

## REFLEXIONES SOBRE ANÁLISIS ECONÓMICO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

EMMA ELENA MINI

### *PONENCIA*

Somos concientes que la reforma de la legislación de defensa de la competencia constituye una necesidad y así lo entendió oportunamente el propio Poder Ejecutivo, que elevó al Congreso de la Nación un proyecto en tal sentido, que sufrió con posterioridad innumerables reformas, creando figuras penales de difícil comprensión y susceptibles de obrar como amenazas sobre buen número de actividades económicas legítimas.

La legislación que protege la competencia es un buen ejemplo de desregulación, puesto que desregula al eliminar o prohibir cualquiera otra regulación surgida del ámbito público o privado, con status jurídico o sin él, que socave la competencia, concepto que es, de por sí, una regla de juego básica en lo económico.

Los organismos reguladores deben ser autónomos, con los recursos y personal capacitado suficientes y con la independencia política necesaria para asegurar el riguroso cumplimiento de sus contenidos anticartel.

Empero, la promoción y defensa de la competencia no puede ser discrecional, sino todo lo contrario: debe ser estable y previsible ya que forma parte del conjunto de instituciones económicas, desde el momento que la promoción del bienestar general en uno de los fines del Estado.

### *FUNDAMENTOS*

#### *1. Mercados competitivos*

Las teorías económicas modernas sostienen que los mercados perfectamente competitivos asignan eficientemente los recursos sin la intervención del Estado. Esta idea se encuentra sustentada en el argumento de Adam Smith y sus seguidores, de que los individuos, al actuar únicamente en beneficio propio, se ven llevados por una mano

invisible a promover indirectamente el interés público. Así la competencia perfecta, es buena para el conjunto de la economía porque genera una asignación eficiente de los recursos.

Pareto es quien define el sentido preciso en que la competencia perfecta asigna eficientemente los recursos, al sostener que “los recursos se asignan eficientemente cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra”, pero ello no significa que esa asignación sea al mismo tiempo equitativa, socialmente óptima.

Así la sociedad se enfrenta permanentemente a la disyuntiva entre la equidad y la eficiencia. Es allí donde los economistas pueden contribuir calculando los costos de una asignación “equitativa” de los recursos y tratando de reducir los costos. Siempre que se sacrifica la eficiencia en el sentido de Pareto en nombre de la equidad o de algún otro objetivo valioso, las ganancias monetarias que reciben los beneficiados son menores que el costo en que incurren los perjudicados, ya que no se maximiza el excedente total.

Los economistas tratan de reducir el costo neto de los objetivos de esas medidas. Una vez reducido lo más posible el costo neto de lograr la equidad o cualquier otro objetivo no económico, es necesario utilizar juicios de valor para decidir si debe incurrirse o no en ese costo.<sup>1</sup> Si fuera posible redistribuir los recursos entre los individuos sin afectar a la eficiencia, una economía competitiva podría alcanzar cualquier asignación óptima en el sentido de Pareto. Ello nos indica que es posible encontrar asignaciones equitativas de los recursos que también sean eficientes.

En economías de mercado los precios constituyen el mecanismo central de asignación, guiando las elecciones de los consumidores entre los distintos bienes y la asignación de los recursos entre los diferentes sectores.

En lo que se refiere a la demanda, los precios competitivos reflejan la valoración que dan los consumidores a una unidad adicional de bienes. Y en lo relativo a la producción, reflejan el costo marginal que tiene una unidad adicional de los bienes para los productores y la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, cuando se vacían los mercados competitivos, el precio de equilibrio que iguala la cantidad demandada y la ofrecida también iguala la valoración marginal de los bienes con el costo marginal de ofrecerlos. La competencia perfecta da lugar a una asignación óptima de los recursos, ya que en todos los mercados los costos y los beneficios se igualan en el margen.

Empero es posible, desde luego, que los precios, aunque vacíen el mercado, no reflejen la valoración marginal de los consumidores o el costo marginal de una unidad adicional de los productores. En ese caso, hay un fallo en el mercado que da lugar a una asignación ineficiente de los recursos.

<sup>1</sup> Pues no existe ninguna fórmula científica para poner un precio a la equidad.

## 2. *Las fallas del mercado y la intervención del Estado*

Tres son las fallas del mercado que justifican desde el punto de vista económico la intervención del Estado: el poder de monopolio, las externalidades y la información imperfecta.

Aquí analizaremos una de ellas, el poder monopolístico, que se da cuando los compradores o vendedores del mercado tienen en cuenta su capacidad para influir en el precio de mercado de su producto, reduciendo su propia producción logrando así obtener más beneficios al elevar los precios por encima de los niveles competitivos.

El costo social del monopolio es un costo de oportunidad. Es el beneficio total —la valoración menos el costo— al que renuncia la sociedad al permitir que se restrinja la producción al nivel de monopolio en lugar de elevarla al nivel competitivo.

Es por ello que el Estado, a través de su política antimonopólica deberá regular la conducta de los oferentes que incurran en prácticas monopólicas, reduciendo las principales ineficiencias de la monopolización, es decir, la pérdida social derivada de la limitación de la producción en los distintos sectores.

Los mercados en los que hay un solo vendedor —monopolios— son relativamente raros al igual que los mercados perfectamente competitivos. Por lo general se dan mercados con una importante concentración de vendedores, donde los mayores vendedores son mucho mayores que el menor y la diferenciación del producto es frecuente.

## 3. *El fenómeno de la concentración*

Las causas de la concentración se deben fundamentalmente a las economías de escalas, a barreras a la entrada de competidores potenciales, a las fusiones, eficiencia, suerte, la influencia política que puedan tener algunas empresas para establecer monopolios o carteles para producir o importar bienes, etc.. Como expresan Zaldívar, Manóvil, Ragazzi y Rovira<sup>2</sup> desde el punto de vista económico-empresario, si partimos del presupuesto simplificado de suponer que a una empresa corresponde una unitaria actividad productiva, existirá un fenómeno de integración o de concentración toda vez que a esa actividad productiva originaria se le agrega una o más actividades nuevas. O dicho en otros términos, habrá integración o concentración cuando en una empresa confluyen dos o más puntos de la actividad económica productiva general.

Es evidente que esta formulación simplista despertará en el lector crítico la inmediata reflexión de que un concepto tan lato permite englobar en el giro “empresa integrada” o “empresa concentrada”, prácticamente a cualquier empresa que, por ejemplo, produzca un insumo para su fabricación principal, o que tenga una red de comercialización o distribución de sus productos, etc., y ello por pequeña y modesta que sea, y por lejana que esté su posición de ocupar un lugar protagónico en la econo-

<sup>2</sup> ZALDÍVAR, Enrique; MANÓVIL, Rafael M.; RAGAZZI, Guillermo E.; y ROVIRA, Alfredo L.: *Cuadernos de derecho societario*, v. IV, Abeledo-Perrot, 1980, p. 4.

mía en que se desenvuelve. La objeción es valedera, pero sólo a medias. En esencia, si desnudamos todos los fenómenos que estamos analizando de su ropaje concreto, no encontraremos otra cosa que lo que hemos dicho en el párrafo anterior. Pero es cierto, también, que a la economía y al derecho sólo interesa la cuestión a partir de un cierto grado de envergadura e importancia, es decir, cuando se afecte la competencia, el mercado, el abastecimiento, la ocupación, el desarrollo regional o local, u otro fenómeno similar y ello, evidentemente, sólo ocurre cuando: a) el fenómeno es importante y, b) altera pautas productivas tradicionales.

#### 4. *Sistemas jurídicos de defensa de la competencia*

En principio deben señalarse que como generalmente lo hace la doctrina en materia de defensa de la libre concurrencia se han alineado dos sistemas jurídicos de alguna manera antagónicos, a los que Garríguez denomina "de la prohibición" y del "abuso" respectivamente.

En el primero de los sistemas legales podemos indicar las leyes americanas que van desde la Sheerman Act de 1890, en adelante, en las que básicamente se prohíbe todo acuerdo amalgama o combinación que tienda a restringir la competencia en los Estados miembros de la Unión y el intento de monopolizar una parte de la industria o del comercio. La prohibición es terminante y sólo atemperada por la denominada "regla de lo razonable".

A este sistema se sumó nuestro país con las leyes *antitrust* n° 11.210 y 12.906.

El otro sistema llamado "del abuso" o de la "prohibición relativa" pertenece a la tradición europea. Sólo son punibles los acuerdos o prácticas abusivas. Inclusive se admite que quien desee organizar una actividad con ribete monopolístico, lo ponga en conocimiento de la autoridad administrativa a fin de que ésta lo autorice y analice.

Así funciona en la actualidad el Tratado de Roma sobre el Mercado Común Europeo.

El sistema de control puede funcionar a priori o a posteriori, es decir, con notificación y autorización previa de la autoridad, o a posteriori, cuando el acuerdo o práctica es detectado por la autoridad y ésta da su consentimiento para que la acción continúe o por el contrario la prohíbe o impone condiciones para autorizar su presencia en el mercado.

#### 5. *Derecho de competencia y región*

A partir del 1° de enero de 1995 nuestro país, integra el Mercado Común del Sur. En materia de derecho de competencia en una Región, básicamente podemos encontrar tres sistemas de regulación: 1) cada país posee su propia normativa en relación a la competencia, firmándose un tratado en torno a la solución de conflictos potenciales de leyes, de manera tal de otorgar certidumbre a los empresarios acerca de la legislación a la que están sujetas; 2) la adopción de regulaciones idénticas o similares por par-

te de los países miembros, con aplicación a cargo de órganos nacionales; 3) adopción de una única ley aplicada por un organismo supranacional.

Cónforme la actual situación en que nos encontramos, el Mercosur, adoptaría el segundo enfoque. Claro que esa no parece ser la mejor opción ya que los empresarios deberían incurrir en los mayores costos que implicaría el cumplimiento de legislaciones diferentes sobre la misma materia o, de ser idénticas, aplicadas por distintos órganos. Lo cierto es que, tampoco se nos escapa que en el estado actual de la conformación del Mercosur, resulta prematuro pensar en alguna forma pronta de evitar esos efectos, como sería armonizar tanto las leyes como sus criterios de aplicación. Estas cuestiones, denominadas de "las dos bandas", ya han sido planteadas tanto entre distintos estados federales (caso de los EEUU) como entre países (CEE) y su experiencia internacional en la materia podría resultarnos instructiva.

#### 6. *Nuestra legislación. Reflexión final*

En caso particular de nuestro país, como de manera señera hace ya tiempo expresaba Aftalión<sup>3</sup> "los anales de nuestra" jurisprudencia... enseñan que hasta la fecha, son escasos los procesos sustanciados por tal delito (el de monopolio) y más escasas aún las condenas. Mas aún: si se efectúa un avalúo global, macroeconómico, de la acción judicial-penal cumplida, habría que llegar a la conclusión, un poco paradójal, que quizás sea mejor que el Poder Judicial se haya mostrado un tanto ineficaz en la represión, pues el desencadenamiento de una política persecutoria contra las concentraciones de capitales podría causar imprevisibles daños a la economía nacional, considerada en su conjunto". "A la luz de lo expuesto se impone la siguiente alternativa: o en la Argentina se vive una situación de competencia perfecta, o bien las previsiones legales y administrativas acerca de las lesiones a dicha competencia adolecen de deficiencias que las tornan ineficaces. Parece obvio que la verdad está en el último término del dilema planteado."<sup>4</sup>

La ley 22.262 actualmente en vigor no ha escapado a esta falta de aplicación. El Decreto 2284/91, que buscó superar este defecto, eliminando obstáculos a la implementación de la ley 22.262, no ha corrido mejor suerte.

<sup>3</sup> ALTALIÓN, Enrique L.: *Tratado de Derecho Penal Especial*, La Ley, t.I, Bs. Aires pp. 257 y ss., cit. por HORACIO FARGOSI.

<sup>4</sup> *Tratado...*, cit. pp. 464 y 486/487. idem not. ant.