

EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE COMPETENCIA

O PACTO DE EXCLUSIVIDADE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA NOVA LEI DE CONCORRÊNCIA

*Linda Ríos Montania**

Resumen: *El bien jurídico protegido por la nueva ley de Defensa de Competencia es la economía de mercado. Lo que se busca finalmente es la eficiencia en la competencia y toda conducta que vaya en detrimento de ella debe ser combatida en aras de preservar el interés general. Las conductas prohibidas son las prácticas de posición dominante, las regulaciones en materia de concentraciones y el abuso de posición dominante.*

Por su parte la ley 194/93 de contratos de representación, agencia y distribución establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay; resulta muy protectora para las empresas domiciliadas en la República del Paraguay, según las firmas extranjeras, ya que les genera un desequilibrio y desigualdad, por violar supuestamente el régimen de igualdad de oportunidades y el de la libre competencia. Y es allí donde toca el derecho a la defensa de competencia ya que la nueva ley prohíbe el abuso de posición dominante, y todas las conductas, acuerdos o prácticas que sean restrictivas de la competencia y el abuso de una posición dominante en todo o en parte del mercado relevante; son algunas de las cuestiones que determinaron la conveniencia del estudio de las referidas leyes, y su profundización en aspectos sustantivos.

Resumo: *O bem jurídico protegido pela nova lei de Defesa da Concorrência é a economia de mercado. O que busca-se finalmente é a eficiência na concorrência, e toda conduta que fosse em detrimento dela deve ser combatida em objeto de preservar o interesse geral. As condutas proibidas são as práticas de posição dominante, as regulações em matéria de concentrações e o abuso da posição dominante.*

Pela sua parte a lei 194/93 de contratos de representação, agência e

* Abogada. Especialista en Derecho Civil y Comercial. Cursando la Maestría en Derecho Civil y Comercial. Relatora del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Sexta Sala, de la Capital. Pasante del Proyecto Digesto Jurídico del Ministerio de Industria y Comercio – Paraguay. E-mail: lindariosm7@gmail.com

distribuição estabelece o regime legal das relações contratuais entre fabricantes e marcas do exterior e pessoas físicas o jurídicas estabelecidas no Paraguai; resulta muito protetora às empresas domiciliadas na República do Paraguai segundo as firmas estrangeiras, já que gera para eles um desequilíbrio e desigualdade, por violar supostamente o regime da igualdade de oportunidades e da livre concorrência. E, é ali onde toca o direito à defesa da concorrência já que a nova lei proíbe o abuso da posição dominante, e todas as condutas, acordos ou práticas que sejam restritivas da concorrência e o abuso de uma posição dominante em todo ou numa parte do mercado relevante; são algumas das questões que determinaram a conveniência do estudo das referidas leis, e seu aprofundamento em aspectos substantivos.

Palabras clave: Contrato de agencia, Contrato de representación, Contrato de distribución, Pacto de exclusividad, Cláusula de compromiso de no competencia, Defensa de competencia, Paraguay

Palavras-chave: Contrato de agência, Contrato de representação, Contrato de distribuição, Pacto de exclusividade, Cláusula de exclusividade de não competência, Defesa da concorrência, Paraguai

1. INTRODUCCIÓN

La globalización consiste en un proceso político, económico, social y ecológico, donde cada vez existe una mayor interrelación económica a nivel mundial.

Con el auge del comercio en Paraguay la cantidad de importación de productos o servicios extranjeros ha aumentado considerablemente, dando inicio a las relaciones contractuales con empresas nacionales, así este tipo de contratos mercantiles ha adquirido especial relevancia.

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*”.

Los contratos de representación, agencia y distribución son relativamente modernos ya que datan del Siglo XIX, éstos son un nexo entre el productor industrial y el consumidor final, y lo que se busca con este tipo de negocios internacionales es fortalecer la economía de la red comercial con la expansión del comercio internacional.

Este tipo de contratos son necesarios, y para minimizar futuros conflictos entre las partes, suelen pactarse cláusulas con respecto al territorio, la duración, gastos, inversiones publicitarias, cláusulas de no

competencia, causales de terminación y pactos de exclusividad.

Este último *-pacto de exclusividad-* ha generado problemáticas desde la óptica de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, surgiendo nuevas interrogantes que nuestra jurisprudencia nacional aún no ha podido contestar, evidentemente se ha ampliado el campo de debate, partiendo de esta problemática en el presente artículo se intenta exponer desde la comparación de otras experiencias -Comunidad Europea y legislación comparada- una solución jurídica razonable.

2. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN

De conformidad al Artículo 2° de la Ley 194/93 “*se entiende por:*
a) *Representación: La autorización otorgada por el contrato, debidamente Instrumentada, para que una persona natural o jurídica domiciliada en la República, gestione y realice transacciones comerciales para la promoción venta o colocación, dentro del país o en cualquier otra área determinada de productos y servicios proveídos por un fabricante o firma extranjera...*”

Deviene entonces que se trata de un contrato consensual, gratuito o retribuido, unilateral o bilateral, según sea o no retribuido.

En el contrato de representación existe posibilidad de que el representante concluya y negocie las operaciones en nombre de su representado ofreciendo estrictamente lo que está establecido en las cláusulas del contrato y de las condiciones de venta previamente establecidas.

Las Cláusulas comunes son:

- a) objeto del contrato,
- b) exclusividad y territorio,
- c) compromiso de no competencia,
- d) material promocional y muestras,
- e) negociación de operaciones,
- f) aprobación de operaciones,
- g) gestión de cobros,
- h) remuneración del representante,
- i) cálculo de comisiones,
- j) fecha y pago de comisiones,
- k) gastos de gestión de comisiones,
- l) duración del contrato,
- m) indemnizaciones,
- n) ley aplicable jurisdicción competente e
- o) idiomas.

El *objeto del contrato* es intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos por ello se encuentra facultado para celebrar contratos en nombre del fabricante/firma extranjera.

La Empresa fabricante o firma extranjera al otorgar por contrato

la autorización para que éste le gestione y realice transacciones comerciales, lo hace porque está interesada en expandir las ventas a los mercados internacionales.

El representante debe actuar con buena fe, responde de su conducta rindiendo cuentas a su representado abonando lo percibido en virtud del contrato. Siempre que actúe en nombre del fabricante o firma extranjera, debe hacerlo con debida diligencia comunicando a la firma extranjera la información que disponga, debe someterse a las condiciones de venta y formas que ésta determine, y debe cumplir con los objetivos fijados en el contrato cuyo incumplimiento conlleva a la revocación o modificación unilateral del contrato, pudiendo además el fabricante o firma extranjera negarse a prorrogar la representación.

El representante no responde el buen fin de las operaciones salvo que haya sido estipulado que sí. La firma extranjera por su parte debe responder frente a las obligaciones que contrajo su representante en su nombre. El Representante debe actuar con los terceros en nombre, por cuenta y en representación del fabricante o firma extranjera que lo ha autorizado así por contrato. En este caso las relaciones se forman directamente entre el representante y los terceros. Si el representante actúa con los terceros por su propio nombre, él se obliga personalmente con los terceros. El representante debe trasladar cualquier tipo de reclamos a la empresa fabricante o firma extranjera. Está prohibido que represente a fabricantes o firmas extranjeras que tengan productos competitivos, lo que le está permitido es trabajar para varias empresas pero que sus productos no sean competitivos entre sí.

3. CONTRATO DE AGENCIA

De conformidad al Artículo 2º de la Ley 194/93 “*se entiende por: b) Agencia: La relación contractual, debidamente instrumentada, por la cual un fabricante o firma extranjera faculta a una persona natural o jurídica, domiciliada en la República, a intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos con clientes, dentro del país o cualquier otra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de una comisión...*”

Manuel Brosetta Pont lo define como “*Aquel en virtud del cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover y concertar contratos en nombre y por cuenta de otros, en una zona determinada*”¹.

Nos encontramos ante un contrato típico, que según nuestro código civil las relaciones deben estar pactadas en un contrato, por lo que surgen derechos y obligaciones para ambas partes.

¹ RIBO DURAN, L y FERNANDEZ, J., *Diccionario de Derecho Empresarial*. Barcelona: Edit. Bosch, 1998, p. 479.

Por un lado *obligaciones del agente* de velar por los intereses del fabricante o firma extranjera, comunicarle de todo lo actuado, actuar con debida diligencia en las operaciones que se le confían, seguir las instrucciones encomendadas y llevar contabilidad de sus operaciones. Sus *derechos* son los de obtener una remuneración económica por sus gestiones, la limitación contractual de la competencia en el sentido de que deberá ejercer su actividad – de forma exclusiva o no- para el fabricante o firma extranjera en el territorio que se delimita en el Contrato e indemnización en caso de que la firma extranjera cancele, revoque, modifique o negarse a prorrogar la agencia unilateralmente sin expresión de causa.

Por otro lado *obligaciones del fabricante o firma extranjera* de poner con anticipación los catálogos y tarifas para el ejercicio de la promoción, venta o colocación de los productos o servicios. Otorgar la información necesaria al agente para la ejecución de las gestiones y pagar la remuneración pactada en el contrato en tiempo y forma.

4. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

La Ley 194/93 en el artículo 2° prevé al contrato de distribución en los siguientes términos: “c) *Distribución: La relación contractual, debidamente instrumentada, entre un fabricante o firma extranjera y una persona natural o jurídica domiciliada en la República, para la compra o consignación de productos, con el fin de revenderlo dentro del país o en cualquiera otra área determinada*”.

De ello surge, que es un contrato mercantil *innominado* –ya que si bien la ley se refiere a ella de forma autónoma no lo regula expresamente², se puede definir como un negocio jurídico en el cual dos personas –ya sean físicas o jurídicas- colaboran de forma permanente y continua, tanto el proveedor –firma extranjera- como el distribuidor –nacional- actúan por cuenta propia y son independientes.

El proveedor cede la comercialización de los productos o servicios de los cuales es titular, al distribuidor para la compra o consignación con el fin de revenderlo dentro del territorio determinado en el contrato, obteniendo así éste el beneficio de reventa.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LEY 194/93

La ley N° 194/93 regula las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país de productos o servicios proveídos por firmas extranjeras y las empresas domiciliadas en la República y, los modos de conclusión de los contratos de representación,

2 JIMENEZ, Eugenio. *Contratos y títulos de crédito*. 2ª ed. Asunción: Editorial Intercontinental, 2014, p. 497.

agencia y distribución, fijando pautas para el pago de una indemnización en caso del cese sin expresión de causa.

Para que la relación contractual caiga en órbita de la Ley el elemento distintivo es la existencia de un fabricante o firma extranjera.

Nuestra ley prevé un régimen mínimo de indemnización –fijadas de acuerdo a pautas de la duración del vínculo y el promedio de las utilidades brutas anuales durante los tres últimos años -si se trata de una terminación injustificada de la vinculación³.

Además prevé que si mediare incumplimiento de las cláusulas del contrato de representación, agencia o distribución derivado de fraude o abuso de confianza en las gestiones, ineptitud o negligencia del representante en la venta de los productos o servicios, se indique una disminución continuada de venta o distribución de los productos por motivos imputables al representante, agente o distribuidor, o conflicto de intereses; el fabricante o firma extranjera no estará obligado al pago de la indemnización, exigiendo un previo requerimiento al representante, agente o distribuidor de solucionar primeramente la causal invocada⁴. En el proyecto de modificación de la ley se pretende incluir la exención de responsabilidad del representante, agente o distribuidor cuando los mismos cumplan con el promedio de ventas de los últimos años, aun cuando las metas hubieran sido superiores.

El Art. 9 de la Ley establece que si bien *las partes pueden reglar*

3 PARAGUAY. 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. Artículo 4° que establece: “*Todo fabricante o firma extranjera que fuese parte de alguna de las relaciones contractuales, indicadas en el Art. 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la representación, agencia o distribución, sin expresión de causa, pero estará obligado, en este caso, a pagar una indemnización que se fijara de acuerdo con las siguientes pautas: a) Duración de la Representación, Agencia o Distribución de los productos correspondientes al fabricante o firma extranjera, en escala ascendente por periodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, b) Promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la Representación, Agencia o Distribución durante los tres últimos años de ejercicio de alguna de ellas. Estas pautas servirán para establecer el monto mínimo de la indemnización por la vía judicial o arbitral*”.

4 *Ibid.*, Artículo 6° que establece: “*Todo fabricante o firma extranjera que estuviere comprendido en alguna de las relaciones indicadas en el Art. 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación... con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna invocando las causales que más abajo se indican: a) El incumplimiento de las cláusulas del contrato en cuya virtud se hubiere conferido la Representación... b) El fraude o negligencia del representante... en la venta de los productos o la prestación de servicios que correspondan; d) la disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivos imputables al Representante... sin embargo, los nombrados no serán responsables por la disminución de las ventas cuando se establezcan cuotas o restricciones a la importación y las ventas se vean inevitablemente afectadas por causas fortuitas o de fuerza mayor debidamente justificadas; e) Cualquier acto imputable al Representante... que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción, venta, distribución de productos o prestación de servicios objeto de la relación; Y f) conflicto de intereses por la Representación... de productos o la prestación de servicios que se encuentren en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación*”.

libremente sus derechos mediante el contrato, son irrenunciables los derechos por ella concedidos a representantes, agentes o distribuidos nacionales.

6. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA LEY 194/93 Y LA LEY 4956/2013 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Ha surgido una polémica con las firmas extranjeras porque ellos defienden la teoría de que esta ley resulta muy protectora para las empresas domiciliadas en la República, generando así un desequilibrio y desigualdad, ya que supuestamente viola el régimen de igualdad de oportunidades y el de la libre competencia, sin embargo la Corte Suprema de Justicia ha dejado en claro que no resulta lógico pensar que los fabricantes extranjeros se vean perjudicados por la ley, ya que *a contrario sensu* lo que hace es proteger el relacionamiento entre las partes, dejando la exclusividad al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes, la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales en el lugar de ejecución del contrato, y, en caso de que existan perjuicios económicos a la empresa domiciliada en la República la fijación de pautas para la compensación con el pago de indemnización además de eximentes de la responsabilidad en caso de que existan causales de exoneración. De todo ello surge que la ley es constitucional, se halla dirigida al relacionamiento de ambas partes y otorga a los fabricantes extranjeros el trato igualitario.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado la constitucionalidad de dicha disposición en un excelente fallo.

“El relacionamiento entre las partes puede ir más allá de esta operación. El mismo debe hallarse instrumentado. En cuanto al Art. 9° que pretende elevar a la referida Ley a la categoría de orden Público, esta se encuentra revestida de esta característica, por haber sido dictada por el poder público. No está dada en defensa de intereses particulares, rige para todas las personas en general. Que, en relación a los Arts. 3° y 11°, éstos no violan el régimen de igualdad de oportunidades, ni la libre competencia. El Art. 3° establece que los representantes ...” podrán ser exclusivos...”, dejando a la voluntad de las partes conforme al acuerdo en que llegaren y el Art. 11° al disponer la exigencia de la inscripción en el Registro público los documentos y contratos está brindando seguridad Jurídica a las partes y terceros. Que, en cuanto a la violación de los Arts. 176, 86, 87, 109 y 181 de la Constitución Nacional, se puede afirmar que la Ley 194/93 no se halla dirigida a frenar todo deseo de fabricantes o firmas extranjeras de otorgar representación. Al contrario, está protegiendo

este relacionamiento, estableciendo reglas claras al respecto desde el punto de vista legal. Con ello ninguna de las partes, tendrá oportunidad de alegar cuestiones no previstas o darle una interpretación interesada, protegiendo sus intereses. A esta normativa legal, deben ajustarse ambas partes. Tampoco es verdad que impida la creación de fuentes de trabajo, seguridad y protección. A contrario sensu las favorece y las amplía. Que, la afirmación de que la fórmula para establecer el monto de indemnización, cuando se produce el cese de esta relación sin causa justificada tenga carácter confiscatorio y viola la propiedad privada es incorrecta. El monto que se llegare a establecer puede ser cuestionado, si las bases que se tomaron como referencia no se ajustan a la verdad. Ella está sujeta a control de las partes. Que, por otra parte a mi modo de ver, no existe violación de los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. La interpretación del excepcionante es errónea y no se compadece con el texto completo de la Ley, el cual debe interpretarse en su conjunto. No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10° de la Ley 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo. Los interesados tendrán oportunidad de constatar su cumplimiento o no en el lugar de los hechos. Que, finalmente cabe destacar que esta Ley no responde a un proteccionismo exagerado del Estado, sino más bien a una seguridad y equilibrio jurídico, teniendo en cuenta que una de las partes (empresa extranjera) está en mejores condiciones económicas que su representante local y esta se encuentra en una especie de desigualdad, ya sea por falta de capacitación técnica, recursos económicos y personal calificado. Es por ello que el Estado, al promulgar esta Ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes, especialmente cuando la empresa extranjera decide unilateralmente dar término a esta relación, sin causa. Es en esta situación que se produce perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son justificativos eximentes de la obligación de indemnizar por las cuales, la empresa extranjera puede exonerarse de esta responsabilidad. Las causales se encuentran previstas en la propia Ley, (V. Art. 6°)⁵.

5 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. A y S N° 827. 12/11/2001. "Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas".

Las *cláusulas de exclusividad y territorio* suelen ser distintas al reglarse:

Opción A: Se establece que el Representante, agente o distribuidor deberá ejercer su actividad de forma exclusiva para el fabricante o firma extranjera en el territorio que se delimita en el Contrato de Representación, Agencia o Distribución y no podrá realizar su actividad fuera del territorio que le ha sido asignado.

Opción B: conforme nuestra Ley N 194/93 en su Art. 3° los representantes, agentes o distribuidores *podrán* ser exclusivos o de cualquier otra forma contractual, en los términos que acuerden las partes.

En cuanto a la *cláusula de compromiso de no competencia* existen también varias cláusulas utilizadas en los contratos de comercios internacionales:

Opción A: Se pacta que salvo autorización expresa del fabricante o firma extranjera, el Representante, Agente o Distribuidor, no podrá fabricar, distribuir ni representar ningún tipo de producto que entre en competencia directa con los productos que fabrica la firma extranjera. El compromiso de no competencia se mantiene durante la vigencia del Contrato de Representación, Agencia y Distribución, y durante otros años más después de finalizado éste -establecidos en el contrato-.

Opción B: Durante la vigencia del Contrato el Representante, Agente o Distribuidor podrá fabricar, distribuir o representar productos similares a los del fabricante o firma extranjera, si bien le deberá informar de ello por escrito.

Opción C: Cláusulas con distintas alternativas: elección de las cláusulas más favorables de cada contrato sobre la exclusividad, formas de pago, indemnizaciones, ley aplicable y resolución alternativa de conflictos entre otros.

El carácter de *exclusividad* de este tipo de contratos puede generar conflictos con la nueva Ley de Defensa de Competencia⁶. Ya que la Ley 194/93 concede a las partes la posibilidad de acordar según su voluntad la cláusula de exclusividad, sin embargo no establece grados de exclusividad.

Así, el pacto de exclusividad es “*una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente*”⁷.

El pacto de exclusividad en nuestra legislación es accesorio, es un elemento accidental del contrato, ya que las partes pueden acordarla o no. Los requisitos que lo sostienen, son la necesidad de someterse a límites de tiempo y espacio. La doctrina viene diciendo que pueden ser respecto a) del área geográfica, territorialidad simple – privilegio

6 PARAGUAY. Ley N° 4956/13 de Defensa de Competencia; PARAGUAY. Decreto Reglamentario N° 1490/14 por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/13.

7 PUENTE MUÑOZ citado por ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. México Porrúa, Editorial Porrúa, 1996, p 304.

de aprovisionamiento en el área determinado-, forzada –impedir la concurrencia interna dentro de la red de distribución, agencia o representación- , absoluta –impone obligación de no vender fuera del territorio- o con reserva. b) a la limitación de la libertad, debiendo estar sujeto a término. Ya que el pacto de exclusividad no puede ser perpetuo y en caso de que no se haya establecido un plazo, se entiende que dura el mismo término que el del contrato. En la legislación francesa por ejemplo, está establecido que no puede durar más de diez años, c) la materia, a qué productos o servicios se refiere el pacto.

La *Ley de Defensa de la Competencia* pretende garantizar la competencia en el mercado buscando promover un comercio libre donde los beneficiados sean los consumidores, las empresas y la economía en general. El objeto de la ley es defender y promover la libre competencia en los mercados y quedan prohibidos los actos contra la competencia que serán corregidos mediante sanciones. La ley es aplicable a todos los actos, prácticas o acuerdos de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras que produzcan efecto sobre la competencia en todo o parte del territorio nacional.

La ley prohíbe el abuso de posición dominante, y todas las conductas, acuerdos o prácticas que sean restrictivas de la competencia y el abuso de una posición dominante en todo o en parte del mercado relevante.

Las operaciones de concentración serán evaluadas con el fin de establecer si son o no compatibles con la presente ley. Son considerados compatibles aquellos que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

Con esta ley se ha creado la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Conacom) como autoridad competente de la aplicación de la ley. Conforme el Art. 29 las facultades y atribuciones de la Conacom entre otras las siguientes: a) prohibir y sancionar las conductas restrictivas de la competencia; b) proponer directrices de política de defensa de competencia; c) instruir sumarios de investigación referidos a las conductas sancionables; d) proponer adopción de medidas conducentes a la remoción de los obstáculos en que se ampare la restricción de competencia; e) cooperar en materia de competencia con organismos extranjeros; f) dictar medidas cautelares y sanciones económicas en caso de incumplimiento de las obligaciones dispuestas en la ley.

Las autoridades de la Comisión deberían ser conscientes del impacto en la economía nacional de sus decisiones, no pueden quedar ajenas a la realidad debiendo considerar los beneficios para el mercado y los consumidores, ya que en definitiva fue creada para la promoción de la competencia entre las empresas, y para que en aquellas situaciones consideradas restrictivas de la competencia puedan ser sancionadas aplicando las limitaciones en uso y goce de sus facultades.

7. SITUACIÓN EN EL MERCOSUR

El Protocolo del MERCOSUR de Defensa de Competencia ratificado por Paraguay por Ley 1143/97 que ha entrado a regir desde el año 2000, para que un conflicto caiga en su esfera requiere como presupuesto *sine que non* que el conflicto de competencia exceda los límites de un estado miembro⁸, ya que a contrario a sensu la regla es que sean aplicadas las normas internas de cada estado miembro⁹. Se crea un órgano específico –Comité de Defensa de la Competencia- para la aplicación de las normas del Protocolo, de conformidad al Artículo 8° es intergubernamental, estará integrado por órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada estado parte.

Además establece reglas de cooperación de los Estados Partes en su articulado 30 donde establece:

Artículo 30.- Para asegurar la aplicación del presente Protocolo, los Estados Partes, por medio de los respectivos órganos nacionales de aplicación, adoptarán mecanismos de cooperación y de consultas técnicas, en el sentido de:

a) sistematizar e intensificar la cooperación entre los órganos y autoridades nacionales responsables con vistas al perfeccionamiento de los sistemas nacionales y de los instrumentos comunes de defensa de la competencia, mediante un programa de intercambio de informaciones y experiencias, de entrenamiento de técnicos y de recopilación de jurisprudencia relacionada con la defensa de la competencia, así como de la investigación conjunta de las prácticas lesivas a la competencia en el MERCOSUR.

b) identificar y movilizar, inclusive por medio de acuerdos de cooperación técnica en materia de defensa de la competencia celebrados con otros Estados o grupos regionales, los recursos necesarios para la implementación del programa de cooperación a que se refiere el inciso anterior.

Para la solución de controversias rige el Protocolo de Olivos

8 MERCOSUR. *Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR*, firmado en la Ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, el 27 de diciembre de 1996. Artículo 2.- Las reglas de este Protocolo se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes.

Párrafo único - Quedan incluidas entre las personas jurídicas a que se refiere el párrafo anterior las empresas que ejercen monopolio estatal, en la medida en que las reglas de este Protocolo no impidan el desempeño regular de atribuciones legales

9 *Ibíd.*, Artículo 3.- Es de competencia exclusiva de cada Estado Parte la regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan.

suscripto en Buenos Aires, Argentina el 18 de febrero de 2002 por el cual el Tribunal Permanente del MERCOSUR estará integrado por un árbitro designado por cada estado Parte del MERCOSUR.

Los Estados Partes considerando la necesidad de reglamentación del Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR firmaron el Acuerdo sobre el Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR en la ciudad de Brasilia, República Federativa del Brasil, a los cinco (5) días del mes de diciembre de 2002, en el cual determinan el ámbito de aplicación, para el que se tendrá en cuenta la afectación del comercio entre los Estados Partes y la afectación de los mercados relevantes de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR (Art. 10).

Además se establecen las circunstancias a fin de establecer el abuso de posición dominante en un mercado relevante en el ámbito del MERCOSUR, entre otras: *a)* la participación en el mercado relevante de las firmas participantes; *b)* el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional, regional o extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; *c)* el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; *d)* el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder (Art. 11).

Para la graduación de sanciones de las conductas infractoras deberán tenerse en cuenta la gravedad de la infracción, la reincidencia del infractor y la cooperación del denunciado con la investigación. Las que entre otras, el artículo 35 considera: *a)* El grado de lesión o peligro de lesión a la libre competencia; *b)* Los efectos económicos negativos producidos en el mercado; *c)* La posición y situación económica del infractor; *d)* La ventaja obtenida o pretendida por el infractor.

Cabe destacar que el PDC frente a una conducta restrictiva de competencia, el acceso al mercado o el abuso de posición dominante requiere además un elemento cualitativo, es decir que dichas conductas deben afectar el mercado entre los estados parte. Pero lo que sigue quedando como interrogante es el modelo adoptado por el MERCOSUR, ya que el término de abuso de posición dominante tiene distinto alcance según sea el modelo europeo o estadounidense.

Uno de los fallos más renombrados en materia de Defensa de Competencia en la UE es la millonaria multa a Microsoft -por no ceder a sus competidores la información necesaria para que sus programas sean compatibles con Windows-, en cada modelo -europeo y estadounidense- ha tenido soluciones totalmente distintas. En el modelo europeo la determinación de abuso de dominio se trata más de una cuestión

económica que la de una definición legal, como lo expresa claramente el Tribunal de Luxemburgo “enjoys a position of economic strength which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately its consumers” (Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission).

En mi opinión el MERCOSUR tiene reminiscencia europea, sin embargo solo el desarrollo jurisprudencial podrá determinar tal adopción.

8. SOLUCIONES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comisión Europea ha desarrollado ideas frente a la interrogante antes planteada, estableciendo que un acuerdo vertical¹⁰ no violará una disposición de defensa de competencia siempre que se adecuen a reglas, de no sobrepasar el treinta por ciento de *market share*¹¹, que se establezcan parámetros de restricciones “*hardcore restrictions*”¹². La Comisión Europea ha publicado Comunicación de *minimis*, donde establecen parámetros para determinar si un acuerdo vertical viola la competencia entre Estados miembros, se presumen excluidas las empresas que no compitan entre sí y su cuota mercado no supere el 15%.

Así también el TJCE establece que una cláusula de prohibición de competencia acordada entre intermediario y comitente podría constituir un abuso de posición dominante, asimismo que una representación de dos o más empresas que compiten en un mercado común por un solo agente, puede resultar colisorio entre fabricantes o firmas extranjeras, por ende podrían ser sancionados.

La doctrina de las autoridades *antitrust* europeas han declarado anulables las cláusulas de exclusividad en razón del territorio ya que vedaban la actividades de los miembros de la red otorgadas a otras empresas. Con respecto al control de concentraciones de empresas, el problema de la validez del pacto de exclusividad desde la óptica de los efectos sobre la competencia, sostienen que en la medida que existan disposiciones contractuales que limiten la autonomía comercial indefectiblemente acarrearán una concentración vertical.

La Comisión¹³ establece qué cláusulas podrían resultar prácticas monopólicas:

10 Reglamento UE N° 330/2010. Artículo 1 (a) Los acuerdos verticales están definidos como: “los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”

11 *Ibid.*, Art. 3°

12 *Ibid.*, Art. 4°

13 COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. *Informe de la Comisión Federal de Competencia 1994/1995*. México. Comisión Federal de Competencia, 1995, p. 93-94

- Restricciones a la comercialización de productos distinto a bienes objeto del contrato de distribución.
- Prohibición de adquirir de terceros productos o servicios de la marca distribuida.
- Prohibición a accionistas de participar en otras empresas de la competencia.
- Venta de unidades específicas del fabricante o firma extranjera, sujetas a compras de otros modelos, y del uso de financiamiento otorgado por los mismos.
- Obligación de utilización de sistemas y servicios financieros, arrendamiento, transporte y sistemas de cómputo proporcionados por el fabricante o firma extranjera.

CONCLUSIONES

La Ley N° 194/93 protege el relacionamiento entre las partes, dejando la exclusividad al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien la entrada en vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia parecería plantear un nuevo escenario para las relaciones contractuales entre los fabricantes o firmas extranjeras y empresas domiciliadas en la República, luego de un exhausto análisis se puede decir que la ley de Defensa de la Competencia otorga flexibilidad en la interpretación de la conducta de las partes, y el carácter de exclusividad en este tipo de contratos mercantiles otorgado por la Ley 194/93 no necesariamente acarrea efectos de las normas de la Ley de Defensa de la Competencia, en la medida de que las partes adecuen sus reglas y establezcan restricciones.

En conclusión, sería conveniente abordar esta situación con una regulación específica garantizando: la posición de igualdad de las partes –tanto nacional como extranjera- al momento de la negociación de las condiciones contractuales, la exigencia de la fase precontractual consistente en otorgarle información al representante, agente o distribuidor de sus derechos y obligaciones, la formalización del contrato estableciendo los grados de exclusividad, utilizando como modelo los parámetros de *market share*, *hardcore restrictions* y las de Comunicación *minimis* establecidas por la Comisión Europea, el respeto a la voluntad de las partes al momento de la negociación de las modificaciones de las condiciones contractuales originalmente pactadas, la prohibición que los fabricantes o firmas extranjeras vendan directamente al mercado de la red comercial, por un precio inferior. Y, en caso de rescisión unilateral del contrato exista un preaviso con plazo razonable, y se indemnice por los fondos de comercio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCE GARGOLLO, Nombre. *Contratos mercantiles*. México: Porrúa, 1996, p. 304.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. *Informe de la Comisión Federal de Competencia 1994/1995*. México. Comisión Federal de Competencia, 1995

RIBO DURAN, L y FERNANDEZ, J., *Diccionario de Derecho Empresarial*. Barcelona: Edit. Bosch, 1998, p. 479.

JIMENEZ, Eugenio. *Contratos y títulos de crédito*. 2ª ed. Asunción: Editorial Intercontinental, 2014.

MERCOSUR. *Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR*, firmado en la Ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, el 27 de diciembre de 1996.

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos*, suscripto en Buenos Aires, Argentina el 18 de febrero de 2002.

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (Sala Constitucional). A y S N° 827. 12/11/2001. “Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas”.

PARAGUAY. Decreto Reglamentario N° 1490/14 por el Cual se reglamenta la Ley N° 4956/13, *Gaceta Oficial*, 25 de junio de 2013, núm. 117.

PARAGUAY. 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.

PARAGUAY. Ley N° 4956/13, 29 de mayo de 2013, de Defensa de Competencia.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento UE N° 330/2010.