

II.5. Política de defensa de la competencia

II.5.1. Concentración económica y poder de mercado

En economía, se llama *poder de mercado* al poder de una empresa para influenciar 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 suelen ser vistas como 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 del mercado, como en los casos extremos de la existencia de monopolio, donde una sola empresa controla todo el mercado. Sin embargo, el control de mercado no es el único elemento que constituye el poder en el mismo. Puede existir un mercado controlado por muy pocas empresas y, sin embargo, tener barreras de entrada bajas, reduciendo el poder de mercado ejercido por las mismas.

Desde el punto de vista del funcionamiento del mercado y la competencia, es crucial el grado de *concentración empresarial* existente, lo cual depende del número de empresas activas en un mercado. Se puede aproximar una cuantificación de la concentración económica a través de

diversos índices estadísticos, como los *índices Lerner* y *Herfindahl-Hirschman* o el *coeficiente de concentración de Gini*. Aparte de la estadística involucrada, se debe prestar atención al tipo de bien y al ambiente innovador.

En términos de competencia, la concentración de empresas puede ser evaluada como positiva o negativa. 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; es así que 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 monopolistas, 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 abusar de su *posición en el mercado*, por ejemplo, cobrando precios más altos o brindando servicios inferiores a los que ofrecería en competencia.

El poder de mercado permite a las empresas realizar ***prácticas anti-competitivas***, incluyendo precios predatorios, compra de productos condicionados, etc. Estas prácticas son acciones de las empresas o del gobierno que anulan o limitan la competencia en un mercado. Es difícil realizar prácticas anti-competitivas si no existe poder de mercado o apoyo estatal. Si las empresas no tienen poder de mercado, la única práctica anti-competitiva posible es la colusión o los acuerdos de precios.

Entre las prácticas anticompetitivas definidas, 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; los *precios limi-*

tantes, en los que un monopolista restringe la entrada al mercado a través de la selección de un precio determinado; la *venta en conjunto* de productos, en la cual se condiciona la venta de un producto a la compra de otro. Para penalizar este tipo de prácticas es que existen leyes de defensa de la competencia.

La concentración de empresas y la concentración de riqueza no sólo tienen importancia económica en sentido estricto. 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 la capacidad de influir el poder político hacia sus fines.

II.5.2. Defensa de la competencia en la Economía Social de Mercado

El objetivo actual de la política de la competencia de la ESM yace en la ***protección de la libertad individual*** en economía como un valor en sí mismo o, viceversa, en la restricción del poder económico. 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 reestablecer 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 ESM se diferencia, por un lado, del enfoque que plantea la imposibilidad o indeseabilidad de

la competencia, tal como se encuentra en el *pensamiento anti-competitivo 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 las 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.

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 de forma descentralizada.

II.5.3. Leyes de defensa de la competencia

Todas las **leyes de defensa de la competencia** modernas contienen reglas para impedir una concentración excesiva de empresas que limite la competencia. Por otra parte, las leyes contra las limitaciones de la competencia no buscan entorpecer el crecimiento interno de una empresa.

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.

Está demostrado por la teoría económica y en la práctica que empresas que controlan una parte muy significativa del mercado sin competidores relevantes pueden trabajar con precios mayores y calidades inferiores a las de la situación competitiva. Sin embargo, esto no siempre es así. 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, etc.

Las *fusiones empresariales* son avaladas por la teoría de los costos de transacción, dado que pueden reducir los mismos 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 el mismo y del descenso del número de competidores, lo cual puede traer efectos negativos netos sobre el bienestar de los consumidores.

Con respecto al *control de fusiones* empresariales, en principio las leyes contra las limitaciones de la competencia prohíben toda fusión que genere o amplíe una posición dominante, es decir, que derive en una excesiva concentración del poder económico que limite la competencia. En este sentido, es similar a los casos de posición dominante, con la excepción de que en este caso la evaluación se hace *ex ante* de la operación.

Según la ley, una empresa tiene una posición dominante en el mercado cuando en el mismo no hay otros competidores, 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.

Con el fin de supervisar de manera periódica la evolución en materia de concentración económica y aplicar las correspondientes medidas de control de fusiones, este tipo de leyes suelen establecer algún tipo de *Comisión Antimonopolio* independiente, conformada por expertos.

II.5.4. 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. 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 particularmente negativos *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 las mismas 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 Anticártel 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 de forma contraproducente las condiciones de competencia.

El principal organismo encargado de impedir la formación de monopolios en Alemania es la Oficina Federal Anticártel (Bundeskartellamt). La principal función de la Oficina Federal Anticártel consiste en aplicar las disposiciones previstas sobre la protección de la competencia en la Ley contra Limitaciones a la Competencia. Concretamente, se encarga de hacer cumplir la prohibición de formar cárteles, de prevenir abusos de poder económico y de controlar que las fusiones empresarias observen las disposiciones legales. Competencia exclusiva de la Oficina Federal Anticártel es la ejecución del control de fusiones. Basada en sus experiencias prácticas, la Oficina Federal Anticártel emite informes sobre temas relacionados con la política y el derecho de competencia.

II.5.5. Otros sistemas de defensa de la competencia

El sistema alemán, que desarrollamos en el apartado anterior, opera 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.

Las leyes de defensa de la competencia se han ido internacionalizando a medida que se involucraban en los organismos internacionales como la UNCTAD y la OECD. 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 Doha de la OMC la *generalización de las leyes de defensa de la competencia* es 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.

II.5.6. Política de defensa del consumidor

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

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 han ido viendo 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 solo 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 éstos 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 destinada a la ***protección del consumidor*** o usuario en el mercado de bienes y servicios, otorgándole y regulando ciertos derechos y obligaciones. La Ley de 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, subrepresentación, 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*.

II.5.7. Régimen 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 lado, 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.

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 de la misma a un determinado productor que le paga en contraprestación regalías. Los países tienen oficinas de patentes y existen acuerdos internacionales al respecto. Hay una tendencia a la homogenización de la legislación sobre patentes a nivel mundial a través de la OMC.

El *régimen de patentes* es considerado 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. Las patentes proveen incentivos

para la investigación y el desarrollo. 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, si no se mantendría oculta. 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 lado, debe estimular la competencia y la difusión del nuevo conocimiento, incentivando la pronta imitación de nuevos productos y procedimientos.

Palabras clave

Leyes de defensa de la competencia

Prácticas anti-competitivas

Protección de la libertad individual

Constitución económica

Política de defensa del consumidor

Derechos de propiedad

Régimen de patentes