

APORTES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO  
PARA LA ARGENTINA DEL SIGLO XXI:  
DESAFÍOS ACTUALES

2

**La defensa  
de la competencia**  
como núcleo de la  
organización económica

MARCELO F. RESICO

Resico, Marcelo F.

La defensa de la competencia como núcleo de la organización económica / Marcelo F. Resico. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

v. 2, 42 p. ; 20 x 14 cm.

ISBN 978-987-1285-69-3

1. Economía. I. Título.

CDD 330.82

© Konrad-Adenauer-Stiftung

Suipacha 1175, piso 3º

C1008AAW

Buenos Aires

República Argentina

Tel: (54-11) 4326-2552

[www.kas.de/argentinien/es/](http://www.kas.de/argentinien/es/)

[info.buenosaires@kas.de](mailto:info.buenosaires@kas.de)

ISBN OC: 978-987-1285-66-2

ISBN: 978-987-1285-69-3

Impreso en Argentina

Abril 2019

Hecho el depósito que establece la Ley 11.723.

Prohibida su reproducción total o parcial, incluyendo fotocopia, sin la autorización expresa de los editores.

# Prólogo

El siglo XXI, con su revolución tecnológica, informática y comunicacional, plantea enormes desafíos, sobre todo en materia económica. En América Latina, en general, y en la Argentina, en particular, la persistencia de la desigualdad, la pobreza estructural, la inflación y el desempleo son la expresión más cabal de la aplicación de modelos económicos y sociales fallidos.

En este marco, la Economía Social de Mercado ofrece otro camino, una alternativa, para dejar atrás décadas de postergaciones y encaminarse hacia un crecimiento sostenible y un desarrollo sustentable y a largo plazo.

A lo largo de estos cinco documentos Marcelo Resico explora desde la Economía Social de Mercado, las principales problemáticas económicas y sociales de Latinoamérica y especialmente de la Argentina. Ensayo, además, posibles soluciones a muchas de ellas y emprende un análisis comparado en relación con otras experiencias, como la alemana.

A través de esta publicación, la Fundación Konrad Adenauer anima el debate sobre las posibilidades de un orden económico alternativo, humanista, sustentable y respetuoso del medio ambiente.

Olaf Jacob

REPRESENTANTE DE LA FUNDACIÓN  
KONRAD ADENAUER EN LA ARGENTINA



# La defensa de la competencia como núcleo de la organización económica\*

## RESUMEN

En este capítulo se analizarán las principales formas concretas que puede adquirir la economía de mercado y el planteo de la Economía Social de Mercado en cuanto a la necesidad de supervisar y fortalecer la competencia para el adecuado funcionamiento de la economía. Al mismo tiempo se pasará revista a diversos casos de aplicación de esta política, incluyendo las aplicaciones en la Argentina. Para ello se desarrollarán los conceptos de “estructuras” de mercado, los mercados abiertos y las formas de las barreras a los mercados y los efectos contraproducentes de la falta de competencia, así como los beneficios de su existencia. Asimismo, se abordarán los elementos de las leyes de defensa de la competencia, como también las principales políticas e instrumentos para fomentarla, y las conexiones del régimen de la competencia con la defensa del consumidor y los sistemas de patentes. Por último, estudiaremos los sistemas de defensa de la competencia comparados haciendo énfasis en el sistema argentino, así como en su historia y sus desafíos actuales.

\* Agradezco especialmente al Dr. Guillermo Sabbioni por la lectura de este texto y por los comentarios y sugerencias. También a Santiago Varela, por la asistencia para la elaboración de los gráficos.

La Economía Social de Mercado consiste en una serie de principios, políticas y conductas que llevan a la adecuada *organización de la economía*, compatible con una sociedad democrática basada en el Estado de derecho. En este sentido, existe un énfasis en las *instituciones*, no sólo formales escritas, sino también informales, es decir, relativas a las conductas de los actores.

De este modo, para lograr una economía de mercado que sea capaz de difundir ampliamente los resultados positivos del crecimiento económico entre una determinada población, la *defensa de la competencia* cobra un rol central. Por una parte, aparece un argumento económico: si no hay competencia, puede existir el caso extremo del *monopolio*, y en este caso el oferente de un bien puede fijar precios por encima del precio que maximiza el bienestar social. Por otra, la falta de competencia lleva a la “*concentración*” económica, y esta puede ser un medio para influenciar al gobierno o a los funcionarios en la formación de reglas y políticas que se desvíen del bienestar general por el interés particular.

La *competencia* resulta a veces mal vista, pues a menudo se asocia la lucha social de los individuos con el *egoísmo*. La Economía Social de Mercado plantea, como núcleo ético, la dignidad de las personas y sus derechos, así como la libertad y la solidaridad, por lo que no es compatible con la crítica mencionada. Propone, por un lado, la *cooperación económica* a través de todo tipo de organizaciones libres y de los intercambios en el mercado; y por otro, reconoce que un cierto grado de competencia es inherente a la búsqueda de la autosuperación, de la excelencia y de la productividad.

Por estos motivos, la defensa de la competencia se vuelve esencial en la organización de los sistemas de mercado. Según la

Economía Social de Mercado, en la visión de Walter Eucken, la defensa de la competencia es un principio regulador central, dentro de su distinción entre *principios estructurales y reguladores*.<sup>1</sup>

En un *sistema autoritario*, por el contrario, existe sólo una competencia artificialmente construida, dado que se rehúsa a reconocer en toda su dimensión la libertad de las personas. Puede existir, por otra parte, un *sistema de economía de mercado* en el cual de modo explícito o implícito se descuiden las instituciones y reglas que defienden la competencia leal. En estos casos, se verifica el fenómeno de una concentración cada vez mayor, desigualdad creciente en la distribución del ingreso y una influencia sobre el poder político que tiende a corromperlo, por lo que la propia economía de mercado se resiente y se torna poco sustentable.

MARGRETHE VESTAGER –  
COMISIONADA EUROPEA PARA LA COMPETENCIA

“Las grandes compañías deben ser felicitadas por su éxito y su rol en la creación de empleos, pero el tratamiento justo hacia los consumidores será siempre la prioridad del Comisionado. Los acuerdos y fusiones que conduzcan a menores opciones, mayores precios y barreras a la innovación, son dañosas para el ciudadano y deben ser disputadas por la Unión Europea en base a los hechos y la ley, no en base a opiniones políticas. La globalización está teniendo un importante impacto que resulta en mayores

1 Karsten, Siegfried, “Eucken’s Social Market Economy and its Test in Post War West Germany”, en: *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 44, No 2, April 1985.

fusiones y en la creación de más oportunidades de discutir la competencia en forma multilateral y llegar a un entendimiento común de los criterios de competencia entre las distintas jurisdicciones alrededor del mundo.”<sup>2</sup>

## 1. Competencia y estructuras de mercado

La teoría económica clasifica los mercados de acuerdo con su “estructura”, y esta depende principalmente de la cantidad de *oferentes y demandantes*, además de otros factores. Se llama *estructuras de mercado* a las diferentes formas que puede adoptar la competencia. Se diferencian por el número y tamaño de los productores y consumidores en el mercado, el tipo de bienes y servicios que se comercian, y el grado de transparencia de la información. También son relevantes las *barreras de entrada o salida*; en la competencia perfecta no existen barreras, mientras que en competencia imperfecta, sí.

La situación de “*competencia perfecta*” se da cuando ningún comprador o vendedor tiene poder de mercado, es decir que no poseen ningún margen de influencia sobre el precio. Las características de los mercados de competencia perfecta son la existencia de gran cantidad de oferentes y demandantes, un producto homogéneo (es decir, que no se diferencian entre sí), y de información perfecta. Dado que las condiciones para la existencia de la competencia perfecta son tan estrictas, existen pocos ejemplos, como los mercados de bienes agrícolas o materias primas (denominados generalmente *commodities*, en referencia

2 Discurso a “los amigos de Europa”, 21-04-15.



a su homogeneidad de características). Por el contrario, en la realidad se verifican mayormente casos de *competencia imperfecta*, donde los oferentes tienen distintos grados de control sobre el precio y las condiciones.

El caso de un mercado donde existe un solo oferente de un bien se denomina “*monopolio*” y es el que provee al oferente más oportunidades de controlar precio y condiciones. Un grupo pequeño de oferentes forma un “*oligopolio*”. En este tipo de mercado, la interacción se puede caracterizar como si se diera un “juego” estratégico entre los participantes. Por último, se considera el caso de la “*competencia monopolística*”, donde existe un gran número de oferentes y pocas barreras de entrada o salida pero el producto es diferenciado, lo que otorga algún grado de control sobre su precio y condiciones de venta.

## ORÍGENES DE LAS LEYES ANTIMONOPOLIO EN LOS ESTADOS UNIDOS

Hacia fines del siglo XIX la revolución en transporte y en comunicaciones unificó el mercado nacional. Las innovaciones técnicas, la bolsa y los nuevos métodos administrativos, así como las economías de escala, llevaron al aumento del tamaño de las firmas a través de un proceso de concentración y de fusión. Para controlar los aspectos negativos, anticompetitivos de estas tendencias, sin renunciar a los aspectos positivos sobre la innovación tecnológica y el precio de los bienes, se dictaron una serie de leyes antimonopolio y para defender la competencia. Por ejemplo, la Ley Sherman de 1890 y la Ley Clayton de 1914, que dio lugar al nacimiento de la Comisión Reguladora del Comercio Federal (FTC). Como ejemplo de aplicación suele citarse el fallo sobre la Standard Oil

en 1911, que ordenó que la compañía fuera dividida en 34 empresas. En la década de 1930 el presidente Roosevelt, en el contexto de su “New Deal”, impulsó la regulación, y hasta la década de 1970 dominó la postura de una aplicación activa. A fines de la década de 1970 los criterios de eficiencia comienzan a pesar por sobre otras consideraciones; los jueces Robert Bork (*The Antitrust Paradox*) y Richard Posner, y la Escuela de Chicago promovieron la atenuación de las leyes enfocando el bienestar económico de los consumidores por encima de la competencia. Hoy día, varios profesores, como Luigi Zingales y Guy Rolnik, han levantado la voz nuevamente por la defensa de la competencia, en especial, en cuanto a la supervisión sobre las firmas tecnológicas.

## 2. Mercados abiertos y acceso al mercado

La competencia constituye un requisito económico esencial para el funcionamiento del mercado. Ahora bien, el desarrollo de la competencia depende en gran medida de la facilidad o dificultad con la que una empresa nueva logra acceder a un mercado existente. El *acceso al mercado* de una nueva empresa puede verse impedido, por ejemplo, porque las empresas que ya operan en el mercado son las únicas que disponen de los factores de producción requeridos (por ejemplo, personal altamente calificado) o han conseguido fidelizar a los clientes.

Al contrario, si el acceso al mercado no implica un problema significativo, ni siquiera el monopolista puede exigir precios excesivos. Siempre debe tener en cuenta la posibilidad de que nuevas empresas lo desplacen con precios más bajos. En estos mercados, la competencia nace con los *competidores potenciales*, que no hacen

otra cosa que esperar su oportunidad para entrar al mercado. De esta manera, aun no existiendo competidores efectivos, se mantienen los efectos de control e incentivo de la economía de mercado.

Dado el carácter “abierto” de un mercado, cada participante potencial debe tener la posibilidad de entrar al mercado como nuevo competidor, ya sea a través de una ampliación geográfica del mercado, de una diversificación de los productos o de la creación de una nueva empresa. Se trata de un aspecto importante porque las *barreras de mercado* de cualquier tipo impiden que se incremente la eficiencia generada por los nuevos competidores potenciales, a la vez que contrarrestan el afán de rendimiento que surge con el riesgo latente de ser desplazado del mercado.

Esto, a la vez, obliga a las empresas a observar una *conducta económica racional*, es decir, dar el mejor uso posible a los recursos económicos, lo que se denomina *asignación óptima* de los factores. Todo ello implica la adecuación de los productos a los deseos de los consumidores y la adaptabilidad de la producción a los datos económicos, como innovaciones en los procedimientos, productos, medios de financiamiento, métodos de venta y conceptos de marketing. Como consecuencia, se logra un mejor cumplimiento del objetivo de todo el proceso de producción y competencia, que es el abastecimiento óptimo de la demanda final, es decir, del consumidor.

### **3. Barreras de entrada y de salida**

Sin embargo, en la realidad, el éxito de la competencia se ve frecuentemente obstaculizado por barreras de mercado. Por *barreras de entrada* se entiende, en general, cualquier factor que dificulta a una nueva empresa hacer su ingreso en un mercado y por tanto restringe la competencia.

Se suele distinguir entre barreras estructurales y barreras estratégicas. Entre las *barreras de acceso estructurales* se pueden nombrar factores tales como desventajas derivadas del tamaño de la empresa, desventajas absolutas de costos, existencia de “economías de escala” (se produce un bien en grandes cantidades y por tanto los costos unitarios son menores), costos de investigación y desarrollo, alto monto de la inversión inicial, situaciones irreversibles o fases desfavorables de mercado en las cuales la demanda deja de crecer efectivamente. Entre las *barreras estratégicas* que dificultan el acceso al mercado cabe mencionar como factores importantes la capacidad ociosa, prácticas restrictivas como acuerdos informales, el *dumping* de precios, los acuerdos exclusivos con distribuidores, acceso a materias primas, la diferenciación de los productos (publicidad y marcas establecidas) o la integración vertical. Todos estos aspectos contribuyen a que al nuevo competidor se le haga más dificultoso competir con los precios existentes en el mercado.

Las *barreras de salida* son obstáculos en el proceso por el cual una empresa intenta retirarse de un mercado particular. Como consecuencia de su existencia, se atrasa la reducción de capacidades ociosas y se impide la adaptación rápida de la oferta a una demanda decreciente. Los recursos quedan atrapados en producciones que ya no son necesarias para abastecer el mercado. Sin embargo, las barreras de salida aumentan la competencia en un mercado, puesto que las empresas están dispuestas a permanecer más tiempo, y dejar caer sus beneficios y precios por más tiempo.

Entre las *barreras estructurales* cabe mencionar también a los costos afrontados inicialmente y de modo irreversible en las plantas de producción específicas (*sunk costs*), el elevado costo

de indemnización a los despedidos y la existencia de costos de penalización por el incumplimiento de contratos. Por su parte, son *barreras de salida estratégicas* la imagen de la empresa, otras posibilidades de venta de los productos o el acceso a los mercados financieros.

Además de las barreras de mercado resultantes de las decisiones directas de los sujetos económicos, hay que tener en cuenta las *barreras institucionales* de mercado, basadas en leyes estatales, decisiones oficiales o situaciones históricas. Entre las barreras estructurales que dificultan el ingreso al mercado cabe destacar la legislación en materia de derecho comercial y de sociedades, el régimen de patentes y licencias, y el control de fusiones. En lo referente a la salida del mercado, las barreras estructurales pueden manifestarse en forma de disposiciones sociopolíticas, como los subsidios estatales en caso de insolvencia (falta de liquidez y quiebra).

Son ejemplos de barreras estratégicas institucionales los reglamentos, prohibiciones de fusión y trabas comerciales (acceso al mercado) y las subvenciones o una política de persuasión moral (*moral suasion*) ejercida por los sindicatos, políticos e instituciones estatales en caso de despidos inminentes de los trabajadores, por mencionar un ejemplo.

A diferencia de las barreras de mercado resultantes de las decisiones de los sujetos económicos privados, las barreras institucionales pueden también ser utilizadas como instrumento de la *política de ordenamiento* y, con ello, de la Economía Social de Mercado. Esta facultad obliga a la economía a evaluar la utilidad práctica o la inutilidad de determinadas barreras de mercado institucionales.

#### 4. Concentración económica y poder de mercado

En términos de competencia, el *nivel de concentración* de las empresas puede ser evaluado como positivo o negativo. Desde el punto de vista de la Economía Social de Mercado, la concentración empresarial se puede considerar positiva cuando está motivada por un cambio tecnológico que permite a una empresa innovar para mejorar los productos y bajar los costos de producción al servicio de los consumidores; así, puede ser competitiva, obtener beneficios y garantizar puestos de trabajo.

Desde este mismo punto de vista, se considera negativa cuando la concentración se realiza para desplazar por otros medios la competencia, cuyo caso extremo lo constituye la existencia de una sola empresa del lado de la oferta o del lado de la demanda. En estas configuraciones monopólicas o cuasimonopólicas, la *carencia de competencia* no permite la existencia de alternativas necesarias para que el consumidor elija libremente y, por lo tanto, al quedar el consumidor atado a una sola fuente de provisión (“mercado cautivo”), la empresa oferente puede caer en un *abuso de posición dominante* en el mercado, por ejemplo, cobrando precios más altos o brindando servicios inferiores a los que ofrecería en competencia.

En economía, se llama “*poder de mercado*” al poder de una empresa para influenciar en el precio de un determinado bien o servicio. Una empresa con poder de mercado puede variar significativamente la oferta de un bien o aumentar su precio conservando la mayor parte de sus consumidores. Este tipo de conductas implican resultados socialmente indeseables, por lo que se han desarrollado *leyes de defensa de la competencia*, que están diseñadas para limitar los abusos del poder de mercado de las empresas.

Una empresa puede tener *poder de mercado* al controlar una proporción importante de este, como en los casos extremos de la existencia de monopolio. Sin embargo, el *control de mercado* no es el único elemento que constituye el poder en él. Puede existir un mercado controlado por muy pocas empresas y, sin embargo, tener barreras de entrada bajas, reduciendo el poder de mercado ejercido por aquellas.

Desde el punto de vista del funcionamiento del mercado y la competencia, es crucial el *grado de concentración* empresarial existente, lo cual depende en principio del número y de la participación de empresas activas en un mercado.<sup>3</sup> Se puede realizar una cuantificación aproximada de la concentración económica a través de diversos índices estadísticos, como el *ratio de concentración* y el índice de *Hirschman-Herfindahl*.<sup>4</sup>

Además de la estadística involucrada, se debe prestar atención al tipo de bien y al ambiente innovador. Como ejemplo de esto podemos ver en el cuadro a continuación la información más reciente de un trabajo del Consejo de Asesores Económicos del

3 Esto requiere definir previamente de qué mercado hablamos; eso es el *relevant product market* y el *relevant geographic market* (Por ejemplo: el mercado de gaseosas cola en Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Gran Buenos Aires).

4 Otros menos utilizados son el índice de entropía o Theil y el índice de Gini. Este último consiste en una escala entre 0 y 1, en el que el coeficiente 0 corresponde a perfecta igualdad, mientras que el 1 corresponde a desigualdad perfecta (una empresa tiene el 100 % del mercado y las restantes 0%). Puede consultarse al respecto Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), “Herramientas cuantitativas para el análisis de concentraciones económicas”, Serie Documentos de Trabajo, Número 1, Mayo de 2017.

Gobierno de los Estados Unidos, que indica una mayor concentración en la mayoría de los mercados en esa economía.<sup>5</sup>

Industria	Ingresos generados por las 50 firmas más grandes, 2012 (Miles de millones \$)	Participación de ingresos generados por las 50 firmas más grandes, 2012	Cambio porcentual en el ingreso generado por las 50 firmas más grandes, 1997-2012
Transporte y almacenes	307.9	42.1	11.4
Comercio al por menor	1555.8	36.9	11.2
Finanzas y seguros	1762.7	48.5	9.9
Comercio al por mayor	2183.1	27.6	7.3
Alquiler y <i>leasing</i> de bienes raíces	121.6	24.9	5.4
Utilidades	367.7	69.1	4.6
Servicios educacionales	12.1	22.7	3.1
Servicios profesionales, técnicos y científicos	278.2	18.8	2.6
Administrativos/soporte	159.2	23.7	1.6
Alojamientos y servicios alimenticios	149.8	21.2	0.1
Otros servicios, administración privada	46.7	10.9	-1.9
Artes, entretenimiento y recreación	39.5	19.6	-2.2
Servicios de salud y asistencia	350.2	17.2	-1.6

NOTA: Los ratios de Concentración se muestran para todos los sectores del Sistema de Clasificación de Industria Norte Americana (NAICS), cuya información se encuentra disponible desde 1997 hasta 2012.

FUENTE: Economic Census (1997 y 2012), Census Bureau.

5 CEA, “Benefits of competition and indicators of market power”, The White House at 4 (Abril de 2016).



El poder de mercado permite a las empresas realizar *prácticas anticompetitivas*. Por ejemplo, podemos enumerar: el *dumping*, que consiste en la venta de un producto por debajo del costo para eliminar competidores (precios predatorios). La *colusión*, que es la fijación de precios acordados entre empresas para no competir, y una forma particular, explícita e institucionalizada, el *cártel*. Para penalizar este tipo de prácticas es que existen leyes de defensa de la competencia.

Es dificultoso realizar prácticas anticompetitivas si no existe poder de mercado o apoyo estatal. Como hemos visto cuando desarrollamos el concepto de “*neo-patrimonialismo*”, puede darse una tendencia a utilizar las leyes, y su aplicación o excepción, para manipular mercados y canalizar recursos, tanto por parte de políticos y funcionarios, como de pseudoempresarios rentistas, haciendo prevalecer su interés particular en contra del interés general.<sup>6</sup> Si las empresas no tienen capacidad de influenciar al poder político, ni poder de mercado, las prácticas anticompetitivas más comunes son la colusión o los acuerdos de precios.

En este sentido, la concentración de empresas y la concentración de riqueza no sólo tienen importancia económica; ambas formas de concentración económica pueden derivar también en *influencia política*. Los fundadores de la política de defensa de la competencia en la Economía Social de Mercado puntualizaron reiteradamente que el *poder económico*, a medida que aumenta, crece en

6 Consúltense “Burocracia legal *versus* neo-patrimonialismo y clientelismo” del apartado 5, “Rol económico y estructura del Estado en una Economía Social de Mercado”, del cuadernillo 1 de esta colección, “Desafíos de la Argentina desde la Economía Social de Mercado”.

la capacidad de influir en el poder político. Por ejemplo, “Franz Böhm, Ernst Mestmäcker y Wernhard Möschel repetidamente señalaron que el poder económico, a medida que crece, será cada vez más capaz de dirigir al poder político hacia sus propios fines. Lo que merece al menos un énfasis similar es el hecho, o la presunción muy probable de que, en su propio origen, el poder económico privado depende del poder político o público”.<sup>7</sup>

## 5. Política de fomento de la competencia

No plantean ningún problema aquellos mercados en los que cualquier oferente nuevo (competidores potenciales) puede, en todo momento, acceder a ellos, es decir, cuando se trata de un *mercado abierto* en razón de un bajo nivel de barreras de acceso. En estos mercados, los oferentes actuales no tienen la posibilidad de restringir la competencia e incrementar los precios, porque se verían rápidamente desplazados por los competidores recién llegados. Por lo tanto, en este caso no se necesita encarar una política de competencia especial.

Sin embargo, esta política se torna necesaria cuando, por ejemplo, la fabricación de ciertos bienes exige una inversión inicial elevada, de modo tal que un solo productor puede proveer un mercado particular con el bien o servicio en cuestión a un precio más bajo que si la oferta proviniera de un número mayor de proveedores. En estas situaciones, que se denominan *monopolios naturales*, la forma de provisión monopólica se convierte en necesidad económica.

7 Tulmir Jan, “Franz Böhm and the Development of Economic-Constitutional Analysis,” en *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Ed. by Peacock A. & Willgerodt H., Macmillan Press, 1989, p.138 (Trad. propia)

La política de competencia también es requerida cuando en la realidad los oferentes potenciales enfrentan importantes barreras económicas y aun legales para el ingreso a los mercados. En esta situación, lo importante es mantener la *rivalidad* entre los oferentes actuales. Para lograrlo, la política de competencia tiene que impedir que estos oferentes concluyan acuerdos que restrinjan la competencia –por ejemplo, en forma de cárteles o fusiones. En caso contrario, y aun si el número de empresas en un mercado es grande, la competencia podría ser eliminada en detrimento de los consumidores.

### ALGUNOS CASOS FAMOSOS DE COMPETENCIA EN LOS ESTADOS UNIDOS

United States v. Microsoft Corporation 253 F.3d 34 (2001) and District Court (1999). A Microsoft se le ordenó dividirse en dos partes por sus prácticas monopolistas, en particular, por la venta asociada de productos, pero luego el fallo fue revertido por la Corte de Apelaciones.

United States v. AT&T fue el caso antitrust en los Estados Unidos que en 1984 llevó a la división del Sistema Bell, el fraccionamiento de la antigua American Telephone & Telegraph en siete nuevas compañías regionales (RBOC) y una mucho más pequeña nueva, AT&T. El fallo se basó en el principio de facilidades esenciales por el cual una firma con poder de mercado usa un “cuello de botella” para evitar la entrada de nuevos competidores.

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911). La famosa compañía petrolera Standard Oil de Rockefeller fue desmembrada en 34 entidades geográficas por ser considerada un monopolio creado a partir de prácticas anticompetitivas.

## 6. Leyes de defensa de la competencia

La mayoría de las *leyes de defensa de la competencia* modernas contienen reglas para impedir la concentración empresarial o las prácticas anticompetitivas. Por otra parte, buscan no entorpecer el crecimiento interno de las empresas que proporcionan más y mejores bienes y servicios a precios menores. Con el fin de su aplicación, este tipo de leyes suelen establecer algún tipo de *comisión antimonopolio* independiente, conformada por expertos.

Las modernas legislaciones antimonopolio contienen una serie de disposiciones que pueden ser sintetizadas en *tres componentes*: la prohibición de acuerdos o prácticas que restrinjan el comercio libre y la competencia, la ilegalidad de las conductas abusivas y posiciones dominantes de mercado, y la supervisión de las fusiones y adquisiciones de las grandes corporaciones.

Las leyes antimonopolio no prohíben el monopolio de por sí, sino el *abuso de posición dominante* que se concreta en los precios y en el servicio al cliente. En tal caso, el Estado asume el control, que no puede ser ejercido por las empresas mismas a través de la competencia. Necesariamente, este control estatal no puede ser más que una solución provisional cuando se trata de controlar los abusos. Primero se debe demostrar que la compañía en cuestión posee una posición dominante, es decir que no enfrenta competencia significativa. Luego se debe probar el abuso concreto.

Ciertas *prácticas* son también consideradas *abusivas*; por ejemplo, la restricción de la producción para aumentar el ingreso, el atar un producto a la compra de otro, la negativa a ofrecer una plataforma que necesitan todos los competidores para operar, la existencia de precios abusivos comparados con otra región o país, o de precios predatorios por debajo de los costos para eliminar pequeños competidores, o la discriminación de precios, etcétera.

Las *fusiones empresariales* son avaladas por la teoría de los costos de transacción dado que pueden reducirlos a posteriori. Además, se pueden lograr *economías de escala o de foco*. Sin embargo, a menudo las empresas pueden hacer uso de su mayor poder de mercado debido a su aumento de participación en él y al descenso del número de competidores, lo cual puede traer efectos negativos netos sobre el *bienestar de los consumidores*.

En principio, las leyes contra las limitaciones de la competencia prohíben toda *fusión* que genere o amplíe una posición dominante. En este sentido, el tratamiento es similar, con la excepción de que en este caso la evaluación se hace antes de la operación. Según la ley, una empresa tiene una posición dominante en el mercado cuando en él no hay otros competidores, es decir que la empresa no está expuesta a una competencia sustancial o detenta una posición de mercado preponderante en relación con sus competidores. Generalmente se requiere que las empresas que se van a fusionar obtengan una autorización o sigan adelante pero bajo la amenaza de un procedimiento legal al respecto.

## **7. Política de defensa del consumidor**

Esta protección es una ayuda adicional a la que presta el resguardo de la competencia del mercado. Consiste en una forma de regulación gubernamental que protege los intereses de los consumidores. Por ejemplo, la *difusión de información objetiva* acerca de productos como alimentos o fármacos.

Dada la gran desigualdad en la información que suele existir entre los consumidores y usuarios y algunas empresas proveedoras de bienes y servicios, los distintos *ordenamientos jurídicos* vieron la necesidad de equilibrar la relación contractual mediante

medidas que controlen la calidad de los productos y servicios, así como el equilibrio en las disposiciones contractuales.

Los contratos de compra-venta sólo pueden formalizarse con el libre consentimiento de las partes. La función del Estado, en este caso, es garantizar las condiciones de *libertad contractual*. Un elemento de esta libertad contractual es la garantía que asegura al consumidor que los productos adquiridos tienen efectivamente las propiedades indicadas.

El Estado debe establecer requisitos que deben cumplir los productos para *proteger a los consumidores* de riesgos de salud que estos no pueden detectar. Este principio es de aplicación en el caso de sustancias nocivas para la salud en alimentos y fallas de seguridad en bienes técnicos. Asimismo, para que los consumidores puedan elegir, necesitan estar informados sobre las sustancias contenidas en los productos alimenticios, sobre la composición material de bienes o el consumo energético de equipos técnicos. El Estado debe garantizar que las empresas brinden estas informaciones.

“*Derecho del consumidor*” es la denominación que se da al conjunto de normas de los poderes públicos destinado a la protección del consumidor o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones. La *defensa del consumidor* es un área del derecho público que regula las relaciones de derecho privado entre los consumidores individuales y las empresas que venden los bienes y servicios. Cubre un amplio espectro de temas, como responsabilidad por los productos, derechos de privacidad, prácticas de comercio desleal, fraude, sub-representación, entre otras.

La política de defensa del consumidor más eficaz es, además de la protección y el derecho a la información, la *educación económica*.

Los consumidores, que comprenden sus derechos y el funcionamiento de una economía de mercado, conocen también sus posibilidades de influencia y cuáles son los instrumentos para hacer valer sus intereses. La defensa del consumidor puede ser impulsada también por organizaciones no-gubernamentales.

### HISTORIA DE LAS LEYES ANTI-CÁRTEL EN ALEMANIA Y EN LA UNIÓN EUROPEA

En Alemania, a fines del siglo XIX, los cárteles fueron aceptados como contratos legales por medio de los cuales se podía limitar la competencia extrema. En la década de 1920, en el contexto de la hiperinflación, se dicta una ley de cárteles como medida para restablecer una formación de precios más competitiva. Sin embargo, durante la Gran Depresión de 1930 se volvió a impulsar la cartelización haciéndola obligatoria en sectores sensitivos, política que reforzaría luego el régimen nazi como parte del esfuerzo de guerra. A partir de 1945 y junto con la adopción de la Economía Social de Mercado, se impulsó un programa para desarticular la concentración económica. Finalmente, en 1957 se dicta la ley anti-cártl, que constituye uno de los antecedentes importantes de las leyes de defensa de la competencia de la Unión Europea. A nivel europeo, ya el Tratado de París de 1951 estableció que no habría barreras comerciales ni discriminación. La lógica era el acceso equitativo a los recursos y el principio del mercado, por lo cual constituyó un antecedente a la actual ley de la competencia europea, que en su artículo 65 prohíbe los acuerdos que distorsionen el comercio y en su artículo 66 prohíbe el abuso de posición dominante y analiza las concentraciones. En 1958 se firma el Tratado de Roma (denominado, a partir de 2007, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que da origen

a la Comunidad Económica Europea, y en cuyos artículos 81, 82 y 83-89 se fijan las pautas de la competencia en línea con los objetivos de la Ley de Competencia.<sup>8</sup>

## 8. Los regímenes de patentes

La idea central que impulsó el desarrollo de la *protección legal* de los productos industriales fue, por un lado, la protección legalmente garantizada contra la imitación y los abusos y, por otro, la creación de incentivos para el desarrollo futuro de nuevas tecnologías y conocimientos. Concretamente, esto significa recompensar al inventor de una nueva tecnología concediéndole el *derecho exclusivo*, aunque *limitado en el tiempo*, de usar el objeto de la patente, de producirlo industrialmente o de ofrecer su explotación a través de licencias. Al mismo tiempo, se garantiza la publicación completa, accesible para todos, del nuevo conocimiento, para que pueda integrarse sin trabas al proceso de investigación y desarrollo en beneficio del conjunto de la sociedad.

Por consiguiente, una patente es el monopolio exclusivo, aunque temporal, del uso económico de un *invento*, otorgado al inventor por parte del Estado con la condición de publicarlo y permitir el acceso general a la *innovación técnica*. Sólo son considerados patentables los inventos técnicos objetivamente nuevos e industrialmente aplicables, como por ejemplo un producto, un mecanismo, un procedimiento, un uso o una forma de organización.

8 Warlouzet, Laurent (2010), “The rise of European competition policy 1950-1991: A cross-disciplinary survey of a contested policy sphere”, EUI Working papers, RSCAS 2010/80, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florencia, Octubre de 2010.



Como otros *derechos de propiedad*, puede ser vendido, licenciado, asignado o transferido. Las patentes pueden ser solicitadas o adquiridas por personas físicas o empresas. Generalmente son otorgadas en forma de *licencia* por el propietario a un determinado productor que le paga regalías en contraprestación. Los países tienen *oficinas de patentes* y existen acuerdos internacionales al respecto. Hay una tendencia a la homogeneización de la legislación sobre patentes a nivel mundial a través de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

El *régimen de patentes* se considera un requisito importante, aunque no concluyente, para el progreso técnico y el éxito económico de un país. Existen *cuatro incentivos* en el sistema de patentes: a inventar, a hacer pública la invención, a invertir en investigación para nuevos inventos y a perfeccionar los inventos ya realizados. Estos, en buena medida, desaparecerían si los resultados de los inventos no pudieran ser apropiados por el inventor. También se busca hacer pública la información referente a los inventos. La publicidad anima a otros inventores a realizar mejoras o perfeccionamientos o inventos nuevos. Los costos de producción de los nuevos bienes también son elevados, en varios casos muchas veces superiores al costo de la investigación y el desarrollo. Si las patentes no existieran, estos costos no serían afrontados.

Según los críticos, el régimen de patentes dificulta la competencia a la vez que tiende a fomentar las estructuras de mercado monopolistas por excluir a competidores potenciales, especialmente a las empresas pequeñas y medianas, de las nuevas tecnologías. Además, se correría el riesgo de que la obtención estratégica de patentes para las innovaciones propias y la adquisición de patentes de terceros permitiera a una empresa dominar los mercados en forma permanente. En estos mercados se observa

una desaceleración del progreso técnico y un atraso en el proceso de difusión de las innovaciones debido a que las patentes actúan como barreras de acceso al mercado.

La política económica debe resolver un conflicto de objetivos implícito en el régimen de patentes: por un lado, hay que estimular la creación de nuevos conocimientos y, al mismo tiempo, impedir las imitaciones ilegítimas; por otro, debe estimular la competencia y la difusión del nuevo conocimiento, incentivando la pronta imitación de nuevos productos y procedimientos.

### CASOS RECIENTES DE COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

En 2014, la Comisión multó a la empresa farmacéutica francesa Servier y a otros cinco productores de medicamentos genéricos con casi 430 millones de euros por concluir una serie de acuerdos para proteger de la competencia de precios de los medicamentos genéricos en la UE el medicamento más vendido de Servier, el perindopril, utilizado para tratar la presión arterial.

La Comisión también investigó cárteles del mercado para derivados financieros, cuyos precios se fijaron sobre la base de índices de referencia [EURIBOR (EIRD), LIBOR en yenes japoneses, Euroyen TIBOR (YIRD) y LIBOR en francos suizos (CHIRD)]. Se tomaron varias decisiones durante los últimos años contra bancos como Barclays, Deutsche Bank, RBS, Société Générale, UBS, Citigroup y JP Morgan. En total, las sanciones ascendieron a 1.800 millones de euros (algunos bancos obtuvieron una reducción de las multas por cooperar con la investigación y aceptar un arreglo).<sup>9</sup>

9 [https://europa.eu/european-union/topics/competition\\_es](https://europa.eu/european-union/topics/competition_es).

## 9. Defensa de la competencia en la Economía Social de Mercado

El objetivo de la *política de la competencia* de la Economía Social de Mercado yace en la protección de la libertad individual en economía como un valor en sí mismo o, viceversa, en la restricción del abuso del poder económico (es decir, su “uso” para limitar la competencia). La *eficiencia económica*, en términos de optimizar las condiciones para el crecimiento, para el respaldo y desarrollo del progreso técnico y para la asignación eficiente de los recursos, es un objetivo indirecto y derivado.

La filosofía que se ha seguido desde el punto de vista de la concepción de la Economía Social de Mercado consiste básicamente en que el Estado no actúe contra la lógica del mercado, solución que en su caso extremo llevó al sistema de planificación centralizada de la economía, sino en restablecer la competencia más amplia y transparente posible. Por otra parte, al asentar el funcionamiento del sistema económico en la competencia, no se sostiene que esta se produzca por sí misma, con lo cual se distancia con respecto a los planteos del *liberalismo económico extremo*.

En particular, la política de la competencia en la Economía Social de Mercado se diferencia, por un lado, del enfoque que plantea la *imposibilidad o no deseabilidad de la competencia*, tal como se encuentra en el pensamiento anticompetitivo y marxista. También lo hace con respecto a los enfoques que ha desarrollado el liberalismo extremo, basados en el poder autogenerador de la competencia, que critica la existencia de leyes de defensa de la competencia. Por último, se distancia del *enfoque de intervenciones selectivas* puesto que adopta una defensa de la competencia basada en reglas generales. La intervención selectiva puede caer

fácilmente en la arbitrariedad y en la connivencia entre un poder estatal prebendario y un poder económico concentrado.

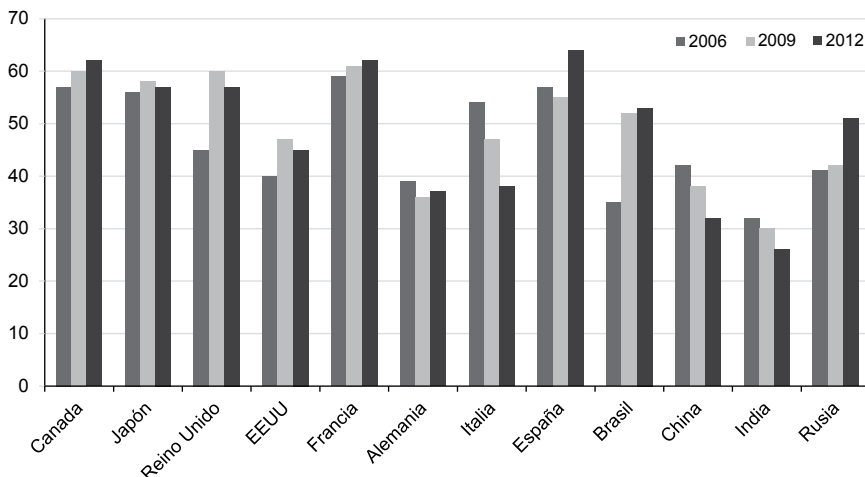
Tomando como modelo la prevención del abuso del poder político por medio de la división de poderes y de la constitución, los fundadores de la política de defensa de la competencia en la Economía Social de Mercado diseñaron una “*Constitución económica*” que previniera la concentración económica y las prácticas contra la competencia leal y libre. Así como es la primera tarea de una Constitución política regular el poder del gobierno bajo la ley, del mismo modo la primera tarea de una Constitución económica es encuadrar el problema del poder económico privado. Los principios legales, tal como han sido desarrollados en el derecho constitucional con respecto al ejercicio del poder del gobierno, deben ahora ser desarrollados con respecto a la adquisición y ejercicio del poder económico privado de un modo que sea consistente con el sistema económico.

La política de la competencia ordoliberal es una bien desarrollada *teoría de la constitucionalidad económica*. Así como la primera tarea de una Constitución política es atar el poder del gobierno a la ley, la primera tarea de una Constitución económica es resolver el problema del poder económico privado.<sup>10</sup>

10 “...lo que importa es que los principios legales, como han sido desarrollados en la legislación constitucional con respecto al ejercicio del poder gubernamental, deben ahora ser desarrollados con respecto a la adquisición y ejercicio del poder económico privado de un modo que resulte consistente con el sistema económico.” Tulmir, Jan, “Franz Böhm and the development of economic-constitutional analysis”, en *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, Ed. by Paecock A. & Willgerodt H., Macmillan Press, 1989, pp. 151-152 (trad. propia).

En este sentido, la Economía Social de Mercado sólo puede funcionar si no existe una excesiva concentración del poder económico y político que lo vuelva incontrolable. La mayor parte de las decisiones importantes para la sociedad en materia política y económica debe ser tomada e implementada en forma descentralizada.

Control en el sector bancario



FUENTE: Elaboración propia en base a "Global Financial Stability Report, April 2014, IMF"

## 10. Ley alemana contra las limitaciones a la competencia

La primera ley anti-cártel alemana es la Ley contra las Limitaciones a la Competencia, dictada en julio de 1957, que instituye a la Oficina

Federal Anti-cártel (*Bundeskartellamt*) como principal organismo encargado de aplicar las disposiciones previstas. Entre sus disposiciones centrales cabe destacar la llamada prohibición de formar cárteles incluida en el Artículo 1 de la ley. La ley reprime las *restricciones horizontales* a la competencia. La disposición abarca sobre todo los acuerdos de precios y la colusión. Las violaciones de estas prohibiciones son sancionadas con multas que pueden ascender a varios millones de euros. Los cárteles legalizados en virtud de las reglas de excepción están sometidos a un régimen de control de prácticas abusivas a cargo de las autoridades anti-cártel.

La ley anti-cártel reprime también ciertas *prácticas restrictivas verticales*, esto es, restricciones acordadas por empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución, como por ejemplo los fabricantes y mayoristas o minoristas. El caso más importante es la fijación de precios entre el comerciante y el fabricante, que exige al comerciante respetar los precios de reventa establecidos por el fabricante (fijación de precios de segunda mano).

La legislación alemana no prohíbe las posiciones dominantes de mercado existentes en forma de monopolios u oligopolios, ni tampoco el surgimiento de estos como consecuencia del crecimiento interno de una empresa, y reprime únicamente el abuso de estas posiciones. Por ejemplo, cuando es usada en detrimento de los competidores o de empresas situadas en niveles anteriores o posteriores de la cadena de producción o distribución, o de los consumidores. La prohibición general de abuso de posición dominante se ve complementada por la prohibición de discriminación, de gran relevancia en la práctica. Ningún poder de mercado puede obstaculizar deslealmente a otras empresas o proporcionarles un trato desigual sin justificación concreta.

En cuanto a las fusiones, la Oficina Federal Anti-cártel debe prohibir todas las que pudieran establecer o fortalecer una posición dominante en el mercado. Sin embargo, una fusión debe ser autorizada cuando las empresas participantes logran demostrar que la fusión prevista implica al mismo tiempo mejoras considerables para los consumidores sin alterar en forma contraproducente las condiciones de competencia.

### DIFERENCIAS DE ESTÁNDARES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

Cuando Microsoft ató su *browser* Internet Explorer con su dominante sistema operativo Windows en las computadoras personales, el Departamento de Justicia Americano vio esto como un intento de dejar a Netscape, el *browser* rival, fuera del mercado. En un largo caso judicial con inicio en 1998, la compañía fue inicialmente condenada a dividirse en dos. El fallo se modificó ante una apelación y se llegó a un arreglo más conveniente para resolver el caso en noviembre de 2001. Este último obligó a Microsoft a compartir su aplicación de programación de interfaces con terceras compañías y a nombrar un panel de tres personas que tienen acceso completo a los sistemas, archivos y códigos fuente de Microsoft por cinco años. La Comisión Europea consideró requerir dos versiones de Windows para anular las ventajas que proporciona el “atado”.<sup>11</sup>

La propuesta de fusión entre General Electric y Honeywell, anunciada en octubre de 2000, fue aceptada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos

11 Horton, Thomas J. y Schmitz Stefan, “A tale of two continents: The coming clash of the conflicting economic viewpoints in Europe and the United States”, *ABA Antitrust Section's Economic Newsletter* 21, primavera de 2002,

pero obstruida por la Comisión Europea al año siguiente. Han existido otras instancias de disputas a ambos lados del Atlántico. En 2009 la Comisión Europea impuso una multa de 1.400 millones de dólares sobre Intel, un fabricante de chips, luego de una demanda de un rival norteamericano, AMD. Esto implicó el riesgo de inconsistencias en las reglas internacionales debidas a algunas diferencias filosóficas entre Europa y América.<sup>12</sup>

## II. Estructura de competencia de la Unión Europea<sup>13</sup>

El sistema alemán, que desarrollamos en el apartado anterior, opera actualmente bajo el *sistema europeo de defensa de la competencia*, del cual históricamente es un antecedente. Una competencia saludable fue vista como un elemento esencial de la creación de un mercado común en el tratado de la Comunidad Europea o Tratado de Roma. La política de competencia es definida e implementada por la Comisión Europea bajo el control de la Corte Europea de Justicia. El artículo 81(1) del Tratado prohíbe los acuerdos entre emprendimientos que restringen la competencia cuando no cumplen las condiciones para una excepción bajo el artículo 81(3). El artículo 82 prohíbe el abuso de la posición dominante.

12 “Competition authorities are increasingly reaching beyond their countries’ borders”, *The Economist*, 22 de febrero de 2014.

13 Monti, M., “Latest developments in EU competition policy”, Speech in the framework of the Walter-Eucken-Lectures series, Friburgo, 11 de marzo de 2002.



La Comisión Europea asegura la aplicación correcta de las reglas de competencia de la UE. Esto implica más que nada supervisión y, cuando es necesario, impedir: acuerdos que limitan la competencia (y cárteles explícitos en particular); abusos por compañías que gozan de posiciones dominantes de mercado; fusiones y adquisiciones; subsidios estatales que distorsionan la competencia.

Para lograr esto, la Comisión posee amplios poderes de inspección y de sanción, por ejemplo, abrir investigaciones, convocar a audiencias, dar de baja exenciones. Los gobiernos también tienen el deber de notificar por adelantado cualquier apoyo o subsidio planeado para apoyar a empresas o sectores. Algunas de sus funciones han sido delegadas a los Estados Miembros desde 2004 bajo el proceso de “modernización” (Regulación 1/2003). Al implementar la política de la competencia la Comisión tiene en cuenta los intereses de los consumidores.

### EL NUEVO SISTEMA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE CHINA

La Ley Antimonopolio china fue instituida en 2008 luego de que las autoridades dedicaran más de una década a la redacción y a las consultas con otras autoridades de competencia extranjeras, incluyendo a los Estados Unidos, a la Unión Europea y a otras agencias. La Ley Antimonopolio toma elementos tanto de las leyes de competencia de los Estados Unidos como de la Unión Europea, aunque es más cercana al modelo de la Unión Europea y contiene algunos elementos propios.<sup>14</sup> Las autoridades antimonopolio

14 US-China Business Council (USCBC), “Competition policy and enforcement in China”, septiembre de 2014.

chinas son: la Oficina Antimonopolio (MOFCOM), responsable de supervisar las fusiones y adquisiciones; la Oficina de Supervisión de Precios y Antimonopolio (NDRC), que supervisa las conductas de fijación de precios y abusos de posición dominante; la Oficina Antimonopolio y de Competencia Desleal (SAIC), encargada de investigar conductas monopolísticas no relacionadas con los precios. Otro canal para la defensa de la competencia son las cortes, dado que el artículo 50 de la Ley Antimonopolio da lugar a la responsabilidad civil en esos casos. Las compañías extranjeras se preguntan acerca de los objetivos de la ley y cómo las investigaciones y los casos serán conducidos y definidos. Sin embargo, es claro que –por la importancia de su mercado y por la magnitud de sus empresas– China se ubicará como el tercer pilar de un sistema de defensa de la competencia global junto con los Estados Unidos y la Unión Europea.

## 12. Otros sistemas económicos con leyes de competencia

Las leyes de defensa de la competencia se han ido internacionalizando por parte de los países a medida que se involucraban en los *organismos internacionales* como la United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Si bien existe controversia en la OMC acerca de si las leyes de defensa de la competencia deben ser parte de los acuerdos comerciales, en la Ronda de Doha de la OMC la generalización de las leyes de defensa de la competencia constituye uno de los puntos de la agenda. Aunque no tiene poder de sanción, el International

Competition Network es una manera de coordinar las políticas existentes entre los Estados.<sup>15</sup>

Hacia fines de la década de 1970, sólo los Estados Unidos, la Unión Europea y algunos países europeos tenían este tipo de leyes; en los últimos años, junto con la globalización de los mercados, se difundieron en las *economías emergentes*. Los países de Latinoamérica tendieron a adoptar el modelo norteamericano de competencia, en tanto que la Europa del este ha seguido el ejemplo europeo.<sup>16</sup> En el caso del Mercosur, si bien existen elementos en los tratados y protocolos bilaterales para la definición y coordinación, las autoridades han permanecido principalmente en la órbita nacional de cada país.<sup>17</sup>

### **13. La ley argentina de defensa de la competencia: antecedentes y su renovado presente**

Si bien las leyes con elementos de defensa de la competencia en la Argentina se remontan a la década de 1920, tienen una larga

15 Abbott, Alden, “The present state and future prospects of the International Competition Network”, Commentary International Economies, The Heritage Foundation, 19 de mayo de 2017, en Paul Lugard (ed.), *The International Competition Network at Ten. Origins, Accomplishments and Aspirations*. Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011.

16 Herrero, A. y Guillamon, B., “Análisis del contexto para el desarrollo de instituciones para el funcionamiento de mercado en el área de promoción de la competencia y protección del consumidor”, BID, Washington, DC, 2003.

17 Almeida, J. G. L. P. A., “As instituições do Mercosul: presente e futuro”, *Network*, v. 9, pp. 1-2, 2000; Petrecolli, Diego, “Mejores prácticas en materia de defensa de la competencia en Argentina y Brasil: aspectos útiles para Centroamérica”, Serie Estudios y Perspectivas, N°72, Naciones Unidas, México, D.F., febrero de 2007.

historia de discontinuidades. Un paso muy importante fue la Ley 25.156 (LDC), sancionada en 1999. Esta nunca se aplicó correctamente, por no formarse el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia que la norma establecía. El TNDC se pensó como una autoridad técnica, independiente del poder político y de los intereses del sector privado. Por este motivo, transitoriamente, las tareas que realizaría un tribunal independiente, actualmente son llevadas a cabo por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que en los últimos años ha desarrollado un importante trabajo, aunque acotado en su independencia, pues cumple la misión de asesoramiento a la Secretaría de Comercio dependiente del Ministerio de Economía de la Nación.

La administración del matrimonio Kirchner no mostró interés en formar el TNDC. En su lugar, siguió funcionando como autoridad de competencia la Secretaría de Comercio con dictámenes “no vinculantes” de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Esta forma de funcionamiento hizo que las decisiones en materia de competencia priorizaran objetivos “políticos” por encima de los objetivos “económicos”. Todo esto se terminó de evidenciar en 2014 con la sanción de la “nueva Ley de Abastecimiento” (Ley 26.993) a través de la cual se derogaron todas las atribuciones del TNDC y fueron traspasadas formalmente al secretario de Comercio.

En mayo de 2018 se aprobó la reforma a la ley de defensa de la competencia. El órgano de aplicación de la ley será la Autoridad Nacional de la Competencia que funcionará como un área descentralizada del Poder Ejecutivo. Dentro de ese organismo funcionarán el Tribunal de Defensa de la Competencia, la Secretaría de Instrucción de Conductas Anticompetitivas y la Secretaría de Concentraciones Económicas. Esta estructura intenta

garantizar la independencia del poder político, para que los casos se resuelvan conforme a la ley y no dependan del arbitrio del poder de turno.

### LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA RECIENTE<sup>18</sup>

En sus primeros diez años de existencia, el Foro Latinoamericano de Competencia OCDE-BID se ha convertido en el espacio de mayor relevancia para que los representantes de las autoridades de competencia de los países latinoamericanos debatan y reflexionen sobre asuntos de interés común (...). El proceso no está exento de retos. Los nuevos marcos jurídicos e institucionales tienen que demostrar su valor y credibilidad en el contexto de influencias político-económicas más amplias (...). Muchos de los obstáculos tienen su origen en un rasgo fundamental de los países que recién introducen la política de competencia: la falta de una cultura de competencia. Más allá de esto, el fortalecimiento institucional ha sido una tarea particularmente ardua en América Latina y el Caribe, junto con instrumentos inadecuados de investigación e insuficientes atribuciones de sanción (...).

Para que esas políticas den sus frutos es de vital importancia comunicar los beneficios de la competencia y aplicar vigorosamente las leyes pertinentes (...). (Entre otros medios para promover la cultura de la competencia se cuentan una campaña televisada en Colombia para informar al país sobre los peligros de la conducta anticompetitiva

18 Jennings, H. "La competencia en América Latina y el Caribe. Los 10 años del Foro Latinoamericano de Competencia OCDE-BID", OCDE, División de la Competencia, BID, Sector de Integración y Comercio, LACF 10th Anniversary Brochure, 2013.

y, en Brasil, libros para niños con historietas sobre el tema.)

En muchos casos se ha reaccionado a los abusos de posición dominante por monopolios que habían sido privatizados tras la liberalización de sectores clave como la energía, las telecomunicaciones y la aviación. En otros casos, se trata de una secuela de la época de control de precios, cuando se esperaba que las autoridades de competencia vigilaran el comportamiento comercial de las grandes empresas. Los importantes éxitos de Brasil en la detección de los cárteles y la lucha contra su acción ponen de relieve los beneficios que tiene para la región la aplicación activa y eficaz de la legislación al respecto. El rápido crecimiento de los mercados latinoamericanos también ha incrementado la presión para que se vigilen de manera eficaz y oportuna las operaciones de fusión de empresas. (...)

La adquisición pública es una importante actividad de los gobiernos, que representa al menos el 17 por ciento del PIB en los países miembros de la OCDE y puede ser muy superior en la mayor parte de los países en desarrollo. Sin embargo, la colusión o manipulación de las licitaciones por grupos de empresas que se coluden para subir los precios y disminuir la calidad de los bienes y servicios que ofrecen en las licitaciones públicas es un problema que afecta a los sistemas públicos de adquisición en todo el mundo. Pese a que es ilegal, la práctica anticompetitiva está extremadamente difundida y cada año cuesta miles de millones de dólares a los gobiernos y a los contribuyentes. (...)

Las buenas instituciones surgen de mejoramientos graduales, progresivos y sostenidos (...).

La Ley tiene como lineamientos la disuasión de los cárteles y los monopolios, la independencia y la transparencia. Para ello, se

propone elevar sustancialmente las multas, además de proveer un criterio para su ajuste en el tiempo. Entre los cuestionamientos a la ley anteriormente vigente se encontraba que establecía multas fijas, que con la inflación se reducían y no servían de incentivo para evitar las prácticas anticompetitivas.

También se hace más relevante el control de las fusiones y adquisiciones dado que comenzará a ser previo al cierre de la operación para que pueda actuar como filtro preventivo en los casos que generase una concentración del mercado que pudiera resultar anticompetitiva. Asimismo, se crea un “programa de clemencia” para eximir o reducir la pena de los “arrepentidos” que aporten evidencia sustancial para sancionar a los cárteles, lo cual ha mostrado ser la innovación más efectiva en la práctica antimonopolio en los últimos veinte años a nivel internacional.<sup>19</sup>

## **14. Desafíos actuales de la política de la competencia**

Independencia y politización de la defensa de la competencia

En un contexto de bajo crecimiento económico y de surgimiento de medidas proteccionistas, ¿son los reguladores suficientemente inmunes a las presiones políticas cuando realizan decisiones que implican fusiones de empresas de otros países, aprobaciones de ayudas y subsidios estatales o sanciones anti-trust? ¿Está politizándose la política de la competencia a nivel global o, por el contrario, son las compañías las que buscan

19 Greco, Esteban Manuel, “Es necesaria una nueva ley de defensa de la competencia”, *La Nación*, sección Economía, Buenos Aires, 23 de abril de 2017.

evitar la aplicación de medidas antitrust legítimas aduciendo que la política de la competencia se está politizando?<sup>20</sup>

### Competencia e innovación en la era de Internet

En las últimas dos décadas una nueva inquietud ha surgido con respecto a las grandes firmas tecnológicas: que los monopolios estarían restringiendo los mercados y desalentando la innovación. La industria tecnológica ha estado inclinada a la creación de cuasimonopolios, desde Microsoft en *software*, a Amazon y Google. Esto se debe a los “efectos network”. Los consumidores gravitan a la tecnología dominante, ya sea porque ofrece más productos complementarios o porque muchos amigos ya están usando la red. Por otro lado, el rápido cambio tecnológico puede hacer que otrora compañías dominantes pierdan muy rápidamente su posición si no se adaptan, como por ejemplo Nokia y BlackBerry en el negocio de la telefonía móvil.

Actualmente, Facebook y Google son responsables por casi el 80% del tráfico de remisión de los editores de noticias. En 2017 obtuvieron alrededor del 80% de cada nuevo dólar *online* en los Estados Unidos. Google domina alrededor del 85% de los ingresos por búsquedas *online* a nivel mundial. Cuando se combina el material que Amazon vende por sí misma y los vendidos a través de ella por otros que la utilizan como

20 Tomado de la página de Chatham House, Londres, de un evento sobre el tema realizado el 18-07-15. A este respecto, China constituye un desafío particular, dado que gracias a su dinámico mercado interno puede utilizar la política de la competencia para otros fines, como por ejemplo alejar a las empresas extranjeras o condicionar a las que ya están instaladas.



plataforma de venta, se advierte que la compañía controla cerca del 40% del comercio *online* en los Estados Unidos.<sup>21</sup>

Sin embargo, las compañías han hecho y siguen haciendo uso de beneficios legales: Facebook y Google no suelen ser responsables por lo que sus usuarios hacen, y la mayor parte de los compradores americanos en Amazon no pagaron impuesto a las ventas. Asimismo, las barreras de entrada están aumentando; Facebook no sólo es propietaria de la colección de datos personales más grande del mundo, sino también del mayor patrón de red social –la lista de sus miembros y de cómo están conectados. Amazon tiene más información de precios que cualquier otra firma.

De hecho, los titanes no compiten simplemente en un mercado; cada vez más son el propio mercado, al proveer la infraestructura (o “plataformas”) para la mayor parte de la economía digital. Como ya ha comenzado a suceder, las grandes plataformas están comprando firmas que podrían algún día generarles competencia. Si esto continúa, la mayor parte de las nuevas buenas ideas serán compradas por los titanes y sus potenciales ganancias, capturadas. Si bien muchos de sus servicios son aparentemente gratuitos, los usuarios en realidad los están “pagando” brindando sus datos.

Existe entonces una preocupación de que los titanes tecnológicos usen su poder para proteger y extender su dominancia en

21 “How to tame the tech titans”, *The Economist*, Print edition, Leaders, Competition in the digital age, 18 de enero de 2018; Smith, Eve, “A memo to big tech: Silicon Valley, we have a problem”, *The Economist*, Print edition, Briefing, 20 de enero de 2018.

detrimento de los consumidores. La cuestión, delicada para los reguladores, es cómo limitar la posibilidad de esos potenciales abusos sin desincentivar la capacidad de innovación.

La Fundación Konrad Adenauer es una institución política alemana creada en 1964 que está comprometida con el movimiento demócrata cristiano. Ofrece formación política, elabora bases científicas para la acción política, otorga becas a personas altamente dotadas, investiga la historia de la democracia cristiana, apoya el movimiento de unificación europea, promueve el entendimiento internacional y fomenta la cooperación en la política de desarrollo. En su desempeño internacional, la Fundación Konrad Adenauer coopera para mantener la paz y la libertad en todo el mundo, fortalecer la democracia, luchar contra la pobreza y conservar el entorno de vida natural para las generaciones venideras.