

Breve análisis económico de la ley argentina de defensa de la competencia

1. Introducción	1
2. Conceptos legales	1
3. El interés económico general	3
4. El abuso de posición dominante	10
5. Actos y conductas anticompetitivos	18
6. Conclusiones	24

1. Introducción

La ley 22.262 es la norma que legisla en la Argentina sobre el tema de defensa de la competencia. Desde su promulgación en agosto de 1980, esta ley ha sido aplicada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y por los tribunales federales y del fuero penal económico para casos en los que se denunciaban prácticas que interferían con el funcionamiento competitivo de los mercados.

El objeto del presente documento es analizar la ley 22.262 desde el punto de vista de sus relaciones con el análisis económico. A tal efecto, organizaremos la exposición en distintas secciones. En la primera resumiremos los principales conceptos legales que se encuentran en la norma jurídica. En la segunda nuestro objetivo será extraer los conceptos económicos implícitos en el texto legal, haciendo hincapié en la posible interpretación de las nociones de "interés económico general" y "abuso de posición dominante". La tercera sección, por su parte, analizará los actos y conductas que pueden infringir la ley 22.262, en tanto que la cuarta resumirá las principales conclusiones de todo el trabajo.

2. Conceptos legales

La ley 22.262 consta de 48 artículos, divididos en cuatro capítulos. El primero de ellos (artículos 1-5) se refiere al ámbito de aplicación de la ley. El segundo (artículos 6-31) se refiere a las facultades de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y al procedimiento administrativo que debe seguirse en los casos encuadrados dentro de la ley. El tercer capítulo (artículos 32-42) trata de la instancia judicial a la que pueden quedar sometidos los casos de conductas y actos anticompetitivos, incluyendo asimismo una tipificación de los posibles delitos. Por último, el capítulo IV (artículos 43-48) contiene disposiciones transitorias y complementarias.

Por su naturaleza, la ley argentina de defensa de la competencia es una ley penal, y los delitos que en ella se encuadran son delitos de acción pública. La iniciativa de la correspondiente acción judicial compete por lo tanto en forma exclusiva a la autoridad estatal, que en este caso está representada por el Secretario de Comercio (actualmente, Secretario de Industria, Comercio y Minería), de quien depende la Comisión Nacional de

Defensa de la Competencia. Dentro de su proceso administrativo, la ley especifica además medidas destinadas a reprimir contravenciones, las cuales son directamente aplicadas en la instancia administrativa por el Secretario de Comercio (previo dictamen de la CNDC) y pueden ser apeladas ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal o ante la correspondiente Cámara Federal en el resto del país.

Por su estructura, la ley 22.262 es tanto una ley de fondo como una ley de procedimiento. Sus disposiciones de fondo son básicamente los artículos 1, 2, 3, 5 (actualmente derogado) y 41, en los cuales se especifica el objeto de la ley y se tipifican los delitos. En los artículos 6 al 16, en cambio, se establecen la estructura, facultades y funciones de la CNDC, en tanto que el artículo 42 es el que fija las penas en caso de delito. Casi todo el resto de la ley (artículos 4, 17-31, 32-40) es de carácter procesal, y regula los procedimientos a seguir en las instancias administrativa y judicial.

Las partes de la ley argentina de defensa de la competencia más ligadas con conceptos de carácter económico son los cinco artículos de fondo mencionados en el párrafo anterior. De ellos, es indudablemente el primero el que requiere una mayor atención, pues define como **objetivo de la ley** el prohibir "los actos o conductas (...) que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general". El artículo 2 sirve para complementar la definición que aparece en el artículo 1, ya que define qué se entiende por "posición dominante en un mercado" por parte de una persona o de un conjunto de personas.

Los tres elementos que menciona el artículo 1 (distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio para el interés económico general) conforman los tres pilares sobre los que se asienta la ley para juzgar si una conducta es punible o no. Los dos primeros son alternativos -puede darse uno o el otro-, en tanto que el último es una condición necesaria para que se configure una violación de la ley. Esto implica que, para que una determinada conducta sea sancionable a través de la ley de defensa de la competencia, debe por un lado ser anticompetitiva (a través de la distorsión de un mercado o del abuso de una posición dominante en él) y por el otro debe ser perjudicial para la comunidad (atentando contra el interés económico general). Este perjuicio puede

no obstante ser potencial, aunque -como la propia exposición de motivos de la ley aclara- esta potencialidad hace referencia a un peligro concreto y no a una simple posibilidad lógica y abstracta.

El actualmente derogado artículo 5 tenía en la ley 22.262 la función de excluir del objeto de la misma los actos y conductas específicamente sometidos a otras leyes o a disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquéllas, como podrían ser leyes sobre empresas públicas, monopolios legales, regulaciones arancelarias e impositivas, etc. El artículo 41 (al cual remite el artículo 3) sirve en cambio para particularizar casos que, en tanto se encuadren en la definición general del artículo 1, representan delitos punibles en la instancia judicial de la ley. Desde el punto de vista del análisis normativo, los mismos pueden verse además como ejemplos que la ley especifica de actos y conductas que atentan contra el bien jurídico que se quiere proteger.

Probablemente por motivos prácticos, desde el momento mismo de la promulgación de la ley de defensa de la competencia se ha tendido a utilizar casi exclusivamente los procedimientos establecidos para sancionar contravenciones, en vez de buscar acciones penales a través de una instancia judicial posterior. Esto ha hecho que en la generalidad de los casos lo que se analice es si los actos o conductas encuadran dentro del artículo 1, sin precisar si se encuentran tipificados como delitos en los términos del artículo 41.

3. El interés económico general

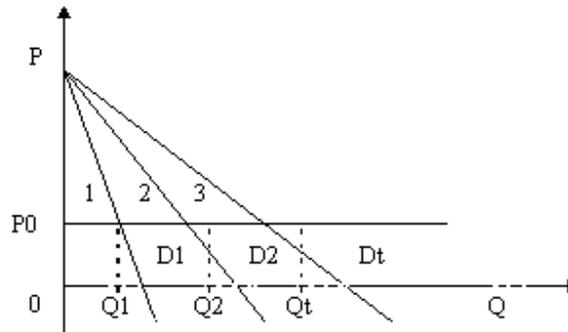
El concepto de "interés económico general" que aparece en el artículo 1 de la ley 22.262 es un concepto deliberadamente vago y de difícil aplicación desde el punto de vista jurídico (Al respecto, puede consultarse Cabanellas, Guillermo: *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*, pgs 211-213; Buenos Aires, Heliasta, 1983; o Soldano, A. y Lanosa, W: "El interés económico general en la ley de defensa de la competencia"; *La Ley*, LVII, n° 248, pgs 1-2, 1993). Desde el punto de vista económico, sin embargo, resulta posible ayudar en su precisión a través del empleo de los conceptos de "excedente del consumidor", "excedente del productor", "excedente total" y "función de bienestar social"

La idea en la cual se basa la definición del **excedente del consumidor** es que los bienes y servicios consumidos por una persona pueden valorarse a través de sus funciones de demanda por dichos bienes y servicios. Tales funciones de demanda son relaciones que se establecen entre cantidades que el consumidor demanda y precios que enfrenta en el mercado, pero sirven también para medir hasta cuánto estaría dispuesto a pagar por cada una de las unidades. La diferencia entre esta disposición al pago y lo que verdaderamente eroga es un excedente que el consumidor se lleva, y puede interpretarse como el beneficio que el mismo obtiene por haber adquirido el bien en cuestión.

El excedente del consumidor tiene la ventaja de que es un concepto que se define en términos monetarios, y resulta por lo tanto comparable con el concepto de beneficio de la empresa o "excedente del productor". Es también susceptible de ser agregado, a través de la suma de los excedentes de todos los consumidores que participan en un determinado mercado. Si se conocen o pueden estimarse las funciones de demanda de tales consumidores o mercados, el concepto puede además medirse, y representarse a través del área que se encuentra debajo de la curva de demanda del mercado en cuestión.

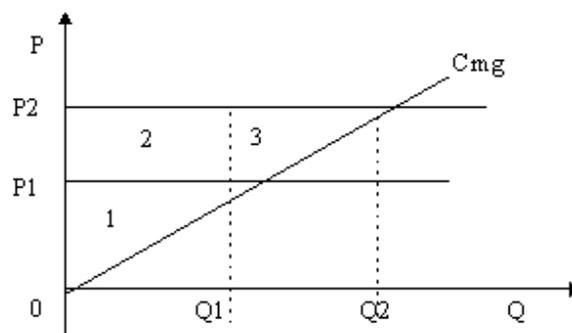
Lo expuesto en el párrafo anterior puede verse en el gráfico 1, en el cual hemos dibujado las curvas de demanda por un bien de dos consumidores diferentes (D_1 y D_2) y la curva de demanda agregada del mercado como un todo (D_t), que surge de sumar las cantidades demandadas por cada consumidor para cada posible precio. A su vez, cada punto de las funciones de demanda individual representa también lo que cada consumidor está dispuesto a pagar como máximo por cada unidad que va agregando a su consumo, y por ende cada punto de la función de demanda total nos dice la valuación que el mercado como un todo hace de cada unidad adicional. Si el precio que los consumidores enfrentan es por ejemplo " P_0 ", el área del triángulo 1 (que es igual a la del triángulo 3) representa el excedente que obtiene el consumidor 1 por consumir " Q_1 " y pagar por ello una suma igual a " $P_0 \times Q_1$ ", en tanto que la suma de las áreas "1 + 2" es el excedente que obtiene el consumidor 2 cuando consume " Q_2 ". Visto desde el punto de vista del mercado como un todo, el excedente de los consumidores puede evaluarse a través de la suma de las áreas 1, 2 y 3, que representan la diferencia entre el área debajo de la curva de demanda total y el gasto total de los consumidores.

Gráfico 1: Excedente del consumidor



Así como el excedente del consumidor sirve para representar la parte del beneficio social generado en un mercado que obtienen los consumidores, el **excedente del productor** representa un concepto semejante pero visto desde el lado de las empresas proveedoras del bien. Este concepto puede también definirse como el beneficio económico que tales empresas reciben como consecuencia del funcionamiento del mercado, y gráficamente se visualiza a través del área que surge de restarle al ingreso total recibido ($P \times Q$) los costos totales de provisión del bien o servicio vendido. Distintas medidas de esa área son las que aparecen en el gráfico 2, en el cual hemos dibujado la curva de costo marginal de una empresa (Cmg) y dos posibles niveles de precio para el bien producido (P_1 y P_2) (En realidad, el excedente del productor que aparece representado en el gráfico 2 no es exactamente igual al beneficio económico total que el mismo obtiene. Esto es así porque el área debajo de la curva de costo marginal no representa estrictamente el costo total, sino solamente el costo variable de la empresa. De cualquier modo, desde el punto de vista de la comparación relativa que puede realizarse ante distintos niveles de cantidad y precio, los resultados que se obtienen comparando estos excedentes del productor son idénticos a los que surgen de comparar los beneficios, ya que los costos fijos son por definición constantes para cualquier nivel de producción y de precios del bien producido). El gráfico marca también dos posibles niveles de producción y ventas (Q_1 y Q_2) y nos indica cuál sería el excedente del productor para las combinaciones " (P_1, Q_1) ", " (P_2, Q_1) " y " (P_2, Q_2) ", representadas respectivamente por las áreas "1", "1+2" y "1+2+3".

Gráfico 2: Excedente del productor

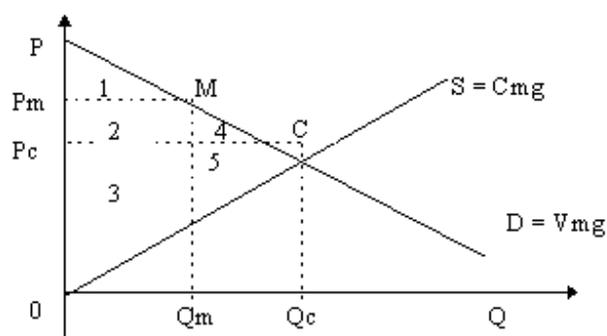


La consideración conjunta del excedente del consumidor y del excedente del productor nos permite elaborar una primera definición operativa del valor del interés económico general generado en un mercado. Esta definición es la del "excedente total de los agentes económicos", entendido como la suma de los excedentes que obtienen los consumidores y los productores que participan en el mercado. Este concepto es de particular interés para el análisis económico de la legislación de defensa de la competencia, ya que es justamente la magnitud que se maximiza cuando la estructura del mercado es de competencia perfecta (Esta identificación entre la solución que maximiza el excedente total de los agentes económicos y el equilibrio de mercado bajo condiciones de competencia perfecta (es decir, bajo condiciones en las cuales todos los consumidores buscan maximizar su propio excedente, todas las empresas buscan maximizar su beneficio, y todos los agentes son tomadores de precios) es una consecuencia del llamado "primer teorema de la economía del bienestar", por el cual se demuestra la eficiencia económica del equilibrio competitivo. Al respecto, véase Mas-Colell, A; Whinston, M. y Green, J: *Microeconomic Theory*, capítulo 10; Nueva York, Oxford University Press, 1995). Puede entenderse por lo tanto que, si una ley busca penalizar los desvíos del paradigma competitivo que sean perjudiciales para el interés económico general, la identificación entre este último concepto con el de excedente total es un buen punto de partida para la interpretación de dicha norma.

La relación entre el equilibrio de competencia perfecta y la maximización del **excedente total de los agentes económicos** proviene del comportamiento que la teoría económica presume por parte de los consumidores y las empresas en un mercado perfectamente competitivo, que es la maximización de su propio excedente tomando los precios como

dados. En efecto, si cada agente busca maximizar su porción del excedente suponiendo que no puede influir sobre los precios vigentes, entonces el precio que regirá en equilibrio se igualará con el valor que le asignan los consumidores a la última unidad del bien que consumen (valor marginal) y con el costo que tiene para las empresas producir una unidad adicional de dicho bien (costo marginal). Esto hace que, ni desde el punto de vista privado ni desde el punto de vista social, resulte deseable producir más o menos que la cantidad de equilibrio, ya que en un caso el valor que tiene dicha producción adicional para los consumidores excede el costo incremental de proveerla, y en el otro se está desaprovechando la oportunidad de producir algo cuyo valor para los consumidores supera el costo de provisión por parte de las empresas.

Gráfico 3: Excedente total de los agentes económicos



El gráfico 3 nos brinda una representación diagramática de lo expuesto en el párrafo anterior, a través de la comparación de una situación de equilibrio competitivo (C) con otra de equilibrio monopolístico o colusivo (M) en la cual el precio ha sido fijado de modo de maximizar exclusivamente el excedente de los productores. Nótese en él que, si bien los beneficios empresarios son menores en la primera de las situaciones mencionadas (ya que la suma de las áreas "3" y "5" es menor que las de las áreas "2" y "3"), el excedente total generado por la combinación "(P_c , Q_c)" es mayor que el que le corresponde a la combinación "(P_m , Q_m)" (ya que en este último caso el área "4+5" desaparece). El equilibrio competitivo graficado exhibe también la triple propiedad de que en él se maximiza el excedente total de los agentes económicos, se igualan las funciones de demanda y oferta del mercado ($D = S$) y se igualan el valor marginal y el costo marginal de la cantidad comerciada ($Vmg = Cmg$).

El concepto de excedente total de los agentes económicos puede extenderse al caso de mercados en los cuales tanto los oferentes como los demandantes que participan son empresas. Este es el caso habitual de los mercados de insumos intermedios, en el cual los demandantes de insumos son productores de bienes que luego venderán a los consumidores (o a productores de nuevos insumos que a su vez se destinarán a producir otros bienes). La extensión del concepto tiene lugar por el hecho de que las demandas en tales mercados son en realidad demandas derivadas de los mercados de bienes a los que los insumos abastecen, y reflejan por lo tanto de modo indirecto el valor que ayudan a generar en los mercados de dichos bienes.

El uso del excedente total generado en un mercado como medida conceptual del interés económico general y su relación con las propiedades del equilibrio de competencia perfecta se basan en una serie de supuestos que en algunos casos pueden resultar inexactos. En dichos casos, el verdadero excedente de los agentes económicos suele trascender los límites de las áreas delimitadas por las curvas de oferta y demanda del mercado, y la solución competitiva puede inclusive resultar peor que otras soluciones que implican distorsiones de la competencia perfecta. Las principales circunstancias en las que estas divergencias pueden darse son las siguientes:

a) Cuando los mercados de los insumos que se usan para producir el bien bajo análisis no son competitivos: En dichos casos, las funciones de oferta y de costos de los oferentes no reflejan los verdaderos costos sociales. Las mismas incluyen rentas no competitivas, y por ende la suma de los excedentes de los consumidores y de los productores ignora los efectos que se están produciendo respecto de los excedentes de los proveedores de insumos (por ejemplo, trabajadores, prestadores de fondos, abastecedores de materias primas, etc).

b) Cuando los mercados de los bienes que se producen utilizando como insumo al bien bajo análisis no son competitivos: En esta situación es la función de demanda derivada la que no refleja el verdadero valor social del insumo producido, ya que ignora parte de los beneficios que el uso de dicho insumo le genera a los consumidores de los bienes que se producen con él.

c) Cuando existen efectos externos sobre otros mercados que no se transmiten a través del sistema de precios: En estos casos hay otros agentes además de los oferentes y los demandantes del bien que se benefician o se perjudican como consecuencia de su producción o su consumo, y tales beneficios o perjuicios no aparecen reflejados ni en las curvas de oferta ni en las de demanda del mercado bajo análisis. Ejemplos de estos fenómenos aparecen en bienes que aumentan o disminuyen la contaminación ambiental, el congestionamiento de tránsito, el acceso a las comunicaciones, etc.

d) Cuando existen problemas de información asimétrica: Esta circunstancia se produce cuando una de las partes tiene menos información que la otra respecto de lo que se está comerciando. Esto genera que los demandantes o los oferentes desconozcan las verdaderas características de los bienes y servicios que intercambian, y que por lo tanto sus funciones de demanda u oferta dejen de representar medidas adecuadas del valor o del costo. Ejemplos de estos fenómenos aparecen en algunos mercados de servicios personales, bienes usados, seguros, etc.

Una última divergencia posible entre las ideas de "excedente total de los agentes económicos" e "interés económico general" proviene del carácter esencialmente impersonal que el primero de tales conceptos tiene. En efecto, medir el bienestar a través de una simple suma de excedentes que los distintos actores se llevan puede resultar inadecuado si en la mente del evaluador pesan más los beneficios de algunos agentes y menos los de otros. Para contemplar esto puede usarse el concepto de "función de bienestar", una de cuyas definiciones es la de una suma ponderada de excedentes como la siguiente:

$W = a.EC + b.EP$; donde "EC" y "EP" son los excedentes de los consumidores y de los productores, y "a" y "b" son "características distributivas" que buscan medir el peso de tales excedentes sobre las preferencias de la sociedad. Cuando ambos números son iguales entre sí (e iguales a uno), dicha función de bienestar coincide exactamente con el concepto de excedente total de los agentes económicos.

El uso de ponderadores distributivos es común en el análisis de proyectos de inversión pública y en el diseño de sistemas impositivos y tarifas de servicios públicos, pero resulta extraño en una evaluación económica de la legislación de defensa de la competencia. Esto

se debe a que, si la sociedad ha dejado que ciertos mercados se autorregulen a través del funcionamiento de un mecanismo de competencia, es porque interpreta que el ideal para dichos mercados es que se comporten de acuerdo con el paradigma competitivo. Como, salvo para los casos encuadrados en las cuatro excepciones mencionadas anteriormente, dicho paradigma es el que maximiza el excedente total, resulta lógico suponer que el legislador ha entendido que el concepto económico relevante para medir el interés económico general en lo que se refiere a las normas de defensa de la competencia es el excedente total de los agentes económicos.

4. El abuso de posición dominante

La noción de "abuso de posición dominante" es otro de los conceptos que utiliza la ley 22.262 para encuadrar ciertos actos o conductas dentro del tipo de prácticas que considera anticompetitivas. Este es un concepto que la ley argentina toma del artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Europea (1957) y de otros antecedentes principalmente españoles y alemanes. En ese sentido, se lo interpreta comúnmente como una noción más laxa que la que utiliza el artículo 2 de la ley estadounidense Sherman (1890), para el cual lo que se considera ilegal es la "monopolización" de un mercado, que en ciertos casos puede asimilarse con la simple existencia de una posición de dominio. Las legislaciones europea y argentina, en cambio, admiten como lícito que un mercado quede monopolizado o dominado por una única empresa, pero buscan penar los abusos que dicho dominio puede originar (Esta interpretación aparece en Cabanellas, *Op. cit.*, capítulo 5; y se condice con lo que expresa la exposición de motivos de la ley 22.262. Véase también Soldano, A. y Lanosa, W: "El abuso de posición dominante en la ley 22.262"; *El Derecho*, XXXI, n° 8379, pgs 1-2, 1993).

Si bien la ley argentina no define el concepto de abuso de posición dominante, sí hace lo propio con la posición dominante en sí. Esta definición aparece en el artículo 2, cuyos dos incisos se refieren respectivamente a la posición dominante por parte de una persona o empresa individual (para lo cual se requiere que sea la única oferente o demandante o que, sin ser la única, no esté expuesta a una competencia sustancial) y a la posición dominante

por parte de un grupo de personas o empresas (lo cual se da cuando no existe competencia efectiva entre ellas, ni sustancial por parte de terceros). El concepto económico que más se relaciona con estas ideas de posición dominante es probablemente el de "poder de mercado", en tanto que el abuso de dicha posición de dominio puede en cierto modo asimilarse al "ejercicio del poder de mercado".

El **poder de mercado** puede definirse como la capacidad de un agente económico individual (o de un grupo de agentes que actúan coordinadamente) de influir sobre los precios del mercado, y en ese sentido representa la contracara del supuesto de la competencia perfecta por el cual los agentes son tomadores de precios. A diferencia de la definición legal para la cual la posición dominante es un atributo que o bien se tiene o bien no se tiene, el poder de mercado es susceptible de presentar grados de acuerdo con la mayor o menor capacidad que tengan los oferentes o demandantes de controlar los precios. Es también una cualidad que puede ser poseída al mismo tiempo por varios agentes que actúan de manera independiente, cosa que no sucede con la posición dominante, ya que la misma sólo puede ser ostentada en un mercado por una única persona o por un grupo de personas que actúan de manera concertada (cartel).

La idea de ejercicio del poder de mercado tiene que ver con decisiones que toman las empresas para incrementar sus beneficios a través de acciones que influyen sobre los precios del mercado. Interpretado bajo una óptica jurídica penal, la maximización de beneficios sería el "móvil" que lleva a las empresas a ejercer el poder de mercado que poseen y, en tanto ambos conceptos puedan asimilarse, a abusar de su posición dominante. Es por eso que pueden existir situaciones en las cuales, aun teniendo poder de mercado, una empresa carezca de motivos para ejercerlo, y tal podría ser el caso de entidades que no maximizan beneficios (por ejemplo, empresas públicas, cooperativas de consumo, asociaciones civiles, mutuales, etc) (Esto no quiere decir que este tipo de entidades no puedan ser nunca responsables de actos de abuso de posición dominante. Sin embargo, sí sería un requisito mostrar que en la circunstancia específica de que se trate la entidad en cuestión tenía incentivos para maximizar sus beneficios y abandonar sus otros objetivos habituales). Otra circunstancia equivalente puede acontecer cuando una empresa tiene una posición dominante otorgada por una norma legal (por ejemplo, es la única

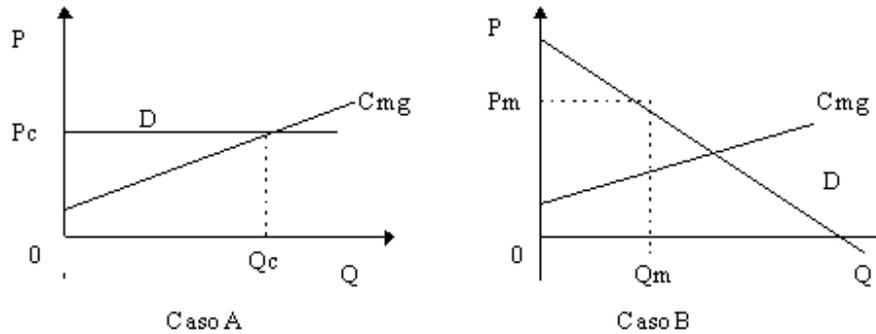
proveedora de un servicio público en un área geográfica determinada) pero su poder de mercado se halla limitado por la existencia de un organismo regulador.

La manera habitual de medir el poder de mercado de una empresa es a través del cálculo de la inversa de la elasticidad-precio de su demanda en el punto en el cual la empresa maximiza sus beneficios. Esto proviene de la relación que existe entre dicho concepto y el apartamiento porcentual óptimo que la empresa maximizadora de beneficios puede lograr, el cual surge de resolver un problema matemático a través del cual se hallan la cantidad y el precio que le resultan más rentables a la firma (Esta relación se conoce con el nombre de "fórmula de Lerner", y proviene de operar en la condición de primer orden para la maximización de los beneficios ($I_{mg} = C_{mg}$) hasta llegar al resultado de que, si dicha condición se cumple, entonces se da también que " $(P - C_{mg})/P = 1/E_p$ "). Gráficamente expuesta, la idea es que las empresas que enfrentan demandas más elásticas (planas) no encuentran rentable cobrar precios que excedan en mucho sus costos marginales, y tienden por eso a comportarse en forma bastante similar a las empresas tomadoras de precios. Las que enfrentan demandas más empinadas (inelásticas) hallan en cambio que para maximizar beneficios les conviene incrementar sus precios bastante por encima de sus costos marginales, y aprovechar de ese modo el hecho de que la cantidad que se les demanda se reduce relativamente poco ante aumentos en sus precios. Cabe aclarar que las elasticidades-precio que resultan relevantes aquí son las que corresponden a las demandas que enfrentan las empresas individualmente y no la de la demanda del mercado como un todo. Dichas elasticidades individuales se encuentran estrechamente relacionadas con las posibilidades de sustitución que existen con los bienes que producen otras empresas (En mercados de competencia perfecta, por ejemplo, la elasticidad-precio de la demanda que enfrenta cada empresa individual es infinita -aunque la del mercado como un todo pueda ser baja-).

Lo expuesto en el párrafo anterior puede visualizarse en el gráfico 4, donde hemos representado dos casos (A y B). El primero de ellos es el de una empresa que enfrenta una demanda totalmente elástica a un precio " P_c ", maximizando por lo tanto su excedente del productor en la cantidad para la que dicho precio se iguala con su costo marginal (Q_c) y ejerciendo un poder de mercado nulo. En el caso B, la demanda que enfrenta la empresa es

más empinada, y el excedente del productor se maximiza en la combinación "(P_m, Q_m)". Su poder de mercado puede medirse a través de la inversa de la elasticidad-precio de la demanda de la empresa en dicho punto ($1/E_p$), cuyo valor es idéntico al del cociente " $(P_m - C_{mg})/P_m$ ".

Gráfico 4: Medición del poder de mercado



Una distinción que resulta importante desde el punto de vista de la defensa de la competencia es la que puede establecerse entre el poder de mercado sobre los precios propios y el poder de mercado sobre los precios de los demás agentes económicos. Si este último poder no existe (es decir, si una empresa puede fijar sus propios precios pero sus decisiones no tienen influencia sobre los precios de sus competidores), entonces tampoco puede hablarse de posición dominante en el mercado en cuestión. En esta última apreciación, no obstante, debe tenerse cuidado acerca de cómo definir el mercado relevante, ya que esta falta de influencia puede obedecer al hecho de que los productos de la empresa bajo análisis son en rigor los únicos que existen en el mercado, y lo que hay es por lo tanto una situación de monopolio (El tema de la definición del mercado relevante para encuadrar un caso de posición dominante es particularmente importante cuando existe diferenciación de productos y por lo tanto resulta impreciso precisar qué variedades y áreas geográficas deben ser consideradas parte integrante del mismo mercado. Una definición demasiado amplia puede llevar a que la figura de posición dominante no aparezca nunca; una demasiado estrecha, a que aparezca siempre).

Muchas veces se suele relacionar el concepto de posición dominante con el de una alta participación de las ventas de una empresa o grupo de empresas en un mercado. Esta relación, sin embargo, resulta procedente sólo en los casos en los cuales dicha participación tenga un correlato de comportamiento, por el cual la empresa o grupo que posee esa participación pueda -valiéndose de ella- influir en las decisiones de sus competidores. Tal situación suele acontecer en casos en los cuales la **participación en el mercado** sea relativamente independiente de las políticas de precios y se deba en cambio a la posesión exclusiva de ciertos recursos (por ejemplo, yacimientos de hidrocarburos, redes de transporte o comunicaciones, capacidad instalada de producción o almacenaje, etc). Estos elementos actúan entonces como barreras a la entrada de otros competidores y como obstáculos para la expansión de las ventas de los competidores existentes, y son por ende los verdaderos determinantes de la existencia de una posición dominante, más que la participación en el mercado en sí.

La relación entre posición dominante y participación en el mercado resulta mucho más tenue aún cuando esta última se encuentra originada en una estrategia empresarial de precios bajos destinada a aumentar la producción para aprovechar economías de escala y bajar los costos medios. En estos casos, las empresas con alta participación en los mercados suelen ser las que menos posibilidades tienen de aumentar sus precios para incrementar sus beneficios, ya que su demanda puede inclusive erosionarse completamente. Tal cosa sucede, por ejemplo, en dos casos clásicos:

- a) cuando el mercado es "desafiante", es decir, cuando existen empresas que se hallan fuera de él pero pueden ingresar fácilmente y adquirir con rapidez una posición competitiva;
- b) cuando el mercado está abierto a la competencia internacional, y resulta por ende relativamente fácil importar el producto a precios internacionales.

Una relación que puede resultar útil desde el punto de vista del análisis económico del abuso de posición dominante es la que puede establecerse entre dicho concepto y el ejercicio del poder de mercado que la teoría predice para distintos tipos de estructura industrial. Esta relación es particularmente estrecha cuando lo que se analizan son mercados difícilmente desafiante y expuestos a escasa competencia internacional, ya que -

como mencionamos en el párrafo anterior- las características estructurales pasan en general a segundo plano cuando los mercados están expuestos a una fuerte competencia externa real o potencial. En los casos de bienes para los cuales la intensidad competitiva depende fundamentalmente de la estructura del mercado, en cambio, la relación entre dicha estructura y la aparición del abuso de posición dominante puede resumirse en el siguiente cuadro:

<u>Estructuras que favorecen el abuso de posición dominante</u>	<u>Estructuras que no favorecen el abuso de posición dominante</u>
Monopolio	Competencia perfecta
Monopsonio	Competencia monopolística
Liderazgo en precios	Oligopolio de Bertrand
Liderazgo en cantidades	Oligopolio de Cournot
Colusión	Monopolio bilateral

La inclusión de algunas de estas estructuras en una columna o en la otra resulta relativamente obvia. Tanto el monopolio como el monopsonio son ejemplos de mercados en los que un único oferente o demandante decide los precios y las cantidades que van a comerciarse, y esto hace que tenga incentivos a manipular dichos precios y cantidades a efectos de incrementar sus beneficios. Inversamente, la competencia perfecta es una estructura en la que ningún oferente ni demandante puede influir en los precios, con lo cual su poder de mercado es nulo y no existe por lo tanto ninguna posición de dominio de la cual abusar.

Un tanto más sutil resulta el encuadramiento de la competencia monopolística, ya que se trata de un caso en el cual cada empresa tiene poder monopólico sobre su propia marca o "variedad de producto", pero en el mercado como un todo existen numerosas empresas. La ausencia de una posición dominante tiene aquí que ver con el hecho de que ninguna

empresa es capaz de influir sobre los precios de las otras, y el tipo de interacción que se manifiesta es más bien el de entidades que compiten a través de la diferenciación de sus productos. Casi idéntico es lo que sucede si el mercado es un oligopolio de Bertrand, ya que aquí el supuesto de comportamiento es que las empresas -aunque sean muy pocas- fijan sus precios tomando como dados los precios de las demás firmas. Si este tipo de oligopolio tiene lugar en el mercado de un producto homogéneo, el resultado que se obtiene es virtualmente el mismo de la competencia perfecta; si existe diferenciación de productos, en cambio, el equilibrio se acerca más al de la competencia monopolística (Algunos autores, inclusive, caracterizan a la competencia monopolística como un oligopolio de Bertrand con diferenciación de productos y libre entrada. Al respecto, véase Benassy, Jean: "Monopolistic Competition"; *Handbook of Mathematical Economics*, vol. 4; Amsterdam, North Holland, 1991).

Dos casos de posición dominante que parecen ajustarse bastante bien a las expresiones que utiliza el artículo 2 de la ley 22.262 cuando define dicho concepto son los mercados en los que existe liderazgo en precios o en cantidades. En el primero de tales casos, llamado también "modelo de la empresa dominante", hay un grupo de firmas que actúan como tomadoras de precios y otra empresa que es el líder del mercado. Esta última es la que fija los precios a fin de maximizar su propio beneficio, teniendo en cuenta tanto la demanda total del mercado como las funciones de oferta de sus competidoras. El liderazgo en cantidades u "oligopolio de Stackelberg", por su parte, tiene lugar cuando lo que el líder fija es la cantidad que va a producir, en tanto que las empresas seguidoras reaccionan ante dichas cantidades aumentando o reduciendo su propia producción. Ambas circunstancias pueden interpretarse como casos en los que el líder del mercado es una empresa que está usufructuando su posición dominante, en virtud de que -al decir de la ley- "no está expuesta a una competencia sustancial".

El otro caso de posición dominante tipificado por la ley de defensa de la competencia es el que recae sobre un grupo de personas entre las cuales "no existe competencia efectiva". El concepto microeconómico que más se aproxima a esta idea es el de colusión, por el cual un conjunto de empresas se pone de acuerdo para fijar precios o cantidades con el objeto de incrementar los beneficios totales del grupo. Los efectos de la colusión son en principio

idénticos a los que aparecen en los casos de monopolio, monopsonio, liderazgo en precios o liderazgo en cantidades, según sean el tipo y el alcance del acuerdo al que las empresas lleguen. El abuso de posición de dominio que se obtiene a través de la colusión aparece además explícitamente enunciado en el artículo 41 de la ley 22.262, a través de una serie de incisos que condenan acciones concertadas.

Las dos últimas estructuras de mercado que hemos colocado en la columna derecha de nuestro cuadro merecen cierto detalle en el comentario. La primera de ellas es el oligopolio de Cournot, que es una situación que se da cuando hay un grupo reducido de empresas y cada una de ellas fija independientemente su nivel de producción pero tiene en cuenta las cantidades producidas por las demás. Este es un caso en el cual todas las empresas tienen influencia sobre los precios del mercado, pero ninguna tiene una posición dominante. El equilibrio al que se llega está siempre en un punto intermedio entre la competencia perfecta y el monopolio, situándose más cerca de aquella cuanto mayor es el número de empresas competidoras (El equilibrio al que llega un oligopolio de Cournot presenta una interesante relación entre poder de mercado, elasticidad de la demanda y concentración. Dicha relación puede hallarse a través de la siguiente fórmula: $(P-Cmg)/P = HHI / Em$, donde $(P-Cmg)/P$ es el índice de Lerner para el promedio del mercado, "HHI" es el índice de concentración de Herfindahl y Hirschman, y "Em" es la elasticidad-precio de la demanda del mercado. Véase Scherer, F. y Ross, D: *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ra edición, pg 229; Boston, Houghton, 1990).

Tampoco hay posición dominante si lo que existe es un monopolio bilateral (un único oferente y un único demandante), aunque en este caso nos hallamos ante una situación de negociación y no de competencia. Una vez más, cada uno de los actores tiene poder de mercado, pero el hecho de que dicho poder esté distribuido entre la oferta y la demanda hace que inclusive sea posible llegar a la eficiencia mediante una coordinación implícita por la que las empresas logren aprovechar la totalidad de las ganancias originadas en el intercambio (La consideración conjunta de los efectos de la negociación y la competencia es aún un tema poco explorado, pero que tendría la posibilidad de explicar situaciones en las que reducir la competencia y estimular la colusión resulta beneficioso. Esto podría ocurrir en ciertos casos de sindicatos de trabajadores, cooperativas de consumo o

cooperativas de producción en los cuales un sector originalmente atomizado se asocia para mejorar su posición negociadora ante otro mucho más concentrado). El mecanismo mediante el cual los procesos de negociación conducen a un determinado resultado suele responder a factores tales como el costo de que la negociación fracase, la preferencia intertemporal de las partes que negocian y la aversión al riesgo de dichas partes.

5. Actos y conductas anticompetitivos

La ley argentina de defensa de la competencia es una norma que penaliza exclusivamente actos y conductas. En eso se diferencia de otras legislaciones que cuentan también con ciertos controles estructurales de los mercados, como ser un proceso de autorización previa de fusiones y adquisiciones. En el sistema argentino dichos controles estructurales aparecen solamente en leyes y decretos que se refieren a sectores específicos (por ejemplo, los servicios públicos regulados, los medios de comunicación, las entidades financieras) y su ejercicio está a cargo de organismos especialmente creados para dichos sectores y no de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Esta situación podría modificarse de aprobarse el proyecto de ley de defensa de la competencia que se encuentra actualmente en trámite en la Cámara de Diputados de la Nación, el cual contiene un capítulo que establece el control previo de las concentraciones y fusiones).

Para que se considere que una empresa o grupo de empresas está infringiendo la ley 22.262 debe probarse que se ha producido un acto o conducta anticompetitivos. Dichos actos son los que la ley define en su artículo 1 como aquéllos que "limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado", siendo condición necesaria para que los mismos sean punibles que puedan resultar perjudiciales para el interés económico general. Aplicando las analogías vistas en los apartados anteriores entre los términos de la ley y los conceptos económicos implícitos en ella, podemos interpretar que un acto o conducta anticompetitiva cae dentro de las infracciones a la ley si implica un ejercicio del poder de mercado que afecte el funcionamiento del mismo y resulte en una disminución del excedente total de los agentes económicos.

Si bien la ley 22.262 no exige que las conductas anticompetitivas representen necesariamente un abuso de posición dominante, sí puede afirmarse que para ser punibles las mismas deben ser efectuadas por un agente económico que posea poder de mercado en alguna actividad, y que esté utilizando dicho poder al llevar a cabo la conducta. Si tal situación no se diere, resultará imposible que el agente económico en cuestión pueda restringir, limitar o distorsionar la competencia, ya que el efecto de sus acciones sobre el resto del mercado será por definición nulo. Es también necesario que el ejercicio del poder de mercado de que se trate tenga como consecuencia potencial una reducción del excedente total, puesto que, si la misma no pudiera producirse, el hecho no tendría en principio efectos económicos perjudiciales.

Dentro del campo de conductas determinado por el ejercicio del poder de mercado y por la afectación del excedente total de los agentes económicos, resulta posible efectuar una serie de clasificaciones que ayuden a individualizar las prácticas anticompetitivas. Dos particularmente útiles son las que dividen dichos actos en unilaterales y concertados, y en horizontales y verticales. Desde el punto de vista económico, las prácticas unilaterales son aquellas que se asocian con el ejercicio del poder monopólico o monopsónico o del liderazgo en el mercado por parte de una única empresa, en tanto que las prácticas concertadas se relacionan con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por un conjunto de empresas que se encuentran en colusión. En cuanto a la distinción entre prácticas horizontales y verticales, las primeras son aquellas que afectan la situación de los competidores reales o potenciales en un mercado, en tanto que las prácticas verticales se asocian con empresas que operan en distintas etapas del mismo proceso productivo.

Una tercera clasificación posible es la que divide a las conductas anticompetitivas en prácticas abusivas y prácticas exclusorias. Dentro del primer grupo entrarían aquellos actos que implican un ejercicio directo del poder de mercado que se posee, y que generan de por sí rentas monopólicas o monopsónicas y una disminución del excedente total de los agentes económicos. Las prácticas exclusorias, en cambio, son aquellas que restringen la competencia a través de limitaciones u obstáculos que se le imponen a competidores reales o potenciales, y que por ende generan rentas y reducen el excedente total de modo indirecto. Esta clasificación está en cierto modo presente en el artículo 1 de la ley 22.262, ya

que las conductas mencionadas en él como aquéllas "que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia" pueden identificarse con prácticas exclusorias, en tanto que las incluidas dentro de la categoría de "abuso de posición dominante" son en general catalogables como prácticas abusivas.

Una cuarta clasificación importante es la que tiene que ver con los instrumentos utilizados para llevar a cabo los actos anticompetitivos, que básicamente pueden ser precios o unas restricciones cuantitativas. El uso anticompetitivo de la fijación de precios puede tomar diversas formas, entre las que se distinguen las siguientes situaciones:

1) Precios monopolísticos: Son los que fija unilateralmente un monopolista o líder de precios con el objeto de incrementar sus beneficios, pero a costa de una reducción del excedente de los compradores y de una disminución global del excedente total generado.

2) Precios monopsónicos: Es el caso inverso al anterior, en el cual un monopsonista o líder de precios fija precios inferiores a los competitivos en el mercado en que compra su producto o insumo, y disminuye así el excedente total generado en el mismo.

3) Acuerdo de precios: Es la práctica concertada por la cual un grupo de empresas impone precios semejantes a los monopolísticos o monopsónicos (según la situación de que se trate) y ejerce por lo tanto un poder de mercado conjunto cuyos efectos sobre el excedente total son similares a los de las dos prácticas anteriores.

4) Precios predatorios: Son precios que se fijan por debajo de los que regirían en una situación competitiva, con el objeto de forzar a que los competidores actuales se retiren del mercado (liquidando sus empresas o vendiéndoselas a la entidad o grupo dominante) o disuadir la entrada de nuevos competidores. En general es una práctica unilateral, aunque también puede surgir de un acuerdo entre un grupo de empresas. Su efecto sobre el bienestar es bastante complejo, ya que empieza incrementando el excedente de los consumidores a través de precios bajos pero crea el peligro de que en una etapa posterior surja un monopolio o un cartel y que éste pase a ejercer su poder de mercado en perjuicio de esos mismos consumidores.

5) Fijación vertical de precios: Consiste en que una empresa o grupo de empresas que actúa en una etapa del proceso productivo de un bien o servicio fije los precios de los bienes o servicios correspondientes a etapas anteriores o posteriores, con el objeto apropiarse de excedentes generados en otros mercados. Tal cosa puede suceder si -por alguna circunstancia- una empresa que posee una posición de dominio en una etapa del proceso no es capaz de ejercer plenamente su poder de mercado a través de los precios que ella misma cobra, y sí en cambio puede hacerlo fijándole los precios a sus proveedores o clientes (En ciertos casos, sin embargo, la fijación vertical de precios puede llegar a ser beneficiosa en vez de perjudicial, si lo que busca es eliminar el fenómeno de "monopolización sucesiva" que ocurre cuando hay empresas con posición dominante en distintas etapas de la cadena productiva. En este tipo de situaciones el incremento en el excedente total se produce como consecuencia de la supresión de una conducta monopólica en uno de los segmentos del mercado, aunque globalmente la situación de monopolio se mantenga en virtud de que sigue existiendo en otro segmento. Aunque no resulte en sí una conducta perjudicial, la fijación vertical de precios puede en tales casos señalar la existencia de un problema en el segmento en el que actúa la empresa que está llevando a cabo dicha práctica. Véase Viscusi, W; Vernon, J. y Harrington, J: *Economics of Regulation and Antitrust*, 2da edición, capítulo 8; Cambridge (Mass), MIT Press, 1995).

6) Discriminación de precios: Ocurre cuando una empresa cobra diferentes precios por el mismo producto a distintos consumidores, con el objeto de utilizar mejor su poder de mercado en los distintos sub-mercados que abastece y sin que exista una causa originada en diferencias de costos de provisión. Al igual que la fijación vertical de precios, esta práctica puede implicar tanto un aumento como una disminución del excedente total de los agentes económicos, pero en todos los casos puede tomarse como una señal de que la empresa tiene poder de mercado en algún segmento de su actividad.

Dentro del grupo de las restricciones cuantitativas pueden englobarse una serie de prácticas que implican reducciones de la oferta o la demanda con el objeto de modificar los precios de mercado e incrementar los beneficios de una empresa o grupo de empresas, reduciendo al mismo tiempo el excedente total de los agentes económicos. Las principales conductas que entran dentro de esta categoría son las siguientes:

7) Acuerdo de cuotas: Es una práctica concertada horizontal por la cual las empresas que participan en un mercado acuerdan no competir entre ellas y producir ciertas cantidades menores que las que regirían en una situación de competencia. Esto tiene por efecto incrementar los beneficios de las firmas y reducir el excedente total, en virtud de la menor cantidad que se comercia.

8) Reparto de zonas: En este caso, lo que ocurre es que un mercado mayor e inicialmente más competitivo se transforma en un conjunto de monopolios o monopsonios menores, en los que sólo opera una empresa. En cada uno de dichos mercados menores, la empresa que lo abastece puede ejercer su poder de mercado y obtener beneficios a costa de reducir el excedente total generado.

9) Negativa a satisfacer pedidos: Es una restricción cuantitativa impuesta por una empresa o grupo de empresas de naturaleza generalmente vertical, que consiste en negarse a vender a ciertos clientes y favorecer en cambio a otros. Su objetivo puede ser semejante al de la fijación vertical de precios, intentando extender el poder de mercado que se posee en cierto segmento hacia otras etapas del proceso productivo cuyas rentas son de difícil apropiabilidad.

10) Imposición de prestaciones suplementarias: Es otra práctica vertical, generalmente unilateral, por la cual un proveedor le impone a sus clientes la compra de ciertos productos que vienen artificialmente "atados" a otros. El objetivo es aquí extender el poder de mercado que se posee sobre un producto a otro mercado en que no se posee dicho poder, y una vez más representa una práctica que puede no implicar en sí una reducción del excedente total de los agentes económicos pero que sirve para señalar la existencia de poder de mercado sobre la prestación principal de que se trate.

11) Imposición de exclusividad: Consiste en sujetar una operación a la condición de no utilizar o comercializar bienes o servicios provistos por competidores. Es una práctica típicamente unilateral cuyo objetivo es incrementar el poder de mercado que se posee en un cierto segmento, dificultando el acceso al mismo de nuevos competidores o forzando la salida de competidores existentes. La exclusividad, sin embargo, es perjudicial sólo si resulta en una limitación de la competencia y no si se trata de una forma en la cual dicha

competencia se manifiesta (Los contratos de exclusividad, por ejemplo, no son anticompetitivos si *ex-ante* existe una situación en la cual las partes tienen la opción de contratar con otras empresas competidoras de sus contrapartes. Esto es lo que frecuentemente sucede en las concesiones y franquicias entre productores y distribuidores, entre cadenas comerciales y comercios independientes, etc.).

12) Exclusión del mercado: Es una práctica horizontal de naturaleza usualmente concertada, por el cual un grupo de empresas le impide a un competidor seguir operando en el mercado, a través de la prohibición de utilizar algún recurso o fuente de abastecimiento que el grupo en cuestión monopoliza. A veces, esta práctica sirve como amenaza para sostener el cumplimiento de alguna otra conducta concertada, como ser un acuerdo de precios o de cuotas o un reparto de zonas.

13) Obstaculización de la entrada: Implica la realización de acciones destinadas a dificultar el ingreso al mercado de nuevos competidores, a través de actos tales como la instalación de capacidad excedente de producción o almacenaje. Lo que debe darse aquí es que la empresa o grupo implicado haya decidido incurrir en costos adicionales con el objeto de disuadir a potenciales competidores de ingresar al mercado, y asegurarse así la continuidad de una posición dominante en el mismo.

14) Destrucción de estocs o cierre de establecimientos: Son restricciones de la oferta logradas a través de la disminución de la capacidad de abastecimiento, cuyo objeto es elevar los precios y permitir el incremento de los beneficios de las empresas que operan en un mercado a costa de una reducción del excedente total. En general aparecen como prácticas concertadas, aunque también pueden ser unilaterales en casos de monopolios o posiciones dominantes por parte de una única entidad.

Muchos casos que se engloban en la enumeración de las prácticas antedichas aparecen mencionados en el artículo 41 de la ley 22.262, aunque la tipificación que hace dicho artículo se refiere en su inmensa mayoría a situaciones de carácter horizontal en los que aparecen conductas concertadas. Así, los incisos a) y k) hacen referencia a acuerdos de precios, el b) y el c) a acuerdos de cuotas, el d) a prestaciones suplementarias, el e) a repartos de zonas, el f) a exclusión del mercado y obstaculización de la entrada, el g) a

negativas a satisfacer pedidos, el h) a discriminación de precios, y el i) y el j) a destrucción de estocs y cierre de establecimientos. No están tipificados en la ley (aunque podría encuadrárselos dentro del concepto de "abuso de posición dominante") los precios monopólicos y monopsónicos, los precios predatorios, la fijación vertical de precios, ni la imposición de exclusividad.

6. Conclusiones

Las principales conclusiones del presente trabajo pueden resumirse en los puntos que se mencionan a continuación:

a) La ley 22.262 de defensa de la competencia penaliza actos y conductas sobre la base de tres elementos: distorsión de la competencia, abuso de posición dominante y perjuicio potencial al interés económico general. Los dos primeros requisitos son alternativos y el último es necesario para que la práctica analizada encuadre dentro del objeto de la ley.

b) El interés económico general puede identificarse con el concepto económico de "excedente total", y medirse como la suma del excedente del productor y del excedente del consumidor. Salvo casos particulares, este concepto se maximiza en los mercados perfectamente competitivos, y es afectado negativamente por el monopolio y otras formas de ausencia de la competencia.

c) El abuso de posición dominante puede relacionarse con la idea de ejercicio del poder de mercado por parte de una empresa o grupo de empresas que tiene una posición monopólica, monopsónica o de liderazgo en un cierto mercado. Este ejercicio se ve favorecido si el mercado está cerrado a la competencia externa y si existen barreras a la entrada de nuevos competidores originados en disposiciones legales o en la posesión exclusiva de ciertos recursos.

d) Los actos y conductas anticompetitivas que no encuadran dentro del concepto de "abuso de posición dominante" deben no obstante implicar un cierto ejercicio del poder de mercado. Tales prácticas pueden ser unilaterales o concertadas, horizontales o verticales,

abusivas o exclusorias, e instrumentarse a través de precios o de restricciones cuantitativas. En algunos casos pueden no representar actos que en sí mismos repercutan negativamente sobre el excedente total de los agentes económicos, pero sí ser una señal que indique la existencia de un ejercicio del poder de mercado que reduzca dicho excedente.

Nota de la CNDC: ver artículos correspondientes de la Ley 22.262

Buenos Aires, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, agosto de 1997.