

# SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 18.159 DE PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Leandro Zipitría<sup>1</sup>

## 1. Introducción

La defensa de la competencia en Uruguay ha cobrado impulso tras la promulgación de la Ley N° 18.159 de Promoción y Defensa de la Competencia de 20 de julio de 2007, y el decreto reglamentario N° 404/007 de 29 de octubre de 2007. Este conjunto normativo significa un importante avance respecto de la anterior legislación de defensa de la competencia y también con relación a la debilidad institucional de la Dirección General de Comercio para poder aplicar adecuadamente la misma.<sup>2</sup> Brevemente, el nuevo cuerpo legal establece claramente las conductas prohibidas, jerarquiza al órgano de aplicación al que establece competencias detalladas y potestades amplias, y adecua las sanciones a empresas y personas físicas. Por su parte, el decreto reglamentario establece un procedimiento para la investigación de las conductas anticompetitivas y de las fusiones y adquisiciones de empresas por parte del órgano de aplicación. Por último, también reglamenta el procedimiento por el cual las empresas participantes en carteles pueden acogerse a la exoneración de las sanciones pecuniarias, siempre que aporten información que permita la sanción y el cese de sus actividades, en lo que constituye una novedad en materia legislativa.

En estas notas se discuten dos elementos asociados a la normativa de defensa de la competencia y a su aplicación. Un análisis de los objetivos de la normativa puede encontrarse en el trabajo del autor “Defensa de la Competencia: una breve nota económica”.<sup>3</sup> En primer lugar, se afirma la importancia de la determinación del mercado relevante como el elemento clave para estudiar la configuración de las conductas anticompetitivas. En la medida en que la normativa no prevé conductas prohibidas en sí mismas, deberá estudiarse aquellas realizadas por empresas que detenten posición dominante, tanto individual como colectiva, en el mercado relevante. Ello requiere delimitar adecuadamente el mercado relevante en el que opera el supuesto infractor. Esta

---

<sup>1</sup> Economista. Profesor de Organización Industrial de la Universidad de Montevideo. Asesor en Regulación y Defensa de la Competencia.

Agradezco los comentarios recibidos del Dr. Alejandro Alterwain. Los errores u omisiones son responsabilidad exclusiva del autor.

<sup>2</sup> La Dirección General de Comercio, quién era el organismo a cargo de la aplicación de la legislación anterior de defensa de la competencia, quedó a cargo de la aplicación de nueva normativa hasta que se constituyó la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

<sup>3</sup> Zipitría, Leandro (2008): “Defensa de la Competencia: una breve nota económica”, en Estudios sobre Defensa de la Competencia y Relaciones de Consumo, editado por Santiago Pereira y Daniel Rueda, Fundación de Cultura Universitaria.

discusión nace de la experiencia acumulada en la Dirección General de Comercio y que indica que la mayoría de las denuncias realizadas no contaban ni con una determinación del mercado, ni una adecuada valoración de la posición del supuesto infractor en él.

En segundo lugar, se discuten argumentos referidos a la necesidad de que el órgano de aplicación elabore lineamientos generales que den criterios respecto a la forma en la que se aplicará la normativa en los casos concretos. En efecto, dada la escasa cultura competitiva observada en nuestro país,<sup>4</sup> lineamientos claros que delimiten las conductas prohibidas de las permitidas son imprescindibles para el accionar del sector privado. Los lineamientos no refieren sólo a determinar las situaciones en las cuales las conductas serán consideradas ilícitas, sino también al procedimiento que se seguirá para probarla.

Dichas guías no sólo son necesarias como señal para los actores en el mercado, sino también para la propia actuación del órgano de aplicación. En la medida en que la normativa es extremadamente escueta en la determinación de las conductas prohibidas, y que las variables a tomar en cuenta en caso caso son múltiples, la aplicación de la normativa puede verse dificultada si no existe un criterio general que, en última instancia, comprometa al órgano de aplicación.

Asimismo, aún cuando el órgano de aplicación será siempre el especialista en la materia, las sucesivas etapas procesales implican que otros agentes, con un menor conocimiento relativo de la normativa, puedan alejarse de los principios interpretativos aceptados a nivel internacional, desviando la aplicación de la misma de la tutela de la competencia y la defensa del mercado. Esta reflexión no implica desconocer el natural proceso de revisión institucional de las decisiones administrativas consagrado constitucionalmente en nuestro país.

En las secciones siguientes se presenta un breve desarrollo de estas ideas con el objetivo de aportar al conocimiento de una normativa novedosa para nuestro medio, aún cuando es materia extendida y de aplicación relativamente estándar a nivel internacional.

## 2. La actuación del órgano de aplicación en la definición del mercado relevante

---

<sup>4</sup> Ello fue constatado en una encuesta realizada en 2010 por la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, donde un 87% de los empresarios encuestados declaró no conocer la normativa, el 86% no escuchó noticia alguna sobre la Comisión, el 44% de los empresarios considera que la fijación coordinada de precios no es una práctica anticompetitiva y un largo etcétera. La encuesta está disponible en [http://www.mef.gub.uy/competencia/documentos/2010\\_09\\_28\\_Encuesta\\_a\\_empresarios\\_2010.pdf](http://www.mef.gub.uy/competencia/documentos/2010_09_28_Encuesta_a_empresarios_2010.pdf)

Una vez iniciado un procedimiento de investigación de posibles conductas anticompetitivas, el órgano de aplicación procede a diligenciar los medios probatorios requeridos por las partes así como aquella que considere necesaria para esclarecer si la conducta es ilícita o no. Esta etapa de las actuaciones no prevé una fecha de finalización, ya que dependerá de la complejidad de la información a relevar y evaluar, y la experiencia a nivel mundial demuestra que los tiempos pueden ser relativamente extensos.

Mención aparte merece el caso de fusiones o concentraciones de empresas, donde el procedimiento se encuentra más acotado. Ello debido a que la operación de las empresas -fusión- está detenida a la espera de que se expida el órgano de aplicación. En estos casos, el artículo 9 de la Ley N° 18.159 establece un plazo de 90 días para que el órgano de aplicación se expida, quedando autorizado el acto en caso de vencimiento del mismo. Esta aprobación previa por parte del órgano de aplicación aplica únicamente a los casos de concentraciones por las cuales se constituye un monopolio en el mercado relevante.

La breve experiencia que ha generado la aplicación tanto de la normativa actual, como de los principios establecidos en los artículos 13 a 15 de la derogada Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000, señala que en la gran mayoría de los casos las denuncias contenían básicamente un breve detalle de los hechos ocurridos y la identificación del infractor.<sup>5</sup> Sin embargo, en esos casos ni la denuncia contaba con prueba suficiente que demostrara que el supuesto infractor tenía posición dominante en el mercado, ni las pruebas solicitadas por las partes iban encaminadas a allanar tal cuestión. Menos aún un encuadramiento relativamente concreto del mercado donde ocurrían las prácticas. En este marco, el primer paso de la Administración consistía en determinar el mercado relevante de la conducta, tal la aplicación universal de la normativa.

En efecto, tal como lo establece la normativa actual, y la profusa evidencia internacional, un elemento clave en los casos de defensa de la competencia es determinar el mercado donde se desarrolla la conducta. Es el paso inicial para conocer si el supuesto infractor posee o no posición dominante. La determinación del mercado relevante es un procedimiento relativamente complejo, que implica recopilar y evaluar diferente información tanto cuantitativa como cualitativa sobre la operativa de las empresas y el funcionamiento de los mercados. Esta información permite deducir con relativa certeza si la empresa tiene posición dominante en el mercado definido. Es, vale la pena repetirlo, el criterio utilizado por todas las agencias de competencia en el mundo.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Como anécdota puede señalarse que alguna denuncia ni siquiera identificó al infractor.

<sup>6</sup> En economía existen métodos estadísticos relativamente sofisticados para determinar directamente el poder de mercado de los agentes, pero la cantidad y calidad de la información requerida hace virtualmente imposible su aplicación en nuestro país.

No todos los casos son iguales a la hora de determinar el mercado relevante. Muchas veces depende de la información disponible no sólo por parte las empresas involucradas, sino también de terceros no involucrados en el diferendo. Si bien el órgano de aplicación tiene amplias facultades para requerir la información que crea conveniente para emitir su fallo y los agentes están obligados a cooperar con éste, a veces la misma se encuentra tan dispersa que es imposible tener un detalle preciso de la realidad del mercado.

A vía de ejemplo, en un caso diligenciado por la Dirección General de Comercio en el sector de las medias, se solicitó información a la Dirección Nacional de Aduanas, a la Cámara de Industrias del Uruguay y al Área Comercio Exterior de la propia Dirección General de Comercio referida a la producción e importación de medias en Uruguay. La información recabada presentaba diferencias numéricas muy importantes, en algunos casos de 10 a 1, y para sistematizarla fue necesario realizar supuestos de forma de llegar a un aproximación razonable del mercado. En última instancia, se tuvo que recurrir a informantes calificados del sector de forma de poder contrastar esos cálculos y corroborar la posición en el mercado del denunciado. Este ejemplo pretende mostrar que las potestades del órgano no bastan para conseguir la información del mercado. Cada caso tiene sus características y complejidades, y no existe un método de aplicación universal para todos los sectores.

En este marco, algunas de las interrogantes que debe responder la evidencia respecto al mercado relevante son como las que siguen: ¿Es el mercado de la cerveza, o el de las bebidas alcohólicas? ¿Es el mercado de la telefonía celular, o incluye también la telefonía básica? ¿Es el mercado de los seguros para autos, o el de los seguros en general? ¿Es el mercado de las medias sport, las de mujer, o el de todas las medias? El mercado del pan de molde, ¿debe incluir a las panaderías tradicionales? ¿y al pan horneado en los supermercados? Y para todos ellos, ¿el mercado geográfico es un barrio, Montevideo, o todo el país? ¿El mercado es regional, pues los productos son importados, o el mercado es nacional? Responderlas requiere sistematizar información de los mercados y conocer su operativa. Otro elemento que hace compleja la aplicación de la normativa es que la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia se ve obligado a actuar en todos los mercados, excepto en aquellos regulados por los órganos reguladores (art. 27 de la Ley 18.159) . Y a diferencia de aquellos, que tienen mayor información de la operativa de los mercados debido a su rol regulador, la Comisión tiene que tomar noticia sobre mercados de los que no sólo no conoce, sino que hasta le resulta difícil abarcar a todos los actores que actúan en él.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> En el caso de los sectores regulados, los organismos que actúan en estos sectores también deben autorizar o registrar la operativa de los agentes en el mercado, lo que simplifica conocer el universo de agentes que operan en él.

Pero la determinación del mercado es sólo una parte del trabajo que tienen las agencias de competencia. Una vez definido el mercado relevante, la posición dominante del infractor se deduce, básicamente, a partir de su cuota o participación en mercado definido y las características e importancia que en él tienen las barreras a la entrada. La posición dominante se entiende, para un mercado relevante determinado, como una situación donde una empresa detenta una proporción importante del mismo -en general más del 50%, pero depende del caso- y además existen barreras importantes a la entrada que dificulta el ingreso de nuevos competidores significativos al mercado. Que tan importantes son las barreras a la entrada es una cuestión de grado, pero la historia de los mercados en general revela información sobre cómo operan las restricciones detectadas.

¿Por qué es tan importante determinar el mercado y la posición en él del infractor? La respuesta es bien sencilla: las empresas con posición dominante están restringidas de realizar ciertas acciones que se permitirían a otras que no se encontraran en tal posición. El fondo de la cuestión en defensa de la competencia es comprender si quién realiza un determinado acto lo hace porque tiene una posición en el mercado que se lo permite y, con ello, distorsiona el proceso competitivo en el mercado. Sobrentendido está que el potencial infractor estará obteniendo un beneficio actual o futuro a través de la acción denunciada, ya que si ello no fuera así se abstendría naturalmente de realizarla. Las empresas toman decisiones económicas siempre que las mismas le son beneficiosas.

Estos elementos fueron considerados en el momento de la redacción de la ley de Promoción y Defensa de la Competencia. Cuando se refiere a las conductas prohibidas, recogidas en el artículo 2º -y los ejemplos del artículo 4º-, circunscribe las mismas a un determinado mercado cuando el artículo 5º establece que “a efectos de evaluar si una práctica afecta las condiciones de competencia, deberá determinarse cuál es el mercado relevante en el que la misma se desarrolla”. En otros términos, no existe sanción posible si no se comprende el efecto económico que la supuesta práctica anticompetitiva tiene sobre la competencia y, para ello, hay que definir el mercado que está siendo afectado. La normativa delega en los órganos de aplicación los criterios generales para su delimitación, atendiendo a las dificultades de establecer criterios rígidos.<sup>8</sup> A través de esta herramienta se establece si una empresa tiene o no posición dominante en el mercado. A vía de ejemplo, cuando se dice que “FNC tiene el monopolio de la cerveza en Uruguay”, se establece que

---

<sup>8</sup> La Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia ha emitido la Resolución 2/009 con los criterios generales para determinar el mercado relevante ([http://www.mef.gub.uy/competencia/documentos/mercado\\_relevante.pdf](http://www.mef.gub.uy/competencia/documentos/mercado_relevante.pdf)) y también lo ha realizado la URSEC [http://www.ursec.gub.uy/scripts/locallib/imagenes/224\\_CRITERIOS%20GENERALES%20DETERMINACION%20MERCADO%20RELEVANTE.pdf](http://www.ursec.gub.uy/scripts/locallib/imagenes/224_CRITERIOS%20GENERALES%20DETERMINACION%20MERCADO%20RELEVANTE.pdf)

la empresa tiene posición dominante en un mercado determinado, el de la cerveza.<sup>9</sup> Pero si el mercado fuera el de todas las bebidas alcohólicas, no es claro que FNC tenga una posición dominante en él.

En defensa de la competencia, hay un paso previo que es determinar si a la supuesta empresa infractora le es aplicable o no la normativa. Si tiene posición dominante en el mercado sí, en caso contrario la normativa de defensa de la competencia no se le puede aplicar. Así, una misma conducta realizada por dos empresas con distinta posición en el mercado pueden correr distinta suerte: una ser sancionada y la otra exonerada. Por tanto, las empresas con posición relevante en el mercado deben cuidar su comportamiento en él. A vía de ejemplo, un acuerdo de exclusividad entre una pequeña empresa productora y otra minorista puede ser una estrategia lícita para que la primera ingrese en un mercado nuevo y con ello se asegure una venta mínima que justifique realizar las inversiones necesarias para producir o importar sus productos. Sin embargo, el mismo acuerdo hecho por una empresa dominante en el mercado, puede tener como efecto directo o indirecto distorsionar el mercado minorista dificultando el ingreso o expansión de otros productores.<sup>10</sup>

En la práctica y en la medida en que las partes tienen el incentivo para ordenar las probanzas que crean conveniente para hacer valer la posición, el órgano de aplicación es el que corre generalmente la carga de delimitar y establecer el mercado relevante de la conducta. Ello determina que los períodos de investigación sean relativamente extensos en todo el mundo. Como ejemplo, aunque corresponde aclarar la extrema complejidad de estudiar un mercado de tecnologías e innovación, la sanción de la Comisión Europea a la empresa INTEL Corporation en mayo de 2009, comenzó por una denuncia de su rival AMD en el año 2000, a la que se agregó una nueva denuncia en el año 2003.

### 3. La necesidad de lineamientos respecto de las conductas anticompetitivas

En la sección anterior se describió una parte del procedimiento de investigación como lo es la determinación del mercado donde actúan las empresas infractoras, con sus particularidades y

---

<sup>9</sup> En realidad esta afirmación dice que FNC es el único productor de cerveza en Uruguay, lo que no es estrictamente cierto. FNC tenía el 96% del mercado de la cerveza en 2007, donde el restante 4% son otras cervezas importadas y algunas de producción nacional.

<sup>10</sup> En opinión de quién escribe, los acuerdos de exclusividad verticales por parte de empresas productoras con posición dominante con minoristas deberían estar prohibidos como regla, a menos que exista una fuerte justificación de eficiencia, la que es difícil de encontrar en la mayor parte de los casos. Si ello así fuera, entonces deberían autorizarse caso a caso.

dificultades. Las distintas realidades de los mercados, así como la disímil información disponible de cada uno, generan dificultades para realizar un proceso de aplicación general a todos los casos investigados. A ello hay que agregar los efectos de las conductas anticompetitivas, a las que no se hizo referencia. Sin embargo, la parquedad de la normativa respecto de las conductas prohibidas, acorde a su origen en la legislación sajona, genera dificultades para que los agentes económicos perciban cuáles son las conductas prohibidas y porqué. Desde el punto de vista económico, esta ambigüedad tiene sentido, ya que es difícil detallar las situaciones en las cuales una conducta tiene un efecto sobre la competencia en el mercado en una norma legal. Desde el punto de vista económico, la normativa debe aplicarse caso a caso atendiendo a las características de cada mercado, de las empresas que en él operan y de la conducta que realiza. El conjunto de estos elementos determinará el efecto sobre el mercado de la conducta investigada. Pero en un proceso incipiente de introducción de la normativa que se discute esta vaguedad genera incertidumbre en los agentes económicos respecto del alcance de la misma.

En los Estados Unidos, la legislación de defensa de la competencia tiene más de un siglo de vigencia. A lo largo del tiempo, los casos se han juzgado en base a los criterios determinados en algunos casos clave que han servido de guía a los agentes respecto de la interpretación que los tribunales realizan de las conductas anticompetitivas. A vía de ejemplo, en el caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park and Sons*, 220 U.S. 373 de 1911, la Corte Suprema de ese país estableció que la fijación de precios mínimos de reventa por parte de empresas a sus distribuidores o minoristas es una violación *per se* a lo establecido en la sección 1 de la Sherman Act. Los jueces asimilaron esta fijación de precios a la que podrían realizar dos empresas competidores, esto es un cartel. Pues recién en el año 2007 con el caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 la Corte Suprema en una reñida votación revocó el precedente y sostuvo que este tipo de restricciones deben estudiarse bajo la regla de la razón, esto es casos a caso evaluando sus efectos y la posición en el mercado de quién la realiza.

Desde el punto de vista económico no existe justificación para prohibir en sí misma la posibilidad de que las empresas fijen precios mínimos de reventa. Pongamos por ejemplo el caso de una empresa que quiere introducir un producto nuevo que requiere que sus distribuidores realicen inversiones específicas para asesorar a los clientes respecto a sus características, funcionalidades, etc. En este marco, si la empresa productora no fija un precio mínimo de reventa de su producto, algunos productores pueden evitar invertir en asesorar a los clientes, aprovechando el gasto que incurren otros, y así fijar un precio menor por el producto. Si ello ocurriese, entonces los consumidores tendrán incentivos a asesorarse con los distribuidores que sí tienen el servicio y

comprar más barato a los que no lo tienen. En este marco, un precio mínimo de reventa induce a los distribuidores a realizar las inversiones específicas o, sino las hacen, evitar aprovecharse de las inversiones ajenas.

Desde el punto de vista económico cada caso deberá demostrar que las conductas analizadas producen efectos que distorsionen negativamente al mercado y, por tanto, deban ser prohibidas. Pero lo importante es destacar que los precedentes tienen un importante valor para la aplicación de las normas en los Estados Unidos, y que éstos sólo pueden ser cambiados por la Suprema Corte. No es ocioso recalcar que, al menos en el caso presentado, los tiempos de adecuación de la doctrina son relativamente lentos.

En la Unión Europea nos encontramos con una situación con resultados similares, pero de naturaleza diferente. En efecto, la aplicación de la normativa de competencia se hace en base a lineamientos que realiza la propia Comisión Europea y no por precedentes. A pesar de sus complejidades, estos lineamientos son una guía para la actuación del sector privado. Ejemplo de ello son los lineamientos aplicables a las restricciones verticales entre empresas y recogidos en las “Directrices relativas a las restricciones verticales” (2010/C 130/01) del año 2010. Básicamente, éstas establecen un conjunto de conductas prohibidas para todos los agentes, otras prohibidas para algunos agentes -los dominantes-, y otras que se analizan caso a caso. Estas directrices son las que guían no sólo a la Comisión Europea, sino también a las agencias de competencia de los países integrantes de la Unión Europea.

Esta presentación busca enmarcar la importancia que tiene que tanto los agentes como el órgano de aplicación cuenten con lineamientos que hagan relativamente previsible el accionar de este último. Ello por varios motivos. En primer lugar, forma parte de la propia promoción de la cultura competitiva explicar a los agentes económicos los alcances y limitaciones de la normativa. Las opiniones sobre qué busca sancionar una norma de defensa de la competencia es tan variado, que es el propio órgano de aplicación el que debe guiar a los agentes sobre su alcance.<sup>11</sup>

En segundo lugar, da previsibilidad a los agentes, lo que tiene a su vez un doble efecto. A los infractores los induce a evitar conductas que hayan sido calificadas como punibles, aún cuando éstos pueden correr el riesgo igual llevarlas a cabo. La escasa cultura competitiva de las empresas en nuestro país tiene como consecuencia que las empresas pueden estar tentadas a correr los riesgos.

---

<sup>11</sup> Ver por ejemplo la encuesta mencionada en la nota 3 página 11, donde cuando se consulta a los empresarios respecto a qué se entiende por promoción y defensa de la competencia surgen un cúmulo de respuestas de lo más variadas y contradictorias entre sí, aún cuando las respuestas sean relativamente pocas.



Para las empresas que estén siendo víctimas de conductas anticompetitivas, los lineamientos hacen más fácil reconocer éstas como ilegales. Ello tiende a facilitar el acceso al procedimiento de aquellas empresas que están siendo afectadas por dichas prácticas, en la medida en que estimula su denuncia al conocerse con mayor claridad el desenlace del procedimiento. Para las empresas no es sencillo iniciar acciones contra la dominante en el mercado, ya que muchas veces temen de éstas represalias directas o indirectas. Además si el proceso no es claro de antemano respecto al desenlace se convierte en un desestímulo a la presentación de denuncias. Ello desencadena en que el órgano de aplicación se encuentra obligado a actuar de oficio en un mayor número de casos, con las dificultades que estas actuaciones implican debido a la escasa información a priori de los mercados.

Este efecto presenta las dos caras contrapuestas de lineamientos con cierto grado de rigidez. Por un lado, son ineficientes desde el punto de vista económico en la medida en que pueden prohibir comportamientos que no tengan efectos anticompetitivos pero se encuentren previstos de antemano en la reglamentación. Por el otro, si la normativa no es clara a la hora de ser aplicada, se corre el riesgo de que el órgano de aplicación no identifique mercados que están siendo afectados por prácticas anticompetitivas, debido a que los afectados no las denuncien por temor o desconocimiento, y se genere una situación donde la menor presión competitiva en ese mercado se traduzca en mayores precios para los consumidores, generando a su vez una ineficiencia económica.

En un marco de desconocimiento generalizado de la normativa, tanto la acción como la inacción tiene su costo. Sólo ello puede explicar que exista media docena de denuncias de prácticas anticompetitivas en el año 2009 y poco más de una docena en 2010 ante el órgano de aplicación, cuando es conocido en el ámbito empresarial que existen múltiples empresas en distintos mercados cuyo accionar es, al menos, dudoso desde el punto de vista de la competencia.

En segundo lugar, la redacción de lineamientos simplifica al órgano la aplicación de la normativa, al menos en aquellas conductas y situaciones más fáciles de prever sus efectos anticompetitivos. Con lineamientos, el engorroso proceso de determinar el mercado, la posición del infractor, probar la conducta y los efectos de la misma en el mercado, etc., se reduce a demostrar la posición dominante de quien realiza la misma, y probar la efectiva realización de la conducta. Desde el punto de vista procesal es un avance sustantivo, tanto para el órgano de aplicación como para los posibles afectados por la conducta.

En tercer lugar, reduce los grados de discrecionalidad tanto del órgano de aplicación como

de las instancias de revisión superior de sus decisiones.<sup>12</sup> En efecto, con una normativa tan escueta en donde las conductas prohibidas están en un inciso de un artículo, con un desconocimiento generalizado sobre sus alcances, y con escasa información económica de los mercados, la posibilidad de que se interprete según las múltiples bibliotecas jurídicas hace que el desenlace de los juicios se torne relativamente imprevisible. En este sentido, ¿qué mayor garantía que los agentes sepan de antemano cómo se los va a juzgar y que elementos determinarán la ilicitud de sus actos?

Lineamientos claros definidos a través de un proceso transparente y de consulta pública, que permita que se conozcan las posiciones de los distintos agentes del mercado, son la mayor garantía para su aplicación. Los mismos no tienen porqué ser ambiciosos, ni tampoco estar redactados en términos de determinar de antemano conductas prohibidas en sí mismas, ya que el criterio último debe ser el de analizar los efectos de la conducta sobre el mercado.<sup>13</sup> Pueden establecer criterios respecto de las conductas que son consideradas lícitas, dejando la investigación caso a caso para determinar aquellas prohibidas. Debe quedar claro que estos lineamientos no implican abandonar el análisis y pasar a conductas prohibidas en sí mismo, sino a clarificar el alcance de la normativa. A vía de ejemplo de este tipo de lineamientos, se puede establecer que las empresas con posición dominante no podrán hacer acuerdos de exclusividad con minoristas a menos que sean absolutamente necesarios para preservar inversiones específicas de la empresa. Este lineamiento se aplica sólo a las empresas dominantes y presupone que los acuerdos de exclusividad que no tengan una justificación de protección de inversiones específicas tienen como objetivo desplazar a otros agentes del mercado.

Hay que reconocer que ésta no es una tarea sencilla, principalmente por la cantidad de conductas con potencialidad de daño a la competencia y las distintas realidades económicas de los mercados. Sin embargo, la alternativa a los lineamientos es contar con una jurisprudencia voluminosa la que hoy por hoy no se dispone, ni se dispondrá en el corto plazo. Una segunda alternativa es tomar como referencia los casos internacionales, realizando las adecuaciones correspondientes a la realidad nacional. Sin embargo, debería quedar claro cómo es que se va a adecuar estos casos, de lo contrario se estaría incorporando incertidumbre nuevamente en el procedimiento. Asimismo, muchas veces los agentes afectados por posibles conductas anticompetitivas no conocen esta jurisprudencia.

---

<sup>12</sup> Según el diccionario de la Real Academia Española a discreción quiere decir tanto al arbitrio o buen juicio de alguien, como al antojo o voluntad de alguien, sin tasa ni limitación. Cuando me refiero a la discrecionalidad de los órganos de aplicación me refiero a la primera definición.

<sup>13</sup> Las conductas prohibidas en sí mismas en la literatura de defensa de la competencia son conductas prohibidas per se, mientras que las conductas cuyos impactos económicos se analizan caso a caso se conocen como el procedimiento de la regla de la razón o *rule of reason*.

Pero los lineamientos no se circunscriben únicamente a las conductas, ya que también pueden atender cuestiones procesales. En efecto, en el caso de los carteles muchos países se basan en evidencia obtenida a través de procedimientos donde se allana los domicilios de las empresas supuestamente infractoras y se decomisa evidencia. Otras veces, cuando no es factible acceder a estas instancias judiciales, se estudia desde el punto de vista económico y lógico si la situación denunciada no tiene explicación alternativa, como ser que las mismas suban los precios sistemáticamente en el mismo día. Cómo se va a actuar en este tipo de situaciones también requiere definiciones. ¿Se acepta la evidencia indiciaria en caso de carteles, o se buscará plena prueba para su sanción?

Si bien este tipo de lineamientos genera necesariamente inflexibilidades que pueden atentar contra la eficiencia económica, el hecho de que se encuentren en el marco de decisiones tomadas a nivel del órgano de aplicación y no en el texto legal facilita la adaptación de los mismos a la realidad económica imperante en el momento. En última instancia es un problema de riesgos: por un lado, dejar pasar conductas prohibidas que resultan en perjuicio del mercado por desconocimiento de la normativa y sus alcances; por otro, prejuzgar muchas conductas como anticompetitivas puede determinar que se prohíban conductas que no tienen efectos sobre el mercado.

#### 4. Conclusiones

Estas breves notas presentaron dos de las problemáticas que enfrenta la aplicación de la defensa de la competencia en Uruguay. Por un lado, recalcar que no basta con tener prueba de la conducta denunciada si no se puede probar económicamente que el denunciado posee posición dominante. Para este análisis no se requiere ser economista, ya que los empresarios y las personas que trabajan en las empresas son las que entienden de primera mano como funciona el mercado y disponen de la información pertinente. Sin determinación del mercado relevante no es posible establecer si en éste el denunciado tiene una posición tal que le permite manejarlo a su favor en detrimento del proceso competitivo.

En segundo lugar, se presentaron elementos a favor del desarrollo por parte de los órganos reguladores de lineamientos generales referidos a las conductas de empresas, de forma de que los agentes afectados cuenten con mayores elementos de juicio para conocer si el comportamiento de una empresa cuadra dentro de la normativa. Se entiende que ello tendría como efecto una mayor

denuncia de comportamientos inconvenientes para la competencia, transformando este instrumento en una herramienta para el bienestar de los consumidores.