

ENSAYO

**“CONTRATO DE EXCLUSIVIDAD Y DENEGACION DE SUMINISTROS.
CASOS EN QUE EL TITULAR DE UN DERECHO CEDE ANTE EL DERECHO
DE LA COMPETENCIA. SU POSIBILIDAD DE APLICACIÓN EN EL
MERCADO NACIONAL E IMPLICANCIAS JURIDICAS”**

PRESENTADO EN EL LLAMADO A CONCURSO PUBLICO DE
OPOSICION N° 1/2017 CONVOCADO POR LA COMISION D E
SELECCIÓN, PARA EL CARGO DE MIEMBRO DEL DIRECTORIO DE
LA CONACOM.

JUNIO DE 2017

ASUNCION – PARAGUAY

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, stylized strokes, located in the bottom right corner of the page.

EI DERECHO DE COMPETENCIA

Antecedentes

Breve reseña en del origen del derecho a la competencia y su desarrollo en los países que lo adoptaron.

El Derecho de la Competencia de EE.UU. se originó en 1890 cuando el Congreso de ese país aprobó el proyecto de ley contra los monopolios (en inglés antitrust) presentado por el senador John Sherman del Estado de Ohio.

A partir de este momento se dio inicio a más de un siglo de jurisprudencia sobre los monopolios, las concentraciones empresariales, las prácticas restrictivas, los carteles y en general todos los aspectos relacionados con el derecho antitrust. De acuerdo a la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés, Corporate trusts) y carteles de precios (en inglés, pooling arrangements.) que operaban en todo EE. UU., en la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgen como respuesta del Estado a las restricciones generadas por los fenómenos económicos.¹

En Europa empezó con la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 (Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea – CEE). El objetivo del Derecho de la Competencia de la Unión Europea desde su concepción hasta el día de hoy se caracteriza por ser un instrumento más dentro de la política de profundizar la integración económica de Europa, el Artículo 4º del referido Tratado establece entre otras cosas que, la política económica de los Estados miembros “*se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.*”²

¹ Miranda Londoño, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 148

² Galán Corona, Eduardo, “La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003.

El **Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur** del cual Paraguay es suscribiente, conjuntamente con los países de Argentina, Brasil y Uruguay, que fuera ratificado por Paraguay por **Ley 1143/97**, se estableció en el referido tratado por ejemplo el Capítulo I, Objetivo y Ámbito de aplicación, “*Artículo 1° El presente Protocolo tiene por objeto la defensa de la competencia en el ámbito del MERCOSUR.*”

No obstante, mencionar que Brasil desde junio de 1994 cuenta con un Consejo Administrativo de Defensa Económica para la prevención y sanción en materia de libre competencia. Argentina por su parte cuenta con una Ley de competencia y reglamentos desde el año 1999 y Uruguay que cuenta con un Decreto de Defensa de la Competencia desde el año 2001. Nuestro país, se suma así al concierto de naciones en materia de Defensa de la Competencia poniéndose a tono con la ley N°4956/2013 de Defensa de la Competencia y el Decreto N°1490/2014 por el cual se reglamenta la Ley de Defensa de la Competencia.

El Mercado y la Competencia

Mercado es el proceso que se pone en marcha para el intercambio de bienes y servicios, en que los participantes intervienen mediante sus voluntades solventes y se Interaccionan a través de relaciones competitivas.³

La historia enseña que los individuos persiguen una búsqueda constante de su propio beneficio económico; y han venido aceptando las distintas reglas económicas establecidas por el mercado y la tendencia de los individuos es la obtener beneficios por medios leales.

La competencia por su parte es la situación en la cual los agentes económicos tienen la libertad de ofrecer bienes y servicios en el mercado, y de elegir a quién compran o adquieren estos bienes y servicios.

³ Pascual Julio y Vicente, Diccionario de derecho y economía de la competencia de España y Europa, primera edición, 2002, Pág. 264.

En general, esto se traduce por una situación en la cual, para un bien determinado, existen una pluralidad de oferentes y una pluralidad de demandantes.

La libertad económica tiene vida y existencia en el terreno de una economía de mercado. La competencia es la expresión más clara de esa libertad individual; es el factor dinámico por excelencia que reafirma la existencia de una economía de mercado. Los individuos empresarios, agentes económicos que concurren al mercado son los actores y protagonistas en pleno ejercicio de su libertad, en despliegue de su iniciativa y mejores esfuerzos, de su más alta creatividad y eficiencia que les conduce a un objetivo o meta común: satisfacer la demanda del consumidor de bienes y servicios.⁴

De las disposiciones legales en materia de la Libre Competencia

La libertad de empresa no puede ser absoluta, ya que los derechos de los Empresarios y consumidores se verían afectados al no saber los límites de su accionar.

En nuestra legislación vemos la limitación al actuar de todos los agentes económicos, de tal forma que las relaciones económicas puedan desarrollarse de manera armónica, se fundamentan en la Constitución Nacional de la República del Paraguay del año 1992 en su **Artículo 107.- De la libertad de competencia.** *“Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. **Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre competencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la ley penal.**”*

De igual manera contempla en el **Artículo 108.- De la libre circulación de productos.** *“Los bienes de producción o fabricación nacional, y los de*

⁴ Bendaña Jarquin, Julio. Derecho a la competencia: un tema novedoso en debate, 2002, pág. 10.

Procedencia extranjera introducidos legalmente, circularán libremente dentro del territorio de la República.”

Por su parte la ley del Comerciante **N° 1034/83** vigente, sobre el tema en análisis establece en su **Artículo 1°**: *“La presente Ley tiene por objeto regular la actividad profesional del comerciante, sus derechos y obligaciones, **la competencia comercial**, la transferencia de los establecimientos mercantiles y caracterizar los actos de comercio.”*

Artículo 2°: *“A falta de normas especiales de esta Ley, se aplicarán las disposiciones del Código Civil. (Ley 1183/85) Los usos y costumbres mercantiles pueden servir de regla sólo cuando la ley se refiera a ellos, para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio y para interpretar los actos o convenciones de la misma naturaleza.”*

Artículo 105°: *“La competencia comercial puede ejercerse libremente siempre que no lesione los intereses de la economía nacional y dentro de los límites establecidos por las disposiciones de este Código, las leyes especiales o lo que las partes acordasen contractualmente”.*

Artículo 106°: *“El pacto que limite la competencia será válido si se circunscribe a una zona y actividad determinada y por no más de cinco años, siempre que no tenga por finalidad perjudicar a terceros.*

Si no se hubiese estipulado plazo o se conviniere uno mayor al establecido en este Artículo su duración será de cinco años.”

Artículo 107°: *“El que fuere proveedor único de un servicio o un producto está obligado a suministrarlo a todos los interesados en igualdad de condiciones y precio”.*

La ley **N° 4956/2013** de **Defensa de la Competencia Artículo 1°** *“La presente Ley tiene por objeto defender y promover la libre competencia en los mercados. Los actos contra la libre competencia quedan prohibidos y serán corregidos y castigados, mediante los mecanismos y sanciones previstas en esta Ley.”* El **Decreto N° 1490/2014** por el Cual se reglamenta la Ley de Defensa de la Competencia.



Esta nueva disposición legal garantiza la libre y leal competencia económica y se aplica a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales repercutan en el mercado nacional. En términos generales se considera que constituyen competencia desleal “todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines de competencia, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos deshonestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento de competencia del mercado”.

Ahora bien, en cuanto a la existencia de varios tipos de acuerdos para alinear intereses de los agentes que participan en la cadena de producción, tenemos el caso de los contratos de exclusividad.

Los contratos de exclusividad pueden ser definidos como aquellos acuerdos por los que el proveedor prohíbe al distribuidor que venda los productos elaborados por los competidores de aquél. De manera que los agentes económicos que participan en la relación contractual son el proveedor y el distribuidor. Así, los contratos de exclusividad buscan evitar que los competidores del productor se aprovechen de las inversiones realizadas por éste, como la capacitación en ventas del personal de su distribuidor, como por ejemplo, el productor que invirtió en mejorar el local del tercero, se puede poner de acuerdo con éste para que no venda los productos de los competidores en su local. De esta forma, el productor tendrá la seguridad que en un determinado tiempo podrá recuperar la inversión realizada al no enfrentar competencia en el local del tercero.

La denegación de suministro consiste en la negación de trato o condicionamiento de la venta impuesto por un productor o distribuidor ya sea a un mayorista o a un minorista, y que puede tener varios fines como ser obligar a un minorista a respetar precios exigidos, pudieran apoyar acuerdos de distribución exclusiva, reservar la venta del producto a cierta categoría de consumidores o a una cierta zona geográfica por ejemplo: Los acuerdos de distribución exclusiva, en el que el fabricante

autoriza a un único distribuidor para comercializar el producto. En virtud de este contrato, un empresario independiente asume el encargo de promover en forma estable y permanente los negocios de otro empresario dentro de un territorio determinado. En esta medida, la exclusividad del agente en el desempeño de sus funciones constituye un elemento accidental del contrato cuya eliminación no afecta ni la existencia ni la naturaleza del mismo, pero sí que puede afectar el interés de las partes en la suscripción del acuerdo.

De ahí que, los contratos de exclusividad no siempre tienen una intención dañina y que en muchas veces son utilizados como mecanismos para alinear los intereses contrapuestos del productor y del distribuidor, generando beneficios. Sin embargo, también se puede recurrir a estos contratos para obtener beneficios por medios distintos a la eficiencia económica, ocasionando perjuicios al normal desarrollo del proceso competitivo.

Entre los perjuicios ocasionados se pueden mencionar la eliminación o disminución que realiza el productor de los canales de distribución disponibles para sus competidores.

La legislación paraguaya regula ese tipo de relaciones contractuales en la Ley N° 194/93 por el cual "se definen las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios, proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de representantes, agentes o distribuidores domiciliados en la república".

Por lo que se puede observar en la Ley N° 194/93 se protege el relacionamiento entre las partes, dejando la exclusividad al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes.

La Ley 4956/13 Defensa de la Competencia, en su **Artículo 2°** dispone los **Principios** en que se fundamenta:

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, stylized strokes, located in the bottom right corner of the page.

1. Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas en la Ley por razones de interés general.

2. Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones individuales o concertadas que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia existente o futura en el mercado relevante.

3. A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el numeral anterior, el órgano de aplicación tomará en cuenta si estas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos involucrados comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas y el beneficio que se traslada a los consumidores.

4. El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por Ley, no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante.

Por su parte el **Artículo 3°** refiere.- **Ámbito de aplicación de la Ley.**

1. La presente Ley es aplicable a todos los actos, prácticas o acuerdos llevados a cabo por personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, con domicilio legal en el país o en el extranjero, sean de derecho público o privado, o cualesquiera entidades que desarrollen actividades económicas, con o sin fines de lucro, y que produzcan efecto sobre la competencia, en todo o en parte del territorio nacional, excepto las limitaciones establecidas por Ley, debidamente justificadas por razones de interés general.

Quedan incluidas entre las personas jurídicas a las que se refiere el párrafo anterior, las entidades del gobierno central y entes descentralizados que ejercen monopolio estatal.



Sigue diciendo el **Artículo 7°.- Convenios Internacionales.**

Se prohíben todas las conductas restrictivas de competencia que sean incompatibles con las obligaciones que resulten de los Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales aprobados o ratificados por la República del Paraguay.

Ley de Defensa de la Competencia plantea un nuevo escenario para las relaciones contractuales entre los fabricantes o firmas extranjeras y empresas domiciliadas en la República del Paraguay, dicha ley otorga cierta flexibilidad en la interpretación de la conducta de las partes, y el carácter de exclusividad en este tipo de contratos mercantiles, y siempre que adecuen sus reglas a los principios citados a la disposición legal sub examine, en mi opinión no necesariamente acarreará efectos atentatorios a la libre competencia.

En este orden de cosas, corresponderá a la novel Institución de la CONACOM erigida como una Persona Jurídica de Derecho Público, con competencia tanto en el sector público como privado dentro de las facultades que se confiere, entender y resolver el cumplimiento de las condiciones de su aprobación, sin perder de vista de que la carga la prueba para verificar la existencia de la infracción, en los casos de las conductas tipificadas en el Capítulo II de los Acuerdos Prohibidos y el Capítulo III De las Conductas Abusivas del Título I de la Ley, la carga de la prueba recae sobre la CONACOM.

Por el contrario, una vez probada la existencia de una infracción, la carga de la prueba sobre la existencia de ganancias en eficiencia económica que compensen sus afectos negativos en el mercado recaerá sobre la persona física que las alegue, de conformidad al Artículo 3° del Decreto No.1490/14 por el cual se reglamenta la Ley No. 4956/2013 “DEFENSA DE LA COMPETENCIA”



Finalmente, se puede decir como una cuestión de vital importancia, primeramente, los cargos previstos en la estructura organizacional de la institución deben ser cubiertas para que el órgano funcione adecuadamente, y paralelamente lograr las asignaciones presupuestarias que requiere la CONACOM para el cumplimiento de su cometido, esto es teniendo en cuenta las amplias funciones otorgadas y que la disposición legal se encuentra plenamente vigente.

Si bien la reglamentación de la Ley de Defensa de la Competencia complementa las atribuciones que serán de aplicación directa, no es menos cierto que la CONACOM requerirá normar ciertas y determinadas funciones dentro del marco de las disposiciones legales vigentes y citadas más arriba, para lograr un mejor desempeño y determinar las responsabilidades de los intervinientes.

Esto es, teniendo en consideración las distintas situaciones y conductas abusivas que pueden darse y que están contemplados en la Ley, tales como, el alza o baja de precios ficticios, los precios predatorios, los acuerdos predatorios, el monopolio, el oligopolio, el abuso de la posición dominante, etc. que deberán ser atendidas y resueltas por la Comisión Nacional de la Competencia.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, stylized strokes that form a cursive name.

BIBLIOGRAFIA

- Miranda Londoño, Alfonso. Ob. Cit. Pág. 148
- Galán Corona, Eduardo, “La Aplicación del Derecho de la Competencia en la Comunidad Europea a partir del Reglamento No. 1 de 2003.
- Pascual Julio y Vicente, Diccionario de derecho y economía de la competencia de España y Europa, primera edición, 2002, Pág. 264.
- Bendaña Jarquin, Julio. Derecho a la competencia: un tema novedoso en debate, 2002, pág. 10.
- Constitución Nacional de la República del Paraguay
- Ley N°1034/1983 Del Comerciante
- Ley 194/93, de 06 de julio de 1993, por el Cual se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay, 1993.
- Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR, firmado en la Ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, el 27 de diciembre de 1996, 1996.
- Ley N°4956/13, 29 de mayo de 2013, de Defensa de Competencia, 2013.
- Decreto Reglamentario N° 1490/14 por el Cual se reglamenta la Ley N° 4956/13
- American Bar Association, Antitrust Law and Economics of Product Distribution. ABA Publishing, Chicago, 2006 (Derecho antimonopolio y economía de la distribución de productos).