esta manera, el Derecho de competencia surge para proteger la libertad económica de los abusos de los particulares al ejercer su iniciativa privada: protección de la libertad económica de unos frente al abuso en el ejercicio de la libertad de otros. Tal origen marcó una impronta en el Derecho de competencia, pues su ámbito subjetivo de aplicación se refiere al ejercicio de

Freedom Network, Fraser Institute. Canadá, 2008, especialmente pp. 41-182. Disponible en: http://www.fraseramerica.org/commerce.web/product_files/EconomicFreedomoftheWorld2008.pdf. última visita abril 2009.

⁴ Constitución Chilena de 1980, Art. 19 Nro. 21, en YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo: “Principios Económicos de la Constitución de 1980” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14, Nro. 1, 1987. Págs. 97-112. última visita abril 2012: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649596>

⁵ Artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* Nro. 5453 Extraordinario, de 24 de marzo de 2000. Sentencia No. 834 de fecha 18 de junio de 2009, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.

actividades económicas sometidas al Derecho privado, con independencia de la naturaleza formal del operador económico que las realice.⁶

Partiendo de los objetivos que persigue, puede establecerse el contenido de este Derecho. Puede verse como un régimen tutelar, exclusivamente del derecho subjetivo de concurrir al mercado, o por el contrario, desde la dimensión social, que considera como objeto de sus prescripciones la garantía, no solo de los intereses de los competidores, sino también de aquellos de los consumidores.⁷ Si se considera el Derecho de Competencia como instrumento para la protección del interés general del Estado sobre su ordenación económica, puede ser delineado, por ejemplo, para responder a intereses de una determinada política industrial, promocionar las exportaciones, e incluso, se ha dicho que en la Unión Europea el Derecho de competencia se utiliza con fines “integracionistas”.⁸ De allí que el Estado intervenga en la creación de leyes de competencia y asuma su defensa, siendo esta actividad administrativa claramente determinada por el sistema económico prevaleciente en dicho Estado.

De forma abstracta, se ha definido a este Derecho como el conjunto de normas jurídicas que regulan el poder actual o potencial de las empresas sobre un determinado mercado,⁹ persiguiendo no sólo la protección individual

⁶ HERNÁNDEZ, José Ignacio: *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos No, 83. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 214-231.

⁷ GÓMEZ VELASCO, Xavier: *Patentes de Invención y Derecho de la Competencia Económica*. Editorial Abya-Yala, Serie Magíster, Volumen 27. Ecuador, 2003. p.16.

⁸ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, marzo/abril de 2001, pp.34-56.

⁹ MIRANDA, Alfonso y Juan David GUTIÉRREZ: “Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia”. *Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y Sectores Especiales*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2007, pp. 31-161.

de los participantes, sino pretendiendo además establecer una organización general, fijando las reglas del juego de dicho mercado.

Según Hernández,¹⁰ en la Constitución venezolana de 1999 se perfila,¹¹ por medio de sus cláusulas económicas, el marco jurídico fundamental de un sistema de economía social de mercado, en la que existe libertad económica con ciertos controles estatales. Bajo el título “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, se consagran los Derechos económicos, comenzando por el derecho de libertad económica.¹²

A su vez, el artículo 113 recoge los postulados básicos del sistema de defensa de la competencia, determinando como contrarios a los principios fundamentales de la Constitución, el establecimiento de monopolios y el abuso de una posición dominante en un determinado mercado de bienes o servicios.¹³

¹⁰ HERNÁNDEZ, José Ignacio: “El Sentido de las Prohibiciones a la Iniciativa Económica en el Derecho de la Competencia. A propósito de la (incierta) Distinción entre la Regla *Per Se* y la Regla de la Razón”, *Jornadas Internacionales de Derecho Sobre la Libre Competencia y Sectores Especiales*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007, pp. 195-273.

¹¹ *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453 Extraordinario. Caracas, 24 de marzo de 2000.

¹² “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social. El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.”

¹³ “...el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y productoras y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía.”

Asimismo, se reconoce en el artículo 117 constitucional el derecho de las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como la libertad de escoger los de su preferencia. Simultáneamente, señala el deber del Estado de garantizar estos derechos.¹⁴

La facultad para dictar medidas de planificación, racionalización y regulación de la economía, así como del deber de evitar los efectos nocivos y restrictivos que conductas ejecutadas en ejercicio del derecho de libertad económica, tengan sobre la aptitud de competir de los demás agentes económicos participantes en el mercado, han conducido al desarrollo por parte del Estado de una legislación especial para regular la competencia económica y a la consolidación de una autoridad que se encargue de hacer efectivo su cumplimiento.

En Venezuela, todo acto jurídico realizado en ejercicio del derecho fundamental de libertad económica, queda regido por la ley para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia, y fiscalizado por la Superintendencia para la Promoción y Protección del Ejercicio de la Libre Competencia. Igualmente, los Estados que cuentan con legislación sobre libre competencia y una autoridad fiscalizadora, cuentan con principios ordenadores muy similares.

¹⁴ “Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos.”

Mercado relevante y aplicación del Derecho de libre competencia

Regularmente se habla de mercado dando por sentado que se entiende a qué se está haciendo referencia. Sin embargo, no siempre se tiene claro a qué se refiere. Comúnmente, en un intento por darle contenido, el término se encuentra acompañado de un adjetivo descriptivo, bien sea para referirse al mercado de un producto o al mercado geográfico. Así se hacen referencias al mercado de la carne, al mercado inmobiliario, al mercado nacional, al mercado regional o al mercado internacional. En ocasiones, siendo aún más específicos, se pueden encontrar ambas descripciones en referencia a un mercado, por ejemplo: el mercado nacional inmobiliario o el mercado internacional de carne.

El mercado ha sido definido de diversas maneras dependiendo del fin con que se quiera emplear el concepto.¹⁵ A los fines de este estudio, se tendrá por mercado al área dentro de la cual agentes u operadores económicos realizan transacciones comerciales bajo un marco jurídico que las garantice y regule. A partir de esta definición, se tendrá por mercado nacional o interno aquél cuyos límites coinciden con las fronteras de un Estado, mientras que por mercado internacional se tendrá aquél en el cual las transacciones comerciales de los agentes económicos traspasen dichas fronteras.

¹⁵ De una parte, para fines de mercadeo (o *marketing*) se le ha definido como las personas u organizaciones con necesidades que satisfacer, dinero para gastar y voluntad para gastarlo, (vid. ETZEL, STANTON, y WALKER: *Fundamentos de Marketing*, Décima Tercera Edición, Editorial Mc Graw Hill. México, 2004, p.49); o como el conjunto de compradores reales y potenciales de un producto, quienes comparten una necesidad o un deseo particular que pueden satisfacer mediante una relación de intercambio (vid. KOTLER, ARMSTRONG, CÁMARA, y CRUZ: *Marketing*, Décima Edición, Editorial Pearson-Prentice Hall. Madrid, 2004, p.10.); o pueden encontrarse definiciones que describen el mercado desde una perspectiva netamente económica, como el lugar donde se reúnen oferentes y demandantes, y donde se determinan los precios de los bienes y servicios a través del comportamiento de la oferta y la demanda (vid. FISHER, y ESPEJO: *Mercadotecnia*, Tercera Edición, Editorial Mc Graw Hill Interamericana. México, 2004, p.84.).

Los agentes u operadores económicos son los sujetos que intervienen en la economía. Estos pueden ser personas naturales o jurídicas de carácter privado, o personas jurídicas de carácter público. Se excluirá el análisis sobre la aplicación del Derecho de competencia a personas jurídicas de carácter público por tratarse de un régimen especial¹⁶ y por cuanto esta investigación estará orientada al reconocimiento de derechos de particulares ante autoridades administrativas extranjeras.

Normalmente, las fuerzas del mercado –oferta y demanda- conducirán por sí mismas a resultados competitivos en términos de calidad y precios que satisfagan las necesidades de los operadores económicos que lo conforman, creando a la vez las condiciones que permitan alcanzar la producción y prestación eficiente de bienes o servicios.

Esta competencia ha de considerarse como el estado natural de los agentes económicos en el mercado, en donde los mismos, por medio de acciones particulares, lucharán entre ellos con el fin de atraer el mayor número de consumidores hacia sus propios mercados individuales. Mientras mayor sea la atracción de personas hacia sus propios mercados, mayor será la ventaja en comparación con sus respectivos rivales. Además, esta lucha constante es considerada como sana, ya que las transacciones realizadas en el

¹⁶ Vid. p.ej. ELIZONDO CASTRO, León: “El Derecho de la Competencia en Materia de Energía”, Universidad Autónoma de México/Secretaría de Energía, regulación del Sector Energético, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Nro. 85. México, 1997, pp. 239-255; y KALIL MORAES, Ricardo: “Public Monopolies, Concessions and Competition Law and Policies”, Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy of the United Nations Conference on Trade and Development. Italia, 2009, disponible en: http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/ciclp2009_s2_SA_en.pdf. última visita octubre 2009.

mercado conducirán a una asignación eficaz de los escasos recursos y esto magnificará el bienestar del individuo y por ende el de la sociedad toda.¹⁷

En las economías de mercado normalmente se cuenta con leyes orientadas a la defensa –y en algunas ocasiones, procura- de la libre competencia dentro de estos, lo cual generalmente se traduce en la creación de organismos de la administración pública dedicados a tal fin, quienes corrigen conductas o prácticas anticompetitivas que puedan ocasionar perjuicios a los competidores o desmejoras en el bienestar social de los consumidores.¹⁸

La habilidad de obstaculizar la competencia y de actuar independientemente en el mercado, definen la posición de dominio, lo que proporciona a las autoridades las bases para decretar o no un abuso de tal posición de dominio y por tanto, una práctica anticompetitiva.¹⁹ Asimismo, la evaluación que se haga sobre la existencia de poder de mercado de un competidor, permite a las autoridades identificar situaciones de prácticas colusorias,²⁰ ya que un acuerdo anticompetitivo entre dos o más competidores que en conjunto poseen insuficiente o ningún poder de mercado no es capaz de afectar la competencia.

¹⁷ Una competencia efectiva brindaría asimismo un contexto competitivo a los agentes y al mismo tiempo, considerables ventajas a los consumidores - mejor calidad en los productos, precios reducidos y mayores posibilidades de elección. *Vid.* MOGOLLÓN-ROJAS, Ivor: *Estudios sobre la Legislación Pro Competencia Venezolana*. Ediciones LIBER. Caracas, 2000.

¹⁸ Como por ejemplo, barreras de entrada a nuevos competidores, boicots, alza de precios, o impedimentos de desarrollo tecnológico.

¹⁹ Artículo 13 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley Procompetencia), *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 34.880, Caracas, 13 de enero de 1992.

²⁰ Artículos 9 y 10 de la Ley Procompetencia.

Sin delimitar clara y exactamente qué –productos y transacciones- así como quiénes –agentes económicos individualizados- comprenden un mercado específico, poco puede hacer la autoridad para establecer la existencia de una práctica anticompetitiva y aplicar Derecho de libre competencia.

Además, las autoridades de libre competencia para determinar su capacidad de actuación o no sobre determinada práctica anticompetitiva, suelen ampararse en la teoría de los efectos como criterio atributivo de jurisdicción,²¹ es decir, sólo las actividades anticompetitivas que afecten adversamente dentro de los límites territoriales del Estado, son susceptibles de ser controladas por la autoridad de que se trate. De allí que se constituya en el eje central de esta investigación: su empleo como factor de conexión en una norma de conflicto. Más adelante se profundizará sobre este particular.

La autoridad venezolana, Procompetencia, para establecer su competencia sobre un caso determinado, solo debe revisar que las personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, que realizan la práctica anticompetitiva bajo investigación, con o sin fines de lucro, efectivamente realizan actividades económicas en el territorio nacional o agrupan a quienes realizan dichas actividades.²² De allí que en sus resoluciones se limite a analizar si las personas jurídicas demandadas realizan actividades económicas dentro del territorio nacional y en consecuencia sus acciones tengan efectos dentro del mercado nacional,²³ dejando de lado el mero

²¹ ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: “Aplicación del Derecho Antitrust y técnicas de Derecho internacional privado”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Noviembre 1996, pp. 815-848.

²² Art. 4 Ley Procompetencia.

²³ Por ejemplo, *vid.* Resolución de Procompetencia N° SPPLC/0031-2008, de 3 diciembre de 2008, Productos Roche, S.A. vs. Zuoz Pharma, S.A., especialmente el siguiente extracto “En este sentido, observa este despacho, de los documentos presentados por la sociedad mercantil PRODUCTOS ROCHE S.A., que la sociedad mercantil ZUOZ PHARMA S.A. es

análisis de los efectos nocivos de la práctica anticompetitiva indistintamente de donde se encuentre el agente económico que los causa. Por mandato legal, como puede percibirse, la legislación venezolana no prevé la atribución de competencia de la autoridad para ejercer el control sobre actividades anticompetitivas ejercidas por agentes económicos extranjeros cuyos efectos perjudiciales se desplieguen sobre el mercado nacional. Como se estudiará más adelante, en aras a proteger el desenvolvimiento de la economía nacional, hoy en día interdependiente con economías extranjeras, es preciso que la normativa venezolana vigente sobre la materia se adapte de manera que el control sobre cualquier práctica anticompetitiva sea efectivo.

una persona jurídica, domiciliada en la República Bolivariana de Venezuela, que tiene por objeto [...] la importación, exportación, fabricación, distribución publicidad y comercialización en general de los productos [...] y en consecuencia la compañía podrá realizar cualquier otro acto de lícito comercio. De igual forma se comprobó que ZUOZ PHARMA, S.A., desarrolla sus actividades en el territorio nacional. En virtud de lo antes expuesto y visto que la sociedad mercantil ZUOZ PHARMA, S.A., realiza actividades económicas dentro del territorio nacional, este despacho considera que el mismo es sujeto idóneo para la aplicación de las normas contenidas en la ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, de conformidad con el artículo 4 de la Ley ejusdem. Y ASÍ SE DECLARA.” Por ejemplo: “procederá a realizar el análisis de la solicitud de la presente operación de concentración económica, a los fines de determinar qué efectos podrían generarse en el mercado objeto de estudio, todo de conformidad con lo establecido en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”. Caracas, 14 de septiembre de 2009 Resolución N° SPPLC/0008 – 2009 Fusión Nestlé Venezuela, S.A. con Chocolates el Rey C.A.. En otro caso, señaló Procompetencia “...esta Superintendencia determina que el ámbito geográfico donde se desarrolla la comercialización y distribución de medicamentos, que utilicen como principio activo Ibandronato, que actúan en el tratamiento de la osteoporosis postmenopáusica, viene dado en el territorio nacional” Resolución de Procompetencia N° SPPLC/0031-2008, de 3 diciembre de 2008, Productos Roche, S.A. vs. Zuoz Pharma, S.A.

1.2 Fundamento/Objeto del Derecho Internacional Privado

Relaciones de tráfico jurídico externo

La realidad de la sociedad actual se ha encargado de conectar las relaciones jurídicas más comunes con más de un ordenamiento jurídico. Basta simplemente con mencionar las actividades comerciales realizadas por internet, donde desde Caracas se pueden hacer transacciones en páginas web o por correo electrónico para comprar o vender mercancía con personas en cualquier lugar del planeta –siendo posible incluso que la mercancía se encuentre en una tercera jurisdicción distinta a la de los sujetos del contrato.

El carácter internacional del Derecho internacional privado se refiere a la característica transnacional de las relaciones legales que regula. Dichas relaciones entre particulares se hacen relevantes para el Derecho internacional privado convirtiéndose en objeto de su regulación, por cuanto las circunstancias que las componen conectan con al menos un país diferente al país del foro, y por tanto con otro sistema legal distinto a la *lex fori*.²⁴

La armonía de soluciones y la justicia material del caso concreto

La finalidad del Derecho internacional privado es la solución de controversias o situaciones de tráfico jurídico externo, es decir que comprenden al menos

²⁴ BOGDAN, Michael: *Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law*, Recueil des Cours, Vol. 348, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 36. Disponible en: Martinus Nijhoff Online DOI:10.1163/ej.9789004185173.009-252.4, última visita febrero de 2012.

un elemento de extranjería significativo como se expusiera *supra*. Se considera que tal solución no debe limitarse a un rol puramente de señalización de la ley aplicable –lo que constituye una concepción restrictiva, limitante del Derecho internacional privado, sino que debe extenderse hasta la efectiva aplicación del Derecho llamado a regular el fondo del caso concreto, aportando verdaderamente una solución material. De allí que esta rama del Derecho abarque hasta el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras.

Para Lalive, el objeto del Derecho internacional privado es básicamente coordinar la aplicación de las leyes llamadas a regular un caso de tráfico jurídico externo con el fin de preservar la unidad del negocio jurídico a través de las fronteras sin que tales divisiones políticas y jurídicas le afecten.²⁵ Uniformidad en los resultados indistintamente del foro que conozca de la causa, ha sido siempre uno de objetivos más importantes de la teoría del Derecho internacional privado.²⁶ Como asegura Sperduti, se debe asegurar la unidad y la continuidad indispensables en la vida jurídica “privada” contra la disgregación causada por la estructura político-jurídica del mundo.²⁷

Más aún, en su resolución de 12 de Septiembre de 1989, el Instituto de Derecho Internacional, señaló que uno de los objetivos de las normas de conflicto es la armonización internacional, y que la adopción de normas de

²⁵ LALIVE, Pierre: *Tendances et méthodes en droit international privé, Cours Général*, Recueil des Cours 155, Martinus Nijhoff Publishers, 1977, p. 33. GOLDSCHMIDT, Werner citado por LALIVE, Pierre, *op.cit.* p. 37. : "la finalité du droit international privé, consiste à préserver l'unité des relations de droit privé du danger de leur fractionnement en raison de la division de la terre en pays souverains."

²⁶ LEFLAR, Robert A.: "Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations", 54 *California Law Review*, 1966, pp. 1584-1598.

²⁷ SPERDUTI, Giuseppe: *Théorie du droit international privé, Recueil des Cours*, 122, Martinus Nijhoff Publishers, 1967, pp. 176-336.

conflicto bilaterales tiende a favorecer este objetivo.²⁸ Debe recordarse además que en los negocios internacionales es fundamental tener suficiente certeza acerca de cómo se pueden ver afectadas las transacciones por los diversos ordenamientos jurídicos donde se desenvuelven.

Se considera que la coordinación de soluciones constituye un camino para lograr la justicia material del caso concreto. Como se señalara con anterioridad, el Derecho Internacional Privado no debe limitarse a indicar el Derecho aplicable a la situación jurídica de que se trate, sino que debe aportar una solución sustantivamente justa y equitativa a los particulares.²⁹ Hoy en día se encuentran numerosos académicos que elevan el propósito de la justicia material al punto de ser el criterio principal de la norma de conflicto.³⁰

Hoy en día es fácil encontrar normas de conflicto orientadas a resultados, las cuales están específicamente diseñadas para alcanzar un determinado resultado material deseable de antemano.³¹ Habitualmente se trata de un resultado esperado tanto por las leyes del estado del foro como por la mayoría de los Estados que forman parte de la misma tradición legal. Tal resultado puede consistir en uno de los siguientes:

- a. el favorecimiento de la validez formal o material de un acto, como un testamento, un matrimonio o un contrato;

²⁸ BOGDAN, Michael, *op.cit. supra* nota 25, p. 73.

²⁹ SYMEONIDES, Symeon: "Material Justice and Conflicts Justice", *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, P. Borchers & J. Zekoll, editores, Transnational Publishers, 2001, pp. 125-140, p.3. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906485. última visita junio de 2011.

³⁰ SYMEONIDES, Symeon: *op.cit. supra* nota 30, p.4.

³¹ Dadas las conexiones del caso con más de un sistema legal, es posible incluso que la ley aplicable al fondo del asunto acabe siendo una ley distinta a la *lex fori*. *Idem*. p. 37.

- b. el favorecimiento de cierto estatus, como el de filiación, el de casado, o de divorciado; o
- c. el favorecimiento de una parte en especial, como la víctima de un crimen, un consumidor, un empleado, un mantenido, o cualquier otra parte que el ordenamiento legal considera vulnerable o que debe ser protegida.

Aportando una lista de alternativas en la norma de conflicto, es alcanzable para el tribunal que conoce del caso seleccionar aquella ley que valida el acto jurídico o concede el estatus de que se trate.³² Este objetivo se consigue a través de normas de conflicto que: (1) provean de alternativas al juez tal como se señaló anteriormente; (2) permitan a la parte protegida, antes o después de la ocurrencia de los hechos que dan lugar a la disputa, a escoger el Derecho aplicable de entre las leyes de más de un Estado;³³ o (3) proteger a aquella parte de las consecuencias adversas que pueda traerle la aplicación de una ley coercitivamente o no informada.³⁴

¿Existe una obligación internacional de aplicar ley extranjera?

El hecho de que el Derecho internacional privado sea parte del sistema legal del foro no significa que en la ausencia de tratados al respecto u otras obligaciones asumidas internacionalmente (como por ejemplo los

³² Por ejemplo, en cuanto a la validez formal de los actos, el artículo 37 de la LDIP establece: "Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes.

³³ Por ejemplo, el artículo 32 de la LDIP establece: "Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito". (ver art. EH-B, los objetivos de las normas venezolanas de conflicto)

³⁴ SYMEONIDES, Symeon, *op.cit. supra* nota 30, p.5.

requerimientos de la legislación de la Unión Europea), el país que conoce del caso tiene absoluta libertad para crear sus normas de conflicto a conveniencia.³⁵ En el curso de la historia del Derecho internacional privado se ha argumentado que los tribunales nacionales deben aplicar derecho extranjero aún en ausencia de tratados u otros instrumentos internacionales, por costumbre general de Derecho público internacional.³⁶

Una tesis un poco menos estricta sugiere que aun cuando el Derecho internacional público no impone ninguna carga de aplicar un sistema legal extranjero en particular, sí prohíbe la aplicación de normas sustantivas de la *lex fori* cuando la situación bajo estudio no tiene ninguna conexión significativa con el país del foro. Por ejemplo, Vischer señala que aplicar la *lex fori* a situaciones que carecen de una conexión relevante con el Estado del foro constituiría una ofensa contra el Derecho internacional,³⁷ aun cuando reconoce que no existe una regla de Derecho internacional definiendo qué conexiones deben considerarse “relevantes”.

En definitiva, considerando la finalidad de obtener justicia material para cada caso concreto regulado por el Derecho internacional privado se acepta que el juez que conoce del asunto y que en aplicación de sus normas de conflicto está llamado a aplicar derecho extranjero a la causa, está obligado a hacerlo.

³⁵ El profesor Mann en un ejemplo describe claramente esta idea: un país estrictamente Católico que considere todos los matrimonios del mundo inválidos si los mismos no son celebrados bajo los rituales de la Iglesia Católica, estaría actuando *ultra vires* y cometiendo una falta internacional. *Vid.* MANN, Frederick: *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, *Recueil des Cours*, 186, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p.21.

³⁶ BOGDAN, Michael: *op.cit. supra* nota 25, p. 44.

³⁷ *Vid.* VISCHER, Frank: *General Course on Private International Law*, *Recueil des Cours*, 232, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 26.

En la LDIP, el juez no sólo está obligado a hacerlo, sino que además debe hacerlo tal como lo aplicaría el juez extranjero.³⁸

En el primer artículo de la LDIP se encuentra consagrado el orden de prelación en las fuentes normativas sobre esta materia que deben ser consideradas por el juez venezolano que conoce de un supuesto de hecho relacionado con ordenamientos jurídicos extranjeros. Así, tendrá que considerar en primer lugar las normas de Derecho internacional público sobre la materia, particularmente las establecidas en los tratados internacionales vigentes para Venezuela, en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho internacional privado venezolano; a falta de estas, se utilizará la analogía y, en último lugar, se regirán por los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados.³⁹

2. Soluciones/Metodología del Derecho internacional privado

a. Criterios atributivos de jurisdicción

La soberanía y la autonomía permiten a cada Estado soberano determinar si sus cortes deben o no asumir competencia sobre un caso transnacional. Las Convenciones sobre jurisdicción solo constituyen el medio viable para alcanzar la perfecta distribución de jurisdicción exclusiva.

³⁸ El juez debe aplicar el Derecho extranjero de oficio [...] no podemos presumir que le juez del foro conozca el Derecho extranjero, pero está obligado a investigarlo. *Vid.* MAEKELT, Tatiana: "Aplicación del Derecho extranjero", en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005, p. 197. Artículo 2 LDIP: El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo...

³⁹ HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos Nro 8, Caracas, 2004, pp.57-98.

Los criterios atributivos de jurisdicción, así como las normas relativas a reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, no conducen a la aplicación de un derecho extranjero tal como lo hacen las normas de conflicto.⁴⁰ Estos aspectos así como otros aspectos procesales, siempre son regulados por la ley del foro.⁴¹ Sin embargo es importante tener en cuenta que las normas de conflicto, los criterios atributivos de jurisdicción y las normas relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, se encuentran vinculadas en su funcionamiento.⁴²

Para establecer criterios atributivos de jurisdicción se deben considerar el poder que tiene un Estado para procurar y desarrollar un proceso judicial justo, apropiado y eficiente, lo que usualmente presupone, entre otras cosas, cierto grado de control físico y poder de dicho Estado sobre las partes o el objeto de la disputa. De allí que los criterios atributivos de jurisdicción se vean marcados por consideraciones procesales, como la necesidad de obtener fácilmente las pruebas, el acceso a la justicia de la parte más vulnerable (por ejemplo, un consumidor), garantizar la ejecución de la decisión que se tome, o respetar la intención de las partes de someter sus controversias a determinado ordenamiento jurídico a partir de un contrato.⁴³

⁴⁰ "Among other procedural issues having international implications, it is possible to mention the service of documents or taking of evidence in one country upon the request from a court conducting civil proceedings in another country, and the duty of plaintiffs who are foreign nationals and/or habitual residents to deposit a security for costs (*cautio judicatum solvi*)", *vid.* BOGDAN, Michael, *op.cit. supra* nota 25, p. 85.

⁴¹ En la LDIP, este aspecto se encuentra consagrado en el art. 57: La competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve. Cabe destacar que esta es una norma de carácter bilateral, por cuanto reconoce que las normas procesales del juez que conoces de la causa son las aplicables para todo lo relativo a estos aspectos.

⁴² *Vid.* por ejemplo, JUENGER, Friedrich: *General course on private international law*, Recueil des Cours, 193, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 133.

⁴³ BOGDAN, Michael, *op.cit. supra* nota 25, p.86.

El criterio atributivo de jurisdicción predilecto y generalmente aceptado es el del domicilio del demandado.⁴⁴ Lógicamente, todas las consideraciones procesales mencionadas anteriormente se ven cubiertas bajo este criterio. Para los casos en que el domicilio del demandado no coincide con el tribunal que conoce de la causa, los criterios atributivos de jurisdicción normalmente empleados varían de acuerdo al tipo de acción judicial de que se trate, configurándose en criterios especiales en contraposición al criterio general del domicilio. Así, por ejemplo en materia de obligaciones contractuales se otorga prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes a través de la sumisión expresa que estas hagan a determinada jurisdicción sobre sus controversias relativas a cierto contrato.⁴⁵ En caso de no existir tal sumisión expresa, suele tomarse el criterio del lugar de ejecución de la obligación o el lugar de celebración del contrato.⁴⁶

Incluso, en Venezuela, el simple hecho de interponer la demanda ante un tribunal venezolano y que el demandado actúe dentro del proceso –salvo que lo haga para proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva, es admitido por esta legislación como sumisión tácita a dicha jurisdicción.⁴⁷

⁴⁴ Art. 2 de la Convención de Bruselas sobre Jurisdicción y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Mercantil de 27 de septiembre de 1968 (Bruselas I); Art. 2 del Reglamento (CE) Nro 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 (Reglamento Bruselas I); Restatement (Second) Conflict of Laws §29 (1971); Restatement (Third) Foreign Relations Law §421(2)(b) (1987); y Art 39 LDIP.

⁴⁵ Art 7 Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por Venezuela el 26 de octubre de 1995, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nro. 4.974, de 22 de Septiembre de 1995; Art. 17 Bruselas I; Considerando 14 del Reglamento Bruselas I; y Art 40(4) LDIP.

⁴⁶ Art. 5.1. Bruselas I; Art. 5.1. Reglamento Bruselas I; y Art. 40(2) LDIP.

⁴⁷ Artículo 45 LDIP.

Actualmente, en materias donde se considera existe una parte vulnerable en la relación jurídica, existen criterios atributivos de jurisdicción específicos. Tal es el caso de los contratos de seguro,⁴⁸ de consumidores⁴⁹ o contratos individuales de trabajo.⁵⁰

En Venezuela el término jurisdicción es utilizado tanto por juristas como quienes aplican la ley, para referirse a la potestad soberana reconocida al conjunto de órganos del poder público de cada Estado soberano de componer conflictos intersubjetivos con fuerza de cosa juzgada; diferenciándolo así de la expresión competencia, la cual reservó para referirse a la unidad de medida del ejercicio de la jurisdicción por un único órgano del poder jurisdiccional venezolano como lo fijan los artículos 48 y ss. de la LDIP.⁵¹

b. Factores de conexión/Normas de conflicto

El método elemental aplicado en el Derecho internacional privado actual se remonta a la teoría del *Sitz* de Savigny, que ha evolucionado a un enfoque del centro de gravedad de la relación jurídica transnacional más o menos abstracto. Su objetivo principal es determinar con cuál de las jurisdicciones involucradas el caso se encuentra más fuertemente conectado. En otras palabras, un caso internacional es visto como una relación jurídica que “va a la deriva” y debe ser asignado a la jurisdicción a la que “pertenece”. Para

⁴⁸ Art. 8 y 9 del Reglamento (CE) 44/2001, donde se permite al tomador del seguro la posibilidad de demandar en su domicilio, o en el domicilio del asegurador.

⁴⁹ Art. 15 y 16 del Reglamento (CE) 44/2001, donde se permite al consumidor demandar a la otra parte contratante ante los tribunales de su propio domicilio, o ante aquellos del domicilio de la otra parte contratante. A su vez, solo permite a la otra parte contratante demandar al consumidor ante los tribunales del domicilio de éste último.

⁵⁰ Art 18 y 19 del Reglamento (CE) 44/2001.

⁵¹ HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: *op.cit. supra* nota 39.

facilitar el proceso de asignación, existen criterios que determinan la conexión más próxima que ciertos tipos de relaciones jurídicas deberían tener con determinada jurisdicción. Estos criterios se denominan “factores de conexión”.⁵²

Tales factores de conexión se adecuan a categorías específicas de relaciones jurídicas. Por ejemplo, para casos de transacciones comerciales internacionales, se considera como factor de conexión apropiado para determinar el Derecho aplicable, el lugar donde debe ejecutarse la obligación. Las normas de conflicto contentivas de estos factores de conexión, generalmente, son técnicas y formales, por cuanto ellas en sí mismas no están llamadas a resolver materialmente el caso de que se trate, sino simplemente a indicar el sistema legal que les debe regular.⁵³

El problema de este esquema radica en la determinación del factor de conexión ideal. ¿Cómo podemos decidir anticipadamente y de manera abstracta, bajo cuál sistema legislativo se encuentra el centro de gravedad de determinada relación jurídica?⁵⁴ Es claro que dejar la puerta abierta para que el juez que conoce del caso concreto decida subjetivamente cuál es el factor de conexión más importante, llevaría a un estado de inseguridad no deseable. Es por esto que hoy en día la mayoría de las normas de conflicto modernas contienen factores de conexión basados en el principio de “factor más próximo” (*factual allocation*), estableciendo un lazo con la jurisdicción donde, en la mayoría de las situaciones similares, el caso tiene de hecho la conexión más próxima.

⁵² Vid. De BOER, Th.M.: *Facultative Choice of law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign law, Recueil des Cours*, 257, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 271 – 302, p.277.

⁵³ BOGDAN, Michael, *op.cit. supra* nota 25, p.71

⁵⁴ De BOER, Th.M., *op.cit.*, p. 278.

Se reconoce como una de las contribuciones más importantes de Savigny, su aporte a crear el paradigma fundamental del Derecho internacional privado: la idea de que la ley extranjera y la ley del foro son en principio iguales y por tanto deben manejarse de la misma manera por normas de conflicto bilaterales, preferentemente empleando el mismo o los mismos factores de conexión (por ejemplo, el domicilio o la residencia habitual de la persona de que se trate) indistintamente de si el caso en particular conduce a la aplicación de ley extranjera o de la ley del foro. Esta percepción se extiende a que el legislador nacional debe establecer normas de conflicto tales como las que razonablemente espera ver introducidas en los sistemas legales de otros países.⁵⁵ Actualmente, la mayoría de los sistemas de derecho internacional privado diseñados bajo este esquema, consideran ideal aquella norma de conflicto que es bilateral, imparcial respecto de la ley del foro y neutral en cuanto a la designación del Derecho aplicable en base a un factor de conexión indistintamente del contenido material de tal Derecho.⁵⁶

Existen factores de conexión que no necesariamente establecen la conexión realmente más fuerte de la relación jurídica, pero refieren el caso al sistema legal considerado con mayor interés en la aplicación de su Derecho en el caso concreto. Usualmente se basan en la idea de que ciertas áreas del Derecho están establecidas para proteger valores sociales importantes, especialmente los dedicados a individuos considerados en posiciones vulnerables dentro de la sociedad, como los niños, los empleados o los consumidores. Tales políticas se ven reflejadas en factores de conexión que refieren el caso a aquel Derecho sustantivo que protege el interés de la parte vulnerable ante la otra parte. Por ejemplo, en la Convención de Roma sobre Contratos las transacciones de los consumidores se sujetan a la ley de la

⁵⁵ BOGDAN, Michael, *op.cit. supra* nota 25, p. 72.

⁵⁶ *Ídem*, p. 73.

residencia habitual, independientemente de si el contrato tiene conexiones más próximas con otro sistema legal.⁵⁷ Es aquí donde se estima que cabe la idea del “mercado relevante internacional afectado por la práctica anticompetitiva” como factor de conexión en la propuesta que se presenta.

Varios académicos estadounidenses han contribuido al desarrollo teórico de esta idea, denominada *interest analysis* (análisis del interés). Entre ellos destacan: Cavers⁵⁸, Currie⁵⁹, y Leflar.⁶⁰ La perspectiva común de la cual parten sus propuestas es la idea de que un caso multinacional debe ser visto como una potencial colisión de leyes, en la cual dos o más legislaciones compiten por ser aplicadas. Esta manera de analizar los casos, se distancia radicalmente del punto de partida clásico que emplea el método de escoger la jurisdicción más próxima enfocándose en meras conexiones fácticas de la relación jurídica sin considerar por un momento que la política inspiradora de la norma sustantiva, y que por tanto el Estado de que se trate, pueda tener interés en la aplicación de su legislación y por tanto en el resultado.

Atendiendo a las pautas del análisis del interés, primero debe identificarse el problema, luego determinar el contenido de las normas sustantivas que pueden reclamar aplicación para compararlas y determinar si llevan al mismo resultado. Si efectivamente conducen al mismo resultado, no hay conflicto y

⁵⁷. Art. 5(3) Convención de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales. Los artículos 5(2) y 6(1) de la misma Convención, prevén que la autonomía de la voluntad entre las partes contratantes en la escogencia de un Derecho aplicable al contrato, no debe resultar en la privación del consumidor o del empleado, de la protección otorgada a estos por las normas imperativas que le aplicarían en ausencia de escogencia de un Derecho aplicable entre tales partes contratantes.

⁵⁸. CAVERS, David: “A Critique of the Choice-of-Law Problem”, *Harvard Law Review*, Vol. 47, No.2, 1933, p.p. 173—208.

⁵⁹. CURRIE, Brainerd: *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham N.C., 1963, citado por de BOER, Th. M., *op.cit.*, p. 281.

⁶⁰. LEFLAR, Robert: “Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations”, *California Law Review*, Vol. 54, Issue 4, año 1966, pp.1584-1598.

por tanto no se aplica una norma de Derecho internacional privado por cuanto la potencial aplicación de otro sistema legal, no afectará el resultado. Si los resultados de aplicar una norma u otra resultan disímiles, se debe pasar a un siguiente escalón y establecer si se trata de un verdadero conflicto o uno falso. Para ello, se debe examinar la política inspiradora de cada norma aplicable así como la relación de cada Estado con respecto al caso concreto.⁶¹ Cuando se encuentra que solo hay un Estado con interés en la aplicación de sus normas, se trata de un conflicto falso, mientras que al haber dos o más Estados con interés en aplicar sus normas al caso, se está frente a un verdadero conflicto.⁶² Los conflictos falsos son fácilmente resueltos al aplicarse la ley del Estado interesado, mientras que los conflictos verdaderos son difíciles de resolver a partir de un razonamiento lógico. La respuesta de Currie para estos supuestos era la aplicación de la ley del foro, lo que le llevo naturalmente bastantes críticas.⁶³

⁶¹ "If a forum state has a genuine concern with the facts in a given case, a concern discoverable from its strongly felt social or legal policy, it is reasonable to expect the state's courts to act in accordance with that concern. This refers to legitimate concerns, not just to the local occurrence of some facts, or to the local existence of some rule of law that could constitutionally be applied to the facts... A state's total governmental interest in a case is to be discovered from all the considerations that properly motivate the state in its law-making and law-administering tasks, viewed as of the time when the question is presented. So viewed, the circumstances may show that the forum is truly interested in applying its own law to a set of facts. If they do show this that conclusion becomes a major choice-influencing consideration", *vid.* LEFLAR, Robert A. *op.cit.*, p. 1587.

⁶² Resulta dudosa aquella categoría de casos en los cuales ninguno de los Estados involucrados tiene un interés en la aplicación de sus leyes al caso concreto. Se hace referencia a estos casos como "casos para los que no se tiene solución prevista", en el sentido que ninguno de los Estados está realmente interesado en el resultado de cuál ley termina siendo aplicada: Currie, citado por de BOER, Th. M., *op.cit.*, p. 282. Para De Boer, la existencia de esta categoría de casos es inconcebible por cuanto al considerarse relevante jurídicamente, necesariamente sus consecuencias deben recaer sobre un sistema jurídico específico. De allí que este tipo de situaciones sean más bien atribuibles a una falsa determinación de la política inspiradora de las leyes llamadas a ser aplicadas. Para mayor profundidad sobre el tema, *vid.* De Boer, Th. M.: *Beyond Lex Loci Delicti, Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law*, Deventer, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers 1987, pp. 252 y ss.

⁶³ *Vid.*, por ejemplo, KEGEL, Gerhard: "The Crisis of Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, 112, Martinus Nijhoff Publishers, 1964-II, pp. 180-207; BRILMAYER, Lea: "Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent", 1980, *Faculty Scholarship Series, Paper 2509*, pp.

Necesariamente, bajo esta teoría, los conceptos de jurisdicción y de Derecho aplicable deben estar identificados. De allí se conoce la expresión “*proper law in a proper forum*”, que a su vez, trae como consecuencia una aceptación del principio *forum non conveniens* y un rechazo a la citación personal como criterio atributivo de jurisdicción.⁶⁴ Esta es la visión que normalmente tienen los tribunales estadounidenses al encontrarse ante un caso con elementos jurídicos extranjeros relevantes.

Con ánimo de aliviar el estricto carácter unilateral de esta teoría, fueron propuestas soluciones normativas sobre esta metodología. Baxter⁶⁵ planteó el *comparative impairment analysis* (comparación de agravios), donde se prefiere un análisis previo de los ordenamientos en presencia para luego aplicar aquel que saldría más perjudicado de no ver aplicadas sus políticas materiales. No obstante, esta propuesta no aporta los criterios necesarios para evaluar las políticas en juego, lo cual se agrava en el caso de los conflictos negativos, ya que si no hay ningún Estado cuyo Derecho esté interesado en la resolución del caso concreto, difícilmente se puede determinar cuál resultaría menos perjudicado. Cavers con sus principios de preferencia, o la consideración de la mejor ley de Leflar, han obtenido un poco más de acogida, pero ninguna ha sido universalmente aceptada. Los verdaderos conflictos siguen siendo la mayor debilidad del método del análisis de interés.

392–431 disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2509, última visita en Julio de 2011.

⁶⁴ MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La Norma de Derecho Internacional Privado*, Serie Trabajos de Grado, Nro. 2, Editorial Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, p. 189.

⁶⁵ BAXTER, William: “Choice of Law and the Federal System”, en *Stanford Law Review*, 1963, p. 1-42.

Críticas al análisis de intereses

Al decidir cada caso especialmente, con soluciones a la medida de sus particularidades, emerge una gran cantidad de problemas tales como gasto de mayor tiempo y dinero, y sobre todo mayor subjetividad del juez que conoce del caso, lo que ha sido denominado por la doctrina como *judicial particularistic intuitionism*⁶⁶ (intuición judicial selectiva) o *impressionnisme juridique*⁶⁷ (impresionismo jurídico). Todo esto acaba trayendo como consecuencia la resolución diversa de casos similares, que al final pone en duda la fe de la ciudadanía en sistema legal menoscabando su legitimidad.⁶⁸

c. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Dependiendo del caso que se trate, una decisión de un tribunal extranjero puede ser reconocida si ciertas condiciones procedimentales se han cumplido, tales como que dicho tribunal haya asumido competencia del caso bajo condiciones razonables, o que el principio del derecho a la defensa haya sido garantizado.

⁶⁶ KOZYRIS, Phaeton: "Interest Analysis Facing Its Critics -And, Incidentally, What Should Be Done about Choice of Law for Products Liability?", *Ohio State Law Journal*, Vol. 46 Issue 3, 1985, pp. 569-594, p. 580.

⁶⁷ LOUSSOUARN, Yvon: "Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, Vol. 139, Martinus Nijhoff Publishers, 1973-II, pp.338-373.

⁶⁸ "Telling the courts in each conflicts case to make a choice and fashion the applicable law 'ad hoc' and 'anew' (i.e., without legislative or precedential direction) on the basis of what is right (just, proper, good, suitable, interested, etc.), as is often done under the prevailing conflicts theories, appears to me to be not only inconsistent with the basic principles of separation of powers, not only burdensome and potentially arbitrary beyond reason, not only disorienting to the transacting person, but also essentially empty of meaning... Unpredictable law is not law to begin with.", *vid.* Kozyris, Phaeton: "Conflicts Theory for Dummies: *Après le Déluge*, Where Are We on Producers Liability?", *Louisiana Law Review*, Vol. 60, 2000, pp. 1161-1183, p. 1162.

Motivados en su mayoría por la agilización del comercio transfronterizo, existen acuerdos internacionales que simplifican el proceso de reconocimiento de una decisión extranjera. Por ejemplo, en el artículo 220 del Tratado de Roma los Estados parte de la Comunidad Europea asumieron el compromiso de entrar, “por cuanto es necesario”, en negociaciones entre los mismos para asegurar la simplificación de trámites formales necesarios para el reconocimiento recíproco y ejecución de sentencias, lo que derivó en la Convención de Bruselas de 1968 sobre jurisdicción y ejecución de sentencias sobre asuntos civiles y mercantiles, conocida como Bruselas I.

Cuando el Tratado de la Comunidad Europea fue enmendado por el Tratado de Ámsterdam en 1999, se dio una verdadera revolución al incluir un nuevo artículo 65 que facultó a la comunidad para legislar en el campo de la cooperación judicial en casos civiles con conexiones transnacionales en tanto se hacía “necesario para el adecuado funcionamiento del mercado interno”. Las medidas previstas en el artículo 65 incluían, entre otras, el mejoramiento y la simplificación en el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, y promover la compatibilidad en las normas aplicables en los Estados Miembros en temas de conflicto de leyes y jurisdicción.

Desde la entrada en vigencia en 2009 del Tratado de Lisboa sobre el funcionamiento de la Unión Europea, se incrementaron los poderes legislativos de la Unión en comparación a los de la anterior Comunidad al reemplazar la condición “necesario para el adecuado funcionamiento del mercado interno” por una formulación más generosa: “especialmente cuando sea necesario para el adecuado funcionamiento del mercado interno”.⁶⁹

⁶⁹ BOGDAN, Michael: *op.cit. supra* nota 25, p. 44.

En la legislación venezolana se establece la posibilidad de reconocer eficacia a las decisiones de tribunales extranjeros. Sin embargo, el primer requisito que debe cumplir dicha decisión foránea para producir efectos dentro del territorio, es que la misma verse sobre materias de relaciones jurídicas privadas.⁷⁰

Se considera que el hecho de limitarse a decisiones en materia de Derecho privado no coarta la aptitud de reconocimiento a decisiones emitidas por autoridades administrativas extranjeras. A los fines de la solución que se propone en esta investigación, el simple hecho de existir la facultad de otorgar tales efectos a una decisión extranjera deja la puerta suficientemente abierta. Además, se pretende que la posibilidad de reconocer decisiones administrativas extranjeras se haga a partir de la legislación de libre competencia, no a partir de la LDIP.

Entre los demás requisitos señalados en la legislación venezolana para tal reconocimiento, merecen especial mención la necesidad que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción aceptados por la Ley de Derecho internacional privado y la exigencia que haya sido garantizado el debido proceso.⁷¹

⁷⁰ Artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, ratificada por Venezuela en 1985 mediante Ley Aprobatoria, Gaceta Oficial Nro 33.144 de 15 de enero de 1985. Artículo 53 de la LDIP.

⁷¹ Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial.... Artículo 53 LDIP.

3. El carácter unilateral y territorial de las normas de libre competencia frente al carácter bilateral de las normas de conflicto clásicas

Territorialidad del Derecho de libre competencia

El análisis del ámbito de aplicación espacial del Derecho de competencia ha sido abordado más frecuentemente desde posiciones propias del Derecho internacional público.⁷² Las normas de competencia son aplicadas en forma inmediata y autónomamente de que la situación esté localizada en el extranjero y de la normativa que quiera ser aplicada. Su campo de aplicación espacial presenta dos características especiales: su autolimitación y su territorialidad. Su aplicación se condiciona a dónde se localicen los efectos anticompetitivos en cuestión, de acuerdo con la conocida teoría de los efectos.⁷³

Con arreglo a este criterio se determina el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia teniendo en cuenta el lugar donde el comportamiento colusorio despliega sus efectos -o es susceptible de producirlos- con independencia de dónde se haya generado y ejecutado dicho comportamiento.

⁷² ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: *op.cit. supra* nota 22.

⁷³ DE LEÓN, Ignacio: “¿Conviene aplicar regulación antimonopolios en el comercio internacional?”. *Revista de Derecho Internacional Económico*, Vol. 2, Núm. 1, Primer semestre de 1997, Caracas; GOLDMAN, B.: “Les champs d’application territoriales des lois sur la concurrence”, *Recueil des Cours*, vol.128, Martinus Nijhoff Publishers, 1969-III, p.637, y CASTEL, Jean Gabriel: “The extraterritorial effects of antitrust laws”, *Recueil des Cours*, vol.179, Martinus Nijhoff Publishers, 1983-I, p.27.

Regla per se y regla de la razón

Una distinción elemental para comprender los alcances e interpretación de las normas de libre competencia es aquella desarrollada por la jurisprudencia norteamericana entre infracciones *per se* ilegales, llamadas prácticas anticompetitivas absolutas, e infracciones sujetas a la llamada “regla de la razón”, denominadas prácticas anticompetitivas relativas.

En términos prácticos esta distinción sirve para identificar los casos en que basta verificar una conducta para sancionarla, sin perjuicio de cuáles podrían ser sus efectos actuales o potenciales (el caso de la regla *per se*) y aquellas situaciones en que sí es necesario analizar los efectos concretos que la práctica podría tener para estimar su ilegalidad (regla de la razón)

Así, de acuerdo la regla *per se*, ciertos acuerdos anticompetitivos deben considerarse ilegales por mandato legal, de manera objetiva, absoluta y automática, sin importar o no si produjeron efectos perjudiciales en el mercado, de allí que simplemente por configurarse serán siempre sancionados. Sirva de ejemplo la concertación de precios, una conducta que por el simple hecho de configurarse reviste un carácter ilegal característico debido a que no puede esperarse de ésta efecto beneficioso alguno, sino únicamente perjuicios para la competencia.⁷⁴

Como puede apreciarse, la regla *per se* posee en sí misma la capacidad de facilitar buena parte de la ardua tarea de la autoridad, ya que la libra de la

⁷⁴ GAGLIUFFI, Ivo: “La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón”, en *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual*, Nro. 12, Editada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Perú, 2011, p.153.

obligación de entrar a entender las motivaciones de los agentes económicos envueltos en una práctica anticompetitiva por cuanto la norma parte de una premisa que establece: que la concertación de precios es ilegal y perjudicial como quiera que se hayan tenido buenas intenciones.⁷⁵ Analizándolo desde un punto de vista económico, a la autoridad le convendría adoptar más reglas *per se*, considerando el ahorro que en inversión de dinero le cuesta a esta demostrar la mala intención de los competidores incurso en un caso anticompetitivo.

La regla de la razón, en oposición a la regla *per se*, no juzga automáticamente una concertación de precios como contraria a la ley, sino que examina las razones de los competidores para acordar tal práctica, de manera que establece si esta afecta negativamente o no la eficiencia del mercado y la competencia.⁷⁶

Se percibe entonces cómo la prescripción de comportamientos anticompetitivos bajo la regla de la razón, acaba incrementando el trabajo de la autoridad de competencia, aumentando proporcionalmente el tiempo a invertir en la investigación del acto anticompetitivo así como en la efectiva aplicación de los correctivos necesarios, es decir, que estos sean aplicados a tiempo para evitar mayores perjuicios en el mercado, y los costos de dicha investigación, aunque debe resaltarse que con este tipo de prescripciones, se alcanza a proteger un principio de justicia elemental: el no calificar de antemano un acto como ilegal sin dejar espacio a los autores para demostrar sus motivaciones o cuáles son los efectos realmente perjudiciales sobre el mercado.

⁷⁵ GAGLIUFFI, Ivo: *op.cit. supra* nota 74, p. 153.

⁷⁶ *Ídem*, p.154.

Una práctica habitualmente reglamentada bajo la regla *per se*, la constituyen los acuerdos colusorios para la fijación de precios (o carteles), mientras que una práctica normalmente reglamentada y analizada bajo la regla de la razón, puede encontrarse en los abusos a la posición de dominio. Sobre los tipos de prácticas anticompetitivas se profundizará más adelante.

Características de las normas que regulan la libre competencia

Atendiendo a la particularidad de sus fundamentos, las normas de competencia se enfocan y diseñan para un concreto mercado y se centran esencialmente en las prácticas de los sujetos de derecho privado, que se involucran cada vez más en operaciones comerciales internacionales.⁷⁷ De allí que en su formación, los legisladores se orienten en diseñarlas para aplicarlas dentro de sus fronteras.

Así, las normas de competencia se corresponden en su ámbito de aplicación con las normas de conflicto unilaterales, que normalmente se limitan a circunscribir los límites de aplicación de la *lex fori*. Esto es, se abstienen de decidir cuál es el ordenamiento jurídico que potencialmente debe gobernar situaciones que caen bajo su regulación. De allí que al encontrarse diversos ordenamientos jurídicos reclamando competencia sobre el mismo asunto, empiezan las complicaciones.⁷⁸

A criterio de Esteban De La Rosa, desde una perspectiva internacionalprivatista, por poseer un ámbito de aplicación propio, autónomo y especial, las normas de libre competencia responden a la estructura de las

⁷⁷ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: *op.cit. supra* nota 8, pp.34-56.

⁷⁸ BOGDAN, Michael, *op.cit. supra* nota 25, p. 74.

normas de extensión. A diferencia de las normas simplemente imperativas—aquellas que pertenecen a la ley aplicable al contrato y no pueden ser derogadas por convenio entre las partes, las normas que se estudian poseen un plus de imperatividad y aparecen como internacionalmente imperativas, es decir, reclaman aplicación aunque no pertenezcan a la ley del contrato.⁷⁹

Por su parte, Marta Gonzalo, quien desarrolla la posibilidad de llevar a arbitraje situaciones relacionadas con el Derecho de competencia, sitúa las normas que lo componen en la “zona gris” del Derecho, por considerarles normas de Derecho privado, por su objeto, a la vez que de Derecho público, por su objetivo. Continúa la autora explicando que estas normas conjugan lo público y lo privado sobre la base de una triple naturaleza: penal, administrativa y civil, situación que presupone que en los dos primeros aspectos, propios del Derecho público, el arbitraje estaría categóricamente excluido, siendo únicamente posible y con ciertas reservas, en el último, el civil o privado.⁸⁰

Se considera acertada la visión de Marta Gonzalo en cuanto a la situación de las normas del Derecho de competencia en una “zona gris” entre el Derecho privado y el Derecho público, más se considera que la distinción entre el objeto y el objetivo de estas normas puede ser trasladado del Derecho privado al público y viceversa, atendiendo a las consideraciones hechas al momento de definirlo. Al considerarse que su objeto es la ordenación del mercado, indefectiblemente habría de aceptarse que, por su objeto, el Derecho de competencia es Derecho público, mientras que si se considera

⁷⁹ ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: *op.cit. supra* nota 22, p. 818.

⁸⁰ GONZALO QUIROGA, Marta: *Arbitrabilidad de la Controversia Internacional*, Editorial Alhulia. Granada, España, 2003, p.47.

como su objetivo garantizar el derecho subjetivo de libertad económica de los particulares, debe aceptarse entonces que es de Derecho privado.

Resulta difícil definir un límite entre el carácter público o privado de la regulación sobre la competencia, no obstante lo cuestionable y relativa que resulta tal clasificación del Derecho.⁸¹ Las materias que antes fueran reservadas a la rama “privada” del Derecho han sido paulatinamente intervenidas a través de instrumentos de derecho público debido a la preocupación del Estado en procurar y fomentar el bienestar de la sociedad.⁸²

Bajo la concepción tradicional del Derecho internacional privado, tal y como se enseña en las escuelas de Derecho del sistema de *civil law*, el juez que se encuentra frente a un caso con elementos de extranjería, usualmente contempla como imposible dar cabida a intereses soberanos extranjeros contenidos en una ley calificada como de Derecho público, ya que de inmediato se considera que debe ser resuelto estrictamente bajo la jurisdicción extranjera de que se trate. De allí que resulte conveniente determinar si realmente tal distinción entre Derecho público y Derecho privado debe ser tan radical.

Considerando el ámbito que regulan y la manera en que se aplican, las normas de libre competencia automáticamente se consideran de Derecho público. Sin embargo, estas normas ejercen un gran poder en asuntos de Derecho privado en lo que respecta a la jurisdicción y al Derecho aplicable.

⁸¹ BATTINI, Stefano: “The Globalization of Public Law”, *European Review of Public Law*, Vol. 18. Spring 2006. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=895263>. Última visita en mayo de 2008.

⁸² Ejemplos de ello, además de la competencia económica, son: la materia fiscal, monetaria, y de seguridad social, por mencionar algunas.

Ha sido precisamente a través del desarrollo y aplicación del Derecho de competencia donde se ha puesto en evidencia la progresiva incursión del Derecho administrativo en el régimen jurídico de las empresas privadas, siendo que las conductas que éstas adopten serán controladas por la Administración a fin de garantizar la libre competencia. Sin embargo, esto no niega el carácter privado de las conductas cuyo control se encomienda a la Administración: los contratos, acuerdos o conductas que puedan reputarse contrarios a la libre competencia y ser objeto de medidas administrativas punitivas, son esencialmente actos y negocios regidos por el derecho privado.

Al contrario de lo que ocurre en jurisdicciones de tradición civilista, donde la distinción entre Derecho público y privado tiene una gran relevancia, que se percibe tanto en el método de enseñanza como en su práctica, es pertinente hacer notar que las ideas de público y privado respecto al Derecho nunca han cobrado mayor relevancia en la historia del *common law*. Como señala Merryman “estas no tienen relevancia metodológica, ni consecuencias jurisdiccionales importantes, ni relevancia ideológica en el Derecho contemporáneo norteamericano”.⁸³ Nótese que bajo el sistema del *common law*, usualmente el determinar que un tribunal tiene jurisdicción, implica automáticamente la determinación del Derecho aplicable.

⁸³ Vid. MERRYMAN, John: “The Public Law – Private Law Distinction in European and American Law”, *Emory Journal of Public Law*, Vol. 17, Issue 1, 1968, pp. 3-19: “conceptions of public and private law have never figured greatly in the history of the common law. They have no methodological significance, no jurisdictional consequences and no ideological relevance in contemporary American law”, citado por BÉDARD, Julie: *International Conflicts of Antitrust and Securities Regulations: “It’s All About Effects”*, Columbia University, 2006, disertación no publicada, p.62.

Se identifica como Derecho privado aquel marco regulatorio dentro del cual se desarrollan las relaciones entre particulares, quienes tienen la libertad de establecer sus derechos y obligaciones dentro de las limitaciones establecidas en la ley, y que cuentan con mecanismos respaldados por el imperio del Estado para hacerlas cumplir al momento en que no sean satisfechas tal como fueron contraídas.

Por su parte, aquello que se identifica como Derecho público tiene que ver con aquella parte de la Ley que rige la relación vertical que existe entre el Estado y los particulares.⁸⁴ Luego aparece el Derecho administrativo, que puede verse como una especie del Derecho público, el cual controla, penaliza, invalida o recompensa la conducta entre particulares, por ejemplo, el Derecho de libre competencia, requerimientos para autorizar ciertas actividades económicas, prohibiciones para importar o exportar. A este aspecto del Derecho también se le conoce como regulación económica. De allí que los problemas a nivel internacional ocasionados por la coexistencia de diversas legislaciones de libre competencia sea reconocido como un área importante de conflictos de Derecho público.⁸⁵ Como señala Horwitz, ha sido con el surgimiento del mercado como institución legitimadora central que la distinción entre Derecho público y privado ha sido traída al eje de las discusiones legales en el transcurso del siglo XIX.⁸⁶

⁸⁴ KELSEN, Hans: *Pure Theory of Law*, 282 (1960): "Private law represents a relationship between coordinated, legally ranking subjects; public law, a relationship between a superior and a subordinated subject", citado por BÉDARD, Julie: *op.cit. supra* nota 83, p.63.

⁸⁵ BASEDOW, Jurgen: "Conflicts of economic regulation", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, Issue 2, Spring 1994, pp. 423-448. BÉDARD, Julie: *op.cit. supra* nota 83, p 64.

⁸⁶ HORWITZ, Morton: "History of the Public/Private Distinction", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, 1981-1982, pg. 1424.

El movimiento de los realistas, desarrollado en Estados Unidos a partir de 1905 y hasta 1930,⁸⁷ ha demostrado que las reglas contractuales clásicas representan el ejercicio de poder político del Estado tanto como lo representan las normas de Derecho de libre competencia.⁸⁸ Incluso el poder del Estado ha llegado a sustraer ciertos aspectos de la esfera de la autonomía de los particulares para pasar a regularlos de manera tal que no pueden ser transados o evadidos por los particulares en sus relaciones legales. Es así como la idea individualista del siglo XIX ha sido reemplazada por la idea del Estado social del siglo XX, en el que la “socialización” o “publicización” del Derecho privado en virtud de proteger intereses económicos del Estados, o derechos de partes consideradas débiles en las relaciones jurídicas, es un hecho que afecta de manera directa y con frecuencia cualquier relación contractual entre particulares.⁸⁹

Incluso desde el año 1975, el Instituto de Derecho Internacional ha reconocido que la distinción entre Derecho público y Derecho privado no sólo varía entre cada sistema jurídico, sino que además está en constante cambio e interrelación sobre todo en áreas de protección y regulación tanto de libertad individual económica como de economía del Estado.⁹⁰ En la misma resolución, el Instituto llama a no descartar la aplicación *a priori* de una

⁸⁷ Este movimiento surgió en Estados Unidos a raíz de una decisión de la Corte Suprema del año 1905, en la que se constitucionalizaba el derecho de los particulares a contratar libremente. Se caracterizó porque buena parte de los pensadores legales más brillantes de Norteamérica se dedicaron a exponer los fundamentos ideológicos de la distinción entre Derecho público y privado atacando la utilidad práctica de tal distinción, entre ellos se encontraban los jueces Holmes, Brandeis y Cardozo, acompañados de doctrinarios como Roscoe Pound, Walter Wheeler Cook, Weley Hohfeld, Robert Lee Hale, Arthur Corbin, Warren Seavey, Morris Cohen y Karl Llewelyn. *Vid.* HORWITZ, Morton... *opt.cit.* pg. 1426.

⁸⁸ *Ídem.*

⁸⁹ BÉDARD, Julie: *op.cit. supra* nota 83, p.69.

⁹⁰ Considerandos de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de la Sesión Nro. 20 celebrada en Wiesbaden, el 11 de agosto de 1975, *Rapporteur*: Pierre Lalive. Disponible en http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1975_wies_04_en.pdf, última visita en febrero 2011.

norma extranjera por el simple hecho de ser calificada como de Derecho público por parte del Estado llamada a aplicarla.⁹¹

Ahora bien, partiendo de una perspectiva internacionalprivatista, resulta más útil y práctico el concepto de los efectos para resolver conflictos de regulación sobre mercados, que seguir enfrascándose en establecer distinciones entre el carácter público o privado de la ley, por cuanto este concepto va más allá de esta distinción. Más bien, este concepto se enfoca tanto en los objetivos de la norma de libre competencia como en los del Derecho privado, esto es: conseguir una solución a los efectos nocivos derivados de conductas anticompetitivas y ofrecer una solución material coherente al caso concreto bajo la óptica del Derecho internacional privado.⁹²

Como señalara Andreas Lowenfeld en su *Recueil des Cours* de 1979: “si de este capítulo sólo se llevan la idea de que el Derecho público, como el Derecho privado, pueden y deben ser considerados meticulosamente a medida que traspasan fronteras estatales, hemos alcanzado nuestra meta inicial”.⁹³

Atendiendo a estas ideas sobre el Derecho de competencia, no puede considerarse descabellado sugerir el empleo de herramientas de Derecho privado en este campo. Ciertamente con algunos ajustes, es posible el empleo de herramientas del Derecho internacional privado a situaciones en

⁹¹ *Ídem*, apartados I y II de la sección A.

⁹² BÉDARD, Julie: *op.cit. supra* nota 83, pp.118-119.

⁹³ LOWENFELD, Andreas: “Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction”, *Recueil des Cours*, Vol. 163, Martinus Nijhoff Publishers, 1979, p. 329: “if you take away from this chapter no more than the idea that public law, like private law, can and needs to be weighed thoughtfully as it travels across national frontiers, we have accomplished our initial task.”

las que el Derecho de competencia, se enfrenta a casos como a las que esta rama del Derecho provee respuestas.

Capítulo II: Mercados Relevantes Internacionales

Los comportamientos anticompetitivos básicamente se pueden dividir en dos: aquellos relativos al abuso de posición de dominio y aquellos relativos a prácticas colusorias. Ostentar simplemente la posición dominante no constituye en sí misma una práctica anticompetitiva, son los excesos en el ejercicio de dicho poder de mercado los que configuran el abuso de posición de dominio, ya que tomando ventaja de tal posición, el abusador puede prescindir de la reacción de sus competidores o clientes para obtener beneficios a partir de su conducta causando a su vez perjuicios a los demás participantes del mercado.

Para determinar un abuso de posición de dominio, debe realizarse una evaluación de los hechos que contempla tres etapas:

- a) La fijación del mercado relevante afectado, dentro del cual se ha de considerar tanto el mercado del bien o servicio contando si cuenta con sustitutos, como el mercado geográfico que contendrá los límites del territorio afectado por la práctica anticompetitiva;⁹⁴
- b) Determinar si existe posición de dominio dentro del mercado relevante identificado, es decir, si el investigado cuenta con poder suficiente dentro del mercado de manera que pueda actuar con prescindencia de sus competidores y/o consumidores; y
- c) Establecer si efectivamente existe o no un abuso, es decir, si el investigado desarrolló dentro del mercado relevante la conducta anticompetitiva de que se trate.⁹⁵

⁹⁴ GAGLIUFFI, Ivo: *op.cit. supra* nota 74, p. 145.

⁹⁵ *Ídem*, p. 146.

En el momento en que dos o más agentes económicos logran acordar de manera expresa o tácita actuar con el fin de distorsionar el desenvolvimiento normal de las relaciones dentro del mercado, bien sea impidiendo, limitando o falseando la libre competencia, se configuran lo que se denominan prácticas colusorias. Básicamente, estas conductas implican un proceder deliberadamente coordinado que anula la competencia que normalmente debería existir entre los agentes económicos involucrados en ella, con el objeto de obtener un beneficio económico, que es lo que sucede con la fijación de precios. Este tipo de comportamientos también pueden entorpecer la permanencia de competidores en el mercado, o la potencial entrada de nuevos competidores en el mismo. Al final, acaban beneficiándose unos pocos agentes económicos a expensas de dañar la eficiencia del mercado.⁹⁶

Ha sido a través del pasar de los años y la resolución de casos por parte de las autoridades respectivas, que se ha llegado a establecer distintos tipos de conductas que permiten ejecutar las prácticas colusorias. Así se distinguen cuatro tipos:

- a. Convenios expresos que se evidencian materialmente, es decir, a través de documentos físicos o comunicaciones por correo electrónico;
- b. Decisiones que impliquen líneas directivas de carácter vinculante emitidas al interior de una asociación, gremio o entidad similar que agrupe a agentes económicos competidores;
- c. Recomendaciones de carácter orientativo emitidas al interior de una asociación, gremio o entidad similar que agrupe a agentes económicos competidores; o

⁹⁶ GAGLIUFFI, Ivo: *op.cit. supra* nota 74, p. 146

d. Pactos evidenciados a través pruebas indirectas, o lo que es lo mismo, que pueden inferirse a partir de indicios o presunciones.⁹⁷

Tal como se esbozara en el primer capítulo y a partir del análisis de las conductas anticompetitivas, resulta fácil concluir que el principal deber de la autoridad antes de determinar responsabilidades y sanciones, consiste en establecer con claridad cuál es el mercado relevante afectado.

1. Delimitación del Mercado Relevante

La determinación de los productos y transacciones, así como de los agentes económicos individualizados que comprenden un mercado específico, es lo que constituye el *mercado relevante*, referido al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, pueden influir de manera rentable en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia, si deciden actuar como una sola firma -un monopolista hipotético.⁹⁸ A partir de esta definición, se tendrá entonces por mercado relevante transfronterizo o de alcance internacional, aquél referido al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña dentro de la cual se producen los efectos anticompetitivos de un acto o una práctica, susceptibles de ser identificados allende las fronteras de un mercado nacional. Sin esta definición no hay

⁹⁷ GAGLIUFFI, Ivo: *op.cit. supra* nota 74, pp. 147-148.

⁹⁸ Este ha sido el criterio utilizado por la autoridad venezolana, Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia-Procompetencia, para el estudio del mercado relevante en sus resoluciones, por ejemplo *vid.* Resolución No. SPPLC/0031-2008, de 3 de diciembre de 2008, Resolución No. SPPLC/0031-2004, de 19 de mayo de 2004; Resolución No. SPPLC/0033-03 de 14 de noviembre de 2003; entre otros. Así mismo ha sido el criterio utilizado por la División Antitrust del Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América de acuerdo a los *Horizontal Merger Guidelines* de 1992.

posibilidad de medir la capacidad de una empresa de reducir o eliminar la competencia⁹⁹ o de verificar los efectos de una práctica colusoria.

Dependiendo de la delimitación que se haga de dicho mercado, se concretará el resultado sobre la legalidad o ilegalidad de la práctica que se estudie. Así, la posibilidad de determinar la existencia –o los indicios- del poder de mercado de una empresa, dependen de la definición del mercado relevante en el que dicho poder será valorado. Se considera acertada la afirmación Bellamy y Child cuando aseguran que “una decisión puede ser anulada si el análisis -la determinación del mercado relevante- es incorrecto”.¹⁰⁰ No en vano, autoridades administrativas han establecido pautas claras y precisas para el establecimiento del mercado relevante.¹⁰¹

Siendo una tarea tan delicada, existen razonamientos, criterios, *tests*, análisis o paradigmas¹⁰² para hacer estudios de mercado relevante. Entre los más destacados se encuentran: el criterio del Aislamiento Histórico – análisis

⁹⁹ La definición del mercado relevante es determinante en toda investigación de supuestos de abuso de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante limitada podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en realidad no es un actor dominante en el mercado. *Vid.* FIGARI, Hugo, GÓMEZ, Hugo y Mario ZUÑIGA: “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”, *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 1, Nº 1, Primavera 2005, Lima, Perú, pp. 153-187.

¹⁰⁰ BELLAMY, y CHILD: *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Edición traducida al español por Enric Picañol, Editorial Civitas. Madrid, 1992, p.130.

¹⁰¹ U.S. Department of Justice: *Merger Guidelines*, 1968 y sucesivas reediciones de 1982, 1984, 1992, y 1997; y Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Diario Oficial de la Comunidad Europea C372, de 9 de diciembre de 1997.

¹⁰² BLUMENTHAL, William: *Horizontal Mergers*. Monograph Series, No. 14, American Bar Association, Section of Antitrust Law, Merger Standards Task Force. Chicago, 1986.

de “poco entra” y “poco sale”; el criterio del Monopolista Hipotético y el criterio de la Elasticidad Cruzada.

El primer paradigma, define el mercado como el grupo de productos dentro de un espacio geográfico determinado, que ha sido históricamente aislado de manera tal que poco ha entrado y poco ha salido. De acuerdo a este criterio, podrá identificarse un mercado empleando dos índices: LIFO y LOFI, según sus siglas en inglés.¹⁰³ Según este criterio, el mercado geográfico relevante es la zona de menor extensión territorial que satisfaga que un alto porcentaje (90%) del consumo de la zona provenga de empresas instaladas dentro de ella y un alto porcentaje (90%) de lo producido en dicha zona sea consumido en ella. Esto es, no más del 10% de las ventas son transportadas desde fuera del área y no más del 10% de la producción del área es transportada fuera de la misma. De no cumplirse estas condiciones, el mercado geográfico debe ampliarse a otras áreas hasta que se obtenga un área en la que la demanda sea satisfecha en un alto porcentaje con producción local y, a la vez, esta última sea consumida en un alto porcentaje en dicha área.¹⁰⁴

Se ha criticado a este análisis el no considerar la elasticidad de la demanda, esto es, la posible reacción de los consumidores ante el aumento de precio del producto. Aun cuando no haya existido en el pasado comercio entre dos mercados geográficos, esto no significa que no pueda existir comercio entre ellos debido a las elasticidades cruzadas entre productos. Así, deberá ampliarse el mercado geográfico relevante para incluir aquellas zonas donde se encuentran proveedores alternativos a los cuales sea factible recurrir ante

¹⁰³ “*Little In From Outside*” (poco entra), y “*Little Out From Inside*” (poco sale).

¹⁰⁴ FIGARI, Hugo, GÓMEZ, Hugo y Mario ZUÑIGA: “Hacia una metodología... *op.cit.* p.173.

un incremento de precios, lo que implica analizar el poder de mercado de las empresas dentro de un espacio geográfico mayor.¹⁰⁵

Según el *test* del Monopolista Hipotético, el mercado lo definen el grupo de productos y su correspondiente extensión geográfica, dentro de la cual un monopolista hipotético es capaz de aumentar sus precios de manera que le resulte rentable. A la luz de este criterio, se debe analizar el comportamiento de los consumidores ante un aumento de precio manteniendo constantes los términos de venta de otros productos. Si la respuesta de los consumidores ante el incremento de precio se traduce en la disminución de las ventas del hipotético monopolista de manera tal que hacen poco rentable el aumento, deberán sumarse al mercado relevante todos aquellos productos hacia los cuales el consumidor torna sus preferencias.¹⁰⁶

Este criterio se emplea principalmente en la evaluación que la autoridad de competencia hace del poder de mercado que puedan obtener ciertas empresas en un mercado relevante específico como consecuencia de permitir una fusión, pero por su relación directa en el análisis de elasticidad cruzada de demanda suelen aplicarse simultáneamente, como se verá a continuación.

Por último, la elasticidad cruzada, define el mercado a partir de la respuesta en la cantidad demandada de un producto ante cambios en el precio del otro dentro de un área geográfica determinada. En otras palabras, el aumento o disminución del precio de un producto X es capaz de provocar que un considerable número de consumidores de otro producto Y -que tiene una

¹⁰⁵ BLUMENTHAL, William: *Horizontal Mergers...* *op.cit.* p101 y FIGARI, GÓMEZ, y ZUÑIGA: "Hacia una metodología... *op.cit.* p.174.

¹⁰⁶ FIGARI, GÓMEZ, y ZUÑIGA: "Hacia una metodología... *op.cit.*

función similar al producto X y por tanto es un buen sustituto-, cambien sus patrones de consumo, demostrando que ambos productos compiten dentro del mismo mercado. Así si entre dos productos se considera que existe una alta elasticidad cruzada de demanda, se les incluirá a ambos dentro del mismo mercado.¹⁰⁷

Una falla de este paradigma es la falta de indicación del nivel de precios al que la intercambiabilidad de los productos puede producirse de forma razonable, por lo que puede suceder que cuando los precios son suficientemente altos, hasta los productos que se consideraban malos sustitutos empiezan a ser vistos con buenos ojos por los consumidores.¹⁰⁸

Pero fue a partir de la evolución jurisprudencial norteamericana como el Departamento de Justicia llegó a publicar en 1982 sus *Merger Guidelines*, en las que manteniendo el criterio de elasticidad cruzada de la demanda como delimitador del mercado relevante, se avanza en el método de análisis al incluir el “pequeño pero significativo y no transitorio incremento en el precio”. Se considera que un aumento del 5% en el precio durante un año es más o menos lo que las autoridades de competencia deberán considerar para la definición de mercado.¹⁰⁹

La elasticidad cruzada también puede darse respecto de la oferta. Tales casos suelen presentarse cuando existen dos productos distintos que

¹⁰⁷ BLUMENTHAL, William: *Horizontal Mergers... op.cit.*

¹⁰⁸ DÍEZ ESTELLA, Fernando: “Algunas consideraciones en torno a la *Comunicación sobre Definición de Mercado Relevante* de la Comisión Europea y las *Merger Guidelines* del Departamento de Justicia de los EEUU”, Anuario de la Competencia, Fundación ICO-Marcial Pons, Editorial Marcial Pons. Madrid, 2001, pp. 321-349.

¹⁰⁹ Small but Significant and Nontransitory Increase in Price (SSNIP test). *1982 Merger Guidelines*, United States Department of Justice, Párrafo 2.01. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>. última visita marzo 2009.

pueden fabricarse a partir de los mismos componentes, de manera que el aumento de precio por encima del nivel competitivo en uno llevará automáticamente a que otras empresas “próximas” empiecen a fabricarlo. De allí que si los costos en que incurren las empresas no son muy elevados, tales empresas habrán de incluirse en la definición de mercado relevante.¹¹⁰

Esta elasticidad cruzada en la oferta o sustituibilidad en la oferta, regularmente es considerada en un momento posterior del análisis: en la determinación de existencia de poder de mercado. Se entiende que toda vez que la posibilidad de que empresas que no participan en el mercado lo puedan hacer a bajo costo si la empresa establecida incrementa sus precios, refleja la existencia de competencia potencial que doblegaría el comportamiento de la empresa establecida, lo que no modificaría el mercado de producto relevante, que permanecería siendo el del producto de la empresa establecida y sus sustitutos desde el punto de vista de la competencia.¹¹¹

Como se apuntaba anteriormente, a partir de 1982 y gracias a las *Merger Guidelines*, la autoridad norteamericana avanzando en la búsqueda de mayor precisión en la determinación del mercado relevante, empezó a valerse del criterio de la elasticidad cruzada de la demanda junto con el del hipotético monopolista. Exactamente, el texto de las *Guidelines* define un mercado relevante como: “un producto o grupo de productos y un área geográfica en la que se venden, para los cuales una empresa – hipotéticamente maximizadora de beneficio y no sujeta a regulación de precios- que es la *única fabricante* presente y futura de esos productos en

¹¹⁰ DÍEZ ESTELLA, Fernando: “Algunas consideraciones... *op.cit.*”

¹¹¹ FIGARI, GÓMEZ, y ZUÑIGA: “Hacia una metodología... *op.cit.*”; DÍEZ ESTELLA, Fernando: “Algunas consideraciones... *op. cit.*”

esa área, puede aplicar un aumento de precio pequeño, pero significativo y permanente, manteniéndose constantes las condiciones de venta del resto de productos.”¹¹²

Algunos años más tarde, la Comisión Europea publica en 1997 la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia,¹¹³ en la que se limita a consagrar como criterio para la determinación de mercado relevante la sustituibilidad en la demanda.¹¹⁴

En los mercados latinoamericanos las autoridades de competencia se han decantado por el criterio de la sustituibilidad en la demanda, o por el hipotético monopolista, incluso a veces se han dejado influenciar por las *Merger Guidelines* empleando ambas. En Perú, tanto la Comisión de Libre Competencia como el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección Intelectual, se inclinan por el empleo de este criterio, incluyendo aquellos sustitutos razonables del producto ofrecido por el denunciado.¹¹⁵ La autoridad venezolana aplica ambos criterios.¹¹⁶

Constituyéndose el análisis del mercado geográfico en elemento cardinal en la determinación del mercado relevante de producto, las autoridades suelen

¹¹² 1982 *Merger Guidelines*, United States Department of Justice, Párrafo 2.01

¹¹³ *Diario Oficial de la Comunidad Europea* C 372, de 9 de diciembre de 1997.

¹¹⁴ Párrafo 7 de la Comunicación.

¹¹⁵ FIGARI, Hugo, GÓMEZ, Hugo y Mario ZUÑIGA: “Hacia una metodología... *op.cit.*

¹¹⁶ *Vid. p.ej. Nestlé Venezuela vs. Chocolates el Rey, Resolución Nro. SPPLC/0008-2009 de 14 de septiembre de 2009; Productos Roche, S.A. vs. Zuoz Pharma, S.A. Resolución Nro. SPPLC/0031-2008 de 3 de diciembre de 2008; Suramericana de Licores 2000 vs. Diageo Venezuela, C.A., Resolución SPPLC/0026-2007 de 4 de junio de 2007; Regional vs. Polar, Resolución Nro. SPPLC/04-2002 de 1 de febrero de 2002;*

analizar separadamente ambas dimensiones: mercado relevante de producto y el mercado relevante geográfico. En tales casos, el análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar cuál es la oferta que satisface las necesidades de los consumidores del producto relevante. En términos de las *Merger Guidelines*, la pregunta que debería hacerse sería: “¿qué tan lejos irían los consumidores para ahorrar cinco por ciento?”.

Delimitar geográficamente un mercado implica establecer cuál es el área geográfica donde se encuentra la oferta real y potencial que satisface la demanda que los consumidores locales realizan del producto relevante.¹¹⁷ Implica, a su vez, verificar la posibilidad de abastecerse del producto relevante desde otra zona geográfica; para ello se deberá analizar la factibilidad de realizar operaciones de importación desde dicha área. Por lo tanto, si se desea averiguar si el mercado geográfico relevante excede las fronteras de un país, se deberá analizar la posibilidad de realizar importaciones del producto relevante desde terceros países. En dicho análisis deberá considerarse la existencia de restricciones al ingreso del producto relevante al país en donde se encuentran los consumidores supuestamente afectados por una práctica abusiva. En particular, deberán tomarse en cuenta las barreras legales al comercio existentes, tales como aranceles, para-aranceles, cuotas de importación, entre otros.¹¹⁸

¹¹⁷ FIGARI, Hugo, GÓMEZ, Hugo y Mario ZUÑIGA: “Hacia una metodología... *op.cit.*”

¹¹⁸ RUIZ, Gonzalo: “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”, *Themis-Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda Época, Año 17, No 41, Diciembre. Lima, 2000.

A los fines de establecer un criterio uniforme para la determinación del mercado relevante capaz de ser aceptado por diversos Estados latinoamericanos, se han de considerar las similitudes en el uso actual y la suficiente flexibilidad como para producir la aceptación de los potenciales Estados signatarios. Es por estas razones el criterio del hipotético monopolista en conjunto con el de elasticidad cruzada de la demanda se presentan como los más adecuados. Más aún, apuntando especialmente a los casos de carteles internacionales -la más común de las prácticas anticompetitivas a nivel internacional-, este último criterio se presenta como el “medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios”.¹¹⁹

Definitivamente, como bien ha afirmado Díez Estella “la definición de mercado relevante seguirá siendo la cuestión crítica en los temas Antitrust”.¹²⁰

2. Mercados Relevantes Internacionales o Transfronterizos

En la actual comunidad global, donde la economía de mercado basada en el principio de libertad de empresa es el motor de la mayoría de las relaciones transfronterizas, cobran una importante preeminencia las regulaciones institucionales sobre el mercado, tanto en ámbitos Estatales como Regionales. Actualmente, más de cien Estados han adoptado leyes y creado

¹¹⁹ Párrafo Nro. 13 de la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, *Diario Oficial de la Comunidad Europea* C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 5 a 13.

¹²⁰ DÍEZ ESTELLA, Fernando: “Algunas consideraciones... *op.cit.*”

instituciones para la prevención y castigo de comportamientos anticompetitivos.¹²¹

Cuando instituciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas,¹²² el Fondo Monetario Internacional,¹²³ el Banco Mundial o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico evalúan las condiciones con las que deben contar los Estados para el desarrollo y la prosperidad económica, la formulación e implementación de una política efectiva de competencia aparece como requisito necesario.

A su vez, instituciones financieras internacionales como el *International Development Association*, toman en cuenta las políticas de competencia al analizar la situación de los países que solicitan préstamos antes de otorgarlos. Por su parte, el Banco Mundial invierte un monto considerable de recursos en la promoción para el establecimiento e implementación de leyes y políticas de competencia alrededor del mundo.¹²⁴ Es requisito fundamental

¹²¹ Entre ellos: Estados Unidos, Panamá, México, Venezuela, España, Egipto, Burkina Faso, Japón, Noruega, Alemania, entre otros. Vid. International Bar Association Global Competition Forum: <http://www.globalcompetitionforum.org/>. última visita abril 2009.

¹²² UNITED NATIONS: *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, Resolución adoptada por la Conferencia sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de las Naciones Unidas el 22 de abril 1980 y Resolución 35/63 adoptada por la Asamblea General en su Trigésima Quinta sesión celebrada el 5 de diciembre de 1980. Disponibles en <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/index.htm>. última visita junio de 2009.

¹²³ Vid. THE WORLD BANK: *Country Policy and Institutional Assessments, 2005 Assessment Questionnaire*, Operations Policy and Country Services. Especialmente el criterio 6to: Business Regulatory Environment, p.16. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/CPIA2005Questionnaire.pdf>. última visita junio de 2009.

¹²⁴ MARCOS, Francisco: "Do Developing Countries Need Competition Laws and Policy?", Instituto de Empresa Business School. Madrid, 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=930562>. última visita febrero 2009.

para los Estados parte de acuerdos bilaterales y de libre comercio, contar con un régimen de competencia.¹²⁵

El Derecho de competencia como protector y garante de la efectiva organización macroeconómica, circunscribe su ámbito de aplicación a las conductas que se sucedan dentro del mercado que regula o bien le afecten, coincidiendo este con las fronteras de los Estados y resultando irrelevante la presencia o no de elementos extranjeros. Así, el Derecho de competencia se presenta en ocasiones como aplicable, incidiendo de manera directa en las relaciones jurídicas privadas internacionales, afectándole bien sea por un procedimiento administrativo que derive en una sanción o la nulidad *ope legis* de tal relación jurídica. Esta intervención de las normas de competencia se justifica en uno de sus objetivos: la salvaguarda del interés general del Estado que las sanciona.

Hoy en día no es posible hablar de mercados aislados. Todos los mercados son interdependientes en el plano internacional. Prueba de ello constituye el hecho de presentarse efectos anticompetitivos soportados en un mercado nacional que derivan de una actividad ejecutada y desarrollada completamente fuera de sus fronteras.

Los criterios examinados supra son perfectamente aptos para examinar y establecer mercados relevantes internacionales, tanto en su dimensión geográfica como en la de producto. El problema empieza a presentarse en el control efectivo sobre este mercado relevante internacional. Al circunscribir los mercados a un ámbito geográfico estatal, no existe inconveniente en aceptar que el ordenamiento jurídico del Estado en cuestión es el

¹²⁵ MARCOS, Francisco: "Do Developing Countries... *op.cit.*

competente y soberano para tomar acciones. No obstante, en el momento en que ese mercado excede esos límites, ¿existe acaso un ordenamiento jurídico internacional que designe una autoridad, con la misma característica, para que aplique un Derecho de competencia internacional? La respuesta debe ser indudablemente negativa.

Es pertinente aclarar en este punto, la situación particular de los mercados comunes derivados de mecanismos de integración regional o subregional. Dentro de tales contextos, existen autoridades centrales encargadas de aplicar normas comunes sobre libre competencia para regular actos o prácticas que afectan al mercado común de que se trate, dejando a salvo la autoridad que, dentro de sus fronteras, tenga cada Estado sobre actos o prácticas anticompetitivas cuyos efectos no excedan de tales límites. No debe confundirse el mercado común con el mercado relevante transfronterizo al que se hace referencia en la investigación. El término mercado común se refiere a aquel establecido entre varios Estados con fines integracionistas, distinto al mercado relevante transfronterizo o de alcance internacional, que hace referencia a un determinado producto dentro de un ámbito geográfico identificable que excede las fronteras de un mercado nacional.

Estableciendo en un marco de cooperación con criterios comunes para la determinación del mercado relevante, se empieza el camino para lograr el control sobre las prácticas anticompetitivas internacionales. Una cooperación más profunda entre autoridades administrativas extranjeras es posible partiendo de un análisis común del mercado relevante, que permita el reconocimiento y aceptación de las resoluciones del par administrativo extranjero donde se establece que cierta práctica anticompetitiva internacional está afectando su mercado. Más adelante se volverá sobre estas ideas.

3. Las más importantes prácticas anticompetitivas de alcance internacional. Especial referencia a prácticas colusorias internacionales.

F. Hoffmann-LaRoche Ltd. vs. Empagran S.A.

Un grupo de empresas extranjeras con bases en Australia, Ecuador, Panamá y Ucrania, quienes compraban vitaminas para revenderlas en dichos mercados, presentaron ante una Corte de Distrito norteamericana una demanda contra fabricantes de vitaminas ubicados en diversas partes del mundo por actuar coordinadamente entre ellos, durante varios años, para fijar precios mundialmente. Los demandantes invocaron su cualidad para actuar con base en la aplicación del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, o FTAIA, que permite aplicar el *Sherman Act* -norma norteamericana que regula el tema de monopolios y el aumento injusto de precios- a casos de comercio extranjero cuando el mismo afecta significativamente el mercado interno estadounidense, aspecto este que también alegaron y probaron las empresas demandantes. Por su parte, los fabricantes de vitaminas invocaron que el caso debía ser desestimado por cuanto tales empresas sólo se dedicaban a hacer negocios fuera del mercado estadounidense.

Esencialmente, la Corte de Distrito al conocer de esta acción privada, debía determinar en qué medida los demandantes extranjeros tenían legitimidad para entablar demandas en virtud del *Sherman Act* y exigir reparación por los daños ocasionados por un cártel que en su conjunto tenía efectos directos, importantes y razonablemente previsibles en el comercio estadounidense, siendo que las reclamaciones de los demandantes no resultan de esos

efectos internos.¹²⁶ Con base en el argumento esgrimido por los fabricantes de vitaminas, la Corte de Distrito desestimó la demanda.

De seguidas las empresas llevaron el caso a una Corte de Apelaciones del D.C., quien desestimó la decisión de la Corte de Distrito anotando que, aun cuando los esquemas de fijación de precios dentro y fuera de los Estados Unidos eran independientes entre sí, la intención del Congreso al sancionar el FTAIA había sido la de prevenir las prácticas de fijación de precios tanto en el mercado doméstico como en el extranjero, siendo incluso que demandas impuestas por actores extranjeros tenían cabida bajo esta ley.¹²⁷

El caso pasó al Tribunal Supremo una vez se pronunciara el Tribunal de Apelación favorablemente respecto de la legitimidad de los demandantes. Una vez allí el caso, las autoridades fiscalizadoras de la libre competencia norteamericana, el *Department of Justice* (DOJ) y el *Federal Trade Commission* (FTC), presentaron una comunicación conjunta *amicus curiae* ante el Tribunal Supremo alertando sobre las consecuencias negativas de admitir esta demanda privada por parte de extranjeros, alegando que tal interpretación de la legislación antimonopolio incrementaría el número de reclamaciones por triple indemnización por daños y perjuicios al mismo tiempo que desmotivaría a los agentes económicos participantes en cárteles

¹²⁶ *Vid.* Informe “Formas de Aplicar los Posibles Acuerdos Internacionales sobre la Competencia a Países en Desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que esos países puedan adoptar y aplicar un Derecho y una Política de la Competencia compatibles con su nivel de Desarrollo Económico” de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.3, de 7 de mayo de 2007, disponible en: http://unctad.org/es/docs/c2clp46rev3_sp.pdf, última visita en mayo 2011. En lo adelante “Informe UNCTAD”

¹²⁷ *Vid.* F. Hoffmann-LaRoche Ltd. vs. Empagran S.A en The Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, disponible en: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2003/2003_03_724/ última visita febrero 2012.

internacionales de solicitar amnistías contra la persecución penal de estas conductas.¹²⁸

Más aún, señalaron que la admisión de la demanda podía traer efectos perjudiciales a nivel de cooperación internacional en la materia respecto de los acuerdos firmados por parte de Estados Unidos.¹²⁹ Por su parte, varios gobiernos extranjeros igualmente afectados por este caso, presentaron comunicaciones ante el Tribunal Supremo donde exhortaban a no admitir esta demanda, con el objeto de evitar que sus ciudadanos eludieran los sistemas legales o administrativos dispuestos en sus respectivos países para el control de tales actividades anticompetitivas, lo que acabaría mermando la eficacia de los dispositivos de control antimonopólicos allí establecidos.¹³⁰

Argumentando que la FTAIA no estaba diseñada para admitir demandas sobre actividades antimonopólicas basadas únicamente en daños sufridos en el extranjero sin relación directa sobre los afectos ocasionados en el mercado interno estadounidense, el Tribunal Supremo resolvió, por unanimidad, revocar la decisión del Tribunal de Apelación. Dos fueron los argumentos principales del Tribunal: 1. la seguridad en la interpretación de normas confusas con el principal objetivo de prevenir injerencias en la autoridad soberana de otros Estados, lo que en el sistema anglosajón se

¹²⁸ La figura de la inmunidad o *leniency*, como se conoce en inglés, permite a los agentes económicos que son descubiertos en actividades anticompetitivas reducir las penas o las sanciones que les corresponden si, luego de admitir su responsabilidad, colaboran con las autoridades en la investigación correspondiente. *Vid.* Corporate Leniency Policy, del Department of Justice de los Estados Unidos, expedida el 10 de agosto de 1993, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, última visita junio 2011.

¹²⁹ *Vid.* Informe UNCTAD, p.15.

¹³⁰ Tales gobiernos fueron: Alemania, Bélgica, Canadá, Irlanda, Japón, Holanda y Reino Unido. *Vid.* Discurso del Abogado General Asistente de la División Antimonopolio del *Department of Justice* Estadounidense, Hewitt Pate, ante el *British Institute of International and Comparative Law Conference*, en Londres, Inglaterra, en Mayo de 2004. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/204136.htm>, última visita mayo de 2011.

conoce como *prescriptive comity*; y 2. mantenerse fiel a la intención del Congreso de no extender el alcance del *Sherman Act* a cualquier actividad desarrollada en el comercio exterior.¹³¹

Es importante apuntar que el Tribunal Supremo rechazó el argumento presentado por los demandantes sobre el pequeño impacto a nivel internacional que tendría admitir la demanda por daños sufridos en el extranjero, ya que según estos, muchos Estados habían adoptado leyes antimonopolio análogas a las estadounidenses. Ante esta propuesta, el Tribunal aclaró que aun cuando existían coincidencias en torno a los comportamientos prohibidos entre estas legislaciones, aun existían desacuerdos importantes respecto de las medidas correctivas aplicables.¹³²

Nótese que la admisión de demandas por triple indemnización por daños y perjuicios, es una figura admitida en estos casos por el Derecho estadounidense, pero no por las legislaciones latinoamericanas de competencia.

Finalmente, el Tribunal de Apelación tomó la posición del DOJ y del FTC en cuanto a la necesidad de que exista una relación directa entre el daño sufrido en el exterior y los efectos dentro del mercado estadounidense para aplicar el FTAIA, reconociendo que los demandantes no habían demostrado hechos suficientes capaces de establecer una relación directa. Así, se declaró incompetente para conocer de la demanda interpuesta.¹³³

¹³¹ *Empagran*, 2366-2369, citado por Informe UNCTAD.

¹³² *Vid.* Informe UNCTAD, pg.15.

¹³³ *Hoffman-LaRoche, Ltd. c. Empagran S.A.*, Nº 01-7115 (D.C. Cir. 28 de junio de 2005) citado por el Informe UNCTAD, pg 16.

Este caso, conocido también como el cártel de las vitaminas, o como “la madre de los cárteles internacionales”¹³⁴ se inició en 1988, involucrando a 21 fabricantes de químicos cuyas casas matrices se encontraban en 7 países distintos. No fue sino hasta 1999 cuando se descubrió esta vasta y bien controlada red de concertación, en la que se dividían mercados y se establecían precios en reuniones secretas, derivando en precios finales elevados de bienes de consumo tan populares como jugos o cereales, que luego figuraban como grandes ingresos en los balances de los fabricantes cartelizados.¹³⁵

Entre los acusados, altos ejecutivos de F. Hoffman-La Roche Ltd. de Suiza y BASF A.G. de Alemania, entre otros, pagaron penas de prisión por algunos meses en los Estados Unidos.¹³⁶

En un caso como este, de haber tenido a mano un acuerdo de cooperación con las características del que se describe en esta propuesta, teniendo identificados los mercados afectados y habiendo la disposición de las autoridades de tales mercados de ver aplicada su legislación interna, se habría podido admitir la demanda de los actores internacionales, aplicar correctivos adecuados en el mercado estadounidense, y a partir de esa misma decisión conseguir la aplicación de correctivos en los demás mercados extranjeros afectados.

¹³⁴ CONNOR, John: *The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence*, Working Paper, Purdue University, Indiana, Estados Unidos de Norteamérica, Febrero de 2006. Disponible en: <http://www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/The%20Great%20Global%20Vitamins%20Conspiracy%20Sanctions%20and%20Deterrence.pdf>, última visita en mayo de 2011.

¹³⁵ Vid. CONNOR, John: *The Great Global...* op.cit., pg.4.

¹³⁶ *Idem*, pg. 41.

*El cartel de los electrodos de grafito*¹³⁷

Los participantes dominantes de este cartel eran SGL Carbon Corporation de Alemania y UCAR International en los Estados Unidos, quienes en conjunto dominaban alrededor de dos tercios del mercado internacional. A estos se sumaban otra empresa estadounidense, Carbide/Graphite Group y cuatro japonesas, Showa Denko, Tokai Carbon, Showa Electrodes Corporation y Nippon Carbon.¹³⁸

Desde el año 1992 y hasta 1997, estas empresas se reunían para acordar aumentos y mantenimiento de precios, eliminar descuentos, volúmenes de venta para cada mercado, dividir el mercado internacional entre ellos designándose regiones con indicación de líderes para establecer precios, reducir o eliminar exportaciones a los mercados donde los miembros tenían sus casas matrices e intercambiaban información entre ellos sobre ventas y clientes, de manera que pudiese controlarse el cumplimiento de los acuerdos. Más aún, con el fin de asegurar la vida del cartel, estas empresas restringieron el acceso a la tecnología para la fabricación de los electrodos solo para sus miembros, y para evitar que les pillaran, llegaron incluso a utilizar nombres codificados en sus comunicaciones.¹³⁹

¹³⁷ Los electrodos de grafito son columnas de carbón que se utilizan en la fundición de acero a pequeña escala (*mini-mill*) en hornos de arco eléctrico, por cuanto tienen la capacidad de calentarse a temperaturas realmente altas, las necesarias para fundir el metal sin tratar para convertirlo en un producto mercadeable.

¹³⁸ LEVENSTEIN, Margaret y Valerie SUSLOW: "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy", en *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003-2004, pg. 829.

¹³⁹ *Vid.* Department of Justice: "International Anticartel Enforcement and Interagency Enforcement Cooperation", Capítulo 4 del Reporte Final para el Abogado General y el Abogado General Asistente, en lo adelante "*ICPAC Report*". Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>, última visita mayo 2011.

Tan bien estructurado estaba este cartel, que funcionaba en dos niveles: un nivel donde se reunían los presidentes y gerentes principales de los miembros del cartel para establecer las políticas, y luego un nivel ejecutivo, compuesto por gerentes de niveles medios cuyas reuniones se sucedían con mayor frecuencia, encargado de implementar los detalles de los acuerdos. Además, en 1995 el cartel formalizó un sistema de reporte de ventas denominado “Sistema Central de Monitoreo”, donde Tokai Carbon se encargaba de recolectar la información de UCAR, SGL, y otros productores japoneses para comparar las ventas reales con las metas obligatorias acordadas por mercado.¹⁴⁰

No fue sino por la solicitud de amnistía de uno de los miembros del cartel en los Estados Unidos, otorgada por las autoridades de este país bajo el *Antitrust Division's Corporate Leniency Policy*¹⁴¹ del *Department of Justice*, que fue posible iniciar por parte de las autoridades estadounidenses las investigaciones que llevaron a desmontar esta actividad anticompetitiva.¹⁴²

En 2001, al obtener conocimiento de estos procedimientos en Estados Unidos, la autoridad responsable de temas de competencia de la República de Korea, la *Korea Fair Trade Commission* (KFTC) comenzó una investigación acerca del mercado de los electrodos de grafito. En un principio, la KFTC intentó solicitar a las empresas sospechosas de pertenecer al cártel que colaboraran con la investigación, pero estas empresas no tenían presencia jurídica en el mercado coreano, con lo cual no pudo obligarlas a prestar la información que solicitaba. Más adelante, requirió información a las autoridades extranjeras que ya habían culminado sus

¹⁴⁰ Vid. LEVENSTEIN, Margaret y SUSLOW, Valerie: *op.cit. supra* nota 138, pp. 833-835.

¹⁴¹ Corporate Leniency Policy, *op.cit. supra* nota 128.

¹⁴² Vid. ICPAC Report, *op.cit. supra* nota 139.

procesos en contra de este cartel y aunque algunas fueron colaboradoras, sólo se limitaron a ofrecer información que ya era de conocimiento público. Así las cosas, la KFTC tuvo que emplear una gran cantidad de tiempo y esfuerzos para llevar a cabo por su cuenta la investigación, que concluyó con la imposición de penas a seis empresas extranjeras involucradas en el cártel.¹⁴³ El monto de las multas sumó 8.5 millones de dólares.¹⁴⁴

Finalmente, en Estados Unidos fueron acusadas siete empresas por fijación de precios y de estas, seis multadas: UCAR, SGL, Cabide/Graphite Group, Showa Denko, Tokai y Nippon. Mientras que en la Unión Europea se multaron a las mismas empresas y a una octava más: VAW Aluminum. Sin incluir las indemnizaciones por daños y perjuicios de reclamaciones civiles, las multas impuestas a todas estas empresas sumaron en total más de 500 millones de dólares estadounidenses.¹⁴⁵

Como puede apreciarse en este caso, la cooperación entre autoridades a nivel internacional limitada al intercambio de información, definitivamente no es en la práctica lo que se espera de ella cuando se pacta en un acuerdo. Las autoridades son celosas de compartir los resultados de sus investigaciones, actitud que no ayuda a aquellas autoridades cuyos mercados afectados acaban invirtiendo más tiempo y dinero para llegar a aplicar los correctivos necesarios.

¹⁴³ Vid. Informe UNCTAD, pg. 13.

¹⁴⁴ LEVENSTEIN, Margaret y SUSLOW, Valerie: *op.cit. supra* nota 138, p. 838.

¹⁴⁵ *Ídem.* p. 833.

Capítulo III: Propuesta

1. El control sobre el mercado internacional analizado bajo ideas internacionalprivatistas

1.1 Los efectos sobre el mercado como factor de conexión/criterio atributivo de jurisdicción

Cuando diferentes mercados experimentan efectos anticompetitivos derivados de una misma conducta, el pensamiento tradicional del Derecho internacional privado reacciona en términos de ubicarle bajo una jurisdicción y someterle a un solo Derecho aplicable. Esta definitivamente no puede ser una solución ya que no es justo que el Estado A deba sacrificar su jurisdicción, donde sus consumidores padecen los efectos negativos de una concertación para fijar precios, a favor del Estado B para que resuelva los problemas que la misma conducta causa en su mercado, dejando de lado los intereses legítimos del Estado A.¹⁴⁶

De allí que sea preferible y más beneficioso para el armónico desenvolvimiento de las relaciones comerciales internacionales, que se empiece a considerar la posibilidad de compartir jurisdicción,¹⁴⁷ y no que se mire como una competencia para ver cuál interés estatal es más importante y deba ver aplicada su legislación.

El Mercado relevante como factor de conexión

Al producirse un comportamiento anticompetitivo transnacional, dos o más mercados se ven indefectiblemente relacionados y dicha conducta se ve sometida a las regulaciones de todos estos. Cada Estado, afectado

¹⁴⁶ BÉDARD, Julie: *op.cit. supra* nota 83, p. 40.

¹⁴⁷ *Ídem*, p. 41.

directamente o no, cuyo mercado se halle involucrado puede tener interés en ver aplicada su normativa y siendo realistas, tendrá muy poco interés en ver aplicada la normativa de un Estado extranjero, a menos que, claro está, la aplicación de la normativa extranjera conduzca al mismo resultado que de aplicar la normativa interna.¹⁴⁸

En el estado normativo actual –esto es, considerando acuerdos de comercio bilaterales o multilaterales que incluyen normas de libre competencia, una coordinación de normas de libre competencia llamadas a ser aplicadas a un caso determinado sería lo deseable, pero resulta una tarea realmente compleja de ejecutar en la práctica, por cuanto la autoridad debería pasar a analizar e identificar los intereses tanto de su mercado como del mercado extranjero afectado, de manera que la solución final refleje los intereses de ambos mercados involucrados.

Respecto de una sola conducta anticompetitiva pueden existir innumerables mercados afectados reclamando jurisdicción bajo el criterio de los efectos. De allí que sea importante establecer claramente qué área geográfica internacional debe entenderse comprendida dentro del mercado relevante, de modo que aquellos Estados realmente afectados y con evidente interés en ver aplicada su normativa, vean reconocidas sus necesidades.

¹⁴⁸ BÉDARD, Julie: *op.cit. supra* nota 83, p.45: “The existence of a concurrent exercise of jurisdiction by the conduct jurisdiction also may open the door to the application of the functional replacement approach. If the effects the forum law seeks to regulate are covered by the conduct regulation of the territorial jurisdiction, it makes sense to allow the displacement of the forum law so long as the foreign law affords the private complainant sufficient protection. Indeed, in such a case, the purpose of the effects regulation of the forum will be realized.”

Los orígenes del criterio de los efectos como criterio atributivo de jurisdicción, se encuentran en el concepto anglosajón de *jurisdiction to adjudicate*, es decir: la competencia de un Estado para someter a las personas a los procedimientos judiciales o administrativos que tienen lugar en su territorio. Un ejemplo se encuentra en la Ley de Defensa de la Competencia española, en cuyo artículo 1 se prohíbe todo acuerdo o práctica que tenga por objeto, producir o pueda producir el efecto de impedir, falsear, o restringir la competencia, abarcando así todo comportamiento colusorio independientemente de dónde se haya generado y/o ejecutado.¹⁴⁹

En sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 27 de septiembre de 1988 sobre el caso *Pasta de madera*, se hizo el siguiente razonamiento que se considera pertinente señalar: “Si se hiciera depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio, ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones”.¹⁵⁰ En el mismo sentido, se debe suponer que tomar en consideración solamente el lugar en el que el acuerdo se ejecuta puede conducir a consecuencias análogas, es decir, hay ocasiones en las que el acuerdo o práctica no solo se adopta fuera del territorio de que se trate, sino

¹⁴⁹ Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, España. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.html. Última visita en marzo 2009.

¹⁵⁰ Párrafo 16 de la parte motiva de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 27 de septiembre de 1988. Vale resaltar los alegatos de la parte acusada en este caso, específicamente el párrafo 7, que señala: “Los demandantes miembros de la *Pulp, Paper and Paperboard Export Association of the United States* alegan, además, que tal aplicación [del derecho comunitario de libre competencia] es contraria al Derecho internacional público en la medida en que viola el principio de no intervención. Señalan que, en este caso concreto, la aplicación del artículo 85 perjudicó el interés de Estados Unidos en fomentar las actividades de exportación de sus empresas, interés que han consagrado en la Ley *Webb-Pomerene* de 1918, en virtud de la cual, las asociaciones de exportadores, como la *Pulp, Paper and Paperboard Export Association of the United States*, quedan excluidas de la aplicación de las leyes americanas en materia de prácticas colusorias.”

que también se ejecuta fuera de él, produciendo sus efectos en el mercado interno.

Esta situación ha causado numerosas fricciones diplomáticas que apenas ahora han comenzado a ceder, a través de una cooperación más estrecha entre autoridades nacionales, basada en tratados bilaterales y en principios generales de cortesía internacional.¹⁵¹ La llamada aplicación extraterritorial del Derecho de competencia, basada en la teoría de los efectos, fue mayormente desarrollada por la jurisprudencia norteamericana en la que se justifica la aplicación de su legislación *Antitrust* (o de competencia) a prácticas anticompetitivas que afectaban negativamente ese mercado siendo ejecutadas fuera de sus fronteras.¹⁵² Hoy en día buena parte de la jurisprudencia de tribunales estadounidenses insiste en llevar la extraterritorialidad de las leyes antimonopolios hasta sus últimas consecuencias.¹⁵³

Ante este escenario, los problemas respecto al ámbito de actuación de las autoridades competentes, se han cristalizado tanto al nivel de la regulación

¹⁵¹ Con la cortesía internacional se atenuaba la aplicación del principio extraterritorial por causa del efecto. Según la jurisprudencia de *Timberland Lumber Co. v. Bank of America* (574 F Supp. 1453, 1366 N.D.Cal.1983) y el caso *Manington Mills Inc. v. Congoleum Corp.* (595 F. 2d 1287, 1297 3d Cir 1979) debe tomarse en consideración los intereses de los estados extranjeros afectados en atención al principio de cortesía tradicional en el Derecho internacional público, previamente al ejercicio de jurisdicción.

¹⁵² Caso *United States vs. Aluminium Company of America (Alcoa)*, sentencia del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos. 2 Cir., 148 F.2d 416, 429. Disponible en: cte.rockhurst.edu/s/945/images/editor_documents/content/.../indalcoaCircuit.pdf. última visita noviembre de 2008; y Caso del Uranio, *Westinghouse Elec. Corp. vs. Rio Algom Ltd.* In re Uranium Antitrust Litigation, 617 F. 2d 1246 7th Cir. 1980. Disponible en: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/617/1248/41203/#fn23> última visita julio de 2008.

¹⁵³ Caso *F.Hoffman-La Roche Ltd. et al. vs. Empagran S.A. et al.* United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. No. 03-724. Junio 14, 2004 <http://origin.www.supremecourtus.gov/qp/03-00724qp.pdf>. última visita julio 2009.

efectiva de las prácticas anticompetitivas como al nivel de determinación de competencia en el ámbito geográfico. Como una de las consecuencias de esta realidad regulatoria, se puede encontrar una actividad comercial *sobre-regulada* o *sub-regulada*, dependiendo de cómo la misma se vea afectada por diversas regulaciones de competencia estatales.

Es entonces ante la presencia de numerosas legislaciones de competencia aplicables simultáneamente a cierta práctica anticompetitiva, donde se encuentra el campo preciso para las soluciones de Derecho internacional privado. Como se explicara *supra*, se propone que a través de una calificación autónoma de mercado relevante y una norma de conflicto bilateral capaz de reconocer los intereses de los mercados que se han visto afectados por una práctica anticompetitiva, se otorgue competencia en la aplicación de normas de libre competencia a los diversos Estados perjudicados por dicha práctica.

Ahora bien, por la particularidad del Derecho de competencia, donde al determinar el mercado sobre el cual recaen los efectos del acto o práctica anticompetitiva, se determinan simultáneamente el Derecho aplicable y la autoridad competente, al utilizar como factor de conexión "*los efectos sobre el mercado relevante*", es posible establecer paralelamente ambas cuestiones, avanzando aún más en la cooperación entre autoridades extranjeras, ya que siendo este un criterio aceptado mundialmente por la mayoría de las legislaciones sobre libre competencia, no será un impedimento el reconocimiento entre las autoridades afectadas del acto emitido por su par extranjero, posibilitando de esta forma la efectividad en el control sobre las prácticas anticompetitivas desarrolladas dentro de un mercado relevante internacional.

Como una forma segura de empezar en el camino de la cooperación real entre las autoridades latinoamericanas de libre competencia, la propuesta debe enfocarse a su vez en un comportamiento anticompetitivo que actualmente se encuentre regulado en todas las jurisdicciones a involucrar, bajo una regla *per se* y no bajo regla de la razón. El motivo principal de esta escogencia radica en que al comienzo, se deben buscar campos comunes a las legislaciones y que no impliquen un mayor análisis –que implica mayor tiempo y más gasto de dinero, que probablemente las autoridades vecinas no estén muy dispuestas a invertir en aras a ayudar a la jurisdicción del mercado mayormente afectado.

Aun cuando se estima injusto considerar ciertas conductas como ilegales de pleno Derecho, es una realidad que tales regulaciones existen en la mayoría de las legislaciones sobre libre competencia latinoamericanas por los efectos, estimados nocivos de antemano, que el simple hecho de realizarlas trae consigo para los mercados afectados.

1.2 El Reconocimiento de actos administrativos extranjeros en sede administrativa

Como se analizara *supra* en el Capítulo I, a través de la LDIP, el ordenamiento jurídico venezolano admite el reconocimiento de decisiones extranjeras que versen sobre derechos privados. Lo que puede verse como una idea revolucionaria, es el planteamiento de reconocer las decisiones emitidas por autoridades administrativas que versen sobre temas considerados de Derecho público.

Ahora bien, teniendo como norte la necesidad de controlar efectivamente las conductas anticompetitivas que afectan el mercado interno al mismo tiempo que lo hacen sobre diversos mercados extranjeros, así como la idea de que el Derecho debe aportar soluciones a la realidad social, dejando de lado los debates académicos respecto de la de absoluta incompatibilidad entre el carácter privado o público que puede tener una norma, se encuentra perfectamente viable admitir el reconocimiento de este tipo de decisiones en el ordenamiento jurídico venezolano.

En este caso particular, tomando en cuenta la existencia de un acuerdo de cooperación, la mejor manera de otorgar reconocimiento a estas decisiones es incluyendo en dicho acuerdo una cláusula en la que se comprometa a las autoridades de los Estados parte a incluir en las decisiones que tomen en virtud del acuerdo, un señalamiento expreso de haber actuado procesalmente de acuerdo a las estipulaciones del mismo, de modo que la autoridad receptora admita que el mercado relevante le incluye en el análisis y por tanto debe actuar en consecuencia. A su vez, debe dejarse expresamente incluido en el acuerdo que la autoridad receptora, al admitir y reconocer la decisión de la autoridad extranjera, aplicará a la conducta anticompetitiva los correctivos suficientes dentro de su mercado para detener los efectos nocivos que la misma representa para el mercado extranjero afectado.

Tomando como referente las pautas establecidas en la LDIP para el reconocimiento de sentencias y laudos extranjeros, la cláusula que se incluya en el acuerdo de cooperación, debería aproximarse a esta:

Las decisiones respecto de prácticas anticompetitivas con efectos en más de un mercado nacional, para ser reconocidas por la autoridad receptora deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido dictadas en virtud de la aplicación de este acuerdo de cooperación, particularmente aplicando el método de determinación de mercado relevante internacional contenido en este;
- b) Que hayan cumplido con los requisitos procedimentales consagrados en la legislación del Estado Parte donde se emitan;
- c) Que el o los agentes económicos inculcados de participar en las conductas anticompetitivas descritas en este acuerdo, hayan sido debidamente citados, con tiempo suficiente para comparecer, y que se les hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa;
- d) Que sea debidamente legalizada.

1.3 Aplicabilidad de la solución sobre prácticas colusorias internacionales

Con ánimo de practicidad, se plantea comenzar con un acuerdo de cooperación en el área de libre competencia que se limite a controlar los efectos anticompetitivos derivados de prácticas colusorias horizontales o verticales, que fijen precios, restrinjan el acceso a nuevos competidores o dividan mercados. La razón principal reside en que estas prácticas, además de encontrarse reguladas en todas las legislaciones de libre competencia vigentes en Latinoamérica,¹⁵⁴ están estipuladas en su mayoría bajo la forma

¹⁵⁴ **Argentina:** Art. 2 de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, Decreto Nacional 1.019 de 1999; **Brasil:** Art. 36 de la Ley No. 12.529 de 30 de noviembre de 2011; **Colombia:** Art. 47 del Decreto Ley No. 2153 de 1992 por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio; **Costa Rica:** art. 11 de la Ley No. 7472 de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor del 20 de diciembre de 1994; **Chile:** art.2

de la regla *per se*, lo que a este nivel facilita la cooperación administrativa internacional por cuanto no se debe pasar a realizar análisis más profundos sobre el comportamiento anticompetitivo –lo que sin reglas claras de cómo realizar el análisis podría restar seguridad jurídica por cuanto dependen de conclusiones tomadas por la autoridad correspondiente. Proyectos ambiciosos que traten de alcanzar políticas comunes o abarcar todas las posibles prácticas anticompetitivas, sólo logran atrasar la implementación práctica de un acuerdo de cooperación en esta materia.

2. Consagración de los efectos como criterio atributivo de jurisdicción en la Ley venezolana

La Ley Procompetencia no reconoce expresamente los efectos sobre el mercado como criterio para aplicar sus normas a una conducta anticompetitiva, limitándose a señalar que esta será aplicada a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades.¹⁵⁵

del Decreto No. 511, de 17 de septiembre de 1980, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley No. 211 de 1973 que estableció Normas para la Defensa de la Libre Competencia; **Ecuador**: Art. 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, promulgada en el Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011; **El Salvador**: Art. 25 de la Ley de Competencia, Decreto Legislativo 528 de 22 de diciembre de 2004; **Honduras**: Art. 5 de la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia, Decreto 357-2005; **Jamaica**: Sección 17 de la Ley de Competencia Equitativa de 1993; **México**: Art. 9 de la Ley Federal de Competencia Económica, *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1992; **Nicaragua**: Art. 18 de la Ley No. 601 publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 206 de 24 de octubre de 2006; **Panamá**: Art. 11 de la Ley 29 del primero de febrero de 1996, por la cual se dictan normas sobre la Defensa de la Competencia; **Perú**: Art. 6 del Decreto Legislativo No. 701 Contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia; **República Dominicana**: Art. 5 de la Ley General de Defensa de la Competencia, No. 42-08; **Uruguay**: Art.14 de la Ley No. 17.243 del 29 de junio de 2000; **Trinidad y Tobago**: Art. 17, Part III del *Fair Trading Act*.

¹⁵⁵ Art. 4 Ley Procompetencia.

Como se ha mencionado anteriormente, considerando la realidad del comercio internacional actual, se estima no solo conveniente, sino necesario incluir dentro de esta Ley Procompetencia la posibilidad de aplicar su contenido a conductas cuyos efectos causen distorsiones dentro del mercado nacional.

El actual proyecto de reforma de la Ley venezolana de libre competencia

El ámbito de aplicación previsto en el Proyecto de Ley Antimonopolio, sigue circunscribiéndose a las actividades o actos ejecutados y/o celebrados por los agentes que intervienen en la economía nacional,¹⁵⁶ así como a todas las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que actúen con o sin fines de lucro, en condición de agentes económicos... que realicen actividades económicas en el territorio nacional... o cuya actividad económica o relación comercial, tenga efectos dentro de la República Bolivariana de Venezuela.¹⁵⁷ Como puede apreciarse, el campo de aplicación de la Ley sigue siendo absolutamente territorial, más debe resaltarse que acorde con la realidad del comercio internacional, se reconoce la posibilidad de aplicarlo en aquellos casos en que se ve afectado el mercado nacional por conductas anticompetitivas desarrolladas fuera de fronteras venezolanas.

Respecto a la definición de Espacio Económico Relevante contenida en el Proyecto, se encuentra un problema y es que el mismo se confunde con el poder de mercado que puede detentar un agente económico. Exactamente se encuentra definido así: “Es el ámbito territorial o sectorial en el que un

¹⁵⁶ Art. 2 del Proyecto de Ley Antimonopolio.

¹⁵⁷ Art. 3 *Ídem*.

agente económico coloca u ofrece un bien o servicio específico y, en el cual, detenta un poder particular que, eventualmente, le permite incurrir en actos, conductas o prácticas que atenten contra las condiciones efectivas de inserción y participación en la actividad económica de otros agentes económicos”.¹⁵⁸

Mientras no se apruebe este Proyecto de Ley Antimonopolio en la Asamblea Nacional, sigue rigiendo en Venezuela la Ley Procompetencia. En esta se establecen como aspectos que deben considerarse para determinar el mercado relevante, los siguientes: “El número de competidores que participen en la respectiva actividad, la cuota de participación de ellos en el respectivo mercado, la capacidad instalada de los mismos, la demanda del respectivo producto o servicio, la innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad, la posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro y el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución”.¹⁵⁹

Aun cuando se confunde en el Proyecto de Ley Antimonopolio el concepto de posición de dominio con la definición de espacio económico relevante, se considera acertado el incluir en el Reglamento pautas claras para la definición del mercado relevante, denominado espacio económico relevante, de lo cual se adelanta los elementos que deben ser tomados en cuenta: el ámbito económico del producto o servicio, el espacio geográfico, y las características particulares de los grupos específicos de vendedores y

¹⁵⁸ Aparte g, Art. 4 *Ídem*.

¹⁵⁹ Art. 16 Ley Procompetencia.

compradores y el volumen de las operaciones de los agentes económicos que participan en dicho espacio”.¹⁶⁰

En este Proyecto de Ley, encontramos planteada una regla *per se* que parece un tanto exagerado: “se prohíben de pleno derecho los monopolios, oligopolios, monopsonios y oligopsonios considerados como meras estructuras y no siendo posible analizarlos como conductas de las empresas que puedan derivar en efectos anticompetitivos”.¹⁶¹

Más adelante se encuentra en el artículo 12 la prohibición de cartelización, consagrándose la ilegalidad *per se* en el apartado a) de la fijación directa o indirecta de precios a través de asociaciones, federaciones, cooperativas, uniones y otras agrupaciones de similar naturaleza realizado entre agentes económicos que actúan en un mismo nivel de la producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios.

A su vez, el Proyecto de Ley Antimonopolio declara de utilidad pública e interés social “todos los bienes necesarios para el desarrollo de las actividades de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios esenciales o de primera necesidad, así como los medios de producción de importancia estratégica, definidos así por el Ejecutivo Nacional”, estableciendo al mismo tiempo la expropiación como sanción para aquellos agentes económicos vinculados con dichos bienes, servicios y medios de producción.¹⁶² Lo que implica, tal como consagra el mismo

¹⁶⁰ Art. 18 del Proyecto de Ley Antimonopolio.

¹⁶¹ Art. 9 *Ídem*.

¹⁶² Art. 41 *Ídem*.: “...El Ejecutivo Nacional a través del órganos competentes, podrá iniciar el procedimiento de expropiación de los bienes pertenecientes a los agentes económicos que incurran en cualesquiera de las prácticas prohibidas en la presente Ley, que estén

Proyecto de Ley Antimonopolio, que el Ejecutivo Nacional está facultado para iniciar un procedimiento de expropiación de los bienes pertenecientes a tales agentes económicos que incurran en cualquiera de las prácticas prohibidas por la misma ley, así como ordenar la ocupación temporal e incautación por el tiempo que tome el proceso expropiatorio. A todas luces, es completamente inconstitucional confiscar la propiedad privada habida cuenta de la existencia de una estructura determinada en el mercado, donde ni siquiera se evalúan efectos adversos a la libre competencia. Todavía más cuando no se tiene exactamente definido en la Ley cuáles deben considerarse los bienes, servicios y medios de producción de utilidad pública o interés social. Sin embargo, se debe anotar que tal prescripción es coherente con el sentido que se da a este Proyecto de ley, por cuanto en lugar de tener como norte la promoción de la eficiencia económica en beneficio de productores y consumidores, procura tutelar la “democratización de la economía nacional y la efectiva participación e inserción de todos los productores, distribuidores y comercializadores de bienes o prestadores de servicios”.¹⁶³

Los elementos que permitan determinar la existencia de prácticas exclusorias y de manipulación de los factores de producción, así como los que permitan determinar la existencia de consorcios o concentraciones económicas

vinculadas con los bienes, servicios o medios de producción antes indicados, cuando el agente económico actúe de manera reincidente, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional.

Igualmente, el Ejecutivo Nacional a través del Ministerio del Poder Popular competente en materia de comercio podrá ordenar la ocupación temporal e incautación mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializará mediante la posesión inmediata, administración y aprovechamiento del establecimiento, local, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte de ente u órgano competente, el cual realizará el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad operativa.”

¹⁶³ Art. 1 *Ídem*.

prohibidas, de posición de dominio y su respectivo abuso, serán definidos en un Reglamento de la Ley.

Se cambia en este Proyecto de Ley Antimonopolio el nombre de la autoridad encargada velar por la promoción y protección de la libre competencia, para denominarse Superintendencia Nacional Antimonopolio y Contra Prácticas Similares (SUNAM), quien de aprobarse dicho Proyecto será la encargada de administrar la correcta aplicación de esta ley.

3. Las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado como marco para la cooperación y las pautas para alcanzar la efectiva cooperación entre autoridades administrativas.

Para materializar la cooperación efectiva que se pretende con esta investigación, debe necesariamente existir la voluntad de los Estados de tender puentes entre ellos para alcanzar en armonía las finalidades de sus normativas de libre competencia así como el óptimo desenvolvimiento de sus mercados. Los intereses, que serán evidentemente económicos, pero que también reflejan principios constitucionales, deben ser móvil suficiente para ratificar un acuerdo de cooperación que contenga las pautas fundamentales para definir mercados relevantes internacionales y admitir el reconocimiento de las decisiones tomadas en la sede administrativa extranjera de otro Estado parte.

Si bien es cierto que posiblemente existirá cierto celo por aplicar sanciones administrativas dentro del mercado donde se verifica el comportamiento anticompetitivo más no los efectos, se cree que dentro del marco de un acuerdo de cooperación queda asegurada la posibilidad de contar con el

apoyo de la jurisdicción vecina para el momento en que sea requerida. Incluso, las autoridades llamadas a cooperar no están obligadas a aplicar un Derecho de competencia extranjero, simplemente están llamadas a aplicar dentro de su territorio los correctivos suficientes para que la actividad deje de causar perjuicios al mercado extranjero afectado.

Las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado han estado en buena parte orientadas desde sus inicios a regular temas relativos al comercio internacional entre los Estados Parte. La CIDIP I de 1975 versó sobre dos temas de gran importancia en el comercio internacional: el Arbitraje Comercial Internacional y el Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas. Más adelante, la CIDIP II de 1979 se ocupó de los Conflictos de Leyes en Materia de Cheques y el Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles. Así sucesivamente se han ido cubriendo otros temas comerciales como el Transporte Internacional de Mercaderías por Carreteras,¹⁶⁴ la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias¹⁶⁵ y más recientemente, sobre Protección al Consumidor.¹⁶⁶ Además, estas Convenciones han sido las que mayor número de ratificaciones han obtenido.¹⁶⁷ Otro tema de vital importancia que también ha sido tratado en las primeras sesiones de las Conferencias Interamericanas Especializadas, ha sido el de la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,¹⁶⁸ el cual a los fines de la propuesta que se presenta resulta importante destacar como precedente a la

¹⁶⁴ CIDIP IV, 1989.

¹⁶⁵ CIDIP VI, 2002.

¹⁶⁶ CIDIP VII, 2009.

¹⁶⁷ La CIDIP I sobre Arbitraje Comercial Internacional, fue ratificada por diecinueve Estados, *vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>; la CIDIP I sobre Letras de Cambio, tiene catorce ratificaciones, *vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-33.html>; la CIDIP II sobre Cheques, tiene ocho ratificaciones, *vid.* <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-39.html>

¹⁶⁸ CIDIP II, 1979.

disposición al reconocimiento de decisiones emitidas por autoridades extranjeras.

Tal como señala la profesora Maekelt, el método empleado por las Convenciones Interamericanas es principalmente conflictual, pero cuenta con una significativa presencia de normas materiales cuya pretensión es la de resolver o cubrir determinados aspectos de un problema, sin acudir a una norma de conflicto.¹⁶⁹ Esto es precisamente lo que se procura alcanzar con la inclusión de una definición material o norma de calificación autónoma de mercado relevante en el acuerdo de cooperación que se presenta, lo que en palabras de la profesora Maekelt “evitaría que los jueces caigan en parroquialismos ya superados y califiquen de acuerdo a la *lex fori*, poniendo en peligro la unidad interpretativa de las convenciones”.¹⁷⁰

Salvada como quedó en el Capítulo I *supra*, la que se creyera “insalvable” diferencia entre el Derecho público y el Derecho privado, el simple hecho de llamarse Convención Interamericana Especializada en DIP en nada afecta que se dedique a regular este importante aspecto del Derecho de libre competencia. Derecho que claramente afecta de manera directa el comercio internacional desarrollado en su mayor proporción entre personas particulares.

No se considera que escenarios como la CAN, el MERCOSUR, o la UNASUR, sean los más apropiados para esta propuesta por cuanto estos mecanismos están más cerca de crear instituciones comunes –si no las han

¹⁶⁹ MAEKELT, Tatiana: *Teoría General del Derecho internacional privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p.160.

¹⁷⁰ *Ídem*.

constituido ya,¹⁷¹ con capacidad de regular y vigilar un mercado común. Un ejemplo fuera de latitudes latinoamericanas lo encontramos en el mercado común europeo, que cuenta con la Comisión Europea para vigilar y controlar la libre competencia dentro de dicho mercado. Precisamente, ante las dificultades que supone la creación de un mercado común -que siempre acabará excluyendo otros mercados, recuérdese que la idea de mercado global actual no ha acabado realmente con las fronteras soberanas, lo que se busca con esta propuesta es otorgar una solución de más rápida implementación, de más sencilla aplicación práctica y que tenga la cualidad de ampliarse globalmente a las restricciones internacionales a la libre competencia.

A pesar del tiempo que toma establecer autoridades y regulaciones comunes en torno a la libre competencia, merece especial atención tomar nota de las ideas expuestas en el documento “Convergencia Comercial de los Países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones. Políticas de Competencia”,¹⁷² donde se propone que entre dos de los más avanzados mecanismos de cooperación regional sudamericana, la CAN y el MERCOSUR -quienes ya cuentan con regulaciones sobre libre competencia,¹⁷³ se establezca un mecanismo de cooperación limitado al

¹⁷¹ Bajo el esquema de la Comunidad Andina de Naciones, la Secretaría General es la encargada de adelantar, apoyándose en las autoridades nacionales, todos los procedimientos relativos a la aplicación de la Decisión 608 sobre Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, *vid.* Capítulo IV de la Decisión 608 CAN. Por su parte, el MERCOSUR cuenta con un Comité de Defensa de la Competencia quien se encarga de realizar la investigación, *vid.* Capítulo IV de la Decisión 18/96: Protocolo de Defensa de la Competencia en el MERCOSUR.

¹⁷² Preparado por la Secretaría del MERCOSUR junto con las Secretarías Generales del ALADI y la CAN, en cumplimiento a lo previsto en la Primera Cumbre Presidencial de la Comunidad Suramericana de Naciones de septiembre de 2005. *Vid.* ALADI/MERCOSUR/CAN/14/2006, en http://www.mercosur.int/innovaportal/file/167/1/convergencia12-politicas_de_competencia.pdf. última visita mayo de 2011.

¹⁷³ Las ya mencionadas: Decisión 608 de la CAN, aprobada el 29 de marzo de 2005; y la Decisión 18/96 del MERCOSUR, aprobada el 17 de diciembre de 1996.

intercambio de información entre las autoridades relativa a investigaciones adelantadas sobre eventuales comportamientos anticompetitivos y se adopte un marco normativo regional que incluya medidas generales aplicables a todos los países de la región suramericana. Por su parte, el UNASUR aun cuando procura construir un espacio regional de integración política y económica, no cuenta con un acuerdo o una autoridad encargada de velar por la eficiencia de los mercados de los países miembros. Aunque sigue pareciendo una tarea compleja, se logra apreciar que existe entre los países suramericanos la necesidad de contar con cooperación en el ámbito de la libre competencia.

Estas CIDIPs están además abiertas a su ratificación por parte de otros países del mundo. En un estado ideal de implementación, contando con la ratificación de este tratado por parte de Estados Unidos de América y del Mercado Común Europeo, se cree que realmente podrían alcanzarse grandes beneficios para los mercados latinoamericanos afectados por los comportamientos anticompetitivos desarrollados por casas matrices de las grandes empresas transnacionales ubicadas en su mayoría en alguno de esos grandes mercados. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁷⁴ ha reconocido los la concertación entre empresas a nivel internacional como el acto más atroz en contra de la competencia económica, porque elevando precios o restringiendo el

¹⁷⁴ Conformada por Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea, Dinamarca, España, Estados Unidos de Norteamérica, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelanda, México, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía. Tomado de la página oficial de la OCDE: http://www.oecd.org/document/25/0,3746,en_36734052_36761800_36999961_1_1_1_1,00.html. última visita mayo 2011.

suministro de bienes o servicios, los hacen completamente inaccesibles para algunos consumidores o innecesariamente costosos para otros.¹⁷⁵

Aun cuando está comprobado que estas grandes economías reprochan igualmente las prácticas colusorias internacionales, siendo realistas se estima que poco estarían dispuestas a cooperar con todos los mercados latinoamericanos considerados en su conjunto, sobre todo cuando se trate de frenar comportamientos anticompetitivos que desarrollados dentro de sus fronteras, no afecten su mercado interno –tal vez habría mayor disposición a hacerlo con aquellos con los que se han suscrito TLCs.¹⁷⁶

Se celebra que dentro de las atribuciones del SUNAM enumeradas en el artículo 26 del Proyecto, se encuentre una atribución respecto de la cooperación internacional particularmente atractiva para la propuesta que pretende hacerse. En el apartado 13 se establece: “participar con los órganos competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de comercio, de los que la República Bolivariana de Venezuela sea o pretenda ser parte.” Con esto se abre la puerta a la firma de un acuerdo de cooperación en el que pueda verse reflejada la propuesta que se presenta con esta investigación.

¹⁷⁵ Vid. Reporte de la OCDE sobre *Hard Core Cartels*, año 2000. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/39/63/2752129.pdf>, última visita mayo 2011.

¹⁷⁶ Se emplean estos términos para hacer la distinción entre los mercados latinoamericanos y el mercado estadounidense y europeo, no necesariamente se corresponden con la realidad económica actual. Considérense como ejemplos: los TLCs entre Estados Unidos de Norteamérica con Chile, Colombia, Centroamérica (República Dominicana, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Honduras), Perú, México; y los TLCs de la Unión Europea con CARIFORUM, el cual está aplicándose provisionalmente (Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, República Dominicana, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, St Kitts y Nevis, St Lucia, St Vincent y las Granadinas, Surinam, y Trinidad y Tobago) Panamá, Perú, México; para mayor información *vid.* Sistema de Información sobre Comercio Exterior http://www.sice.oas.org/countries_s.asp, última visita mayo de 2012.

Ahora bien, aprovechando que se tiene sobre la mesa el Proyecto de Ley Antimonopolio, se pueden incluir dentro de tal enumeración de atribuciones de la SUNAM, ciertas pautas para la mejor aplicación del acuerdo de cooperación, como por ejemplo la de cooperar internacionalmente con autoridades extranjeras en la prevención y promoción de la libre competencia, así como en el control de prácticas restrictivas verificadas dentro de los mercados de los Estados Parte en los acuerdos que sobre la materia hayan sido ratificados por la República Bolivariana de Venezuela; y el reconocimiento de las decisiones emitidas por tales autoridades siempre que se verifique que cumplan con los requisitos legales de dicha jurisdicción extranjera y que cuenten con proceso de legalización o apostilla.

Es importante que una vez ratificado el acuerdo de cooperación este se informe masivamente a la población y a las autoridades administrativas de cada Estado Parte, con la finalidad de poner tan útil herramienta a la disposición de los agentes económicos y preparar a la autoridad para recibir y resolver adecuadamente casos que ameriten la aplicación del acuerdo de cooperación.

Al final del día, aunque se teme por las consecuencias que podrían traer ciertas disposiciones de este Proyecto de Ley Antimonopolio, se estima que da un importante paso adelante en la consagración de los efectos como criterio atributivo de jurisdicción, así como con la estipulación de pautas para la determinación del mercado relevante con la idea de desarrollarlas posteriormente en un reglamento y además, la situación particular de encontrarse aún en discusión, permite adicionarle la idea de la cooperación internacional entre autoridades extranjeras similares.

Una propuesta de calificación autónoma de mercado relevante

La mejor manera de determinar una definición de mercado relevante que logre el consenso de los Estados latinoamericanos, debe surgir de realizar un ejercicio comparativo de las definiciones consagradas en las legislaciones vigentes sobre libre competencia.

Descartando las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile y Venezuela¹⁷⁷ que no contienen si quiera una definición de mercado relevante, a continuación se estudiarán las legislaciones latinoamericanas que sí lo contemplan:

Colombia

La ley colombiana sobre libre competencia no establece qué debe entenderse por mercado relevante, ni ofrece pautas para determinarlo, más se encontró una resolución de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones¹⁷⁸ donde se establecen estos puntos para la fijación de mercados relevantes en el área específica de las telecomunicaciones. Si bien se encuentra destinado a un mercado muy particular, se considera que estas pautas pueden considerarse por la Superintendencia de Industria y Comercio como guía para la determinación de mercados relevantes en general. Así, establece la resolución:

“Mercado relevante: es un mercado compuesto por un servicio o grupo de servicios, en un área geográfica específica, que pueden percibirse como sustituibles entre sí, y que de existir un monopolista hipotético,

¹⁷⁷ Descartando la Ley Procompetencia actualmente vigente, el Proyecto de Ley Antimonopolio sí contiene una definición de mercado relevante.

¹⁷⁸ Resolución 2058 de 2009 de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. Disponible en: <http://www.crcom.gov.co/index.php?idcategoria=45435#>, última visita abril de 2011.

este podría incrementar los precios en una cantidad pequeña pero significativa de manera permanente y de forma rentable. Esta definición incluye los mercados compuestos por elementos o funciones de los servicios que se consideran sustituibles entre sí.”¹⁷⁹

Seguidamente, la misma resolución establece cómo debe analizarse la sustituibilidad de la demanda:

“Artículo 5: dentro de este análisis la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones tendrá en cuenta la respuesta de los agentes en el mercado y su reacción de consumo respecto a variaciones de precios, presencia de nuevos operadores y ofertas de nuevos productos, entre otros.”

Y para finalizar, establece cómo se debe realizar la identificación de los mercados:

“Artículo 6: con base en análisis de que trata el artículo anterior y, previa aplicación del test del monopolista hipotético, la CRT [*hoy en día CRC*] procederá a identificar los mercados minoristas y mayoristas de telecomunicaciones con el fin de determinar los servicios que componen cada uno de los mercados.”¹⁸⁰

Como puede apreciarse, la metodología presentada por la resolución comprende dos de las metodologías estudiadas en el Capítulo II: el test del monopolista hipotético y la sustituibilidad de la demanda.

¹⁷⁹ Art. 4 de la Resolución 2058 de 2009 la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones.

¹⁸⁰ La referencia a CRC, Comisión de Regulación de Comunicaciones es propia.

En la práctica, la CRC ha utilizado esta definición de mercado relevante para delimitar el mercado de datos y acceso a internet, haciendo a su vez revisiones periódicas, de las cuales la más reciente ha sido la de 2011.¹⁸¹ Allí se comienza a analizar la sustituibilidad de la oferta entre el servicio de internet de banda ancha fija y el servicio de internet móvil, concluyendo que no pueden incluirse dentro del mismo mercado relevante por cuanto dichos servicios no son sustitutos ya que el servicio de internet móvil constituye un complemento al servicio de internet fijo.

De seguidas la CRC pasa a realizar un análisis de sustituibilidad de la demanda al interior del mercado que se revisa, especialmente la posible intercambiabilidad en servicio de banda ancha entre el segmento corporativo y el segmento residencial, comprobando que la elasticidad cruzada en la demanda entre estos es negativa y por lo tanto no pueden incluirse ambos dentro del mismo mercado relevante.¹⁸² Ahora bien, respecto a la sustituibilidad del tipo de tecnología, xDSL o Cable (HFC), la CRC comprobó que sí compiten de manera estratégica, ya que son servicios sustitutos entre sí y por lo tanto pertenecen al mismo mercado relevante.¹⁸³

A continuación pasa la CRC a analizar el poder de dominio dentro del mercado, empleando para ello el análisis de la concentración de mercado.

¹⁸¹ Comisión de Regulación de Comunicaciones (antes, Telecomunicaciones) República de Colombia, Documento de Respuesta a Comentarios Regulación de Mercados, Diciembre de 2011, disponible en www.crcom.gov.co/index.php?idcategoria=62797&download=Y, última visita mayo de 2012.

¹⁸² Continúa desarrollando el mismo documento: “Si bien es de esperar una continua evolución en las condiciones de velocidad y conectividad de los acceso móviles a internet, la identificación de sustitución entre estos y los de acceso a banda ancha necesariamente requiere de la estimación econométrica de funciones de demanda que permitan identificar los coeficientes asociados a las elasticidades precio-cruzadas. En caso de que dichas elasticidades cruzadas sean positivas y estadísticamente significativas, podrá decirse entonces que los servicios de acceso a internet móvil y de banda ancha son sustitutos entre sí.” Comisión de Regulación de Comunicaciones, *op.cit. supra* nota 182, p. 22.

¹⁸³ *Ídem*, p. 9 y p. 56.

Concluye que en Colombia, si bien existe concentración en los mercados geográficos de banda ancha, a nivel nacional y considerando los cuatro grupos empresariales principales,¹⁸⁴ se presenta una situación tendiente a la equi-distribución de cuotas de mercado de dichos actores. Lo anterior es cierto tanto para las cuotas de mercado medidas en función de suscriptores como respecto de ingresos.¹⁸⁵

En el análisis de la sustituibilidad entre internet móvil y fijo; entre servicios corporativos y residenciales; entre tecnologías xDSL y cable; y en la determinación de poder de mercado se puede notar como la CRC aplica en la determinación de los mercados relevantes las pautas señaladas en la Resolución 2058 de 2009.

Costa Rica

La Ley 7472 de Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica de 20 de diciembre de 1994, no define lo que debe entenderse por mercado relevante, más debe resaltarse que incluye pautas claras de cómo debe determinarse;

“Artículo 14: Para determinar el mercado relevante, deben considerarse los siguientes criterios:

a) Las posibilidades de sustituir el bien o el servicio de que se trate, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.

b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio

¹⁸⁴ “...durante el periodo analizado (2008:1T- 2011:2T) UNE ha concentrado el 28.49% del total de suscripciones de este tipo, seguido por ETB con 24.53%, COLTEL con 18.35% y TELMEX con 18.39%”, *ídem*, p.54.

¹⁸⁵ *Ídem*, p.54.

nacional y del extranjero; para ello se tendrán en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias, así como las limitaciones impuestas por los agentes económicos o sus organizaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros sitios.

c) Los costos y las posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados.

d) Las restricciones normativas, nacionales o internacionales, que limiten el acceso de los consumidores a las fuentes de abastecimiento alternativas, o el de los proveedores a los clientes alternativos.”

Llama la atención que entre los criterios propuestos por esta ley, son considerados tanto productos extranjeros como costos de importación, así como restricciones normativas internacionales. Esto demuestra la consideración del mercado internacional como parte influyente dentro del mercado interno.

Se intentó localizar una decisión de la Autoridad Costarricense, Comisión para Promover la Competencia para verificar a través de un ejemplo la determinación del mercado relevante a partir de los parámetros definidos anteriormente, pero desafortunadamente esta Autoridad no publica sus decisiones. Sin embargo, se logró encontrar datos en el Boletín de Competencia editado por esta misma Autoridad, donde se encontró el caso de Pepsi Co. Inc, *et al.* vs. Coca-Cola Co. y Embotelladora Panamco Tica, S.A., en el que Pepsi denunció restricciones verticales por parte de Coca-Cola. A pesar que no se pudo estudiar con detalle cómo se determinó el mercado relevante en este caso, se puede verificar del resumen publicado en el Boletín que se estudió la elasticidad cruzada en la demanda de bebidas

carbonatadas y jugos de frutas ya que se verificaba la variación en la demanda de un producto al producirse variaciones en el precio del otro.¹⁸⁶

A su vez, la Comisión encontró que Embotelladora Panamco Tica S.A. contaba con poder sustancial en el mercado relevante por cuanto las bebidas carbonatadas y los jugos de frutas envasados por dicha empresa contaban con una alta participación en el mercado, producto de una intensiva red de distribución en todo el territorio nacional, una amplia cartera de marcas y una cuantiosa inversión en publicidad, lo que reducía significativamente la participación de sus actuales competidores y la afectaba la entrada de competidores nuevos.¹⁸⁷

Como se puede observar, la Autoridad Costarricense consideró para la determinación del mercado relevante en este caso en particular la sustituibilidad en la demanda y la posición dominante de un competidor para establecer la configuración de una actividad anticompetitiva. En este caso, los efectos de dicha actividad se centraron dentro del territorio nacional costarricense.

Ecuador

De acuerdo a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de octubre de 2011, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en Ecuador a efecto de aplicar esta ley, determinará para cada caso el mercado relevante. A tales fines, la Ley le ordena tomar en consideración:

¹⁸⁶ Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM): *Boletín Especializado de Competencia*, Edición Nro. 72, Año 6, Junio de 2004, Costa Rica p. 2. Disponible en http://www.coprocom.go.cr/documentos/boletines/boletin%202004/edicion_72.pdf, última visita febrero 2012.

¹⁸⁷ *Ídem*.

“Artículo 5: ...al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”

En esta norma, aunque la mención hecha a mercado geográfico no se limita a las fronteras ecuatorianas, no hace mención expresa a consideraciones de mercados extranjeros como sí podía apreciarse de la legislación costarricense.

Dado el poco tiempo de vigencia que tiene esta norma en Ecuador, se hizo imposible encontrar un ejemplo donde pudiera verificarse la aplicación de esta norma. De hecho, para la fecha en que se redacta este texto, ni siquiera ha sido designada la autoridad que cubra el cargo de Superintendente de Control de Poder de Mercado.¹⁸⁸

El Salvador

Bajo la Ley de Competencia de 2004, en El Salvador deben tenerse en cuenta los siguientes criterios para determinar un mercado relevante:

“Artículo 28: ...

- a) Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando los medios tecnológicos, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;
- b) Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos dentro del territorio nacional o desde el extranjero, teniendo en cuenta sus fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado relevante;
- c) Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

¹⁸⁸ Buró de Análisis Informativo: “Para abril, se espera designar al Superintendente de Control de Poder de Mercado”, febrero 28, 2012, disponible en <http://www.burodeanalisis.com/2012/02/28/para-abril-se-espera-designar-al-superintendente-de-control-de-poder-de-mercado/>, última visita marzo 2012.

d) Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abastecimiento alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”

La exactitud del texto de esta norma con la encontrada en la ley costarricense, tal vez se deba que el legislador salvadoreño haya tomado como modelo la ley costarricense al momento de diseñar su propia ley, nada extraño si se considera la cercanía geográfica y a la cantidad de acuerdos de cooperación entre El Salvador y Costa Rica, incluyendo que ambos Estados hacen parte del Sistema de Integración Centroamericana.¹⁸⁹

En un procedimiento iniciado de oficio por la Superintendencia de Competencia de la República de El Salvador, se sancionó a la Distribuidora de Azúcar y Derivados, Sociedad Anónima de Capital Variable (DIZUCAR), por comprobarse su participación en prácticas restrictivas de la competencia.

Siendo la actividad comercial de DIZUCAR la distribución mayorista del azúcar, la cual se encuentra indefectiblemente atada¹⁹⁰ al empaque de esta, la sustituibilidad en la demanda empezó a analizarse a partir de este punto, encontrándose que el consumo de azúcar blanco refinado del país depende totalmente de la actividad comercial de DIZUCAR. De seguidas se pasa a

¹⁸⁹ Existe una Unión Aduanera Centroamericana entre Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, y Nicaragua, *vid.* <http://www.sieca.int/site/VisorDocs.aspx?IDDOC=Cache/17990000003571/17990000003571.swf>, última visita febrero de 2012. Apartando ese acuerdo, existen acuerdos entre comerciales y de cooperación entre Costa Rica y El Salvador desde 1953, *vid.* http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Archivo/Lists/Convenios/AllItems.aspx, última visita febrero de 2012.

¹⁹⁰ Superintendencia de Competencia de la República de Costa Rica, Procedimiento Administrativo Sancionador, Fase Resolutiva, Nro. SC-010-O/PS/R-2010 de 24 de abril de 2012, p. 43., disponible en: http://www.sc.gob.cr/uploads/SC-010-O-PS-R-2010_240412_1000.pdf, última visita mayo de 2012.

analizar la sustituibilidad en la demanda, determinándose que no existe otro distribuidor mayorista de azúcar y que ningún distribuidor local de otro tipo de granos se encuentra en capacidad de suplir la distribución que realiza DIZUCAR.¹⁹¹ Es importante resaltar, que la Superintendencia consideró en este análisis la posibilidad de importar azúcar, más la desechó por cuanto para importar azúcar en Centroamérica se requiere de una licencia especial para acceder al libre comercio, que en caso de no poseerla, se importaría con un arancel promedio del 40%, hecho que elimina la posibilidad de importarla de países cercanos.¹⁹²

Concluye la Superintendencia que el mercado relevante es la distribución mayorista de azúcar blanco a nivel nacional.¹⁹³ Considerando lo estipulado en la Ley de Competencia costarricense y los análisis realizados por la Superintendencia en este caso analizado, se puede concluir que se aplica a cabalidad con las pautas señaladas en la ley para la determinación del mercado relevante, incluso en la inclusión de mercados extranjeros para delimitar el mercado relevante geográfico del producto.

Honduras

En la Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia de 2005, se establece que será mercado relevante:

“Artículo 2, numeral 7: ... que se define en función del mercado de producto y del mercado geográfico. El mercado de producto es la totalidad de los bienes y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos. El mercado geográfico

¹⁹¹ *Ídem*, pp. 46 y 47.

¹⁹² *Ídem*, *Vid.* nota al pie 32, p. 47.

¹⁹³ *Ídem*, p.49.

requiere la evaluación del alcance territorial de la zona en la que se desarrollan actividades de suministro y prestación de bienes y servicios, en la que las condiciones de competencia son bastante homogéneas y pueden distinguirse de otras zonas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas de aquellas.”

Al parecer el legislador hondureño no tomó como guía las legislaciones desarrolladas por sus vecinos anteriormente estudiadas. Se observa una definición bastante general que no dejar abierta la posibilidad de extender el mercado relevante para incluir mercados fuera de fronteras nacionales.

Similar al caso salvadoreño, la Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia abrió de oficio una investigación para confirmar indicios respecto de la concertación de precios entre productores azucareros para la venta a ingenios azucareros –los agentes encargados de la refinación.

Comprobó la Comisión en su investigación sus indicios y a su vez identificó, entre los aspectos que contribuyeron a que este cartel mantuviera sus efectos en el tiempo, que la sustituibilidad del azúcar dentro del mercado nacional es casi inexistente y está dado por pequeñas cantidades de productos edulcorantes y por una reducida cantidad de un sustituto del azúcar llamado panela o rapadura de dulce. Por otra parte, la demanda de azúcar se estimó inelástica por cuanto el consumidor doméstico o industrial,

no disminuye su patrón de consumo sea que el precio del azúcar suba o baje.¹⁹⁴

A pesar de ser tan general y amplia la legislación hondureña en la determinación de pautas para establecer el mercado relevante, puede notarse en el caso estudiado que la Autoridad se detiene a analizar los aspectos relevantes analizados por otras autoridades latinoamericanas, como la sustituibilidad en la oferta y la demanda, y el abuso en la posición dominante.

México

En el caso mexicano, la Ley Federal de Competencia Económica de 1992, los criterios establecidos para fijar el mercado relevante son:

“Artículo 12: ...

I.- Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II.- Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

¹⁹⁴ Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia de la República de Honduras, Resolución Nro. 023-CDPC-2012-AÑO-V, p.3, disponible en <http://www.cdpc.hn/pdf/Resolucion%200023.pdf>, última visita junio de 2011.

III.- Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados; y

IV.- Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”

Para verificar la aplicación de estos criterios en un caso concreto, se ha tomado como ejemplo el caso de prestación de servicios de autotransporte de carga en el Estado de Baja California Sur, sancionado por la Comisión Federal de Competencia mexicana, cuya investigación fue iniciada de oficio.

Efectivamente, se comprobó que una serie de transportistas competidores entre sí dentro de este estado mexicano, habrían intercambiado información para fijar y manipular el precio de venta del servicio, se habrían obligado a prestar una cantidad restringida del servicio, y se habrían dividido y asignado porciones del mercado actual o potencial del servicio mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables.¹⁹⁵

Desafortunadamente, ni en el Extracto del Acuerdo por el que la Comisión Federal de Competencia inicia la investigación de oficio publicado por la Comisión en el Diario Oficial,¹⁹⁶ ni en la Resolución se detalla el análisis para el establecimiento del mercado relevante. Se analizaron otras resoluciones

¹⁹⁵ Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Competencia de México, Expediente IO-001-2012, p.5, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcresoluciones/DOCS/Asuntos%20Juridicos/V45/7/1524195.pdf>, última visita octubre 2011.

¹⁹⁶ Diario Oficial de la Federación, Segunda Sección, lunes 18 de enero de 2010, México, p.1, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcresoluciones/DOCS/INVESTIGACIONES/V137/30/1312154.pdf>, última visita octubre 2011.

publicadas de la Comisión y se encontró que en ellas, también se omitió incluir el análisis del mercado relevante.

Panamá

La Ley 29 de 1996 por la cual se dictan normas sobre la Defensa de la Competencia, define el mercado relevante como pertinente de la siguiente forma:

“Artículo 6: El mercado pertinente se determina por la existencia de un producto o servicio o de un grupo de productos o servicios y otros productos o servicios sustitutos, dentro del área geográfica en que tales productos o servicios son producidos o vendidos.”

Ofrece asimismo pautas para establecer este mercado pertinente:

“Artículo 16: El mercado pertinente en el caso de que se trate, se determinará en base a los criterios siguientes:

1. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, y la capacidad de los consumidores de contar con bienes o servicios sucedáneos;
2. Los costos de distribución del bien mismo, de sus insumos, de sus complementos y de sus sustitutos dentro del territorio nacional o en el extranjero, teniendo en cuenta los costos de transporte, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o sus asociaciones, así como el tiempo requerido para abastecer el mercado pertinente;
3. Los costos y posibilidades de los consumidores para acudir a otros mercados, y

4. Las restricciones normativas que limiten el acceso de consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”

Continuando con la metodología que se ha venido empleando en este estudio, se analizará un caso de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia de la República de Panamá para verificar si estas pautas son consideradas en la fijación del mercado relevante.

En el caso de TELERED, S.A., la única empresa panameña capaz de prestar servicios de interconexión electrónica de redes de servicios financieros para la operación de transacciones de débito, o interconexión a la red de cajeros automáticos y puntos de venta a los diferentes bancos que operan en Panamá. La investigación se inició a partir de la demanda que instaurara un banco nacional panameño que fue excluido en los nuevos acuerdos de TELERED S.A. para tener parte en la interconexión, por cuanto no era miembro afiliado de TELERED, S.A., como si lo eran otros bancos a los cuales no se les excluyó la posibilidad de interconectarse a la red. Para delimitar el mercado relevante en este caso, la Autoridad estudió la sustituibilidad en la demanda y en la oferta, concluyendo que por la particularidad del servicio ofrecido por TELERED, S.A. y la tecnología necesaria para implementarlo, era imposible que el banco afectado encontrara un sustituto al cual acudir para cubrir este servicio al momento en que fue excluido de la interconexión.¹⁹⁷

En la delimitación del espacio geográfico, resulta interesante destacar la consideración que hace la Autoridad respecto de la posibilidad que este

¹⁹⁷ Vid. Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, República de Panamá, Acuerdo Nro. PC-586-03 de 4 de diciembre de 2003, pp. 9-17, disponible en: http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/uploads/pdf/nuestra_labor/Resolucion_redes.08_28_2009_10_40_19_a.m..08_28_2009_10_56_38_a.m.pdf, última visita junio 2011.

servicio sea importado de países extranjeros. No obstante, apunta que existen altos costos inherentes al proceso de penetración de mercado y gastos elevados de mercadeo para atraer una masa razonable de clientes, por lo que en conclusión, circunscribe el mercado relevante al territorio panameño.¹⁹⁸

Se aprecia que la Autoridad panameña hace uso de las pautas consagradas en la ley para definir mercados relevantes.

República Dominicana

Bajo la Ley General de Defensa de la Competencia del año 2008, el legislador dominicano definió como mercado relevante:

“Artículo 4, literal f: ... El ramo de la actividad económica y la zona geográfica correspondiente, definido de forma que abarque todos los bienes o servicios sustituibles, y todos los competidores inmediatos, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si una restricción o abuso diera lugar a un aumento significativo de los precios.”

E incluye una extensa lista de criterios para que la autoridad determine dicho mercado relevante:

“Artículo 8: Para determinar el mercado relevante, deberán ser considerados los siguientes elementos:

- a) Identificación del producto o servicio cuyo mercado relevante se va a determinar;
- b) Identificación del área geográfica correspondiente;

¹⁹⁸ *Ídem*, p.21.

c) La probabilidad efectiva de sustituir el bien o servicio de que se trate por otro suficientemente similar en cuanto a función, precio y atributos, de origen nacional o extranjero, para ser contemplados por los consumidores como sustitutos razonables, en el tiempo y costo requerido para efectuar la sustitución, por considerarlos con el suficiente grado de intercambiabilidad;

d) El costo de distribución del bien o servicio, sus insumos más importantes, sus complementos y sustitutos, desde otros lugares del territorio nacional y del extranjero, teniendo en cuenta los fletes, seguros, aranceles y cualquier otra medida que afecte su comercio, así como las limitaciones impuestas por otros agentes económicos y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde otros lugares;

e) La sustitución de la demanda, en particular, el costo y la probabilidad de que suplidores de otros productos o servicios que no son sustituibles, en principio, desde el punto de vista de la demanda, pues no son similares a la oferta del bien a sustituir, puedan fácilmente pasar a producir y ofrecer productos o servicios que por igual satisfagan la demanda de los consumidores; es decir, que los consumidores puedan acudir a otros mercados alternos de productos y servicios, que produzcan resultados suficientes para satisfacer su demanda de bien o servicio; y,

f) Las restricciones normativas nacionales o internacionales que limiten el acceso de los consumidores a fuentes alternativas de abastecimiento o el de los proveedores a clientes alternativos.”

Se intentó localizar en internet un caso resuelto por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana, pero en la página oficial aún no se publica esta información.¹⁹⁹

Nicaragua

Esta Ley de Promoción de la Competencia de 2006, bastante completa respecto de los lineamientos sobre mercado relevante, primeramente pasa a definir lo que se entiende por mercado relevante:

“Artículo 3: ...

Mercado Relevante: es la línea del comercio en una determinada zona geográfica, abarcando todos los productos o servicios razonablemente sustituibles entre sí, así como todos los competidores inmediatos, a los que un mayorista, intermediario o consumidor pudiese acudir a corto plazo.”

Para luego establecer las pautas para determinarlo:

“Artículo 22: ...

- a) La posibilidad de sustituir un bien o servicio determinado por otros, de origen tanto nacional como extranjero;
- b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos procedentes de otras regiones del país o del extranjero; para ello se tomara en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones.

¹⁹⁹ Página Web Oficial de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana, disponible en: <http://procompetencia.gov.do/es/defensa-de-la-competencia/casos-sancionados.html>, última visita mayo 2012.

c) Las posibilidades que tuvieren los consumidores para acudir a otros mercados; y

d) Las restricciones normativas, de carácter nacional o internacional, que limitan el acceso de los compradores o consumidores a fuentes de oferta alternativa o de los proveedores a clientes alternativos.”

Pero el legislador nicaragüense fue más allá, y en el Reglamento de la Ley desarrolla dichos criterios:

“Artículo 25: ...

a) Los bienes o servicios objeto de la investigación, ya sean producidos, comercializados u ofrecidos por los presuntos infractores o investigados, y aquéllos que los sustituyan o puedan sustituirlos, nacionales o extranjeros, así como el tiempo requerido para tal sustitución; para lo cual se analizará entre otros, los precios, las características, los usos y aplicaciones, las alternativas de consumo, las finalidades, la disponibilidad, los costos de cambio así como la accesibilidad del bien o servicio en cuestión. Asimismo, se tomarán en cuenta entre otros, los gustos y preferencias, las percepciones de sustituibilidad, las tendencias de mercado, la evolución histórica de los patrones de consumo, el poder adquisitivo, variables demográficas así como los hábitos y conductas del bien o servicio en cuestión;

b) La existencia de oferentes en otros mercados que, sin ser productores del bien o servicio del mercado relevante, puedan empezar a producirlo con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo;

c) La disponibilidad en el corto plazo de contar con productos sustitutos como consecuencia de la innovación tecnológica;

- d) El área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y en la que se tenga la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes sin incurrir en costos apreciablemente diferentes, y tomando en cuenta el costo de distribución del bien o del servicio, y el costo y las probabilidades para acudir a otros mercados; y
- e) Las restricciones económicas y normativas de carácter local, departamental o internacional que limiten el acceso a dichos bienes o servicios sustitutos, o que impidan el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abastecimiento alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos.”²⁰⁰

Habría sido enriquecedor poder estudiar un caso concreto resuelto por el Instituto Nacional de Promoción de la Competencia nicaragüense, pero la información que han hecho pública solo se limita a recopilar denuncias o resoluciones que imponen sanciones sin detallar cómo se realizaron los estudios del mercado relevante.²⁰¹

Perú

El Decreto Legislativo 1034 de 2008 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de la República del Perú, define:

“Artículo 6: El mercado relevante.

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el

²⁰⁰ Art 25 del Reglamento a la Ley 601 de Promoción de la Competencia.

²⁰¹ Página Web Oficial del Instituto Nacional de Promoción de la Competencia de la República de Nicaragua, Sección de Resoluciones publicadas, disponible en <http://www.procompetencianic.org/info/resoluciones.html>, última visita febrero 2012.

análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”.

Para analizar la aplicación de estas pautas en la práctica, se ha tomado el caso de Universal Gas, S.R.L. vs. Repsol YPF Comercial del Perú, S.A. resuelto por el INDECOPI. Universal Gas, un distribuidor de GLP para la zona del departamento de San Martín denunció prácticas predatorias por parte de Repsol quien mantuvo durante el período comprendido de enero a julio del año 2004 los precios del GLP a un valor menor del precio real al que debía venderse, obligando así a Universal Gas a reducir el precio del GLP que ofrecía lo que le condujo a cuantiosas pérdidas.

En la delimitación del mercado relevante, el INDECOPI analizó los posibles sustitutos del GLP para uso residencial o comercial²⁰² tomándose como potenciales la electricidad, la leña, el carbón o el kerosene. Se desechan la electricidad y el kerosene por cuanto aun manteniendo constantes sus precios ante un incremento del precio del GLP, suponen mayor consumo de energía para realizar las mismas tareas que se pueden lograr con una cantidad menor de GLP. Igual suerte corren la leña y el carbón, con el

²⁰² INDECOPI, Expediente Nro. 058-2006-INDECOPI/CLC de 21 de agosto de 2006, p.6, disponible en <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/publicaciones/5/2006/1-1635/7/9/Res058-2006.pdf>, última visita junio de 2011.

agravante de la contaminación que producen. Se concluye entonces que el mercado relevante de producto se circunscribe al GLP, sin que exista otro sustituto.²⁰³

Luego, en el análisis del mercado geográfico, se considera el incremento en los costos en los que incurriría una persona que procure obtener el GLP de zonas aledañas, concluyendo que el espacio geográfico relevante debe comprender el departamento de San Martín y sus zonas de influencia.²⁰⁴

Finalmente se analizó la existencia de posición de dominio dentro del mercado por parte de Repsol durante el período en que se registraron los precios predatorios, estableciéndose que no fue posible.²⁰⁵

Se aprecia que el análisis, al igual que el realizado por otras autoridades de competencia latinoamericanas analizadas, comprende la sustituibilidad tanto en la demanda como en la oferta, y el análisis del monopolista hipotético para establecer el abuso de la posición de dominio.

Uruguay

La Ley No. 18.159 de 2007, sobre Promoción y Defensa de la Competencia, establece como mercado relevante:

“Artículo 5: A efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, deberá determinarse cuál es el mercado relevante en

²⁰³ *Ídem*, pp.10-11.

²⁰⁴ *Ídem*, P.13.

²⁰⁵ Por cuanto: “(i) no se presentan barreras significativas a la entrada que restrinjan la participación de nuevas empresas; (ii) existe competencia efectiva y potencial, en este último caso, principalmente de las empresas envasadoras ubicadas en la ciudad de Chiclayo; y, (iii) dado que se puede evidenciar que la empresa denunciada no ha podido fijar sus precios sin considerar el comportamiento de sus competidores”. *Ídem*, p.19.

el que la misma se desarrolla. Esto implica analizar, entre otros factores, la existencia de productos o servicios sustitutos, así como el ámbito geográfico comprendido por el mercado, definiendo el espacio de competencia efectiva que corresponda. El órgano de aplicación establecerá los criterios generales para la determinación del mercado relevante.”

Por más que se intentó localizar un caso para estudiar de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de la República Oriental del Uruguay, no fue posible obtener información concreta sobre algún análisis sobre un mercado relevante que hubiera realizado esta Autoridad.²⁰⁶

Es fácil apreciar a simple vista, que la mayoría de las legislaciones latinoamericanas de competencia son realmente recientes. Sumando la ley brasileña, que no ha sido analizada *supra* por no contener definición ni pautas para establecer el mercado relevante, al menos ocho han sido sancionadas después del año 2004. Este hecho demuestra el interés de los Estados latinoamericanos por controlar lo que sucede en materia económica dentro de sus fronteras y fortalecer las garantías otorgadas en sus territorios a los agentes económicos que participan en sus economías. Movidos o no por ratificaciones de tratados comerciales bilaterales, los Estados latinoamericanos se están haciendo conscientes que la apertura al comercio internacional es fenómeno del que no es posible aislarse, simplemente avanza y les afecta directamente.

²⁰⁶ Página Web Oficial de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de la República Oriental del Uruguay, disponible en <http://www.mef.gub.uy/competencia.php>, última visita febrero 2012.

Entusiasma saber que once de las legislaciones estudiadas cuentan al menos con una definición de lo que debe entenderse por mercado relevante,²⁰⁷ lo que puede ayudar en la consecución de una definición común que fije mercados relevantes internacionales en la región.

Ahora bien, considerando como la ley nicaragüense como la más completa en términos de dar a la autoridad las herramientas claras para la importante tarea de delimitar el mercado relevante, se propone que sean estas disposiciones las que se tomen como modelo para la calificación autónoma de mercado relevante internacional que se incluirá en el acuerdo de cooperación. Por supuesto, se deben incluir los criterios para determinarlo con inclusión de la mejor explicación posible de cómo debe realizarse, de manera tal que la autoridad de competencia que reciba la decisión del par extranjero no tenga la menor duda de su llamado a actuar dentro de su jurisdicción sobre la actividad anticompetitiva de que se trate.

De manera que, una aproximación de cómo luciría la cláusula, sería la siguiente:

Mercado Relevante Internacional: es la línea del comercio en una determinada zona geográfica, *considerando incluso aquella zona que excede las fronteras nacionales*, abarcando todos los productos o servicios razonablemente sustituibles entre sí, así como todos los competidores inmediatos, a los que un mayorista, intermediario o consumidor pudiese acudir a corto plazo.

Las pautas para determinarlo, debidamente desarrolladas, lucirían así:

²⁰⁷ Se cuenta la legislación colombiana, aunque no tenga establecido directamente en la ley sobre competencia la definición de mercado relevante, el hecho de tenerla en una resolución para una materia específica, demuestra interés en sentar pautas claras para determinarlo.

a) La posibilidad de sustituir los bienes o servicios, de origen tanto nacional como extranjero, objeto de la investigación, ya sean producidos, comercializados u ofrecidos por los presuntos infractores o investigados, y aquéllos que los sustituyan o puedan sustituirlos, nacionales o extranjeros, así como el tiempo requerido para tal sustitución; para lo cual se analizará entre otros, los precios, las características, los usos y aplicaciones, las alternativas de consumo, las finalidades, la disponibilidad, los costos de cambio así como la accesibilidad del bien o servicio en cuestión. Asimismo, se tomarán en cuenta entre otros, los gustos y preferencias, las percepciones de sustituibilidad, las tendencias de mercado, la evolución histórica de los patrones de consumo, el poder adquisitivo, variables demográficas así como los hábitos y conductas del bien o servicio en cuestión;

b) Los costos de distribución del bien mismo, sus insumos relevantes, sus complementos y sustitutos procedentes de otras regiones del país o del extranjero; para ello se tomara en cuenta los fletes, los seguros, los aranceles y las restricciones que no sean arancelarias y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones. Esto implica estudiar la existencia de oferentes en otros mercados que, sin ser productores del bien o servicio del mercado relevante, puedan empezar a producirlo con una baja inversión, sin costos significativos y en un corto plazo;

c) Las posibilidades que tuvieren los consumidores para acudir a otros mercados;

d) El área geográfica en la que se ofrecen o demandan dichos bienes o servicios, y en la que se tenga la opción de acudir indistintamente a los proveedores o clientes sin incurrir en costos apreciablemente diferentes, y tomando en cuenta el costo de distribución del bien o del servicio, y el costo y las probabilidades para acudir a otros mercados;

- e) La disponibilidad en el corto plazo de contar con productos sustitutos como consecuencia de la innovación tecnológica;
- f) Las restricciones normativas, de carácter nacional o internacional, que limitan el acceso de los compradores o consumidores a fuentes de oferta alternativa o de los proveedores a clientes alternativos.

4. Conclusión

Las soluciones y la metodología ofrecidas por Derecho Internacional Privado tienen la aptitud para contribuir a solucionar problemas de otras ramas del Derecho. No es beneficioso para la evolución de la ciencia del Derecho, el cual debe adaptarse a los cambios cada vez más veloces de la sociedad que pretende regular, continuar considerando que el Derecho privado y el Derecho público son absolutamente disímiles entre sí, ya que la realidad muestra que fuera de los textos, allí donde ocurren las relaciones jurídicas, se complementan.

Tal como se ha demostrado, se estima factible implementar la propuesta que se presenta con este estudio por cuanto se parte de un criterio común a la mayoría de las legislaciones latinoamericanas de competencia al momento de atribuirse jurisdicción sobre casos de prácticas anticompetitivas: los efectos sobre el mercado. Con esto se considera que no tendrían mayor objeción los países signatarios al momento de ratificar el Convenio de Cooperación que contenga una norma de conexión bilateral en la que

acepten como válido que sus pares extranjeros se atribuyan jurisdicción al verse afectados por una práctica anticompetitiva.

Las interrogantes planteadas en la introducción de esta investigación consiguen respuesta con la solución que se propone, ya que el agente económico afectado por una actividad anticompetitiva ejecutada en el extranjero tiene la posibilidad real de ver garantizado su derecho fundamental de libertad económica, siempre y cuando tanto su Estado como los Estados que sufren los efectos nocivos de la práctica, sean parte del acuerdo de cooperación.

A nivel nacional, es viable la implementación de la solución propuesta siempre que, dentro del Proyecto de Ley Antimonopolio que finalmente sea aprobado como texto legal vinculante, se mantenga como criterio atributivo de jurisdicción los efectos sobre el mercado venezolano. De esta manera, el mercado venezolano podría verse mejor protegido ante las incidencias que el mercado global pudiera ocasionar a su normal desenvolvimiento.

En Venezuela, es perfectamente viable el reconocimiento de decisiones administrativas extranjeras en sede administrativa. Considerando que actualmente la legislación nacional admite el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, es posible que dentro del marco de un acuerdo de cooperación, donde se establezcan pautas claras al respecto como las propuestas en este Capítulo III, la Autoridad venezolana encargada de los asuntos de competencia, reconozca y admita la decisión tomada por la Autoridad extranjera cuyo mercado se vea afectado por una práctica anticompetitiva desarrollada dentro del territorio venezolano.

Resulta aún más evidente la realización de una cooperación efectiva si esta se orienta en un principio, tal como se propone, respecto de prácticas anticompetitivas reconocidas como nocivas *per se* por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, ya que no será necesario para la autoridad receptora de una decisión de un par extranjero entrar a realizar un análisis más profundo, o que requiera de esta mayores inversiones, para darle reconocimiento y proceder en consecuencia a aplicar a la conducta anticompetitiva los correctivos suficientes dentro de su mercado para detener los efectos nocivos que la misma representa para el mercado extranjero afectado.

Haciendo un llamado desde el punto de vista académico, no se quería dejar pasar la oportunidad para comentar, que contribuiría mucho con la labor investigativa de las autoridades latinoamericanas de competencia, la publicación detallada de los análisis que se hacen para establecer mercados relevantes. Se pudo notar que aquellas autoridades que publicaban estudios completos en sus resoluciones, se cuidaban de hacer inaccesible al público aquella información que debía mantenerse confidencial, no se encuentra por ello excusa para que otras autoridades no compartan sus experiencias en internet, no solo con consumidores, académicos o personas interesadas en general, sino incluso con sus pares extranjeros con los que sería ideal existiera una mayor cooperación.

BIBLIOGRAFIA

ARIÑO, Gaspar: *Principios de Derecho Público Económico*, Tercera Edición ampliada. Editorial Comares, Granada, 2004

BATTINI, Stefano: "The Globalization of Public Law". *European Review of Public Law*, Vol. 18. Spring 2006. <http://ssrn.com/abstract=895263>. última visita mayo 2008

BASEDOW, Jurgen: "Conflicts of economic regulation", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, Issue 2, Spring 1994, pp. 423-448.

BAXTER, William: "Choice of Law and the Federal System", en *Stanford Law Review*, 1963, p. 1-42.

BÉDARD, Julie: *International Conflicts of Antitrust and Securities Regulations: "It's All About Effects"*, Columbia University, 2006, disertación no publicada.

BELLAMY, Christopher y Graham CHILD: *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*. Edición traducida al español por Enric Picañol, Editorial Civitas. Madrid, 1992.

BLUMENTHAL, William: *Horizontal Mergers*. Monograph Series, No. 14, American Bar Association, Section of Antitrust Law, Merger Standards Task Force. Chicago, 1986.

BOGDAN, Michael: *Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law*, Recueil des Cours, Vol. 348, Martinus Nijhoff Publishers, 2011. Disponible en: Martinus Nijhoff Online DOI:10.1163/ej.9789004185173.009-252.4, última visita febrero de 2012.

BRILMAYER, Lea: "Interest Analysis and the Myth of Legislative Intent", 1980, *Faculty Scholarship Series, Paper 2509*, pp. 392–431 disponible en: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2509, última visita julio de 2011.

CASTEL, J.G.: “The extraterritorial effects of antitrust laws”, *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, t.179, 1983-I, Holanda, 1983.

CAVERS, David: “A Critique of the Choice-of-Law Problem”, *Harvard Law Review*, Vol. 47, No.2, 1933, p.p. 173–208.

CONNOR, John: *The Great Global Vitamins Conspiracy: Sanctions and Deterrence*, Working Paper, Purdue University, Indiana, Estados Unidos de Norteamérica, Febrero de 2006. Disponible en: <http://www.agecon.purdue.edu/staff/connor/papers/The%20Great%20Global%20Vitamins%20Conspiracy%20Sanctions%20and%20Deterrence.pdf>, última visita mayo de 2011.

De BOER, Th.M.: *Facultative Choice of law: The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign law*, Recueil des Cours, 257, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

DE LEÓN, Ignacio: “¿Conviene aplicar regulación antimonopolios en el comercio internacional?”. *Revista de Derecho Internacional Económico*, Vol. 2, Núm. 1, Primer semestre de 1997, Caracas, 1997.

DEMAYANYK, Yuliya y Otto VAN HERMET: “Understanding the Subprime Mortgage Crisis”, *Supervisory Policy Analysis Working Papers from Federal Reserve Bank of St. Louis*, No 2007-05, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1020396>. última visita noviembre 2009.

ELIZONDO CASTRO, León: “El Derecho de la Competencia en Materia de Energía”, Universidad Autónoma de México/Secretaría de Energía, regulación del Sector Energético, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Nro. 85. México, 1997, pp. 239-255.

ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando: “Aplicación del Derecho Antitrust y técnicas de Derecho Internacional Privado”. *Revista de Derecho Privado*, Ediciones Gráficas ORTEGA, Madrid, España. Noviembre 1996.

ETZEL, Michael; STANTON, William y Bruce WALKER: *Fundamentos de Marketing*, Décima Tercera Edición, Editorial Mc Graw Hill. México, 2004.

FIGARI, Hugo, GÓMEZ, Hugo y Mario ZUÑIGA: “Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”, *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, Año 1, N° 1 (Primavera 2005), Lima, Perú.

FISHER, Laura y Jorge ESPEJO: *Mercadotecnia*, Tercera Edición, Editorial Mc Graw Hill Interamericana. México, 2004.

GAGLIUFFI, Ivo: “La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla *per se* o la regla de la razón”, en *Revista de la Competencia y Propiedad Intelectual*, Nro. 12, Editada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Perú, 2011.

GOLDMAN, B. “Les champs d’application territoriales des lois sur la concurrence” *Recueil des Cours*, Hague Academy of International Law, t.128, 1969-III, Holanda, 1969.

GÓMEZ VELASCO, Xavier: *Patentes de Invención y Derecho de la Competencia Económica*. Editorial Abya-Yala, Serie Magíster, Volumen 27. Ecuador, 2003.

GONZALO QUIROGA, Marta: *Arbitrabilidad de la Controversia Internacional*. Editorial Alhulia. Granada, España, 2003.

GWARTNEY, James y Robert, LAWSON: *Economic Freedom of the World, 2008 Annual Report*. Economic Freedom Network, Fraser Institute. Canadá, 2008, especialmente pp. 41-182. Disponible en: http://www.fraseramerica.org/commerce.web/product_files/EconomicFreedomoftheWorld2008.pdf. última visita abril 2009.

HERNANDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*, Editorial Sherwood, Colección Cuadernos Nro 8, Caracas, 2004

HERNÁNDEZ, José Ignacio: “El Sentido de las Prohibiciones a la Iniciativa Económica en el Derecho de la Competencia. A propósito de la (incierta) Distinción entre la Regla *Per Se* y la Regla de la Razón”, *Jornadas*

Internacionales de Derecho Sobre la Libre Competencia y Sectores Especiales, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2007, pp. 195-273.

_____: *Derecho Administrativo y Regulación Económica*. Colección Estudios Jurídicos No, 83. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006.

HORWITZ, Morton: "History of the Public/Private Distinction", en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, 1981-1982.

JUENGER, Friedrich: *General course on private international law*, Recueil des Cours, 193, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

KALIL MORAES, Ricardo: "Public Monopolies, Concessions and Competition Law and Policies", Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy of the United Nations Conference on Trade and Development. Italia, 2009, disponible en: http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/ciclp2009_s2_SA_en.pdf. última visita octubre 2009.

KEGEL, Gerhard: "The Crisis of Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, 112, Martinus Nijhoff Publishers, 1964-II.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary; CÁMARA, Dionisio e Ignacio CRUZ: *Marketing*, Décima Edición, Editorial Pearson-Prentice Hall. Madrid, 2004.

KOZYRIS, Phaedon: "Interest Analysis Facing Its Critics -And, Incidentally, What Should Be Done about Choice of Law for Products Liability?", *Ohio State Law Journal*, Vol. 46 Issue 3, 1985, pp. 569-594.

_____: "Conflicts Theory for Dummies: *Après le Deluge*, Where Are We on Producers Liability?", *Louisiana Law Review*, Vol. 60, 2000, pp. 1161-1183.

LALIVE, Pierre: *Tendances et méthodes en droit international privé*, *Cours Général*, Recueil des Cours 155, Martinus Nijhoff Publishers, 1977.

LEFLAR, Robert A.: "Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations", 54 California Law Review, 1966, pp. 1584-1598.

LEVENSTEIN, Margaret y Valerie SUSLOW: "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy", en *Antitrust Law Journal*, Vol. 71, 2003-2004.

LOUSSOUARN, Yvon : "Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours*, Vol. 139, Martinus Nijhoff Publishers, 1973-II.

LOWENFELD, Andreas: "Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for their Interaction", *Recueil des Cours*, Vol. 163, Martinus Nijhoff Publishers, 1979.

MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La Norma de Derecho Internacional Privado*, Serie Trabajos de Grado, Nro. 2, Editorial Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, p. 189.

MAEKELT, Tatiana: "Aplicación del Derecho extranjero", en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2005.

_____ : *Teoría General del Derecho internacional privado*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005.

MANN, Frederick: The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years, *Recueil des Cours*, 186, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

MARCOS, Francisco: "Do Developing Countries Need Competition Laws and Policy?", Instituto de Empresa Business School. Madrid, 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=930562>. última visita febrero 2009.

MIAN, Atif y Amir SUFI: "The Consequences of Mortgage Credit Expansion: Evidence from the U.S. Mortgage Default Crisis", *The Quarterly Journal of*

Economics, November 2009, Vol. 124, No. 4, pp. 1449-1496, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1072304>. última visita noviembre 2009.

MERRYMAN, John: "The Public Law – Private Law Distinction in European and American Law", *Emory Journal of Public Law*, Vol. 17, Issue 1, 1968.

MIRANDA, Alfonso y Juan David, GUTIÉRREZ: "Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs. Los Beneficios de la Competencia". *Jornadas Internacionales de Derecho sobre la Libre Competencia y Sectores Especiales*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas 2007.

MOGOLLÓN-ROJAS, Ivor: *Estudios sobre la Legislación Pro Competencia Venezolana*. Ediciones LIBER. Caracas, 2000

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen: "El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 212, marzo/abril de 2001, pp.34-56.

RUIZ, Gonzalo: "Definición de mercado relevante y políticas de competencia", *Themis- Revista de Derecho*, Pontifica Universidad Católica del Perú, Segunda Época, Año 17, No 41, Diciembre. Lima, 2000.

SPERDUTI, Giuseppe: *Théorie du droit international privé*, Recueil des Cours, 122, Martinus Nijhoff Publishers, 1967.

SYMEONIDES, Symeon: "Material Justice and Conflicts Justice", *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, P. Borchers & J. Zekoll, editores, Transnational Publishers, 2001, pp. 125-140. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906485. última visita junio de 2011.

VISCHER, Frank: *General Course on Private International Law*, Recueil des Cours, 232, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

YRARRÁZVAL COVARRUBIAS, Arturo: "Principios Económicos de la Constitución de 1980" en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 14, Nro. 1, 1987. Págs. 97-112, última visita abril 2012: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649596>

Legislación

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.453. Caracas, 24 de marzo de 2000.

Convención de Bruselas sobre Jurisdicción y Ejecución de Decisiones en Materia Civil y Mercantil de 27 de septiembre de 1968 (Bruselas I), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126:ES:NOT>, última visita junio 2011.

Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, ratificada por Venezuela el 26 de octubre de 1995, publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nro. 4.974, de 22 de Septiembre de 1995.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, ratificada por Venezuela en 1985 mediante Ley Aprobatoria, *Gaceta Oficial* Nro 33.144 de 15 de enero de 1985.

Corporate Leniency Policy, del Department of Justice de los Estados Unidos, expedida el 10 de agosto de 1993, disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, última visita junio 2011.

Decisión 18/96 del MERCOSUR, aprobada el 17 de diciembre de 1996, disponible en <http://www.comunidadandina.org/unasur/Convergencia12-%20Políticas%20de%20competencia.pdf>, última visita febrero 2011

Decisión 608 sobre Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, disponible en <http://www.comunidadandina.org>, última visita febrero 2012

Decreto Legislativo 1034 de 2008 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de la República del Perú, disponible en [http://www.apeccp.org.tw/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034%20\(Spanish%20version\).pdf](http://www.apeccp.org.tw/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034%20(Spanish%20version).pdf), última visita mayo 2011.

Ley de Competencia de 2004 de la República de El Salvador, disponible en <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-competencia>, última visita febrero 2011.

Ley Federal de Competencia Económica de 1992, de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfce.htm>, última visita octubre 2011.

Ley para la Defensa y Promoción de la Competencia de 2005, de la República de Honduras, disponible en <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=10469>, última visita junio 2011.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de octubre de 2011, de la República del Ecuador, disponible en <http://www.iepi.gob.ec/files/transparencia/baseLegal/leyOrganicaRegulacionControlPoderMercado.pdf>, última visita febrero 2012.

Ley Nro 601 de Promoción de la Competencia de 2006, de la República de Nicaragua, disponible en http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=228288, última visita febrero de 2012

Ley No. 18.159 de 2007, sobre Promoción y Defensa de la Competencia, de la República Oriental del Uruguay, disponible en <http://200.40.229.134/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18159&Anchor>, última visita junio 2011.

Ley 29 de 1996, de la República de Panamá, disponible en <http://www.sice.oas.org/compol/natleg/Panama/L29.asp>, última visita junio 2011.

Ley 7472 de Promoción de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica de 20 de diciembre de 1994, disponible en <http://www.crecox.com/asesoria-juridica/legislacion-consulta/consumidor/Ley-7472.pdf>, última visita octubre 2011

Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, España. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.html. última visita marzo 2009.

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Ley Procompetencia), *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 34.880, Caracas, 13 de enero de 1992.

Reglamento (CE) Nro 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 (Reglamento Bruselas I), disponible en http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33054_es.htm, última visita junio 2011.

Resolución 2058 de 2009 de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones. Disponible en: <http://www.crcm.gov.co/index.php?idcategoria=45435#>, última visita abril de 2011.

Jurisprudencia/Resoluciones Administrativas

Caso *F.Hoffman-La Roche Ltd. et al. vs. Empagran S.A. et al.* United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. No. 03-724. Junio 14, 2004 <http://origin.www.supremecourtus.gov/qp/03-00724qp.pdf>. última visita julio 2009.

Caso Pasta de madera, sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europeo de 27 de Septiembre de 1988. <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61985J0089:ES:HTML, última visita julio 2008.

Caso *United States vs. Aluminium Company of America (Alcoa)*, sentencia del Segundo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos. 2 Cir., 148 F.2d 416, 429. Disponible en: cte.rockhurst.edu/s/945/images/editor_documents/content/.../indalcoaCircuit.pdf. última visita noviembre de 2008.

Caso del Uranio, *Westinghouse Elec. Corp. vs. Rio Algom Ltd.* In re Uranium Antitrust Litigation, 617 F. 2d 1246 7th Cir. 1980. Disponible en: <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F2/617/1248/41203/#fn23>. última visita julio de 2008.

Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia de la República de Honduras, Resolución Nro. 023-CDPC-2012-AÑO-V, disponible en <http://www.cdpc.hn/pdf/Resolucion%200023.pdf>, última visita junio de 2011.

Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, República de Panamá, Acuerdo Nro. PC-586-03 de 4 de diciembre de 2003, pp. 9-17, disponible en: http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/uploads/pdf/nuestra_labor/Resolucion_redes.08_28_2009_10_40_19_a.m..08_28_2009_10_56_38_a.m.pdf, última visita junio 2011.

Comisión para Promover la Competencia (COPROCOM): *Boletín Especializado de Competencia*, Edición Nro. 72, Año 6, Junio de 2004, Costa Rica. Disponible en http://www.coprocom.go.cr/documentos/boletines/boletin%202004/edicion_72.pdf, última visita febrero 2012.

Sentencia No. 834 de fecha 18 de junio de 2009, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.

Resolución del Instituto de Derecho Internacional de la Sesión Nro. 20 celebrada en Wiesbaden el 11 de agosto de 1975, *Rapporteur*: Pierre Lalive. Disponible en http://www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/1975_wies_04_en.pdf, última visita en febrero 2011.

Resolución N° SPPLC/0008 – 2009, de 14 de septiembre de 2009, Superintendencia para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, Venezuela.

Resolución No. SPPLC/0031-2008, de 3 de diciembre de 2008, Superintendencia para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, Venezuela.

Resolución SPPLC/0026-2007, de 4 de junio de 2007, Superintendencia para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, Venezuela.

Resolución No. SPPLC/0031-2004, de 19 de mayo de 2004, Superintendencia para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, Venezuela.

Resolución No. SPPLC/0033-03 de 14 de noviembre de 2003, Superintendencia para la Protección y Promoción de la Libre Competencia, Venezuela.

Resolución del Pleno de la Comisión Federal de Competencia de México, Expediente IO-001-2012, p.5, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcresoluciones/DOCS/Asuntos%20Juridicos/V45/7/15/24195.pdf>, última visita octubre 2011.

Otros

Comisión Europea: *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*. Diario Oficial de la Comunidad Europea C372, de 9 de diciembre de 1997.

Comisión de Regulación de Comunicaciones (antes, Telecomunicaciones) República de Colombia, Documento de Respuesta a Comentarios Regulación de Mercados, Diciembre de 2011, disponible en www.crcm.gov.co/index.php?idcategoria=62797&download=Y, última visita mayo de 2012.

Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, *Diario Oficial de la Comunidad Europea* C 372, de 9 de diciembre de 1997.

Convergencia Comercial de los Países de América del Sur hacia la Comunidad Sudamericana de Naciones. Políticas de Competencia, preparado por Secretaría del MERCOSUR junto con Secretarías Generales del ALADI y la CAN, en cumplimiento a lo previsto en la Primera Cumbre Presidencial de la Comunidad Suramericana de Naciones de septiembre de 2005. Vid. ALADI/MERCOSUR/CAN/14/2006, en http://www.mercosur.int/innovaportal/file/167/1/convergencia12-politicas_de_competencia.pdf. última visita mayo de 2011.

Buró de Análisis Informativo: “Para abril, se espera designar al Superintendente de Control de Poder de Mercado”, febrero 28, 2012, disponible en <http://www.burodeanalisis.com/2012/02/28/para-abril-se-espera-designar-al-superintendente-de-control-de-poder-de-mercado/>, última visita marzo 2012.

COX, Pamela: “América Latina en 2009: cómo enfrentar los efectos de la crisis mundial”, *Banco Mundial*, Noticias, 2009, disponible en: <http://go.worldbank.org/O9EQYJXB20> última visita octubre de 2009.

Department of Justice: “International Anticartel Enforcement and Interagency Enforcement Cooperation”, Capítulo 4 del Reporte Final para el Abogado General y el Abogado General Asistente, en lo adelante “*ICPAC Report*”. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/icpac/finalreport.html>, última visita mayo 2011.

Diario Oficial de la Federación, Segunda Sección, lunes 18 de enero de 2010, México, disponible en <http://www.cfc.gob.mx/cfcresoluciones/DOCS/INVESTIGACIONES/V137/30/1312154.pdf>, última visita octubre 2011.

Discurso del Abogado General Asistente de la División Antimonopolio del *Department of Justice* Estadounidense, Hewitt Pate, ante el *British Institute of International and Comparative Law Conference*, en Londres, Inglaterra, en Mayo de 2004. Disponible en:

<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/204136.htm>, última visita mayo de 2011.

División Antitrust del Departamento de Justicia y Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América, *Horizontal Merger Guidelines* de 1992. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm> última visita marzo 2009

F. Hoffmann-LaRoche Ltd. vs. Empagran S.A en The Oyez Project at IIT Chicago-Kent College of Law, disponible en: http://www.oyez.org/cases/2000-2009/2003/2003_03_724/ última visita febrero 2012.

INDECOPI, Expediente Nro. 058-2006-INDECOPI/CLC de 21 de agosto de 2006, p.6, disponible en <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/publicaciones/5/2006/1-1635/7/9/Res058-2006.pdf>, última visita junio de 2011.

Informe “Formas de Aplicar los Posibles Acuerdos Internacionales sobre la Competencia a Países en Desarrollo, entre otras cosas mediante un trato preferencial o diferenciado, con miras a que esos países puedan adoptar y aplicar un Derecho y una Política de la Competencia compatibles con su nivel de Desarrollo Económico” de la Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), TD/B/COM.2/CLP/46/Rev.3, de 7 de mayo de 2007, disponible en: http://unctad.org/es/docs/c2clp46rev3_sp.pdf, última visita mayo 2011.

International Bar Association Global Competition Forum: <http://www.globalcompetitionforum.org/> última visita abril 2009.

Página Web Oficial de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de República Dominicana, disponible en: <http://procompetencia.gov.do/es/defensa-de-la-competencia/casos-sancionados.html>, última visita mayo 2012.

Página Web Oficial de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de la República Oriental del Uruguay, disponible en <http://www.mef.gub.uy/competencia.php>, última visita febrero 2012.

Página Web Oficial del Instituto Nacional de Promoción de la Competencia de la República de Nicaragua, Sección de Resoluciones publicadas, disponible en <http://www.procompetencianic.org/info/resoluciones.html>, última visita febrero 2012.

Sistema de Información sobre Comercio Exterior http://www.sice.oas.org/countries_s.asp, última visita mayo de 2012.

Superintendencia de Competencia de la República de Costa Rica, Procedimiento Administrativo Sancionador, Fase Resolutiva, Nro. SC-010-O/PS/R-2010 de 24 de abril de 2012, disponible en: http://www.sc.gob.sv/uploads/SC-010-O-PS-R-2010_240412_1000.pdf, última visita mayo de 2012.

THE WORLD BANK: *Country Policy and Institutional Assessments, 2005 Assessment Questionnaire*, Operations Policy and Country Services. Especialmente el criterio 6to: Business Regulatory Environment. Disponible en:

<http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/CPIA2005Questionnaire.pdf>. última visita junio de 2009.

UNITED NATIONS: *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, Resolución adoptada por la Conferencia sobre Prácticas Comerciales Restrictivas de las Naciones Unidas el 22 de abril 1980 y Resolución 35/63 adoptada por la Asamblea General en su Trigésima Quinta sesión celebrada el 5 de diciembre de 1980. Disponibles en <http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/index.htm>. Última visita junio de 2009.