

Defensa de la competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias

Marcelo Celani

Leonardo Stanley



CEPAL

Oficina de la CEPAL en Buenos Aires

Buenos Aires, junio del 2005

Este documento fue preparado por Marcelo Celani, profesor de la Universidad Torcuato di Tella y Leonardo Stanley, investigador del Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES). Este trabajo fue realizado para la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en colaboración con la oficina de la CEPAL en Buenos Aires.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los autores y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas
ISSN impreso 1680-8797
ISSN electrónico 1684-0356

ISBN: 92-1-322700-0
LC/L. 2311-P
LC/BUE/L.197
N° de venta: S.05.II.G.65

Copyright © Naciones Unidas, junio del 2005. Todos los derechos reservados
Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
I. Introducción	7
II. Poder de mercado	11
1. Definiciones de poder de mercado	12
III. Análisis de conductas	19
1. Introducción	19
2. Tipos de conductas abusivas	20
3. Restricciones verticales	22
4. Conductas horizontales	34
IV. Evaluación de estructuras	39
1. Análisis y experiencia en materia de fusiones y adquisiciones	40
V. Conclusiones	57
Bibliografía	59
Serie Estudios y perspectivas: números publicados	63

Índice de cuadros

Cuadro 1 Diferenciación según tipo de abuso	21
Cuadro 2 Importancia de los argumentos de eficiencia en la introducción de restricciones verticales según producto y condiciones de distribución	25
Cuadro 3 Efectos de la fijación del precio de reventa	26
Cuadro 4 Factores que inciden en la factibilidad de observar prácticas colusivas en una industria determinada	37

Índice de recuadros

Recuadro 1	Industria de redes, facilidades esenciales y prácticas abusivas	22
Recuadro 2	Contratos de exclusividad en América Latina: países seleccionados.....	25
Recuadro 3	Fijación de precios de reventa, algunos ejemplos	27
Recuadro 4	Negativa a vender: algunos ejemplos en América Latina	28
Recuadro 5	Algunos ejemplos de discriminación de precios en países seleccionados.....	31
Recuadro 6	Ventas atadas, el caso de Brasil y Perú	33
Recuadro 7	Predación en el servicio aéreo en Venezuela	36
Recuadro 8	El tratamiento de la colusión en América Latina	38
Recuadro 9	La fusión Carrefour-Norte.....	42
Recuadro 10	América Latina, grupos económicos y defensa de la competencia.....	47
Recuadro 11	La consideración de la eficiencia en Latinoamérica	50
Recuadro 12	Home Depot abandona el mercado argentino	51

Resumen

El presente trabajo analiza los principales tópicos de la política de defensa de la competencia, resaltando tanto sus principales aspectos teóricos como los ejemplos más destacados en la región. En pos de este objetivo el presente análisis se nutre de los conceptos introducidos por la teoría de la organización industrial. Los resultados sobre el bienestar económico de las acciones económicas de los agentes son ahora más difusos. La microeconomía clásica basó sus predicciones sobre la premisa que las decisiones son independientes del contexto: cada uno incorpora los parámetros relevantes y maximiza beneficios. En el agregado, el resultado es la maximización del bienestar conjunto. Los avances de la teoría económica se han hecho sobre la base de esos aportes pero al incorporar la noción de interdependencia muchos de los teoremas clásicos dejan de verificarse. En definitiva, bajo este nuevo marco teórico es posible realizar un análisis diferente respecto a lo que son las conductas empresariales y dentro de ellas las que se dan a denominar anticompetitivas.

El ejercicio de la política de defensa de la competencia comienza con una definición del concepto de mercado relevante y luego con el análisis de Posición Dominante (PD) o poder de mercado. Intentaremos mostrar que lo condenable no es la posición que detenta una firma sino el abuso de tal situación que puede la misma realizar. El trabajo analiza las conductas que pueden considerarse, a priori, como anticompetitivas destacando la interrelación que existe entre el poder de mercado y la conducta. Mientras que en una primer parte el análisis se focaliza en la regulación de conductas, en una segunda parte, el debate se centra en la regulación de estructuras. En este caso, el objetivo implícito se asocia, básicamente, con la idea que determinadas estructuras son más proclives a generar comportamientos anticompetitivos que otras. En otras palabras, Si como consecuencia de una operación de Fusiones y Adquisiciones (F&A) surge una empresa con gran poder de mercado, la probabilidad de abusar de tal posición se ve incrementada.

I. Introducción

La mayoría de las decisiones comerciales de las firmas persiguen ya sea un interés estratégico de mediano o largo plazo, o táctico, en el corto plazo. El marco de análisis que la teoría económica emplea para evaluar el comportamiento estratégico es la Teoría de la Organización Industrial-OI (referencias actualizadas sobre el estado de la Teoría de la OI se encuentran en Martin, 1993; Tirole, 1988; Church y Ware, 1999; Vives, 1999). A diferencia del análisis económico tradicional, donde los empresarios aparecen como agentes pasivos, la OI plantea la presencia de actores económicos activos: las acciones de los empresarios persiguen objetivos estratégicos y éstos afectan los parámetros estructurales de la industria. En cierta medida, los modelos de OI son algo así como una “caja inteligente” en contraposición a los modelos tradicionales a los que muchos han calificado como una “caja negra”.¹

El paso de “la caja negra” a la “caja inteligente” reconoce una serie de contribuciones teóricas que explican desde el origen mismo de las firmas. Estos aportes se inician con Coase (1937), quien asocia el tamaño de la firma con los costos de transacción que esta enfrenta. Posteriormente, el aporte de Williamson (1975) respecto a las decisiones de integración vertical (*make or buy decision*) permite introducir mayor claridad al problema organizacional e imbuir a éste en la problemática a analizar. Esta aproximación, agrupada en el denominado *enfoque de costos de transacción o visión institucional*, se nutre posteriormente con el aporte de aquellos, trabajando en la *teoría*

¹ Sin embargo, es preciso mencionar que los nuevos modelos de OI, aún con los avances a partir de la teoría de juegos, representan esfuerzos muy incompletos y por lo tanto imperfectos por lograr un entendimiento cabal de las decisiones empresariales en cualquier mercado.

de los contratos incompletos. La imposibilidad de prevenir el futuro (mapa de contingencias infinito) como el grado de credibilidad en las instituciones, hace que las firmas opten por un esquema organizacional (específico) que se aleja del óptimo. Otro grupo de trabajos se interesan en plantear los problemas de incentivos que pueden surgir dentro de la firma: *la teoría de la agencia*.

De esta forma, la visión atomística y pasiva del productor típico, comenzó a ser desplazada por un agente racional con características diferentes: tanto la estructura interna de la firma como la forma con que ésta se relaciona con el exterior (competidores, consumidores, etc.) se modifican con el tiempo y presentan variaciones en el espacio. No existe una función objetivo a maximizar exenta de la interacción con los restantes integrantes del mercado sino que cada empresa construye su propia función o estrategia de negocios sobre la base de estimaciones de lo que los demás intentan hacer; las decisiones empresariales son ahora resultado de la negociación y de la interacción entre los diferentes participantes.

Los resultados sobre el bienestar económico de las acciones económicas de los agentes son ahora más difusos. La microeconomía clásica basó sus predicciones sobre la premisa que las decisiones son independientes del contexto: cada uno incorpora los parámetros relevantes y maximiza beneficios. En el agregado, el resultado es la maximización del bienestar conjunto. Los avances de la teoría económica se han hecho sobre la base de esos aportes pero al incorporar la noción de interdependencia muchos de los teoremas clásicos dejan de verificarse. Se sabe que los resultados de los modelos de OI admiten situaciones atípicas para la economía clásica. Ahora se deben resolver los problemas de coordinación que subyacen a los mercados cuando antes no existían en los modelos esos dilemas, ya que simplemente la coordinación era un problema resuelto por el rematador *walrasiano*.

En este nuevo marco teórico hay lugar para un análisis fecundo de lo que son las conductas empresariales y dentro de ellas las que se dan a denominar anticompetitivas. Entenderemos el término anti-competitivo como aquél donde se prueba un daño al bienestar. El presente trabajo examina el tratamiento que, tanto la teoría como la práctica regulatoria realizan de las prácticas plausibles de calificarse como anticompetitivas.

En una primera parte se realiza un repaso del concepto de poder de mercado, tanto en lo que respecta a su evolución histórica como también a la diferenciación que el concepto adquiere para las distintas autoridades competitivas. El ejercicio de la política de defensa de la competencia comienza con una definición del concepto de mercado relevante y luego con el análisis de PD o poder de mercado. Intentaremos mostrar que lo condenable no es la posición que detenta una firma sino el abuso de tal situación que puede la misma realizar. Este tipo de acciones pueden perjudicar a los consumidores como a terceros (empresas competidoras, proveedores y/o distribuidores) (Grossman y Serebrisky, 2003).² A modo de síntesis, se puede plantear que el concepto es clave al momento de considerar la conducta de la firma como así también para evaluar la factibilidad de una operación de concentración entre empresas.

Seguidamente se analizan las conductas que pueden considerarse, a priori, como anticompetitivas aunque la legislación y la doctrina hoy están inclinadas a considerar la regla de *la razón* evitando así la aplicación de la regla *per se*. A continuación se enumeran una serie de conductas que pueden ser incluidas como abusivas, detallándose únicamente las consideradas como más importantes (RV, discriminación de precios, precios predatorios y colusión). Es importante destacar la interrelación que existe entre el poder de mercado y la conducta: una condición necesaria (no suficiente) para que una práctica se vuelva ilegítima es si la misma es llevada a cabo por una empresa con poder de mercado. Pero al no ser una condición suficiente, si la práctica se evalúa en

² Es oportuno aclarar que no sólo la condición de empresa dominante no es condenable per se sino que algunos autores consideran que el mero ejercicio del monopolio no constituye una práctica anticompetitiva en todos los casos. Para considerar una acción como lesiva de la competencia, siguiendo esta visión, hay que mostrar que el abuso es *exclusorio*.

otro contexto puede encontrarse permitida. Esto da una característica distinta a la defensa de la competencia y es que se debe realizar un análisis de casos y no administrar reglas generales.

Otro tipo de acciones que llevan a cabo algunos organismos reguladores de la competencia tienen como objetivo mantener una estructura competitiva en el mercado a partir del control previo de las operaciones de concentración (F&A). El objetivo implícito en la regulación de estructuras se asocia, básicamente, con la idea que determinadas estructuras son más proclives a generar comportamientos anticompetitivos que otras. Si como consecuencia de una operación de F&A surge una empresa con gran poder de mercado, la probabilidad de abusar de tal posición se ve incrementada. Así, el tratamiento de este tipo de operaciones se verá diferenciado (de mayor a menor intensidad) según el tipo de concentración que esta implique: horizontal, vertical o conglomerado.

Finalmente, el trabajo culmina con algunas reflexiones finales.

II. Poder de mercado

Al momento de analizar conductas y estructuras, el primer aspecto que debe considerar la autoridad pública es el poder de mercado que posee una firma, para entonces evaluar si la misma se halla persiguiendo una estrategia que pueda ser considerada como condenable. Sin embargo, dicha evaluación no es sencilla, como tampoco es conclusiva la literatura económica al momento de considerar el concepto de poder de mercado. En teoría, y como una primera aproximación, una empresa goza de poder cuando posee capacidad de fijar un precio por encima del costo marginal (competencia perfecta como *benchmarking*).³ Sin embargo, la realidad nos muestra que la mayoría de los mercados presentan imperfecciones, donde los precios se fijan (normalmente) por encima del nivel competitivo. A diferencia del modelo de texto de microeconomía, tanto la teoría de OI como la evidencia empírica nos muestran la abrumadora presencia de mercados donde los bienes se hallan diferenciados, donde la firma se enfrenta con clientes mostrando niveles de elasticidad reducida (curva de demanda con pendiente negativa), produciendo en un rango de rendimientos decrecientes a escala (economías de escala, de alcance, etc.). En este sentido, la mayoría de las firmas poseen algún grado de poder de mercado, y la competencia debe entenderse como un proceso de rivalidad entre empresas lo cual genera una estructura de mercado particular. En la medida que esta sea la caracterización preponderante (por ejemplo, con precios que departen del nivel competitivo), la utilización de indicadores teóricos para la evaluación de conductas y estrategias se vuelve más compleja.

³ En lugar de vincularse con el *benchmarking* competitivo, alternativamente se podría asociar al poder de mercado con la factibilidad de fijar precios al nivel de monopolio.

Asociado a esto último, existe otro aspecto normativo que debe ser considerado por la autoridad *antitrust* al momento de evaluar el poder de una firma el cual se asocia con la evaluación de las medidas correctivas que pueden ser introducidas al momento de condenar un abuso o impedir una mayor concentración. Desde esta perspectiva, las evaluaciones de eficiencia no sólo deberían considerar aspectos estáticos, debiendo también introducirse consideraciones de tipo dinámicas. En términos de bienestar, no sólo se debe considerar si la empresa se halla operando en forma eficiente (distancia a la frontera de producción) sino también en que medida la competencia impulsa a la firma a introducir nuevos productos y procesos de producción (alcanzar una nueva frontera). Lo anterior no significa priorizar una estructura por sobre otra, ni plantea una justificación de conductas, sino resaltar la importancia de considerar otros aspectos más allá de los que entran en un análisis de tipo estático. De acuerdo al nivel de desarrollo observado quizás sea necesario considerar el “grado de competencia” relevante para el país o región,⁴ concepto que implica reconocer la importancia de los aspectos dinámicos al momento de evaluar conductas y estructuras.

La evaluación del poder de mercado es realizada por la autoridad competente no sólo al momento de analizar conductas sino también en la evaluación de estructuras. En este sentido, la presente sección introduce los principales aspectos que deben ser considerados por la autoridad de aplicación a la hora de evaluar la posición de dominio.

1. Definiciones de poder de mercado

El abuso del poder de mercado (PD) (monopolización o abuso de la posición en el mercado) es una práctica comercial considerada normalmente como anticompetitiva en la cual se involucra una firma dominante con el objetivo de mantener o incrementar su posición en el mercado (OECD, 1996b; *Office of Fair Trading* (OFT), 2001). Dada tal definición, bastaría observar el nivel de competencia que muestra una industria, y en caso de observar niveles de concentración altos, condenar a la firma resultante. Sin embargo, tal situación no resulta condenable por sí misma: una firma puede alcanzar una posición de dominio en el mercado a partir de métodos perfectamente legítimos (introducción de procesos o productos a partir de la innovación, adopción de mejores tecnologías, mejoras en la cadena de distribución, diferencial en términos de eficiencia, etc.). Esto nos lleva a observar que lo condenable no es la posición/participación en el mercado (*market share*) que detenta una empresa, sino el abuso que de dicha posición realiza la misma. El hecho que una empresa posea una PD en el mercado no es punible *per se* (*bigness is not unlawful*), lo que se sanciona es el abuso que la empresa puede realizar del mismo (OECD, 1996b).⁵

El objetivo general (aunque no excluyente) de una política de defensa de la competencia, se asocia con el control de las prácticas consideradas como abusivas si las mismas permiten obtener ganancias extraordinarias o tienen como objetivo excluir firmas competidoras del mercado. Sin embargo, no es sencillo introducir una regla que permita separar, claramente, las conductas “buenas” de aquellas que puedan ser consideradas “malas”. Esto porque una conducta que a priori puede ser condenable (por ejemplo, la introducción de un sistema de ventas atadas ó la introducción de un contrato de exclusividad), puede incrementar la eficiencia de la industria y beneficiar así a los consumidores. De esta forma, más que el establecimiento de una regla, para evaluar la existencia de un abuso es conveniente seguir (tal como lo reconoce la mayoría de las legislaciones modernas) el enfoque de la *regla de la razón*.

⁴ El objetivo implícito en dicha definición puede ser otro que la búsqueda de la máxima competencia. Este aspecto puede implicar el reconocimiento de incentivos específicos a la inversión, que en otros casos no serían relevantes.

⁵ En otras palabras, una empresa que puede fijar precios en forma unilateral lo hará de manera que éstos se alejen de los costos eficientes de producción, y por lo tanto, estaría obteniendo una renta económica. Sin embargo, en la práctica tal distinción es difícil de determinar.

En términos generales, el concepto de poder de mercado se asocia con la capacidad que posee una firma en cobrar precios por encima de sus costos marginales o incrementales (de largo plazo).⁶ En este sentido es lógico observar que la habilidad de una firma (o grupo de firmas) para ejercer este poder se relacionará con la existencia de competidores presentes o potenciales en el mercado relevante en que se encuentre operando. El ejercicio de tal poder puede plantearse también como una función negativa de la elasticidad que presente la demanda en tal mercado: a menor elasticidad, mayor posibilidad de abuso. Por otra parte, también es importante destacar el papel que juega la participación de la franja competitiva de la industria (*competitive fringe*): cuanto mayor sea su ponderación, menor será la probabilidad de que el resto de las empresas participantes presenten un comportamiento anti-competitivo. Así, cuanto mayor elasticidad muestre la demanda y menor participación en el mercado presente una firma dominante, menor será la probabilidad que esta última tiene en generar una conducta perjudicial a la competencia.

Una forma de ver esta relación es a través del conocido índice de Lerner cuya expresión algebraica en el contexto de una firma dominante compitiendo con firmas pequeñas, es:

$$L = \frac{P_d - CMg_d}{P_d} = \frac{S_d}{S_f \mathcal{E}_f^o + \mathcal{E}_d}$$

donde

P_d precio de la firma dominante

CMg_d d costo marginal o incremental

S_d participación de mercado de la firma dominante

\mathcal{E}_d elasticidad de demanda residual de la forma dominante

\mathcal{E}_f^o elasticidad de oferta de las firmas seguidoras

S_f participación de mercado de las formas seguidoras

Esta expresión indica que a mayor capacidad de reacción de las firmas seguidoras (por ejemplo, capacidad instalada), S_f^o ; menor será el índice de Lerner revelando la posibilidad de un poder de mercado menor que en ausencia de esa capacidad de respuesta. El mismo efecto sucede cuando la elasticidad de demanda, \mathcal{E}_d , o la participación de mercado de las seguidoras, S_d , es mayor.

Sin embargo, la observación de un nivel de participación importante nada nos dice respecto al abuso que puede haber realizado la firma para alcanzarla, por lo cual se debe actuar con cautela.⁷ Tampoco es razonable utilizar una definición de precios “estándar” para evaluar el precio fijado por la empresa: la fijación de un precio no competitivo (en el sentido que no se iguale al costo marginal de la firma) nada nos dice respecto a sí la firma se encuentra cometiendo un abuso de PD. En otras palabras, el ámbito de competencia generalmente observable es uno donde las empresas tratan “estratégicamente” de obtener una mayor porción del mercado y generalmente enfrentan una curva de demanda con pendiente negativa: la competencia perfecta no sirve como referencia. Así, el abuso no debe evaluarse en función de la disparidad que muestra el precio respecto al que prevalecería en

⁶ El mantenimiento de tal diferencial en el tiempo dependerá de las características que presenten la oferta y la demanda en el mercado bajo análisis.

⁷ Para condenar dicha conducta bastaría entonces con introducir un parámetro de evaluación. Así, se podría fijar una regla que evaluase el poder de mercado (como por ejemplo, el índice de Lerner), aunque lamentablemente el mismo no aclara cómo (tal posición) se ha originado. Este indicador muestra la existencia de una posición ventajosa, pero nada dice respecto a como la misma ha sido alcanzada.

una situación competitiva sino contra aquel que surgiría si la conducta analizada no fuese utilizada (Salop, 1999).⁸

Esto implica que, al momento de evaluar la conducta empresarial la autoridad regulatoria debe estimar si el precio que ha fijado una firma (con poder de mercado) es o no abusivo. Lamentablemente, una medida teórica del poder de mercado como el índice de Lerner resulta de difícil aplicación en la práctica, al menos por dos razones: i) el problema de asimetría informativa que existe en la relación entre autoridad competitiva y las firmas involucradas; y, ii) la presencia de economías de escala en muchas de las empresas sujetas a investigación. En la práctica, el enfoque utilizado implica una evaluación indirecta del poder de mercado, que no sólo considera el poder de la firma bajo investigación sino que también introduce otros indicadores (presencia de competidores, entrada al mercado, poder de negociación de los clientes y/o proveedores, etc.).

Así, una primera definición (tradicional) del poder de mercado nos lleva a relacionar este concepto con la capacidad, por parte de la firma, de incrementar el precio en forma unilateral.^{9 y 10} Para que este aumento sea considerado como abusivo, el mismo debe ser, aunque pequeño, significativo (al menos por encima del 5%) y duradero. Para este fin, la autoridad de regulación debe considerar primero el mercado relevante dado que la evaluación de toda conducta se asocia con un mercado (de producto y geográfico) particular. Es importante aclarar que, tal definición puede diferenciarse de la utilizada en caso de F&A¹¹ (OECD, 1996b). Una vez definido el mercado, el siguiente paso se relaciona con la determinación del poder de mercado (grado de dominancia) de la firma implicada (fracción del mercado que detenta,¹² barreras a la entrada, etc.). En caso afirmativo se debe, finalmente, probar que la firma esta afectando el bienestar general. En síntesis, las etapas involucradas implican el establecimiento de:

- 1) Definición de mercado relevante.
- 2) La existencia de una posición de dominio por parte de una firma o grupo de firmas.
- 3) Un abuso de posición de dominio, lo cual implica identificar las prácticas específicas que perjudican la competencia.
- 4) Evaluar sus efectos en términos de bienestar.

Al momento de considerar la posición de dominio, estos aspectos no son los únicos al evaluar sino que también se realiza un análisis de las amenazas y restricciones que enfrenta la empresa en el mercado (entrada, rivalidad, poder de negociación, etc.). En este sentido, la evaluación conjunta de estos aspectos determinará en que medida la empresa puede abusar de una conducta determinada o en cuanto puede perjudicar el bienestar una mayor concentración en la industria.

Este esquema de evaluación es el utilizado al evaluar un abuso particular aunque el concepto también puede ser aplicado cuando se analiza la conducta de un grupo de firmas (Abuso

⁸ En otras palabras, el objetivo no es evaluar el precio fijado por la empresa respecto a un *benchmarking* ideal, como sería el caso del precio = costo marginal que sugiere la teoría económica tradicional. Este precio de referencia puede ser tanto el precio competitivo pero también el precio vigente (que se encuentra fijado por encima del costo marginal) o alguno que se encuentre entre ambos.

⁹ Se entiende que la firma incrementa los precios por encima del nivel competitivo.

¹⁰ Dicha definición es la introducida por la mayoría de las agencias reguladoras. En este sentido, se recomienda observar las definiciones elaboradas por: OFT (Gran Bretaña), *Federal Trade Commission* (FTC) y Departamento de Justicia (Estados Unidos), (OECD, 1993), etc.

¹¹ En un caso de F&A la definición pertinente surge de preguntarse, en sucesivos mercados ampliados, si un monopolista (hipotético) encontraría rentable aumentar los precios de sus productos. Si tal incremento resulta viable, entonces este conjunto de precios constituye el mercado relevante. Este test no es viable cuando se esta evaluando la presencia de una PD. Así, por ejemplo, la definición de mercado relevante que debe considerarse al evaluar una fusión entre VISA y MASTERCARD sería diferente a la necesaria para evaluar una práctica excluyente que realicen estas empresas: por ejemplo si estas decidieran realizar una política de precios predatorios para excluir a competidores (potenciales o actuales) del mercado (Tarzijan & Paredes, 2001).

¹² En la práctica no existe un nivel de *market share* que pueda considerarse como mínimo para determinar la probabilidad de ejercer una PD. En este sentido, la mayoría de las autoridades *antitrust* siguen un enfoque caso por caso.

Colectivo).¹³ En este caso también se deberá definir el mercado relevante y una medida de concentración específica. El incremento en la concentración genera aquí un aumento en el riesgo de colusión en el mercado relevante entre las empresas participantes.¹⁴ La evaluación del mercado relevante debe ser también más detallada cuando la conducta abusiva implica la exclusión en mercados a priori no relacionados.

Otro aspecto que debe considerarse al momento de evaluar (y eventualmente condenar) una práctica considerada como abusiva, son las ganancias de eficiencias dinámicas. El análisis planteado anteriormente se refiere, básicamente, a uno de tipo estático: después de observar la conducta, el poder de la firma y su conducta, se debe analizar si se condena o no la misma. Ahora, si bien este análisis considera aspectos de eficiencia, los mismos no deben centrarse en aspectos estáticos sino que deben considerar la dinámica de la industria y esta temática resulta de difícil consideración. En este sentido, la consideración de aspectos estáticos y dinámicos nos lleva a considerar el siguiente dilema: ¿que aspecto debe priorizar la autoridad regulatoria?

Los aspectos dinámicos son más relevantes al momento de analizar las conductas de aquellas firmas que se encuentran operando en industrias con alta innovación tecnológica, por ejemplo, la denominada “nueva economía”. En el caso de las industrias innovadoras ó *schumpeterianas*, la evaluación de la posición de dominio y el análisis de las conductas abusivas, se ha visto envuelto en un arduo debate académico en los últimos años. En este sentido, ha surgido una aproximación novedosa denominada como “enfoque de los principios fundamentales” (*first principles approach*) asociada al trabajo de Salop (2000). El análisis se centra en el examen de los efectos competitivos que puede presentar una conducta específica y, de esta forma, la utilización de este concepto implica la introducción de una evaluación más flexible (caso por caso) centrado, particularmente en los efectos excluyentes que dicha práctica puede generar.

Históricamente, el concepto de posición de dominio surge con la sanción del *Sherman Act*,¹⁵ norma legal cuyo objetivo era condenar al monopolio (o el intento de alcanzar tal situación). La interpretación que la jurisprudencia ha hecho de la misma ha evolucionado con el tiempo,¹⁶ introduciéndose posteriormente una diferenciación entre monopolio y monopolización:¹⁷ entre la creación/mantenimiento de poder de mercado (el cual no es ilegal) y el ejercicio de este poder (conducta que puede ser sancionable). A partir de los años setenta, y bajo la influencia de la escuela de Chicago, se reinterpretó la dimensión de la política de competencia y se comenzó a considerar aspectos de eficiencia.

En el caso norteamericano, la legislación actual es más permisiva con relación a la conducta (unilateral) de las empresas, aún en aquellos casos donde la empresa cuenta con poder de mercado. Tal cambio de actitud implica un reconocimiento, por parte de la autoridad regulatoria, que un mayor poder de mercado puede alcanzarse vía un incremento en la eficiencia, y no por medio de prácticas anticompetitivas. En materia de prácticas abusivas, la legislación norteamericana no enumera los tipos de conducta que pueden estar catalogadas como tal, mientras que la legislación

¹³ Este concepto (denominado de *dominación conjunta*) es reconocido por la legislación Europea, como así también por Canadá, Australia y varios países emergentes (aunque Estados Unidos no lo reconoce).

¹⁴ A nivel teórico, el aporte de la teoría de juegos ha sido fundamental para evaluar la probabilidad de ocurrencia de una conducta de tipo colusiva. Distintos “juegos” plantean la presencia de un número determinado de firmas para que la práctica (colusión) sea factible.

¹⁵ La sección 2 de la misma plantea “*every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons to monopolize any or part of the trade or commerce among the several states, or with foreign nationals, shall be deemed guilty of a felony...*”.

¹⁶ Un aspecto que ha variado con el correr de los años es el nivel de poder de mercado necesario para fundamentar la monopolización.

¹⁷ Aún cuando tal diferenciación es difícil de encontrar en la práctica (OCDE, 1996b).

Europea incluye una serie de conductas que son consideradas como abusivas a priori¹⁸ aunque en la práctica esta regla se ha visto dominada por el empleo del criterio de la razón. Por otra parte, si bien en ambos casos se plantea la necesidad de determinar un mercado particular para detectar la presencia de tal conducta; los niveles de dominación (en el caso europeo) son hallados a valores más bajos (al nivel de 40-45%, mientras que a niveles inferiores tal práctica no puede ser inferida). En caso que la participación en el mercado no sea significativa, se pueden considerar también:

- Participación relativa.
- Relación entre la empresa líder con empresas competidoras, proveedores y clientes.
- Período en que ha sido ejercida la posición.
- Posesión de tecnología.
- Barreras a la entrada.

Asimismo, amén del concepto de eficiencia, la legislación europea incorpora otros valores a la hora de evaluar la posición de dominio: oportunidad, legitimidad, viabilidad de las pequeñas y medianas empresas, etc.

a) Definiciones de PD en Latinoamérica

En general, siguiendo la tendencia observada en los países desarrollados, los distintos países en desarrollo han adoptado una definición de tal conducta que implica la condena al abuso de la PD. Respecto a las prácticas condenables, en algunos casos existe una enumeración de las mismas (al estilo de la Unión Europea (UE)), aunque numerosas conductas son evaluadas a partir de un análisis particular.

En **Argentina**, la definición de PD introduce una distinción entre diferentes grados de integración (vertical u horizontal) y la potencialidad de respuesta del mercado (competidores actuales o potenciales), considerándose que tal posición puede ser alcanzada en forma individual o colectiva.¹⁹ En este caso, al igual que lo normado por la legislación moderna, no se condena la PD sino el abuso que se pueda hacer de la misma, debiéndose demostrar que la misma afecta al interés económico general (artículo 1º Ley 25.156).²⁰ La determinación de tal abuso requiere considerar: a) la posición del mercado relevante; b) la estructura del mismo; c) si el presunto responsable tiene poder de mercado; y, d) si la empresa en cuestión abusa de este poder.

En **Brasil**, la legislación utiliza el término de PD para designar el concepto, la cual implica el control de una porción fundamental del mercado relevante (mayor al 20% del mercado relevante). La ley 8884/94 (artículo 20) condena, entre otras conductas, el ejercicio del abuso de posición de dominio.²¹ En el artículo siguiente se introducen una lista de prácticas consideradas como

¹⁸ En materia de prácticas abusivas, la legislación comunitaria plantea como abusivas, las siguientes conductas: limitación en la producción; aplicación de condiciones diferenciadas para transacciones equivalentes; ventas conjunta o “atadas” de productos no relacionados; determinadas modalidades de descuento (descuentos por lealtad) realizadas con el objetivo de mantener nichos de mercado; etc. La prohibición se basa en el hecho que, tales prácticas conllevan a un funcionamiento menos transparente de los mercados. De cualquier manera, la prohibición no impide la realización de una investigación para evaluar sus efectos reales o potenciales sobre el bienestar económico general.

¹⁹ El artículo 4 de la ley 25.156 plantea que “a los efectos de esta ley se entiende que una o más personas gozan de PD cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de estos”.

²⁰ El citado artículo plantea que serán sancionadas aquellas conductas que “tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan **abuso de una PD** en el mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general”.

²¹ Este artículo establece que “los actos manifestados bajo cualquier forma, que tengan por objeto o puedan producir los siguientes efectos: a) limitar, falsear o perjudicar de cualquier forma la libre competencia o la libre iniciativa; b) dominar el mercado relevante de bienes y servicios; c) aumentar arbitrariamente las ganancias; y, d) ejercer de manera abusiva una PD”.

violatorias, diferenciándose entre aquellas que tienden a introducir un abuso de tipo colectivo de aquellas que implican un abuso individual.²²

En **Colombia** la PD es entendida como la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado (art. 45 numeral 5 decreto 2153). En este país constituyen conductas abusivas: la disminución de precios por debajo de los costos; cuando (la conducta) tenga por objeto o efecto, eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos; aplicar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor en condiciones análogas; las que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales; que por su naturaleza no constituyen el objeto del negocio; la venta a un comprador en condiciones diferentes a los que le ofrecen a otro comprador, cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado; vender o prestar servicios en alguna parte del país a un precio diferente al que se ofrece en otra parte del país, con la intención o efecto de disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

En **Chile**, es el abuso de una posición de dominio lo que se halla condenado (artículo 6 de la ley 211), cuya presencia se determina en base a un análisis particular. Así, por ejemplo en el caso de RV, se observa el nivel de competencia que presenta el mercado como asimismo la participación de la empresa considerada en el mismo para posteriormente (si la participación es relevante) evaluar si esta se encuentra abusando de su posición. En aquellos casos que los actores investigados presentan una posición de dominio en el mercado, el análisis se centra en evaluar las barreras a la entrada que presenta la industria.

En **México**, la categoría asimilable al abuso de PD es denominada *práctica monopólica relativa*, la cual engloba a distintas conductas que tengan por objeto o efecto el desplazar indebidamente a los (o impedir artificialmente la entrada de) competidores (artículo 10, Ley Federal de Competencia (LFCE)). En la determinación del abuso se plantea la necesidad, por parte de la autoridad regulatoria, de delimitar el mercado relevante (artículo 12) donde se realiza la investigación como asimismo de mostrar que el presunto responsable posee poder sustancial en este mercado (artículo 13).

En **Perú** el abuso de posición de dominio es entendido como la situación en la cual una o más empresas pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores. En este sentido, tal posibilidad puede surgir debido a factores como la participación significativa de las empresas en el mercado, las características de la oferta y la demanda, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento, etc. (art. 4 Decreto Ley 701).²³

Las infracciones al Decreto Ley 701 se evalúan según el criterio de ilegalidad *per se*. Así, las concertaciones de precios, un reparto de mercado o de producción entre empresas líderes, o la limitación o control de la producción, son ilegales *per se* cuando estos acuerdos sean “desnudos o puros”. Por otra parte, las decisiones de la autoridad regulatoria no han seguido un criterio único

²² Las conductas consideradas por el artículo 21 son: a) la realización de acuerdos entre competidores respecto a precios y condiciones de venta; b) la división del mercado o la presencia de conductas comerciales uniformes o concertadas; c) realizar acuerdos en licitaciones públicas; d) utilizar medios engañosos para provocar oscilaciones en los precios de terceros; e) restringir o limitar el acceso al mercado por parte de terceras empresas; f) limitar el desarrollo de empresas ya existentes, o limitar el acceso a materias primas por parte de empresas competidoras; g) concertar acuerdos que limiten el desarrollo tecnológico y/o la generación de nuevas inversiones; h) introducir RV que afecten precios, descuentos, volúmenes, márgenes de ganancia, u otras condiciones de comercialización relacionadas con otras empresas; i) fijar ventas atadas; j) discriminar precios; k) imponer condiciones contractuales injustificadas; l) limitar relaciones empresariales por razones injustificadas; m) destruir o inutilizar materias primas, bienes intermedios o bienes finales (incluyendo productos agrícolas); n) vender mercaderías por debajo del precio de costo; o) suspender la producción sin causas justas; y p) imponer precios excesivos; o aumentar sin causa justa, los precios de un bien o servicio.

²³ Un aspecto distintivo del Perú se relaciona con la aplicación de la legislación en materia de defensa de la competencia en materia tales como: Asociaciones gremiales, Decisiones administrativas y Colegios profesionales.

para definir la ilegalidad de las RV, aunque se ha considerado –como elemento de juicio determinante– la posición de dominio en el mercado. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI) requiere la existencia de posición de dominio como primer requisito a efectos de considerar dañina una restricción vertical (Martínez y Quintana, 1998). Sin embargo el análisis será considerado en forma particular (caso por caso) cuando los acuerdos alcanzados sean de tipo accesorios y tengan por objetivo un incremento en la eficiencia.

III. Análisis de conductas

1. Introducción

Las conductas de la empresa que pueden considerarse como anticompetitivas se diferencian en dos grandes tipos: horizontales y verticales. Las primeras reducen la competencia entre empresas de un mismo mercado (rivalidad en el mercado), mientras que las segundas ocurren en el ámbito de las relaciones entre empresas relacionadas a nivel de cadena productiva (eslabonamiento vertical).

En el caso de prácticas horizontales, la conducta condenable por excelencia, se asocia con la fijación de acuerdos (de precios o cantidades) entre empresas competidoras: cartel o colusión. Dicha conducta tiene como objetivo disminuir la rivalidad que presenta el mercado: a través de forzar la salida del (o impedir la entrada al) mercado. Una forma indirecta de alcanzar este cometido se logra mediante la fijación de acuerdos (asociaciones o cámaras profesionales) a nivel industria.

A nivel vertical, existen un sinnúmero de prácticas que pueden considerarse como anticompetitivas, aunque bajo ciertas circunstancias las mismas pueden también evaluarse como pro-competitivas. Una buena referencia sobre la teoría de las RV es Mathewson y Winter (1984) y Rey y Tirole (1986). Para un análisis en México, puede consultarse Niels y Spota (1988). Así, la fijación de restricciones, por parte de los abastecedores (aguas arriba), a la forma en que debe realizarse la comercialización aguas abajo; puede implicar tanto una conducta abusiva como también permitir un abastecimiento óptimo a partir de la presencia de externalidades al momento de la

venta (problema del bien público). Por otra parte, muchas de las prácticas contractuales son introducidas por las partes como forma de resolver el problema de imprevisión que implicaría insistir en una relación de mercado corriente. La probabilidad que se presenten abusos ex-post, una vez que una de las partes han “hundido capitales”, conlleva en este caso a que la mayoría de las relaciones comerciales sean más formales (problema del *hold-up*).²⁴ Como ejemplo puede mencionarse los contratos de franquicia que vinculan a las terminales y los concesionarios de automóviles.

En síntesis, aunque aparentemente la mayoría de las conductas a analizar puedan considerarse como abusivas, en la práctica la línea divisoria es menos clara (véase Grossman y Serebrisky (2003) un debate sobre abuso explotativo a la luz de algunas experiencias bajo la legislación argentina). Dicha aseveración es más contundente si la conducta a evaluar involucra una de tipo vertical: existen motivos para sospechar que las mismas pueden minar la competencia como razones para justificar su existencia. Desde un punto de vista teórico, el avance reciente en OI asociado con la aplicación de la teoría de los juegos tampoco es concluyente al momento de trazar la línea: existen un sinnúmero de modelos que muestran tanto la factibilidad como la imposibilidad de introducir conductas abusivas. Pero, aún cuando contradictorios, tales avances permiten hoy reconocer como los factores estratégicos intervienen en el diseño de conductas de la firma. En la práctica, un primer corte respecto a las consecuencias que pueden generar cada una de las conductas analizadas podría plantearse entre aquellas empresas que poseen (o no) poder de mercado. Sin embargo, salvo casos extremos, tal determinación tampoco es sencilla. Así, se podría plantear que, la determinación del carácter de la conducta observada es una de las principales tareas de la autoridad *antitrust*, lo cual nos plantea la importancia de un análisis particular.

2. Tipos de conductas abusivas

Las conductas abusivas pueden diferenciarse en dos grandes tipos. Un primer grupo asociado con el abuso de explotación (o abuso de tipo *Stigleriano*) y un segundo que tiene por objetivo la exclusión (o abuso de tipo *Bainiano*). Según el primero, la firma se aprovecha de su poder de mercado para fijar precios en niveles excesivamente altos ó discriminar precios entre los distintos grupos de clientes. Estas conductas plantean una estrategia originada en los oferentes, sin embargo también es posible observar que el abuso venga impuesto por la parte compradora (como puede ser el caso de los supermercados o cadenas de distribución de cualquier bien o producto), abusando de su posición para imponer precios de compra por debajo de los costos de los proveedores. En el segundo la estrategia de la firma se asocia con la eliminación de competidores del mercado. Por ejemplo, cuando la firma se niega a vender sus productos a determinados clientes o distribuidores, al tratar de incrementar los costos de las empresas rivales (actuales o potenciales), o bien a partir de la práctica de precios predatorios.

Una característica que diferencia el objetivo de las conductas en ambos casos se relaciona con el significado de competencia. En el primer caso, la conducta tiene como objetivo obtener una porción más de mercado implicando un interés de competir; mientras que el objetivo de la firma en el segundo caso se asocia más con la competencia por el mercado (OFT, 2002).

²⁴ En este sentido, la firma de un contrato mitiga los riesgos a los que se hayan expuestas las partes. Aún cuando los reduce, los riesgos continúan, dado que estos contratos devienen (en la práctica) incompletos.

Cuadro 1
DIFERENCIACIÓN SEGÚN TIPO DE ABUSO

	Explotación	Exclusión
Acciones involucradas	Directas	Indirectas
Estrategias	Incremento precios unilateral	Incremento costos competidores, contratos de exclusividad con proveedores y clientes, etc.
Tipo de estrategia	Competencia en el mercado	Competencia por el mercado
Objetivos	Corto plazo (incremento ganancias monopólicas)	Largo plazo (devenir único oferente)

Fuente: Elaboración propia.

Cualquiera sea el tipo de abuso practicado, el bienestar del consumidor se ve perjudicado aunque el impacto sobre el bienestar general (suma del excedente de los consumidores más excedente de los productores) sea ambiguo en muchos casos y por lo tanto, evaluar la presencia de una práctica abusiva por parte de la autoridad regulatoria, no es una tarea sencilla. El problema se asocia con la definición de los precios correctos que debería imputar una empresa en un contexto de competencia hipotético. Los precios excesivos pueden originarse en cambios en la demanda, o por la presencia de costos unitarios elevados, y no por el ejercicio abusivo de la PD que presenta la firma. Por otra parte, muchas prácticas consideradas a priori como condenables pueden generar mayores beneficios (en términos de eficiencia) que costos.

Entre aquellas conductas que pueden implicar un abuso de PD, y que generalmente reciben una condena específica, se encuentran:

- a) Discriminación de precios.
- b) Introducción de precios excesivos.²⁵
- c) Precios predatorios.
- d) Limitación de ventas y compras.
- e) Ventas atadas.
- f) Descuentos por lealtad.²⁶
- g) Incremento de costos de empresas rivales.
- h) Uso anti-competitivo de derechos de propiedad.²⁷
- i) Acuerdos verticales cuando una de las partes presenta una PD.²⁸
- j) Negativa a vender /boicots (cuando la negativa es realizada por un grupo de empresas).

²⁵ Esta conducta es condenable o no según la jurisdicción considerada.

²⁶ Esta práctica comúnmente utilizada como un instrumento de competencia entre firmas, beneficia en el corto plazo a los consumidores, por lo que esta conducta no se encuentra penada en numerosas legislaciones aunque subsisten dudas desde lo teórico dado que aumentan los costos de cambiar de proveedor construyendo un mercado con diferenciación horizontal o “espúrea”. Para un análisis teórico relacionado con la diferenciación, véase Shaked y Sutton (1982).

²⁷ En la mayoría de los casos, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual son consistentes con los objetivos competitivos. Sin embargo, en determinadas circunstancias se observa un abuso en su adquisición o en el ejercicio de los mismos. Por ejemplo, cuando la transferencia de tecnología realizada a través de acuerdos de licencia, ha estado impuesto por una de las partes que posee un poder de mercado relevante.

²⁸ En este caso, la empresa con PD abusa de la misma para imponer condiciones a la otra. Por ejemplo, los fabricantes de cerveza y los dueños de *pubs*, donde los primeros demandan la exclusividad de ventas a los segundos. Estos acuerdos son utilizados para cerrar el mercado y/o disminuir la competencia.

INDUSTRIA DE REDES, FACILIDADES ESENCIALES Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

La doctrina de las *facilidades esenciales* ha sido recientemente utilizada en numerosas actuaciones. Según esta, el titular de un recurso ó “facilidad básica” en la operatoria de un sector debe permitir el acceso al mismo a terceras partes, debiendo cobrar un precio justo por la utilización del mismo. En este sentido, no sólo es condenable la negación al acceso que puede realizar la empresa integrada, sino también la fijación de precios de conexión discriminatorios, dado que ambas conductas impiden la permanencia y/o entrada de competidores. Así, este tipo de conducta puede considerarse como abusiva.

Esta doctrina adquirió recientemente mayor importancia, siendo característico de aquellos mercados recientemente desregulados donde el ex-monopolista mantuvo una integración vertical (como puede ser el caso en la industria de telecomunicaciones), enfrentando competencia en uno (o varios) de los segmentos. En este caso, el problema básico es la negociación respecto al derecho de interconexión, que el regulador debe especificar. Sin embargo el concepto también es ampliamente utilizado en industrias no reguladas, debiendo el titular proveer del acceso a terceros a un precio razonable. El objetivo se asocia con evitar que la empresa abuse de su posición de dominio, tratando de monopolizar terceros mercados (fundamentalmente en industrias que muestran economías de red). El caso se aplica típicamente en aquellas industrias donde una de las firmas se encuentra presente tanto en el mercado aguas arriba como aguas abajo y una o varias firmas se encuentran operando (o tienen la intención de) en el mercado “aguas abajo”. También puede darse el caso que una de las empresas sea titular de un componente de infraestructura esencial (por ejemplo, puertos).

En términos teóricos, la posibilidad de extender el poder monopólico a terceros mercados no era originalmente considerada como relevante. Esta era la postura de la escuela de Chicago, según la cual tal práctica no era condenable. Posteriormente, diversos autores comienzan a considerar la posibilidad de utilizar tal “apalancamiento” como forma de aumentar el poder de la firma. En la práctica la doctrina varía significativamente entre países, como así también las soluciones propuestas. La diferencia se origina, entre otros aspectos, en los tipos de componentes comprendidos, la estructura de mercado sobre la cual debe aplicarse la misma y respecto a quién determina cuando un componente deviene esencial (OECD, 1996a).²⁹

En **Perú**, el caso *OSITRAN* implicaba la evaluación de un abuso de posición de dominio por parte del concesionario de la terminal portuaria de *Matarini (Tisur)*. Las conductas denunciadas implicaban la discriminación de precios y la negación de prestación de servicios

Fuente: Elaboración propia.

3. Restricciones verticales (RV)

Las RV pueden ser consideradas como una práctica monopólica relativa, común de encontrar en numerosas relaciones contractuales como aquellas que relacionan a empresas manufactureras con distribuidoras. La misma se enmarca en lo que se ha dado en denominar como “integración vertical contractual” representando un punto intermedio entre la integración vertical estricta o completa y la relación comercial simple (o de mercado) entre dos empresas.³⁰ La preferencia por sobre la primera

²⁹ En **Estados Unidos**, a partir del caso *MCI Communications Corp vs. AT&T* (1983), se planteó la obligatoriedad de interconexión si los siguientes requisitos se hallaban presentes: a) control por parte de un monopolista de un componente esencial; b) imposibilidad (ó no razonabilidad), por parte de la empresa afectada, de duplicar el mismo; c) negación de la utilización de la misma; y d) posibilidad (en términos de capacidad), por parte del monopolista, de brindar el acceso. En la UE, la doctrina es utilizada por primera vez en el caso *Sea Containers vs. Stena Sealink* (1993), donde se cuestionaba el rechazo al acceso al puerto sin justificaciones contundentes o imponiendo términos de acceso discriminatorios. En **Australia**, la posición adoptada después del *Hilmer Report* plantea que no sólo el acceso deberá ser necesario para permitir la competencia sino que también se observará el carácter que el mismo tendrá sobre la economía nacional y si la misma beneficiará a la competitividad de la economía. Estos criterios deben ser satisfechos respecto a la infraestructura, pero no en relación a productos, procesos productivos o componentes comerciales esenciales. El aspecto distintivo es la presencia del gobierno en las industrias donde se requiere la obligación ya sea como titular o bien como regulador.

puede originarse por la presencia de altos costos de monitoreo que vuelven ineficiente a la integración, mientras que la relación contractual será preferida por sobre el mercado cuando este relacionamiento permite reducir los riesgos. Respecto al tratamiento de esta conducta, no existe una única postura, observándose divergencias tanto en el campo teórico como en el tratamiento empírico del problema.

Este tipo de práctica puede explicarse por diversos motivos, que justifican a la misma como una práctica comercial pro-competitiva como también por motivos estratégicos de exclusión (Martin, 1993). Un primer tipo de justificación surge a partir de la presencia de externalidades, que la comercialización (descentralizada) no permite internalizar. Este tipo de relación puede originarse también a partir de la presencia de incertidumbre, inconveniente que esta práctica permite reducir. Desde otra óptica, la instauración de un esquema contractual a nivel vertical puede ser introducido estratégicamente por la firma para incrementar su poder de mercado (bloqueando la entrada de nuevos competidores o incitando la salida de rivales).

Así, una primera visión positiva plantea que las RV pueden ser analizadas bajo la perspectiva del esquema “Principal-Agente”, donde el primero impone obligaciones contractuales al segundo al momento de delegar la responsabilidad por la venta de sus bienes o servicios. A priori, en un contexto descentralizado, ambas partes mostrarán incentivos contrapuestos debido a la presencia de externalidades originadas en la existencia de intereses divergentes respecto a la provisión óptima de esfuerzo:³⁰ mientras que el “principal” tiene interés en que el “agente” incremente su esfuerzo (por ejemplo, realizando un mayor servicio de post-venta, brindando la mayor cantidad posible respecto al producto, etc.), este último no brindará una dedicación suficiente si el esquema de comercialización es de acceso libre. El problema de incentivos puede también generarse en la otra dirección: el principal proporciona servicios complementarios (publicidad, calidad, etc.) que no pueden ser observados en forma perfecta por el agente, que se encuentra financiando tales gastos. Así, para que la provisión sea óptima, se debe introducir algún tipo de incentivo, como también un mecanismo que permita verificar su cumplimiento.³¹

Sin embargo, la viabilidad de tal mecanismo no se halla asegurada, sino que depende también del nivel de información al que acceden las partes. En este sentido, la presencia de información asimétrica implica la reconsideración del mecanismo óptimo: la práctica a utilizar varía según la asimetría informativa que se enfrentan las partes. Así, por ejemplo, en la medida que el distribuidor (agente) pueda introducir modificaciones (descuentos) en el precio sugerido sin ser descubierto por el principal, la fijación de un precio de reventa es ineficiente. En el caso de un acuerdo de exclusividad, el “principal” debe poder verificar que el distribuidor no se encuentra vendiendo productos (en territorios ó a clientes) no permitidos.

En síntesis, en aquellos autores asociados con la escuela de Chicago predomina una visión positiva: la presencia de RV permite corregir las fallas de mercado, fundamentalmente los problemas de sub-inversión que pueden surgir en la cadena de distribución. En este sentido, Telser (1960) plantea que la competencia a nivel distribución impide la provisión de la información necesaria, por lo que aboga por la instauración de un esquema restrictivo (exclusividad territorial, contrato de franquicia, fijación de precio de venta, etc.). El problema (externalidad horizontal) surge por la presencia de un bien público (servicios asociados con las ventas) que nadie está dispuesto a solventar: todos los distribuidores se benefician con su presencia aunque ninguno de ellos está dispuesto a pagar por este servicio en forma individual: la competencia a nivel de distribución (múltiples vendedores) genera la provisión subóptima del servicio adicional. De esta forma, cualquiera sea el origen de la externalidad, la introducción de un esquema de restricción vertical genera eficiencias.

³⁰ El problema con el nivel óptimo de esfuerzo se asocia con la imposibilidad de medición.

³¹ En este sentido, la introducción de una restricción vertical (por ejemplo, una tarifa en dos partes, donde el agente es el beneficiario residual) puede entenderse como una forma de alinear intereses entre los participantes en el contrato. Este contrato debe respetar las restricciones de participación como asimismo la incitativa.

Otra explicación positiva del porque se presenta este tipo de restricciones viene dada por aquellos adscriptos a la escuela institucionalista. Los contratos verticales pueden representar un esquema óptimo de organización empresarial, dado que estos permiten reducir los costos de transacción en un contexto donde la presencia de inversiones específicas (de carácter irreversible) es la norma. En este sentido, dada la probabilidad que una de las partes actúe en forma oportunista, la firma de un contrato permite resolver (minimizar)³² el problema del *hold-up*: el reconocimiento ex ante de que se presente tal comportamiento genera los incentivos para que las partes se comprometan en un acuerdo previo (contrato), lo cual mitiga el nivel de verse “engañados” posteriormente (Joskow, 2001). Como ha sido mencionado, la relación contractual específica que relaciona a automotrices y concesionarios (contrato de concesión con áreas de ventas exclusivas) puede plantearse como un ejemplo de tal tipo de conducta.

Sin embargo, dichas prácticas restrictivas pueden también ser introducidas con otro interés: el impedir la entrada al mercado de nuevos competidores (Bonnano y Vickers, 1988; Rey y Stiglitz, 1988). Bajo esta perspectiva, tal conducta permite incrementar el poder de los fabricantes en los mercados de distribución, y por lo tanto, debe ser evaluada con precaución. Estratégicamente, puede ser utilizado para proceder de forma abusiva o como medio para excluir competidores (actuales o potenciales) del mercado. En este sentido, pueden introducirse distintos tipos de contratos como una forma de incrementar las barreras a la entrada (Aghion y Bolton, 1987), aprovechando la presencia de altos costos de opción (*switching costs*) que vuelve costoso el cambio (al comprador o distribuidor) hacia nuevos abastecedores. Un contrato puede también ser introducido para incrementar los costos de las empresas competidoras, en la medida que existan economías de escala u otras barreras a la entrada en la cadena de distribución (Salop y Scheffman, 1987).

En la práctica, se observan posturas encontradas respecto al tratamiento que se debe dar a las RV (OECD, 1993). Originalmente, algunas prácticas eran consideradas restrictivas y condenadas *per se* por la autoridad correspondiente, sin embargo, en la actualidad la visión preponderante se asocia con un análisis de tipo particular. En numerosos casos, el otorgamiento de derechos especiales y exclusivos es considerado ilegal si permite que la empresa adquiera una PD en el mercado, utilizando el mismo en perjuicio de los consumidores (abuso de posición de dominio). Sin embargo, existen dificultades al momento de evaluar la condena de esta práctica particular, dado que la imposición de una restricción vertical puede ser perjudicial aunque también puede involucrar beneficios para la sociedad. Por otra parte, en los últimos 10 ó 15 años se ha producido cambios significativos en la legislación que afectan el tratamiento de las RV.³³ Un ejemplo de tal cambio puede observarse con el tratamiento otorgado al análisis de las restricciones territoriales y de clientes: de ser consideradas ilegales *per se* han comenzado a tratarse de acuerdo a la proporción de la restricción acordada. La práctica de introducir ventas atadas, normalmente condenadas como perjudiciales a la competencia, han comenzado a ser exceptuadas (en ciertos casos) cuando la misma puede ser justificada. Así, en general estos cambios implican, por una parte, reconocer los aspectos positivos que puede traer aparejada una restricción vertical, y por otra parte, un reconocimiento a los cambios ocurridos en el sistema de distribución (fundamentalmente a partir de observarse un uso extensivo de la marca del productor). En la práctica, la aceptación de tal esquema por parte de la autoridad *antitrust* debería evaluarse considerando dos aspectos: i) tipo de producto involucrado; y, ii) naturaleza del sistema de distribución utilizado para la venta del mismo.

En síntesis, la presencia de prácticas restrictivas se observan en aquellas industrias donde el bien o servicio a ser vendido presenta determinadas características (bienes experimentales, fuertes inversiones hundidas en la distribución, etc.). Otro aspecto que puede resultar clave al momento de

³² El problema no puede ser resuelto dada la persistencia de incertidumbre y la imposibilidad de firmar contratos completos. El grado de solución que pueda alcanzarse dependerá del marco institucional (grado de cumplimiento de los contratos) y de los costos de transacción involucrados. En el extremo, la empresa optará por la integración vertical.

³³ El concepto de RV es relativamente nuevo, en Estados Unidos su tratamiento recién aparece a partir del caso *White Motor vs. US* (1963), y se generaliza dicha denominación con el caso *Ford Motor Co. vs. Webster's Auto Sales Inc.* (1966).

justificar este tipo de práctica se asocia con la necesidad de ofrecer servicios de post – venta, como asimismo el mantener la reputación asociada con la calidad del producto vendido. Diversos sectores caen dentro de esta categoría, observándose algún tipo de RV en las industrias de bienes durables (automóviles, equipamiento para el hogar, etc.) como semi-durables. Si este no es el caso, estos acuerdos pueden ser cuestionados por la autoridad antitrust.

Cuadro 2

IMPORTANCIA DE LOS ARGUMENTOS DE EFICIENCIA EN LA INTRODUCCIÓN DE RV SEGÚN PRODUCTO Y CONDICIONES DE DISTRIBUCIÓN

Producto / Distribución	A favor	Justificación débil
Complejidad del producto	Alta	Baja
Consumidor / Presupuesto	Gasto importante	Poco relevante
Consumidor / Hábito de compra	Compra única	Compra repetida
Consumidor / Información	Conocimiento limitado	Amplia información
Formato de comercialización	Tienda especializada	Tiendas genéricas
Tipo de bien	Experimental	De búsqueda
Diferenciación (Percibida)	Difusa – baja	Fuerte – marcas fácilmente reconocidas
Producto – Ciclo de vida	Nuevo	Establecido – maduro
Distribución – Barreras a la entrada	Bajas	Altas
Distribución - Economías de alcance	Insignificantes	Importantes

Fuente: Dobson & Watterson (1996).

Muchos de los problemas hasta aquí planteados podrían solucionarse a partir de la introducción de un esquema tarifario no lineal, cuyo caso paradigmático viene representado por un contrato de franquicia. Sin embargo, existen numerosos esquemas que permiten minimizar los riesgos que enfrentan las partes en una relación vertical (restricciones cuantitativas, RPM, distribución exclusiva, etc.), introduciéndose en las secciones siguientes las más importantes.

Recuadro 2

CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD EN AMÉRICA LATINA: PAÍSES SELECCIONADOS

En general, los contratos de exclusividad son evaluados a partir de la *regla de la razón*. Tal es el caso en EUA y Canadá; siendo también esta la norma aplicable en los países latinoamericanos.

En **Argentina**, la legislación vigente castiga la imposición de contratos de exclusividad que puedan realizar empresas con poder de mercado y que afecten el interés económico general.

En **Brasil**, las restricciones territoriales y respecto a clientes son consideradas una violación potencial (ítem XI artículo 21) a evaluar detenidamente. Posteriormente, con la sanción de la resolución 20/99, dichas prácticas se tipificaron como restrictivas³⁴ aunque justificables si las mismas permiten disminuir costos de transacción (incremento de eficiencia).

En **Colombia**, los pactos de exclusividad se consideran ilegales en la medida que los mismos impliquen efectos perjudiciales sobre la competencia (Ley 256/96), sino se consideran lícitos. Así, se consideran improcedentes aquellos acuerdos que tengan como objeto o efecto la restricción al acceso de competidores al mercado o la monopolización de la distribución.

En **México**, estos contratos son analizados a través de la regla de la razón, siendo definidos por el artículo 10 (IV) de la LFCE como “la venta o transacción sujeta a la condición de no usar o adquirir, vender o proporcionar los bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero”.

En **Perú**, originalmente (Art.6 DL 701) se exceptuaban una serie de conductas, cuando se entendía que las mismas podrían mejorar la producción y comercialización³⁵ posteriormente dicha excepción fue derogada (Decreto 788/94), siendo analizadas bajo la regla de la razón.

^{34/35} Fuente: Elaboración propia en base a OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

³⁴ Dado que tienden a disminuir la competencia y permiten bloquear la entrada de nuevos competidores en la distribución.

³⁵ Otros causales de excepción se asociaban a la posibilidad que tal conducta implicará un progreso (técnico o económico) o cuando tuvieran por objeto la adecuación de la oferta a la demanda de manera temporal (Quintana y Urbina, 1997).

Diversos sectores caen dentro de esta categoría, observándose algún tipo de RV en las industrias de bienes durables (automóviles, equipamiento para el hogar, etc.) como semi-durables. Si este no es el caso, estos acuerdos pueden ser cuestionados por la autoridad antitrust.

Muchos de los problemas hasta aquí planteados podrían solucionarse a partir de la introducción de un esquema tarifario no lineal, cuyo caso paradigmático viene representado por un contrato de franquicia. Sin embargo, existen numerosos esquemas que permiten minimizar los riesgos que enfrentan las partes en una relación vertical (restricciones cuantitativas, Imposición Precio de Reventa (RPM, según la sigla en inglés *Resale price maintenance*), distribución exclusiva, etc.), introduciéndose en las secciones siguientes las más importantes.

a) Fijación de precios de reventa

La presencia de contratos donde una de las partes (comerciante minorista) se obliga a mantener un precio fijado por la otra (empresa proveedora) también es analizada desde la óptica de la política de competencia. Dentro de esta denominación se incluyen precios impuestos (máximos ó mínimos) como también recomendados (precios recomendados, publicación de listados de precios, etc.). La fijación de precios de reventa (o venta minorista) puede considerarse como una práctica abusiva.³⁶ Aunque también debe considerarse que, como en otros tipos de RV, la fijación de un precio de reventa puede permitir resolver problemas de coordinación entre proveedores y distribuidores.

A menudo la existencia de una lista de precios es observada en determinadas actividades comerciales, involucrando generalmente la venta de productos diferenciados (y/o en la venta de servicios). Cuando existe la posibilidad, por parte de los distribuidores, de realizar descuentos en forma unilateral (incrementando la competencia entre ellos), las empresas proveedoras introducen un listado “sugerido” de precios de reventa, que en la práctica puede funcionar como un precio máximo ó mínimo de venta.³⁷

Cuadro 3

EFECTOS DE LA FIJACIÓN DEL PRECIO DE REVENTA

RPM	Autor	Tipo de RPM	Objetivo
Positivo	Hart y Tirole (1990). Dobson y Waterson (1996). Carlton y Perloff (1999).	RPM clásico. Precio mínimo. RPM clásico.	Resolver el problema del “pasajero clandestino”. Impedir el comportamiento oportunista, permite ejercer poder de mercado al fabricante. RPM preferible cuando los distribuidores poseen una posición negociadora débil. Evitar doble marginalización.
Negativo	Posner (1976) y, Jullien y Rey (2000). Paredes (2002).	Listado de precios. Precio mínimo.	Facilita colusión. Genera barreras a la entrada.

Fuente: Elaboración propia.

En términos teóricos, como cualquier otra RV la práctica comercial de fijación de precios presenta ventajas y desventajas. En primer término, uno de los aspectos negativos más reconocidos de tal práctica se asocia con la limitación de libertad que genera sobre el agente (disminuyendo la competencia al nivel de distribución). En forma paralela, la fijación o sugerencia de un listado de precios puede generar también abusos de tipo colectivo (colusión) dado que la misma permite

³⁶ Inicialmente, la fijación de precios de reventa en Estados Unidos fue condenada per se (caso *Albetch vs. Herald Co*, 1968). En el caso *Monsanto vs. Spray-Rite* (1975) se mantuvo la posición que tal práctica debía considerarse ilegal per se. Posteriormente dicha conducta comenzó a evaluarse a partir de la regla de la razón (casos: *Atlantic Richfield Co vs. USA Petroleum*, 1990; y, *State Oil Co vs. Hhan*, 1997).

³⁷ La fijación de un precio mínimo de venta tiene como objetivo la eliminación –por parte de los distribuidores– de mecanismos secretos de descuentos (Telser, 1960).

reconocer los precios fijados por cada una de las empresas participantes en el mercado, volviéndose así más fácil la detección de quienes tienden a violar los acuerdos (Jullien y Rey, 2000).³⁸ Por otra parte, la fijación de un precio de reventa puede ser aprovechada, por las empresas distribuidoras, como forma de generar barreras a la entrada. De esta forma, las grandes tiendas (aquellas con suficiente poder de compra), pueden obligar al fabricante a imponer un precio como forma de impedir la competencia por parte de otras tiendas (Paredes, 2002; Tarziján y Paredes, 2001).³⁹

Recuadro 3

FIJACIÓN DE PRECIOS DE REVENTA, ALGUNOS EJEMPLOS

A semejanza de lo observado en los países desarrollados, la legislación vigente en Latinoamérica introduce un análisis particular antes de dictaminar sobre este tipo de práctica.

En **Brasil**, dicha práctica es evaluada a partir de la regla de la razón (Art. 21 ley 8884/94). En este sentido, la evaluación implica determinar las consecuencias que la presencia de tal práctica trae aparejada, considerando el poder de mercado que posee, en el mercado relevante, el agente económico involucrado. En el caso *Sindicato de Hospitales, Clínicas, Casas de Salud y Laboratorios de investigaciones y análisis clínicos del Estado de Pernambuco y Sindicato Brasileño de Hospitales* (proceso administrativo 54/92) se determinó la ilegalidad de fijar precios a través de listas. El objetivo de tal resolución fue el temor a la utilización de la misma como instrumento de “cartelización” en los mercados, aún cuando tal práctica fuera habitual. En el caso *Kibon*, donde la empresa denunciada había sugerido un listado de precios para sus productos (helados), fue considerado lícito dado que la empresa no imponía los mismos a los distribuidores. En su argumentación el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) planteó que tal práctica no podía considerarse como abusiva dado que los precios exhibidos eran sugeridos, aunque además la industria mostraba un alto nivel de competencia entre marcas (oferta atomizada) como asimismo bajas barreras a la entrada.

En **Colombia**, en el caso *Asociación Colombiana de Neurocirugía* el abuso de posición de dominio se generaba a partir de la fijación directa o indirecta de tarifas. Dicha asociación suspendía sus servicios a aquellos asociados que no acordaran fijar honorarios de acuerdo al nivel de tarifas establecidos (Manual de honorarios). Tal práctica era considerada como restrictiva, violando una serie de normas y artículos previstos en la Ley de Promoción de la Competencia. La predisposición, por parte de la asociación, a modificar su conducta (instrumentar una lista de precios sugeridos) impidió la sanción de la misma. En otros casos similares (Asociación Colombiana de Radiología - Asociación Colombiana de Endoscopia Digestiva) se presentaban las mismas prácticas abusivas, alcanzándose resoluciones similares.

En **México** dicha práctica es analizada bajo la regla de la razón, pudiendo ser aceptado si a través de la imposición del mismo se obtienen ganancias de eficiencia.

Fuente: Elaboración propia en base a OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

A favor de tal práctica se puede plantear que la misma estimula la comercialización eficiente de servicios especiales, como puede ser el caso de la venta de medicamentos donde la fijación de un precio de reventa permite disminuir los riesgos asociados a que un distribuidor obtenga mayores beneficios explotando la externalidad positiva que genera la publicidad. En este sentido, la introducción del RPM permite resolver el problema del “pasajero clandestino”. La existencia de estructuras monopólicas en ambas puntas (fabricante y distribuidor) también aboga por la instauración de un esquema de este tipo. La introducción de tal mecanismo impide que ambos

³⁸ En este sentido, la inflexibilidad (respecto a los precios a cobrar) que introduce el listado permite resolver uno de los problemas de la colusión: observar el comportamiento de las restantes empresas.

³⁹ En Paredes (2002) y Tarziján y Paredes (2001) se analiza la situación generada a partir de la imposición de un precio de reventa en el mercado de distribución de zapatillas en Chile.

participantes fijen precios por encima del costo marginal (problema de doble marginalización)⁴⁰ (Carlton y Perloff, 1999). Finalmente, la fijación previa de precios también puede ser considerada como ventajosa cuando la parte distribuidora muestra una posición negociadora débil (Dobson y Waterson, 1996). Estos autores observan que las ganancias asociadas a la implementación del RPM dependen tanto del grado de diferenciación observado aguas arriba como aguas abajo en la industria, aunque también según el poder de negociación que muestran las partes.

Aunque la actitud de las autoridades regulatorias respecto al tratamiento de esta conducta no es homogéneo, se observa que, en comparación con otro tipo de restricciones (básicamente, aquellas de tipo cuantitativo), este esquema se halla permitido cuando su aplicación resalta los aspectos competitivos: eficiencia originada en menores costos de transacción (OECD, 1997).

b) Negativa a vender

Esta conducta implica la negación de trato o condicionamiento de venta impuesto por un productor o distribuidor ya sea a un mayorista o minorista, y que puede tener distintos fines. En este sentido, la denegación puede surgir por la inflexibilidad del revendedor a aceptar condiciones de exclusividad ó por el interés del vendedor a reservar sus ventas a cierta categoría de consumidores. La actitud frente a este tipo de RV se evalúa a partir de la regla de la razón, aún cuando a priori es considerada como “potencialmente” restrictiva/abusiva.

Recuadro 4

NEGATIVA A VENDER: ALGUNOS EJEMPLOS EN AMÉRICA LATINA

Negativa a vender: algunos ejemplos en América Latina:

En **Argentina**, la denuncia de *Decovete SA* con *Pramer SCA* implicaba la negativa por parte de esta última de continuar con la provisión de señales de cable a la primera,⁴¹ la cual era una de las 2 firmas prestadoras del servicio de televisión por cable en la ciudad de Salta. Tal conducta se originaba, según la denunciante, en una actitud concertada entre la firma proveedora y la empresa Cablevisión, única competidora que existía en materia de televisión por cable en la citada ciudad.⁴² La autoridad de aplicación hizo lugar a la denuncia, ordenando a la firma *Pramer SCA* a cesar la interrupción del servicio.

En **Brasil**, la negación de suministrar bienes a un revendedor es considerada como una práctica “potencialmente” restrictiva.⁴³ Dicha figura fue analizada en el caso *Texaco do Brasil SA* (Proceso Administrativo 57/92), donde la autonomía de los primeros se hallaba seriamente limitada. Sin embargo, el abuso sobre una parte más débil no constituye per se una hipótesis de infracción al orden económico (art. 20, Ley 8884/94). En otras palabras, los contratos de adhesión no son per se perjudiciales, dado que también puede generar beneficios a partir de la introducción de una mayor eficiencia o por medio de la disminución en los costos de transacción. Otro situación que implicó la evaluación de dicha conducta fue el caso *Columbia Tristar*. En el mismo, un grupo de compañías cinematográficas (distribuidoras) se negaban a proveer de material (películas) a una empresa con cines en la ciudad de Natal (*Río Grande*). Esta última demandó a las distribuidoras como abusando de su posición de dominio, planteando que tal postura beneficiaba a su único competidor (*Grupo Severiano Ribeiro*) con cines en los principales shoppings de la ciudad. Sin embargo, este planteo fue rechazado por el CADE sosteniendo que el mercado era extremadamente volátil,⁴⁴ atomizado y no presentaba barreras a la entrada.

⁴⁰ Este problema surge cuando ambas firmas pueden fijar precios en forma uniforme, dependiendo el grado de marginalización de la elasticidad de la demanda que enfrenta cada una de las firmas. El margen doble implica que los precios minoristas serán fijados a un nivel más alto que aquel que maximiza las ganancias agregadas de ambas firmas. Dicha situación se genera por la presencia de externalidades que cada firma presenta al momento de fijar sus márgenes (ganancias), que no son consideradas por la otra parte.

⁴¹ Interrupción que, según la denunciante, se había producido de manera unilateral y sin previo aviso.

⁴² Cabe acotar que, en 1998 Cablevisión SA y Pramer SCA pasaron a formar parte de un mismo grupo económico (TCI).

⁴³ Posteriormente la Resolución 20/99 redefinió a la misma en base a consideraciones de imposición unilateral (Silva e Rocha, 2000).

⁴⁴ Volatilidad que se generaba por la dependencia del éxito comercial según el éxito de taquilla de cada película (Silva e Rocha, 2000).

Recuadro 4 (conclusión)

En **Chile**, la distribución exclusiva fue analizada por una serie de fallos, aunque la legislación dio un vuelco después del caso *Nichimen-Daihatsu* (1992). En este caso, la Comisión aprobó la distribución exclusiva en el mercado de ventas de automóviles, dado que el mismo era (suficientemente) competitivo. En el caso *ESSO Chile Petrolera Ltda* (1989) sobre una consulta respecto a la legalidad de diversos contratos de operación de estaciones de servicio, se evaluó también la factibilidad de un sistema de distribución exclusiva. En su resolución aprobatoria, la Comisión no sólo consideró la estructura del mercado (el cual considero competitivo) sino también razones de reputación (protección de la marca).

En **Colombia**, el caso *Cementos* (Diamante SA, Argos SA, Boyacá SA, Paz de Ríos SA y Hércules),⁴⁵ el abuso de posición de dominio se asociaba a la instauración de una zonificación y monopolización del mercado por parte de los productores de cemento gris. A excepción de la última de las empresas citadas, el resto había acordado repartirse el mercado.

En **México** dicha práctica se halla comprendida en el artículo 10 (V) de la LFCE, sancionándose a una empresa con poder sustancial si con dicha conducta pretende impedir la entrada o expansión de otros proveedores. Sin embargo, la misma puede verse justificada si la misma es introducida como una forma de controlar la calidad de los productos.

En **Perú**, en el caso *Fundición de Metales Bera del Perú SA contra Minsur SA*, la primera denunciaba a la segunda por abuso de posición de dominio. La denunciante era una empresa del sector metal-mecánico que utiliza como insumo al estaño siendo este provisto por la denunciada la cual extraía el recurso de Minas ubicadas en el Departamento de Puno (Perú). Esta última se había negado a abastecer a la primera empresa, actuando –según la damnificada– en forma abusiva. Sin embargo, el INDECOPI sostuvo que tal denuncia era infundada (no existía posición de dominio) dado que la empresa compradora podía abastecerse del estaño producido en Bolivia (sustituto cercano), país con el cual Perú mantenía un acuerdo bilateral que implicaba un arancel cero para la importación de este producto. Por otra parte, dada la localización de ambas plantas proveedoras (aunque pertenecientes a diferentes países se encuentran ubicados en la misma zona geográfica) los costos de transporte no incidirían en la sustitución.

Fuente: Elaboración propia en base a OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

c) Restricciones territoriales y de clientes

En determinados casos, la solución contractual que tiene el fabricante para resolver el problema de distribución puede venir de la mano del otorgamiento de un contrato de exclusividad al vendedor (*brand or territorial exclusivity*). Dicha exclusividad puede surgir a partir del otorgamiento de un territorio definido (monopolio geográfico), o respecto a algún tipo de cliente (mayoristas-minoristas). Cabe acotar que, cualquiera sea la limitación impuesta (territorios o clientes), la misma no constituiría un riesgo a la competencia en la medida que exista rivalidad en el mercado. En este sentido, lo importante no sería tan importante observar competencia entre vendedores de un mismo producto (*intra brand*) sino aquella donde varios vendedores ofertan distintos productos (*inter brand*).

En términos teóricos, ambas prácticas son consideradas como potencialmente perjudiciales dado que incrementan la probabilidad de comportamientos anticompetitivos. La objeción principal se asocia con la posibilidad que tiene el fabricante de introducir barreras a la entrada a nuevos competidores, dado que estos deberían imitar, necesariamente, un esquema de distribución similar. Sin embargo, el otorgamiento de algún tipo de exclusividad puede también resultar beneficioso,

⁴⁵ El mismo sigue en curso.

cuando por ejemplo, la designación de un único distribuidor en una determinada área permite a este obtener economías de escala en la distribución. Por otra parte, la introducción de una restricción (territorial o de clientes) puede favorecer a solucionar el problema del “pasajero clandestino”: la asignación de un único distribuidor garantiza la prestación de servicios (post-venta, asistencia técnica, etc.) al conjunto de clientes que de otra forma se hallarán sub-provistos.

En general, la legislación competitiva moderna distingue entre los siguientes tipos de contratos de distribución:

- Distribución por medio de una empresa afiliada.
- Contrato de agencia.
- Franquicias territoriales.
- Distribución exclusiva.
- Acuerdos de compra exclusiva.
- Distribución selectiva.
- Contrato entre productores y distribuidores independientes.

En la gran mayoría de los casos, este tipo de relacionamiento se halla permitido. Sin embargo, la negativa a vender puede ser considerada también como abusiva, si la misma permite a la empresa que la practica apalancar en su poder para monopolizar un segundo mercado. Este tipo de conducta también podrá ser condenada si el vendedor –con poder de mercado– introduce la misma a menos que el comprador cese de abastecerse con otras firmas (competidoras del vendedor). Finalmente, cuando el objeto sujeto de transacción implica propiedad intelectual, la legislación es más benévola, permitiendo al titular la denegación de licencias.

Otro tipo de conducta es aquella se presenta cuando la negativa a vender es inducida por un grupo de firmas (*boycott*). Este tipo de conducta colectiva puede originarse en una variedad de casos, como por ejemplo, cuando un grupo de firmas niega el acceso a terceras a un “facilidad esencial”. Como en el caso individual, la legalidad de dicha conducta se halla evaluada en forma particular.

En síntesis, la condena o no de introducir este tipo de práctica se asocia con el poder de mercado, y la probabilidad que el vendedor abuse –con la introducción de la misma– de su situación.

d) Discriminación de precios

La problemática implícita en la discriminación de precios puede entenderse como el interés del productor en diferenciar el precio de venta de sus productos o servicios atendiendo a la valuación diferenciada que los distintos consumidores hacen del mismo.⁴⁶ En este sentido, la discriminación implica la explotación del poder de mercado de la firma y puede presentar efectos distributivos adversos.⁴⁷

⁴⁶ Tal práctica puede definirse como “*Price discrimination should be defined as implying that two varieties of a commodity are sold (by the same seller) to two buyers at different net prices being the price (paid by the buyer) corrected for the cost associated with the product differentiation*” (Philps, 1983). Después de Pigou, la discriminación puede clasificarse como de primer, segundo o tercer grado.

⁴⁷ Aunque generalmente asociada a la presencia de un monopolista, la discriminación es una práctica que puede ser impuesta por una empresa que posea poder de mercado. Sin embargo, la introducción de precios diferenciados originados en costos (transporte, calidad, etc.) no es una práctica que pueda considerarse como discriminatoria, como tampoco aquella asociada con el nivel de utilización del bien (descuentos) o al momento en que el mismo se esta llevando a cabo (precios en pico, precios por congestión, descuentos por compra anticipada en el caso de artículos perecederos). En este sentido, la presencia de precios no lineales se fundamenta en razones de eficiencia (Wilson, 1993).

Desde una perspectiva teórica, tal conducta ha sido objeto de numerosos análisis.⁴⁸ En la práctica, la misma ha sido condenada en la mayoría de las legislaciones modernas cuando la misma se aplicada en forma abusiva. Los visos de ilegalidad al cual se asocia la discriminación de precios se derivan fundamentalmente de una interpretación literal de las normas ya que estas suelen reprimir los “precios discriminatorios”. Desde el punto de vista económico, sin embargo, no resulta del todo claro este sesgo en contra de la discriminación de precios. La diferencia está en que desde el punto de vista legal un precio es discriminatorio cuando se violan otros aspectos tales como los de equidad o justicia, cuya valoración económica es menos objetiva.

Recuadro 5

ALGUNOS EJEMPLOS DE DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS EN PAÍSES SELECCIONADOS

El caso *YPF* (2000) en **Argentina** implicaba un abuso de posición de dominio por parte de la empresa al considerarse que los incrementos en precios en el mercado de Gas Licuado de Petróleo (GLP) observados en el mercado doméstico, respecto a los precios fijados para exportación, no tenían origen en mayores costos de producción. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) entendía que YPF presentaba una conducta abusiva al ejecutar una política de restricción en la oferta interna para de esta forma mantener a niveles elevados los precios de venta en el mercado interno. Se presumía que si la firma destinaba mayores volúmenes de producción a este mercado, los precios debían asemejarse a aquellos de exportación.

En **Brasil**, la discriminación de precios es condenada únicamente si la empresa que introduce tal práctica goza de posición de dominio (Resolución 20/99). Sin embargo, la evaluación requiere un análisis particular, reconociéndose que la misma puede en determinados circunstancias ser beneficiosa. En el caso *Kibon* (Proceso Administrativo 94/07) el abuso de posición de dominio se asociaba con la presencia de precios discriminatorios. La empresa estaba por lanzar al mercado una segunda marca (Tazza d'oro) que presentaba características similares al producto original. El objetivo de tal estrategia residía en la preservación de precios elevados en la marca principal en aquellos puntos de venta donde la inserción de los competidores fuera menor, y la introducción de la segunda marca en aquellos puntos donde la competencia fuera más importante. La estrategia adoptada (proliferación de marcas) más la conducta en materia de discriminación de precios implicaban un abuso de posición de dominio, aunque el CADE no considero tal estrategia como perjudicial.

En **Chile**, la Comisión trató de evaluar si los laboratorios farmacéuticos se hallaban implicados en una práctica discriminatoria. Se observaban precios diferenciales de sus productos según el comprador implicado: las cadenas de farmacias obtenían precios menores que las farmacias independientes. Sin embargo, el análisis del caso no llevo a cuestionar la práctica comercial de los laboratorios sino que el mismo observó que tal práctica obedecía a la imposición de condiciones de compra por parte de las cadenas farmacéuticas. En otras palabras, el abuso de posición de dominio (sí alguno) se realizaba “aguas arriba”, por parte de las cadenas sobre sus proveedores.

Fuente: Elaboración propia en base a CNDC, Argentina (informes varios); OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

e) Ventas atadas

La práctica de vender dos o más productos en forma conjunta puede ser entendida como una forma (indirecta) de introducir una discriminación de precios. La misma implica la obligación por parte del comprador de abastecerse de un segundo producto con la compra del producto principal. La discriminación se realiza a partir de vender uno de los productos en forma subsidiada por el

⁴⁸ En este sentido, en el siglo diecinueve Dupuit fue el primero en analizar la viabilidad de establecer un mecanismo tarifario diferenciado al analizar porqué los usuarios estaban dispuestos a pagar una tarifa superior por un mismo servicio (tarifas ferroviarias). Pigou (1920) analizo la interrelación entre poder monopólico y la presencia de discriminación. Robinson (1933) definió tal práctica como “el acto de vender un mismo artículo a precios diferenciados a diferentes usuarios”.

precio cobrado sobre el restante.⁴⁹ En este sentido, el objetivo del vendedor con poder monopólico en el mercado principal, es forzar por medio de la misma al comprador, a comprar un producto suplementario y obtener así poder en este mercado secundario. De esta forma, la introducción de dicha práctica puede ser utilizada como forma de “apalancar” la venta de un segundo producto.

La venta atada se presenta, generalmente, a través de una obligación contractual, aunque también puede presentarse bajo la forma de descuentos o premios. El concepto de tarificación por canasta o *bundling* involucra la venta conjunta de dos o más productos. Si el comprador puede también acceder a comprar individualmente los productos, entonces se habla de un *bundling* mixto. El concepto de venta atada o *tying* implica la obligación de compra de un producto *j* por parte del comprador del producto *i*, aún cuando, si el interés es por comprar *j* dicha operación puede realizarse en forma individual. Si la cantidad del bien *j* a introducir en el “paquete” varía entre consumidores, entonces se habla de un “*tying* dinámico”. En términos de política de precios, la venta de bienes atados implica, generalmente, un precio inferior al precio total que resultaría de la venta de los productos por separado, o sea: $P^{a+b} < P^a + P^b$.

Desde el punto de vista del vendedor, la introducción de la misma le permite obtener beneficios asociados con:

- La disminución de costos de transacción.
- Posibilidad de excluir competidores.
- Mantener la reputación, a partir de asegurar la calidad de los productos vendidos.
- Posibilidad de discriminar precios.

Por otra parte, la venta atada puede también generar beneficios a los consumidores, si la misma permite disminuir los costos asociados al control de calidad, o generar una distribución más eficiente de los costos (fijos) asociados con la innovación. En este sentido, la práctica puede ser beneficiosa aún cuando la misma esté implicando una discriminación de precios entre usuarios.⁵⁰ Así, cuando los consumidores muestren una disposición a pagar variable por los productos y el vendedor no pueda discriminar (desconoce sus valores de reserva), entonces la introducción de un precio conjunto (venta atada) permite reducir la dispersión en el precio total que los primeros estarían dispuestos a pagar por un conjunto de bienes. En el caso que los productos o servicios vendidos en forma conjunta muestren efectos de red y economías de escala, la fijación de tarifas diferenciadas puede implicar un incremento en el bienestar.

En términos de competencia esta conducta puede generar efectos positivos como negativos, por lo que el debate teórico no se muestra conclusivo. Por un lado, aquellos asociados a la escuela de Chicago plantean que la introducción de tales prácticas no puede considerarse como abusiva, y por lo tanto, no debe ser condenada. Este argumento se asienta en la imposibilidad que tendría el monopolista de obtener más de una ganancia extraordinaria, aunque el mismo sólo podría considerarse como válido en el caso que el mercado del bien atado sea competitivo y los bienes sean utilizados en proporciones fijas. Por otro lado, la literatura económica reciente plantea que este esquema puede devenir en abusivo en la medida que existan economías de escala en la producción del bien atado (Whinston, 1990),⁵¹ y la misma puede ser exitosa si esta se práctica en un mercado de

⁴⁹ En otros términos, si la firma fija individualmente el precio de los diferentes productos, dada la variabilidad en las valoraciones que presentan los clientes, estaría perdiendo la posibilidad de capturar una porción mayor del superávit del consumidor. En este sentido, la introducción de este mecanismo le permitiría reducir la heterogeneidad observada en las valuaciones, obteniendo mayores ganancias. Esto es especialmente ventajoso cuando los productos a “atar” se hallan negativamente correlacionados.

⁵⁰ En Bakos y Brynjólfsson (1999) se demuestra que dicha discriminación será mayor cuanto mayor es la canasta de productos ($n \rightarrow \infty$).

⁵¹ En este sentido, una estrategia agresiva por parte de la empresa principal que implique una disminución en las ventas de las empresas competidoras en el segundo mercado puede implicar que esta última deba abandonarlo. Este autor fue el primero en observar el papel de este mecanismo para rechazar la entrada, planteando que la imposibilidad de apalancar el poder monopólico (postura de Chicago) sólo podría ser aplicable cuando el mercado del bien atado era de tipo competitivo. Así, Whinston (1990) demuestra las ventajas de atar un producto donde la firma posee monopolio en un primer producto y enfrenta un competidor en el segundo con un producto diferenciado.

tipo oligopólico (Nalebuff, 1999). En este sentido, estos aportes plantean que este tipo de esquemas tarifarios pueden ser utilizados en forma estratégica, y con fines anticompetitivos. En otras palabras, esta práctica no sólo puede utilizarse como mecanismo de discriminación en precios, sino que también puede emplearse como medio para impedir la entrada o como estrategia de monopolización.

Recuadro 6 VENTAS ATADAS, EL CASO DE BRASIL Y PERÚ

En Brasil, esta categoría se encuentra también considerada como sospechosa (art. 21 ley 8884/94), para determinar su ilegalidad no se requiere que tal práctica sea llevada adelante por una empresa con PD. Posteriormente con la Resolución 20 se reconocieron distintos aspectos beneficiosos, aunque la normativa trata de evitar que la misma permita generar poder monopólico en el mercado del bien atado. El caso Xerox, resuelto por el CADE; sirve para ilustrar dicha postura. La parte perjudicada aducía que la firma proveedora condicionaba los servicios de mantenimiento a la compra de insumos originales. En su descargo, la acusada (Xerox) planteó que tales servicios se hallaban incluidos en el contrato de locación, y por lo tanto, no podían considerarse como un segundo producto. Sin embargo, la Comisión fijó que la imposición restringía la competencia, dado que su conducta implicaba en la práctica la erección de barreras a la entrada de nuevos competidores en el mercado. En este caso, la empresa mantenía una posición de dominio, y la autoridad consideró que la empresa se hallaba abusando de la misma (siendo fuertemente multada). Sin embargo, en otro caso similar (Sharp), la autoridad también entendió que la empresa había introducido una práctica ilegal aún cuando la misma no poseía una participación en el mercado muy importante (sólo el 3,5%).

En Perú, el caso Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FENVERDRELP) implicó el análisis del mercado de distribución de diarios y afines. La citada federación, en represalia por la decisión del Diario La Mañana de distribuir el mismo a través de una empresa distribuidora, recomendó a sus miembros no comercializar dicha publicación hasta que la empresa le entregara una licencia exclusiva. En este caso, el INDECOPI consideró que tal práctica implicaba una venta atada. (Ver Martínez y Quintana, 1998), que impedía la distribución alternativa, constituyendo un abuso de posición de dominio.

Fuente: Elaboración propia en base a OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

En la práctica (caso Estados Unidos) tal conducta se halla condenada si se demuestra que:

- Ambos pueden considerarse como productos diferentes y su separación es posible.
- Vendedor posee poder de mercado en el bien principal.
- Implica la eliminación de opciones que enfrentan los consumidores.
- Genera el cierre preventivo del mercado.

4. Conductas horizontales

La empresa puede involucrarse en conductas abusivas de tipo horizontal (a nivel mercado) ya sea en forma individual (predación) o colectiva (colusión). Aún cuando los instrumentos utilizados por la firma son diferentes en cada caso, ambas tienen como objetivo reducir el nivel de rivalidad que esta enfrenta en el mercado.

a) Prácticas predatorias

La predación tiene como principal objetivo el excluir a las empresas competidoras del mercado⁵² y/o impedir la entrada de (potenciales) competidores. La estrategia de desplazar rivales puede implicar actuar sobre precios como así también sobre otras variables (inversiones, cantidades producidas, etc.). Históricamente se entendía como desleal la introducción de precios bajos, cuando la misma empresa mantenía precios superiores en otros mercados. Posteriormente se consideró que un precio debía considerarse como desleal si se observaba por debajo de (alguna medida) costos. Así, la fijación de precios predatorios es una práctica comercial donde una empresa dominante (o conjunto de empresas) fija(n) precios por debajo del costo marginal de largo plazo con el objetivo de excluir empresas competidoras (actuales o potenciales) del mercado. Lamentablemente, desde una perspectiva empírica, tal práctica no es fácil de detectar. Además, en general es difícil distinguir la depredación de acciones pro-competitivas y legítimas.

En gran parte de los países desarrollados, la evaluación de las prácticas predatorias se basa en una regla de dos etapas (OECD, 1999), originada en Joskow y Klevorick (1979), que implica analizar primero la estructura de mercado para luego proceder al análisis comparativo de precios y costos. De esta forma, se considera la viabilidad de tal práctica dentro de un rango de precios específico:

- Precio > Cme Total → ∉ Predación
- Cme Variable < Precio < Cme Total → No es conclusivo
- Precio < Cme Variable → ∈ Predación

Sin embargo, antes de determinar la presencia o no de tal conducta en los dos últimos casos deberían evaluarse otras cuestiones, como la existencia de capacidad ociosa ó la facilidad de entrada que presenta el mercado. Por otra parte, independientemente de tal regla, la medición de costos es en sí problemática, más aún cuando se trata de empresas multiproducto.

En términos teóricos, aquellos identificados con la escuela de Chicago (McGee, Bork, Easterbrook) plantean que, dada la irracionalidad de la misma, tal práctica no debe implicar un tratamiento específico: ninguna empresa estaría dispuesta a iniciar una guerra de precios. Estos autores introducen el concepto de *recoupment* para evaluar la viabilidad de tales prácticas: la misma será irracional cuando se vuelve imposible recuperar las pérdidas implícitas en la operación. Así, Niels (1997) sostiene que la autoridad de aplicación deberá considerar la factibilidad que tiene la empresa en recuperar lo invertido, en función de:

- Duración del período de depredación.
- Medida en que los precios se encuentran por debajo de los costos.
- Participaciones del depredador y su(s) víctima(s).
- Elasticidad de la demanda.

⁵² En este sentido, dicha conducta implica “acciones que no son rentables si no se logra desplazar a un adversario” (Ordovery y Willig, 1981).

- Posibilidad, por parte del depredador, de expandir su capacidad productiva.
- Condiciones de entrada y salida en el mercado relevante.

Los primeros tres factores determinan el costo de la acción, aunque el aspecto fundamental a evaluar se asocia con la posibilidad de entrada al mercado. En otras palabras, la recuperación de los costos involucrados en la acción será factible si la empresa posee poder de mercado y las barreras a la entrada son importantes.

Los críticos a esta visión sostienen que la misma se basa en un análisis estático, cuando el problema de la predación es esencialmente uno de carácter dinámico. Este grupo de autores también plantea la debilidad del análisis, dado que el mismo carece de un marco estratégico donde se evalúe la credibilidad de las amenazas: en la mayoría de los casos se supone que la empresa dominante opera en un único mercado. Así, en la medida que la misma se encuentre presente en múltiples mercados, y la información no sea perfecta, la depredación puede ser racional. Contribuciones recientes dentro del marco de la teoría de juegos, han venido a transformar los resultados tradicionales: la guerra de precios puede ser una alternativa viable para obtener un mayor poder en el mercado.⁵³ Así, los modelos de Kreps y Wilson (1982)⁵⁴ y Milgron y Roberts (1982)⁵⁵ refutan la postura no intervencionista de Eastbrook –modelizada posteriormente por Selten, y su paradoja (Selten, 1978)⁵⁶– demostrando la viabilidad de la firma establecida (*incumbent*) para introducir conductas predatorias y la presencia de equilibrios estables.

En resumen, existen una serie de condiciones que hacen más factible la presencia de predación (OECD, 1989), entre las cuales se observan:

- a) El predador opera en múltiples mercados o produce múltiples productos.
- b) La información es tal que la empresa afectada y los entrantes potenciales no se hallan seguros que la acción (depredación) esta llevándose a cabo.
- c) Las condiciones de entrada son tales que, incluyendo las amenazas de predación, permiten un nivel de precios (super) competitivos.

Otro aspecto que puede considerarse como fundamental a la hora de analizar la procedencia de tal conducta –excluido del análisis original– se asocia con la presencia de mercados financieros imperfectos.⁵⁷ Originalmente se asume la posibilidad de acceder al financiamiento en forma ilimitada por parte de los distintos actores del mercado. En la medida que entrantes y las firmas establecidas obtengan un tratamiento asimétrico en el mercado de capitales, la posibilidad de observar conductas predatorias se incrementa. En este sentido, tal aspecto debe ser correctamente evaluado en países en desarrollo donde el acceso al crédito es independiente al tipo de estrategia o proyecto que presente una empresa.

⁵³ Cuando la empresa establecida (*incumbent*) opera en múltiples mercados, esta presenta dos estrategias (depredar o convivir), enfrentándose múltiples entrantes los cuales presentan también dos estrategias alternativas (entrar o no entrar). La depredación en un mercado permite mostrar efectos de reputación (desanima la entrada en los mercados restantes). La dinámica del juego es de tipo secuencial, estando su equilibrio constituido por las estrategias óptimas de cada empresa en cada etapa.

⁵⁴ En este modelo la depredación ocurre aún cuando es costosa.

⁵⁵ El modelo de Milgron y Roberts (1982), con información imperfecta, resuelve la paradoja de Selten y obtiene que la depredación es un equilibrio de mercado.

⁵⁶ El modelo de Selten (1978) plantea la inviabilidad de una estrategia de rechazo para el caso de un incumbente enfrentando múltiples entrantes. Posteriormente, los modelos de Kreps y Wilson (1982) y Milgron y Roberts (1982), se desarrollan en dicha dirección, aunque ahora en un contexto de información asimétrica. Benoit (1984); extiende el análisis para el caso en que se presentan fallas en los mercados financieros.

⁵⁷ Los autores de la tradición de Chicago planteaban también la inviabilidad de tal práctica en la conducta de los consumidores: estos estarían dispuestos a pagar mayores precios por los productos ofertados por las empresas sujetas a predación, dado que “racionalmente” supondrían que su eliminación implicaría mayores precios a futuro.

PREDACIÓN EN EL SERVICIO AÉREO EN VENEZUELA

Denuncia de Predación en el servicio aéreo en Venezuela

La empresa *Aserca Airlines* denunció a *Aeropostal Alas de Venezuela CA* bajo el planteo que esta última había incurrido en una práctica predatoria a partir de ofertar pasajes aéreos por debajo de su precio normal con el objetivo de desplazar la competencia del mercado. La autoridad de aplicación observó que la denunciada no vendía un porcentaje elevado de su capacidad de transporte (asientos) a precios bajos de manera reiterada. También considero las características del producto, al observar que el servicio debe calificarse como perecedero (una vez que el avión despegue no es posible vender). En base a estos antecedentes, llevaron a plantear a la autoridad de aplicación que tal práctica no podía considerarse ilegal, y por lo tanto no hizo lugar al plante de la demandante.

Fuente: Elaboración propia en base a OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

La conducta predatoria no sólo se circunscribe a precios, sino que puede adoptar otras formas. Así, una firma establecida puede incrementar sus inversiones (aumentando la capacidad de producción ó invirtiendo en la cadena de distribución) como forma de debilitar a sus competidores potenciales. La conducta conlleva indirectamente a un aumento en los costos de las empresas rivales: el costo de entrada al mercado será mayor, y por lo tanto, la predisposición a la misma modificada.⁵⁸ Sin embargo, la viabilidad de operaciones en precios y no precio son diferenciadas, volviéndose la sanción más complicada en este último caso.

Finalmente, un aspecto que merece una consideración particular se relaciona con la práctica predatoria en industrias denominadas *schumpeterianas* o dinámicas. En numerosos casos es común observar que las mismas presentan costos marginales (muy) bajos, característica que genera que los tests tradicionales muestren poco valor predictivo. Por otra parte, en este tipo de industrias el tipo de predación más característico es aquella originada en la innovación, y no aquella de precios. Otros mecanismos utilizados involucran la incompatibilidad y/o el patentamiento preventivo. Así, la lógica del análisis tradicional no puede ser aplicada, debiendo modificarse el test necesario para su detección. Este implica, ahora, los siguientes pasos (OFT, 2002):

- a) Observar si la firma que esta llevando a cabo la acción se beneficia con los aspectos anti competitivos de tal conducta.
- b) Evaluar si existe o no un propósito legítimo para aplicar tal conducta, o en caso que exista, si la misma no se justifica por los costos que esta involucra.

b) Colusión

La presencia de acuerdos, ya sean estos explícitos o tácitos, para aumentar precios o fijar cantidades (cuotas, asignación de clientes o zonas, etc.), es una conducta considerada como anti competitiva *per se* por la mayoría de las autoridades regulatorias.⁵⁹ En este sentido, la colusión es entendida como conducta monopólica absoluta, de carácter horizontal, que tiende a impedir la competencia en el mercado.

Dados los beneficios asociados y la ilegalidad del esquema, es común que la colusión adopte características informales ó tácitas. En general, la presencia de una serie de factores pueden inducir

⁵⁸ En este sentido, incrementando los costos hundidos o no renovables, la empresa predatoria demuestra su compromiso con la lucha por mantener su participación en el mercado.

⁵⁹ La posibilidad de colusión ya fue planteada por A. Smith (1776) al observar el interés que pudiera existir entre los empresarios de un mismo sector a incrementar (artificialmente) los precios: “...people of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conspiracy ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices”.

(o no) la colusión entre empresas de un mismo sector –y, por ende, facilitar (impedir) su detección–. Así, la probabilidad de colusión depende, entre otros factores de:

Cuadro 4
FACTORES QUE INCIDEN EN LA FACTIBILIDAD DE OBSERVAR
PRÁCTICAS COLUSIVAS EN UNA INDUSTRIA DETERMINADA

Característica	Favorece	Perjudica
Barreras a la entrada	Altas	Bajas
Nivel de utilización - Capacidad instalada	Alta	Capacidad ociosa
Estructura de costos - Empresas	Simétrica	Asimétrica
Estructura de costos - Industria	Economías de escala, fuertes costos hundidos	Economías a escala constante
Competencia - Clientes	Baja elasticidad	Alta elasticidad
Competencia - Productos	Homogéneos	Heterogéneos
Competencia - Tamaño	Similar	Asimétrico
Competencia - Rivalidad entre firmas	Baja	Franja competitiva importante
Competencia - Rivalidad en la industria	Escasa interacción (producto - geográfica)	Fuerte interacción
Competencia - Tipo	En el mercado	Por el mercado
Competencia - Fase de desarrollo - Industria	Estable	Crecimiento ó estancamiento
Poder de negociación - Compradores	Bajo	Alto
Poder de negociación - Compradores	Frecuencia de compra	Compras menos frecuentes
Poder de negociación (Inter-empresa / asociaciones, cámaras empresarias)	Fuerte	Baja
Costos de transacción - Coordinación	Bajos/pocas empresas	Altos/fuerte competitividad

Fuente: Elaboración propia en base a OECD (1999).

Además de los aspectos señalados, es necesario evaluar la posibilidad de detección que tienen las conductas anti-colusivas. La habilidad para detectar este comportamiento puede asociarse con los costos de monitoreo privado (entre las firmas participantes) del mismo. También, puede incidir el nivel de castigo que fije la autoridad pública, como asimismo su capacidad de detección (control). Finalmente, otro factor que puede beneficiar la práctica de acuerdos anticompetitivos entre empresas operando en un mismo sector es la presencia de barreras al comercio exterior: la ausencia de competidores internacionales incentiva la colusión.

En síntesis, la presencia de una fuerte interdependencia entre las distintas empresas que forman una industria, es una de las características distintivas, la cual introduce el incentivo individual por adoptar este tipo de conducta. Es importante destacar que la colusión no necesita de la participación del total de empresas, sino de una porción mayoritaria. De esta forma, es factible encontrar el interés de colusión por una parte determinada de empresas (grupo estratégico), mientras el resto de las empresas (*fringe*) se mantiene fuera del acuerdo.

Por otra parte, también es importante distinguir acciones colusivas que surgen como resultado de una operación de concentración. En este sentido, el profesor Willig plantea que las operaciones de F&A pueden presentar efectos unilaterales o coordinados, tendiendo esta última a la denominada “dominación colectiva”, y por lo tanto no deseada.⁶⁰

⁶⁰ Estos efectos implican beneficios en la (nueva) firma, los cuales se producen por la inacción en las restantes firmas (no fusionadas) originadas en la amenaza o temor que la fusión genera. Como ejemplo, Willig plantea la elevación de precios por la nueva firma, en la medida que tal operación permita volver estable a la colusión tácita. Dichos incrementos pueden sustentarse por el temor al desencadenamiento de una guerra de precios por parte de la firma con poder de mercado. Tal apreciación fue aportada por Willig en el transcurso de las discusiones respecto a los lineamientos de concentración de la *Federal Trade Commission* de Estados Unidos.

Recuadro 8

EL TRATAMIENTO DE LA COLUSIÓN EN AMÉRICA LATINA

La condena de prácticas abusivas colegiadas no es algo que pueda considerarse común en los países latinoamericanos. Dicha postura reconoce sus orígenes en las políticas perseguidas bajo el modelo sustitutivo. La escasa atención que merece esta práctica en la actualidad se vincula con la relativa debilidad que muestran las agencias regulatorias, lo que genera que tales prácticas sean raramente condenadas (Tarziján y Paredes, 2001).

En **Brasil**, un caso reciente de colusión⁶¹ implicó la condena (multa de R\$ 60 millones) a distintas empresas pertenecientes a la industria del acero halladas culpables de fijar precios en forma coordinada (colusión).

En **Venezuela** se pueden citar dos casos. El primero (*Premezclados*, 1993) involucró a un grupo de 5 empresas,⁶² las cuales habían fijado (conjuntamente) precios a través de la publicación de un listado. Dichas empresas fueron multadas por un monto equivalente al 3% de las ventas realizadas en el ejercicio anterior. Un segundo caso (*Terminales Maracaibo vs. Tepuy Marina SA y Marítima Ordaz SA*) comprendió una denuncia contra firmas operando en el mercado de remolcadores. La denuncia planteaba que las demandadas habían evitado competir entre sí, y se habían repartido el mercado durante los últimos años, sin justificación válida. La autoridad de aplicación concluyó que tales empresas habían incurrido en una práctica concertada prohibida por la ley y las multo en consecuencia.

Fuente: Elaboración propia.

⁶¹ Proceso administrativo 08000015337/97-48.

⁶² Premezclados Avila CA, Mezcladora Mixto Listo Consolidada CA, Premezclados y Prefabricados de Concreto SA, Venmar CA y Premezclados Tucon SA.

IV. Evaluación de estructuras

En esta sección se evalúan los efectos que sobre la estructura de mercado generan aquellas operaciones que implican tanto un cambio en la titularidad (adquisición) como una fusión entre dos o más empresas. En términos estrictos, la aparición de efectos estructurales no sólo surgen a partir de un cambio en la titularidad (transferencia de propiedad) sino que estos también pueden originarse en las conductas de las firmas (ejemplo: esquema de relacionamiento vertical). En definitiva, el desempeño de una industria puede venir influido tanto por las conductas como por las decisiones de cartera (F&A).

Por otra parte, el análisis que a continuación se realiza se agrupa –generalmente– bajo el título de análisis del control corporativo. En este sentido, este cuerpo teórico analiza aquellas operaciones a partir de la cual se aúnan dos o más firmas para formar una nueva compañía, operación que puede ser de tipo “amigable” u “hostil”.⁶³ En términos de bienestar, dicha operación puede generar tanto un incremento en eficiencia como también implicar un mayor poder de mercado. Por dicha razón, en la evaluación de las consecuencias, la autoridad de aplicación tiene un rol a jugar.

⁶³ Dicha división se origina en el sistema legal estadounidense bajo el cual ambos esquemas de compra pueden ser llevados a cabo. Es importante destacar que no todas las legislaciones permiten las ofertas de tipo “hostil”. Dicha característica implica una primer diferenciación entre esquemas de gobierno corporativo.

1. Análisis y experiencia en materia de fusiones y adquisiciones

Las operaciones de concentración económica muestran una historia de larga data en la economía moderna. Ya, desde finales del siglo XIX se observó un proceso importante de fusiones y adquisiciones (F&A) empresariales, tanto en Europa como en Estados Unidos, que involucraba sectores considerados (en aquel momento) dinámicos (ferrocarriles, acero, etc.). Este tenía como objetivo alcanzar el control monopólico del mercado, dando lugar al nacimiento de los grandes conglomerados industriales muchos de los cuales fueron –en el caso norteamericano– disueltos a partir de la sanción de la ley Sherman.⁶⁴

En una segunda etapa, surgida al finalizar la primer guerra mundial, las operaciones persiguen un objetivo menos traumático en relación con las normas vigentes: las empresas buscan ahora alcanzar una posición de dominio en el mercado (concentración en busca del oligopolio). Sin embargo, el fenómeno de concentración se desacelera a partir de la crisis del 30 hasta la finalización de la segunda guerra mundial. Posteriormente, el fenómeno de concentración se diferencia: mientras en Estados Unidos las operaciones a nivel horizontal se ven acotadas con la sanción de la ley Celler - Kefauver, iniciando un proceso de concentración a nivel conglomerados; en Europa, la instauración de la Comunidad Europea después de la posguerra inicia un período de fusiones significativo. En este caso, este proceso fue posible por la ausencia de un marco legal correspondiente, generándose un incremento elocuente en el nivel de concentración (Jacquemin y Slade, 1989).

Con la crisis iniciada a principios de los años setenta, este esquema económico comienza a debilitarse surgiendo –en Estados Unidos con Reagan e Inglaterra con M. Thatcher– propuestas de desregulación y privatización que llevarían a modificar el escenario competitivo. Posteriormente se inicia un proceso de apertura económica (comercial y financiera), que genera un mayor nivel de intercambio entre las economías nacionales (proceso de globalización). Estos cambios generan un renovado interés por las operaciones de fusión y adquisición, dado que ahora las empresas necesitan ganar en escala para competir internacionalmente. Así, en los años ochenta se observa una nueva ola de concentración a través de las compras hostiles (*takeovers* y *Leverage Buy-Out* (LBOs)), práctica que inicialmente afectó a las empresas norteamericanas pero que se extiende posteriormente sobre el resto de los países desarrollados –y, finalmente en los noventa hacia los países emergentes–. En los años noventa, además de observarse la compra selectiva, se presenta un impulso en operaciones de fusión y adquisición en aquellos sectores que se hallaban regulados y se encuentran desregulados o en proceso de privatización (como puede ser el caso de telecomunicaciones) y en sectores de servicios.

En lo que respecta a Latinoamérica, durante la vigencia del modelo sustitutivo, no existió interés por parte de las autoridades públicas por los aspectos competitivos en general como por las operaciones de concentración en particular, dado que se privilegió el mercado interno. Sin embargo, en términos de concentración, este período permitió el surgimiento y la consolidación de importantes conglomerados industriales (ver recuadro 10). Con el cambio de modelo, las operaciones de concentración observaron un impulso importante en la década de los noventa. Muchas de las operaciones de concentración se produjeron en el sector servicios y en industrias pertenecientes a la cadena agro-alimentaria. Puede decirse que el proceso de concentración en América Latina se vio influido por dos hechos: i) la desregulación y privatización de las empresas prestadoras de servicios públicos; y ii) el proceso de apertura económica. Es importante destacar que, paralelamente a este proceso de concentración se observó también un fenómeno de desconcentración a nivel conglomerado. Esta situación, a priori paradójica, se explica por la

⁶⁴ En el caso de Japón y Europa, el interés de la autoridad regulatoria con relación al tema de F&A sólo deviene importante una vez finalizada la segunda guerra mundial.

necesidad de concentrar esfuerzos en el *core business*, condición que se vio impulsada por el cambio observado en el modelo económico a principios de los noventa.

Respecto a las consecuencias que, sobre la estructura económica, generaron ambos procesos, cabe destacar dos aspectos. Un primer aspecto distintivo del proceso, en comparación con lo sucedido en los países desarrollados, es que la mayoría de las operaciones implicó un incremento en la participación de capitales extranjeros en la región. Una explicación a este fenómeno puede originarse a partir de la debilidad que presenta el empresariado local en términos de financiamiento corporativo. Con la apertura de la economía, las empresas locales enfrentaban un dilema de hierro: o se reconvertían (proceso de expansión) ó trataban de mostrarse “tentadoras” para los capitales de origen multinacional. En este sentido, las posturas son encontradas. Algunos autores sostienen que en un contexto de transición (como aquel que sigue a una apertura y liberalización económica), la autoridad económica no debe mediar en los procesos de concentración: la misma era una respuesta natural de los empresarios frente a la nueva competencia que se venía. Otros, reconociendo el problema de acceso al financiamiento a que se hallan sujetos los empresarios locales, plantearon que la respuesta de las autoridades nacionales debía haber sido otra, cuyo objetivo se asocia con el mantenimiento o la irrupción del “campeón nacional”.^{65 / 66}

a) Objetivos de las F&A

En términos generales, las operaciones de F&A pueden tener origen, tanto en el interés de la firma por incrementar su eficiencia (alcanzar una escala óptima de producción),⁶⁷ aunque también para alcanzar una PD en el mercado (incrementando los costos de entrada de las firmas rivales). En términos de ganancias, en el primer caso se basan en los méritos mientras que en el segundo pueden considerarse como surgidos del abuso (Bogo, 2002). Sin embargo, existen otros motivos que pueden incitar a las firmas a buscar una operación de este tipo. En este sentido, algunas de las argumentaciones explicativas de la ola de compras hostiles observada en los ochenta planteaban que las mismas permitían reducir las ineficiencias a nivel dirección que estaría mostrando la empresa objeto de la compra.⁶⁸ De esta forma, la operación permite a la empresa compradora alcanzar una cuasi-renta la cual no se hallaba previamente explotada. Aparte de la búsqueda de ganancias o de dominación, las operaciones de F&A pueden también mostrar un objetivo de minimizar riesgos: la (nueva) firma muestra una cartera de activos más diversificada. La búsqueda de una mayor concentración también puede venir influida por cambios en el contexto macroeconómico (tal como lo plantea la sección precedente). Finalmente, muchas de las operaciones de concentración pueden tener como objetivo el alcanzar ganancias, de tipo pecuniarias (mayor poder de negociación, economías de alcance en distribución, redes de venta, etc.) asociadas con una firma de mayor tamaño.

A diferencia de otras prácticas que implican también algún tipo de cooperación entre firmas a priori competidoras, la integración entre dos o más firmas no puede considerarse desventajosa *per se*. Aunque, en general, la concentración horizontal tiende a incrementar la probabilidad de una conducta anticompetitiva.

En los últimos años se ha generado un consenso respecto al objetivo del control regulatorio asociándose este con la creación de un entorno competitivo. En este sentido, la autoridad *antitrust* no busca castigar la concentración por sí misma, más aún cuando en algunos casos la misma puede

⁶⁵ En este sentido, tal idea de favorecer a la industria local no sólo es considerada por aquellos diseñadores de política operando en países en desarrollo, sino también en numerosos países desarrollados (siendo el caso francés el más paradigmático).

⁶⁶ La compra de YPF por parte de REPSOL puede ponerse como contra ejemplo ilustrativo: no sólo se abandonó el objetivo de tener un “campeón nacional” en el área de hidrocarburos, sino que la operación implicó el último paso hacia la “desnacionalización” del sector (Gerchunoff, Greco y Bondorevsky, 2003).

⁶⁷ Aún cuando la empresa puede alcanzar una escala óptima a partir del crecimiento, la compra de una firma rival puede representar una alternativa menos costosa y/o más acelerada.

⁶⁸ Tal es la postura de Jensen (1988) quien explica como el conflicto entre la dirección y los dueños disparó la ola de adquisiciones observada en dichos años.

ser beneficiosa, sino que intenta prevenir un comportamiento abusivo para lo cual intenta mantener una estructura competitiva en la industria. Es en algún sentido la aceptación que la regulación no ataca la explotación del poder monopólico sino la explotación abusiva del mismo. La mayoría de las legislaciones sólo condena aquellas operaciones que permiten crear o fortalecer una PD.

Respecto a los efectos perjudiciales que puede originarse en una operación de concentración horizontal, estos pueden diferenciarse en dos tipos: Unilaterales o Coordinación (World Bank, 1999; OECD, 1999). El primer grupo involucra el efecto anti-competitivo que puede surgir como consecuencia de una fusión. Así, por ejemplo, el incremento del poder de mercado de una empresa actualmente líder, puede implicar que esta aumente los precios por encima del nivel competitivo. La importancia de este efecto varía con el grado de participación en el mercado de las empresas a fusionarse. El caso en que las partes a fusionarse son potenciales competidoras, puede presentarse como una práctica que permitirá el abuso de posición de dominio en el futuro, y como tal tiene que ser impedida.⁶⁹ En el segundo caso (dominación conjunta),⁷⁰ el efecto perjudicial sobre la competencia puede originarse en caso que la fusión incremente la posibilidad de prácticas colusivas en el mercado, efecto que será más pronunciado en la medida que los distintos productos entre las empresas a fusionarse sean similares. Esto último da lugar a dos interrogantes. El primero involucrando a la empresa resultante (¿en qué medida la estructura resultante inducirá a las firmas líderes a comprometerse en un comportamiento anticompetitivo?), mientras que el segundo se relaciona con el comportamiento en el resto de la industria (¿en que medida, las empresas restantes (*fringe range*) serán capaces de mantener su posición? y/o que dichas empresas mantengan una estrategia diferenciada).⁷¹

Recuadro 9

LA FUSIÓN CARREFOUR-NORTE

En **Argentina**, al momento de evaluar los efectos que la fusión *Carrefour-Norte* podría ejercer sobre la competencia en el mercado de ventas minoristas se considero si la operación podía conferir (a la nueva empresa) poder de mercado que pudiera ser ejercido en forma abusiva. La evaluación de la probabilidad de dicha conducta no solo involucraba a la nueva firma sino también a la factibilidad que la operación le permita una mayor coordinación con el resto de sus competidores (colusión). En la medida que la nueva empresa adquiriese tal influencia, la decisión hubiese implicado un perjuicio potencial para los consumidores –y bienestar económico–.

Fuente: Elaboración propia en base al informe de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia.

Un tercer aspecto perjudicial viene representado por la posibilidad de introducir prácticas de exclusión una vez que la operación ha sido aprobada (OFT, 1999). El efecto perjudicial de una operación de concentración surge cuando la empresa resultante (y el tamaño que esta adquiere) impone una barrera a la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, la compra de una cadena de distribución por parte de la firma proveedora puede, no sólo reducir la competencia a nivel minorista sino también impedir el acceso de nuevos competidores “aguas arriba”. Este ha sido el

⁶⁹ Tal caso se observó con la compra por parte de *Tetra Pack* de empresas (potencialmente) competidoras, práctica que fue considerada como perjudicial por la UE, y por lo tanto impedida.

⁷⁰ Este segundo efecto es evaluado en la legislación comunitaria aunque no es considerado por la norteamericana.

⁷¹ En este sentido, puede ser interesante de observar la propuesta de fusión entre *Airtours-First Choice*, que involucraba empresas que pueden considerarse como “pequeñas” (con participaciones del 21% y 11% respectivamente). La Comisión Europea impidió su concreción dado que suponía que tal operación iba a generar un aumento en la concentración, generando un nivel de concentración colectiva (post- concentración) de las 3 empresas líderes del 83%. En el caso *Nestle-Perrier* (1992) (el concepto también utilizado ese mismo año para el caso *Italian Flat Glass*), el concepto fue utilizado por primera vez en operaciones de concentración juzgadas bajo los lineamientos de concentración. En la resolución del mismo, la Comisión considero que la concentración propuesta generaría una estructura de duopolio en el mercado (con *BSN* la restante empresa) La operación fue finalmente aprobada luego de una serie de desinversiones propuestas. La Comisión sostuvo que el artículo 2 (inc. 3) de los lineamientos no se limitaba a situaciones donde la PD es creada o fortalecida por una única firma, sino que también es aplicable cuando 2 o más firmas poseen el poder de comportarse de manera conjunta en forma independiente al mercado.

aspecto más discutido en la aprobación de la compra de la cervecera argentina *Quilmes* por parte de su par brasileña *Brahma*.

Como una guía general y a modo de conclusión de esta sección podría decirse que los efectos perjudiciales que puede involucrar una operación de concentración, independientemente de su tipo, serán minimizados si:

- Posibilidad de entrada sigue siendo factible.
- Competidores pueden reaccionar fácilmente ante un cambio en los precios.
- Existe poder de compra.
- El cambio tecnológico en la industria es importante.

Las consecuencias que sobre la estructura de mercado pueda tener una operación de concentración, no sólo se vinculan con la rivalidad que resulte a nivel industria una vez que dicha operación ha sido concretada, sino también con como se resuelven las amenazas y los conflictos. En la medida que la posibilidad de entrada de nuevos competidores o la capacidad de sustitución de los clientes sigan siendo altas, la concentración no generará mayores consecuencias en términos de bienestar. Dicha operación tampoco debiera ser preocupante –desde una perspectiva de la defensa de la competencia– si la (nueva) firma no obtiene un (excesivo) poder de negociación frente a proveedores y clientes. En síntesis, la operación sólo deberá incitar el escrutinio de la autoridad pública, si esta aumenta la probabilidad de actuar de manera abusiva.

En la mayoría de los casos, la política de competencia admite el control previo de estas operaciones. El análisis de tipo preventivo tiene por objetivo prevenir los efectos anticompetitivos que puedan surgir a partir de una operación de concentración (en lugar de remediar estos efectos una vez que los mismos se hallan presentes). De esta forma, es común observar que la práctica regulatoria realiza una serie de tests antes de la aprobación de una operación de fusión. En primer lugar, se evalúa en cuánto aumenta la concentración como resultado de la operación (test de concentración). Posteriormente se analiza la posibilidad que, la empresa resultante, utilice su posición privilegiada en el mercado para ejercer abuso (test de abuso de posición de dominio). Finalmente, se realiza un análisis de la eficiencia de la operación (test de eficiencia).

b) La regulación de estructuras ante los distintos tipos de integración

Las operaciones de F&A pueden implicar el análisis de tres tipos de integraciones empresariales diferentes:⁷² i) Entre empresas que previamente se hallaban compitiendo en un mismo mercado (integración horizontal); ii) Aquellas donde la relación previa era del tipo comprador-vendedor (integración vertical); iii) Entre empresas operando en mercados diferenciados (conglomerado). Una cuarta categoría podría generarse en una operación que involucre a dos o más firmas multi-producto, la cual puede implicar relaciones verticales como horizontales.

Las amenazas en materia competitiva que generan estos distintos tipos de integración merecen, a priori, ser diferenciadas: mientras que la integración de tipo horizontal implica por sí misma una reducción en el nivel de competencia en la industria y aumenta el poder de mercado de la firma resultante, a primera vista no parece fácil delimitar los daños que puede aparejar una integración entre empresas vendiendo productos no relacionados, o aquella que implica empresas operando a distintos niveles de la cadena vertical. Sin embargo, más allá de la diferenciación que pueda plantearse en términos teóricos, la mayor parte de las operaciones de concentración merecen algún grado de escrutinio por parte de la autoridad pública. Esto se asocia con el hecho que gran

⁷² Una cuarta categoría puede plantearse cuando la operación implica la fusión de dos o más firmas que previamente se hallaban operando en mercados (geográficos) diferenciados (Viscusi y otros, 2000).

parte de las mismas pueden implicar un menor nivel de competencia en la economía como un todo, dado que la rivalidad en el mercado siempre se presenta como difusa.

Integración horizontal

Las operaciones de fusión involucrando a empresas compitiendo en un mismo mercado son las prácticas más evaluadas por las comisiones de defensa de la competencia. En la mayoría de los casos, el proceso de integración involucra a empresas operando en mercados diferenciados, pues la mayoría de las firmas afrontan una competencia imperfecta o de tipo monopolístico. Es por ello que, al momento de evaluar los efectos de este tipo de operación, el test comúnmente utilizado denominado SSNIP⁷³ considera la factibilidad de mantener la competencia a partir de la competencia generada por aquellos ofertando productos similares (aunque no iguales). Desde un punto de vista competitivo, los temores que puede generar este tipo de operación se asocian con la aparición de dos tipos de efectos: unilaterales y de coordinación.

Los perjuicios que pueden introducirse con una operación de este tipo se asocian generalmente con la posibilidad, que adquiere la empresa resultante, de ejercer un abuso en su PD (si es que la operación permite adquirir tal *status* o previamente una de las empresas posee una posición de dominio la cual ahora se ve incrementada). Esto no implica desconocer que la mayoría de las empresas poseen cierto grado de poder antes que la operación tenga lugar, sino evaluar hasta que punto este poder puede ser utilizado en forma anticompetitiva una vez que la misma es realizada. En otras palabras, dado que en la mayoría de los mercados el tipo de competencia observada es de tipo imperfecta –siempre es probable esperar un cierto grado de diferenciación de productos, y por ende, observar algún nivel de poder– la probabilidad que la (nueva) empresa abuse (aumente unilateralmente sus precios) de su posición, variará de acuerdo al grado de sustitución que –para los clientes– tengan los productos involucrados. Así, es de esperar que el aumento en el precio será mayor cuanto más pronunciado sea la proximidad entre los productos que comercializan las empresas que se involucran en la operación.

Otro de los temores se asocia con la posibilidad de observar un resultado colusivo de la operación: la concentración generaría una mayor probabilidad de observar acuerdos de precios a partir de una creciente oligopolización del mercado.⁷⁴ Desde una perspectiva estructuralista,⁷⁵ esta visión puede considerarse como correcta, lo cual implicaba una posición “rígida” por parte de la autoridad regulatoria: muy pocas operaciones podían admitirse. Sin embargo, el principal aspecto a evaluar se asocia con la reacción, del resto de las firmas participantes en la industria –y/o de los competidores potenciales–, ante el aumento en el nivel de concentración que genera la operación. Aquello que deberá evaluarse es como la mayor concentración afecta la conducta del resto de los participantes en la industria.

Uno de los problemas con el análisis tradicional de F&A es que las agencias de competencia podrían llegar a evaluar la competencia resultante considerando sólo el nivel de rivalidad actual. Sin embargo, no solo se deben evaluar los temores y amenazas respecto a las empresas existentes, sino fundamentalmente se debe evaluar la posibilidad de respuesta que presenta el mercado una vez que la fusión ha tenido lugar. Si la práctica abusiva que procede a una fusión puede ser eclipsada –en un período razonable– por la entrada de competidores, la misma no presentaría a priori objeciones para su aprobación.⁷⁶ De esta forma, al momento de evaluar una operación de compra en un mismo mercado, resulta relevante considerar las barreras a la entrada que el mismo presenta, como también la posibilidad que estas dificulten el ingreso (rápido, probable y significativo) de nuevos competidores. En la medida que estas sean bajas (o mayor la amenaza de competencia), los

⁷³ Este test trata de determinar el efecto que sobre la competencia puede tener un incremento de precio, de carácter no transitorio, pequeño pero significativo. De allí su sigla (Small, Significant, Non-transitory Increase in Price test (SSNIP test)).

⁷⁴ Tales planteos se pueden asociar con economistas tales como: Chamberlein, Stigler, etc.

⁷⁵ Recordemos que según la visión estructuralista, el nivel de competencia que muestra un mercado se halla directamente asociado con el nivel de concentración.

⁷⁶ En términos teóricos este es el aporte de Baumol, Panzar y Willig (1982), al introducir el concepto de mercados desafiables.

mercados podrán considerarse como desafiables y las preocupaciones de comportamientos abusivos deberían ser menores.

Integración vertical

En términos teóricos, la consideración de este tipo de operaciones resulta una extensión del problema de OI: cual es el nivel de integración más conveniente para la empresa en un ambiente específico.⁷⁷ En este sentido, al momento de evaluar este tipo de operaciones, la autoridad competitiva debería así considerar las ganancias de eficiencia que se generan a partir de una mayor integración en la industria. En términos teóricos, el principal beneficio que trae aparejada una operación de este tipo se asocia con la eliminación de la “doble marginalización” a partir de la creación de una firma integrada. Aparte de este, otros factores pueden ser considerados como ventajosos al momento de decidir una operación de concentración vertical. Entre estos, uno de los principales motivos para optar por la misma se asocia con la reducción que puede generarse sobre los costos de transacción (Williamson 1975, 1985; Alchian y Demsetz 1972; Klein, Crawford y Alchian, 1978). Esto nos hace repensar el marco de análisis, dado que las ventajas a considerar no sólo se asocian con aquellos aspectos que podríamos catalogar como estáticos (alcanzar una calidad uniforme, obtener mejoras en la cadena de valor, etc.), sino también aquellos de carácter dinámico asociados con la presencia de incertidumbre, asimetría de información y contratos incompletos. Si tales costos son importantes, el incentivo a beneficiarse con el incumplimiento (o la probabilidad de verse perjudicado por) serán mayores: la presencia de oportunismo incrementa los incentivos para integrarse verticalmente. La presencia de activos específicos en la relación puede también abogar por la integración: la propiedad común de los activos permite reducir los riesgos de incumplimiento. En síntesis, gran parte de las razones que llevan a la firma a introducir una relación contractual a nivel vertical, pueden llevar a la misma a integrarse totalmente: en que medida una firma tomará a su cargo la operación directa dependerá de los costos relativos que conlleve dicha decisión.

Independientemente de estas consideraciones positivas, en determinados casos también es posible observar que la fusión vertical puede incrementar las barreras a la entrada ó generar la salida de empresas rivales. Así, cuando una empresa líder se lanza a comprar una empresa proveedora de insumos, las firmas competidoras verán disminuidas sus posibilidades de abastecimiento si la primera introduce cláusulas exclusivas de venta o una práctica discriminatoria en precios: aumenta los costos de las firmas rivales (Ordover J. A. y otros, 1990). Esta actitud se asocia también con el concepto de *market foreclosure*,⁷⁸ el cual conlleva una disminución en el nivel de competitividad observado en el mercado. Para que este tipo de operación pueda ser considerada como anticompetitiva, al menos uno de los niveles involucrados debe mostrar algún grado de poder de mercado, caso contrario esta práctica podrá considerarse como competitiva (competencia vía no precio). Finalmente, una operación de concentración vertical puede también permitir la monopolización de un segundo mercado (vía apalancamiento). En este sentido, una empresa con poder de mercado a determinado nivel puede aprovecharse de dicha condición para tratar de alcanzar ó incrementar su poder a otro nivel (o permitir un acuerdo colusivo en la industria considerada). Sin embargo, este tipo de operaciones puede resultar también en ganancias de eficiencias y, por ende, ventajosas para los consumidores. De esta forma, aún cuando a priori la respuesta será por la aceptación, determinadas operaciones requieren de un análisis particular.

Conglomerados

Las operaciones de compra y fusión entre empresas operando en sectores económicamente no relacionadas no debería, en principio, involucrar a la autoridad regulatoria más allá de lo concerniente a una operación tradicional. Sin embargo, en determinadas circunstancias el tamaño que adquiere la empresa resultante puede generar ventajas importantes sobre otras firmas

⁷⁷ En este sentido, la integración formal no es más que un extremo de organización. Las relaciones cuasi-verticales analizadas en la sección precedente representan una situación intermedia.

⁷⁸ Este término se utiliza para denotar que la entrada al mercado se vuelve más difícil o más costosa.

compitiendo en uno o varios de los mercados donde participe el conglomerado. En este sentido, uno de los temores más comunes es que, dada las ventajas de tamaño, la nueva firma puede iniciar una estrategia publicitaria o de precios, destinada a eliminar firmas competidoras en uno o varios de los mercados considerados. Las ventajas que adquieren los conglomerados pueden originarse a partir del acceso asimétrico al mercado de capitales: dicha ventaja financiera deviene un activo estratégico para la empresa (*deep pocket theory*).

Otra situación que debe considerarse a la hora de evaluar este tipo de fusiones se asocia con la posibilidad de que la firma resultante involucre una competencia diferenciada entre firmas asociadas respecto a no asociadas (*mutual forbearance*).

Uno de los efectos que ha comenzado a recibir atención, tanto desde la teoría como en la práctica regulatoria, es el asociado con las ventajas de apalancamiento que puede generar una operación de este tipo (OECD, 2002). Este efecto involucra tanto aspectos *pro* como *anti* competitivos, que pueden originarse cuando la empresa resultante de la concentración combina productos complementarios⁷⁹ sobre los cuales una o ambas partes disfrutaban de un poder de mercado significativo. A través de este tipo de acuerdos, existe el temor que se faciliten prácticas que perjudiquen a los consumidores (restringiendo sus opciones disponibles) y/o restrinjan el libre comercio (ventas atadas, productos conjuntos, o conductas del tipo).

Una vez más, la presencia de productos complementarios en este tipo de operaciones donde una o ambas partes poseen una posición de poder⁸⁰ no implica *per se* que la fusión o adquisición deba ser impedida sino que la autoridad regulatoria deberá evaluar los beneficios y las pérdidas que dicha operación puede implicar. En este sentido, una fusión puede permitir la obtención de economías (de alcance, de transacción, etc.),⁸¹ las cuales pueden ser trasladadas y beneficiar a los consumidores. Respecto a las pérdidas (efectos que dañan la competencia) se puede plantear que las mismas pueden ser mayores cuando existe:

- Un mayor grado de poder de mercado en el producto atado ó en uno de los productos vendidos en forma conjunta.
- Un significativo incremento en los costos de las empresas rivales inducidos por tal práctica.
- El número de compradores interesados en comprar sólo un sub-conjunto de bienes (y no el conjunto) es importante.
- Una porción significativa de la competencia debe abandonar el mercado dado que no puede seguir tal práctica.
- La operación impide la entrada de nuevos competidores.
- Existe una probabilidad alta que los precios se vean incrementados una vez que la fusión ha tenido lugar (*foreclosure effects*).
- Las empresas rivales encuentran no rentable competir con la estrategia propuesta por el conglomerado –en materia de ventas atadas–.
- Una vez que elimino a la competencia, el conglomerado puede incrementar los precios, y este incremento puede ser lo suficientemente largo, rápidamente realizados y perdurables.

⁷⁹ Dicha complementariedad puede ser de tipo técnica (productos consumidos en forma conjunta) como comercial (distribución de productos en forma de paquete).

⁸⁰ Las partes pueden disfrutar de una poder aunque no necesariamente presentar una posición de dominio.

⁸¹ Las economías de alcance pueden originarse en el hecho que, a partir de la fusión la empresa –productora de bienes complementarios– puede compartir insumos, aspectos promocionales, canales de distribución, etc. Respecto a las economías de transacción, estas benefician a los consumidores, quienes pueden obtener bienes complementarios de un mismo distribuidor.

- Los usuarios, como grupo, sufrirán una pérdida neta a pesar de la caída inicial en los precios.

En el caso que esta operación involucre bienes o servicios que son complementarios, también puede presentar consecuencias anticompetitivas si los bienes producidos pueden ser vendidos en mercados “vecinos ó relacionados”, observándose la complementariedad por el lado de la demanda.⁸² Desde una perspectiva competitiva, la preocupación principal que se genera con este tipo de operaciones, es la posibilidad que las mismas permitan –indirectamente– consolidar ó incrementar el poder de mercado.

Recuadro 10

AMÉRICA LATINA, GRUPOS ECONÓMICOS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En América Latina los conglomerados industriales o grupos económicos (GE) han mostrado una influencia decisiva en la historia económica contemporánea. Desde inicios del siglo XX, aunque fundamentalmente a partir de la instauración del modelo sustitutivo de importaciones, los GE crecieron de manera destacada en los principales países volviéndose, junto a las empresas multinacionales, actores destacados en el proceso de industrialización que observó la región.

Originalmente desarrollados para aprovechar la sinergia productiva en un esquema de sustitución de importaciones o en torno a la explotación de recursos naturales, el desarrollo de los GE ha observado distintas fases. Pero, este tipo de empresas cambió (radicalmente) sus estrategias a partir de los años noventa con la transformación observada en el marco macroeconómico e institucional (proceso de apertura, desregulación y privatización) que experimentaron las economías latinoamericanas (Kosacoff y Ramos, 1998⁸³ Peres, 1998).⁸⁴ En este sentido, la estrategia perseguida implicó una mayor especialización y la búsqueda de nuevos mercados (Peres, 1998). De esta forma, el patrón de crecimiento que mostraron los GE de la región abonaría la tesis que plantea una evolución correlacionada con el nivel de desarrollo económico que experimenta un país: a mayor desarrollo menor será la presencia de grupos diversificados.

Históricamente tres aspectos permitían caracterizar a los GE: conglomeración productiva, escasa separación entre propiedad y control, e integración al sector financiero (Paredes y Sánchez, 1996). Desde esta perspectiva, el crecimiento de los grupos es una consecuencia de las fallas que presenta el mercado –en sentido amplio– y que la OI de las mismas permite salvar. En este sentido, su dimensión financiera se justificaba por la “represión financiera” que existía en el mercado de créditos, la cual volvía imposible el financiamiento bancario directo. La diversificación respondía, entre otros motivos, a consideraciones de riesgo (menor exposición a los *shocks* particulares), tamaño crítico (organización empresarial), costos de transacción (encadenamiento vertical) y mejor aprovechamiento tecnológico. Así, desde una visión institucional, los conglomerados representan una respuesta eficiente a las debilidades observadas en el mercado: inestabilidad y mercados incompletos (Tarzijan y Paredes, 2001). En la medida que se superen dichas fallas, la organización de los grupos se verá modificada, y los mismos mostrarán una mayor especialización aprovechando las economías de escala que le puede deparar su operatoria principal. Desde esta perspectiva, la transformación económica implicó una disminución en la incertidumbre macro, como asimismo la búsqueda de una mayor especialización, por lo que se volvió más urgente la búsqueda de rentabilidad en los negocios tradicionales (los cuales se tornaron más competitivos después de la apertura). Por otra parte,

⁸² En este sentido existe un grado significativo de comunidad en términos de compradores servidos, pudiéndose mencionar como ejemplo el mercado de bebidas alcohólicas y la posición de la Comunidad Europea en el pedido de fusión entre *Guinness-Grand Metropolitan*.

⁸³ En dicha etapa las estrategias empresariales fueron o bien ofensivas ó defensivas. El cambio estratégico implicó una reconversión productiva que llevo a los GE orientarse en sus negocios focales. El proceso de liberalización financiera (y la crisis del endeudamiento) llevo a que la mayoría de los grupos se desprendiera de sus operaciones financieras, como lo atestigua el caso chileno.

⁸⁴ El crecimiento inicial basado en el aprovechamiento de los recursos naturales puede ejemplificarse con el grupo Bunge & Born (Argentina-Brasil), mientras que la utilización de sinergias productivas se observa en el caso del grupo Monterrey (México). (Ver Peres, 1998).

Recuadro 10 (conclusión)

aun cuando los conglomerados muestran un tamaño –y una influencia– importante en las economías nacionales, la importancia de los mismos se diluye cuando se los compara con las Empresas Transnacionales (ET). En un futuro, para que el crecimiento de los GE sea sustentable, el mismo se debería asociar con una mayor inserción en los mercados internacionales (Peres, 1998). Si la estrategia de crecimiento se orienta a la expansión a terceros países –la cual es lógica en un proceso de integración regional–, la preocupación estructural deberá ser evaluada en un contexto amplio (por ejemplo, el Mercado Común del Sur (Mercosur)).

¿Cual es el papel de la política de Defensa de la Competencia?

Desde una perspectiva histórica, los conglomerados se diferencian en sus estrategias y conductas según el período que sometamos a evaluación (período sustitutivo vs. apertura). Como es de conocimiento, el modelo de industrialización por sustitución de importaciones no considero aspectos competitivos. Sin embargo, si consideramos la perspectiva de Defensa de la competencia, los aspectos que deben ser evaluados se relacionan con la conducta que presentan los grupos y la estructura que deberían presentar los mercados. En este sentido, ¿deberíamos realizar alguna consideración especial respecto a los GE?

Respecto al primer punto (conductas) la cuestión implica evaluar si las estrategias que persiguen los GE son (o no) abusivas. La conducta será condenada en la medida que los GE (como cualquier otra empresa con poder de mercado) tiendan a dominar el mercado a partir de introducir prácticas discriminatorias: imposibilitar la entrada (o propiciar la salida) de competidores en los mercados (o algún mercado particular) donde el grupo se halla presente. Sin embargo, la atención será mayor cuanto mayor sea el grado de imperfección observada en el mercado financiero, dado que una empresa diversificada (conglomerado) puede utilizar su poderío financiero para intimidar a los competidores.⁸⁵ De esta forma, la persistencia de mercados financieros imperfectos (asimetría en el financiamiento según tamaño de empresa) puede jugar a favor de los conglomerados (menores costos) e impulsar (inmediata o posteriormente)⁸⁶ la salida (o impedir la entrada al) del mercado por parte de las empresas competidoras.

En segundo lugar, la estructura industrial puede estar influenciada por la presencia (y poder) de los grandes GE. Al evaluar las operaciones de fusión y adquisición donde los conglomerados son parte interesada, la autoridad de aplicación debería considerar si dicha operación no permite, a la empresa resultante, obtener una PD en mercados hasta entonces competitivos. En este sentido, puede resultar instructiva la evaluación de los “efectos de palanca” que pueden presentarse en operaciones de fusión que involucran conglomerados. La presencia de tales efectos puede promover conductas abusivas, por lo que existe una justificación para impedir tal tipo de fusión, aunque para arribar a dicha conclusión es necesario realizar un análisis particular. Así, este tipo de operaciones, aún cuando puede a priori parecer beneficiosas para los consumidores, pueden implicar a posteriori conductas abusivas a partir de la introducción de ventas atadas (*tying, bundling*, etc.) o por el desplazamiento de empresas competidoras a partir del estrangulamiento financiero. La empresa resultante puede introducir así, una práctica discriminatoria que afecta al conjunto de los consumidores. En este sentido, la principal preocupación que debe observar la autoridad de aplicación se relaciona con sus efectos indirectos más que respecto a aquellos que surgen directamente de la fusión. De esta forma, la operación puede facilitar que la empresa resultante se comporte a posteriori de manera anti-competitiva, permitiendo así que el conglomerado se perpetúe o incremente su poder de mercado.

En síntesis, la evaluación que desde una perspectiva de defensa de la competencia se debería hacer del fenómeno no escapa a las “generales de la ley”: en la medida que estos no introduzcan prácticas abusivas o que la estructura industrial se vea amenazada por la monopolización del mercado, los grupos no perjudican al normal desarrollo de los mercados.

Fuente: Elaboración propia.

⁸⁵ Esta conducta se podría asociar con modelos tipo “*deep pocket theory*”.

⁸⁶ Inmediatamente, si los costos de las empresas competidoras se ubican a niveles no competitivos. Posteriormente, cuando la capacidad financiera le permite al conglomerado invertir (Investigación y Desarrollo, publicidad, canales de comercialización, etc.) que le permitirán a este quedarse con una PD en el mercado.

c) Eficiencia económica *versus* incremento de poder monopólico en una operación F&A

Originalmente, el énfasis del análisis regulatorio en materia de F&A se centró en el nivel de concentración que mostraba la industria una vez que la operación fuese concretada. Desde una perspectiva teórica, después de Williamson (1968),⁸⁷ se comienza a subrayar la importancia de considerar aspectos de eficiencia al momento de evaluar operaciones de concentración. En la actualidad la mayoría de las legislaciones considera los beneficios, en términos de eficiencia, que puede generar este tipo de operaciones. De esta forma, la autoridad de aplicación puede llegar a admitir una operación de concentración que, aún cuando pueda acarrear efectos anticompetitivos, resulte en mejoras en eficiencia.⁸⁸ Las partes pueden alegar estos beneficios si la operación permite ejercer una PD a la nueva entidad surgida de la fusión. En este sentido, son las empresas involucradas quienes tienen interés en demostrar las ganancias de eficiencia que involucra la operación. Sin embargo, para que se apruebe la misma, dichas empresas deberán demostrar que éstas (ganancias) sólo puede ser alcanzadas a partir de la fusión, y no mediante otros medios (expansión interna, *joint-ventures*, etc.).

Desde una perspectiva pública, las operaciones de F&A pueden presentar ventajas y desventajas. Estas últimas son las asociadas con el aumento del nivel de concentración que puede generar la operación, y los efectos no deseados que el mismo puede generar. Respecto a las ventajas, estas pueden provenir de varias fuentes, aunque a grandes términos se pueden clasificar en tres grandes grupos: estáticas, dinámicas y pecuniarias.

En primer lugar, las F&A pueden ser presentadas como forma de obtener mayores eficiencias de tipo productivo. En este sentido, se puede argumentar que el proceso de integración permite alcanzar ahorros en el proceso industrial (a partir de alcanzar economías de escala o de alcance, mayor integración en el proceso productivo, aumentos en la productividad consecuencia de una superior capacidad de gerenciamiento, mayor especialización a nivel planta, economías de innovación, etc.). Una mayor eficiencia productiva también puede generarse a partir de los ahorros alcanzados en actividades no industriales (mejoras en sus sistemas de distribución, investigación, disminución en los costos de transporte, mejoras en los servicios de post-venta, distribución, etc.). En segundo lugar, las ganancias en eficiencia pueden plantearse en términos dinámicos: la nueva empresa permite introducir mejoras en la calidad del producto, o a partir de la ampliación en la oferta de producción (diversificación de riesgos), o como fruto de ahorros en los costos de transacción (menores transacciones comerciales).⁸⁹ En ambos casos, las mejoras benefician también a los consumidores. Existe, una última categoría de beneficios que se asocian con los ahorros pecuniarios que trae aparejada una operación de F&A. Estos pueden surgir de la mayor capacidad de negociación (permitiendo, por ejemplo, la compra a menores precios de sus insumos) que trae aparejada la empresa resultante de la integración. Sin embargo, este último tipo de eficiencia no debería, en principio, ser considerado por las autoridades regulatorias.

En todo caso, existe un problema de verificación empírica: cómo probar que la operación prevista permitirá obtener ganancias de eficiencia y como medir dichas ganancias. De esta forma, se presenta un dilema (incremento de eficiencia versus disminución en la competencia), el cual se ve agravado por las dificultades que surgen al momento de intentar cuantificar las ventajas y desventajas asociadas. En este sentido, la tarea no es sencilla, ni existe una metodología aceptada universalmente. Por otra parte, el problema de medición se vincula con uno de asimetría

⁸⁷ Este autor propuso comparar las pérdidas al consumidor originadas en un aumento de precios después de aprobada la fusión con los beneficios que podría generar la operación de concentración.

⁸⁸ Así se observa en la UE (*EC Merger Regulation*, Ley 4064/89, art. 2), en Estados Unidos (*US Horizontal Merger Guidelines*, Section 4) y Canadá (*Canadian Competition Act*, Section 96 y *Merger Enforcement Guidelines*).

⁸⁹ Estos ahorros pueden ser importantes y justificar una operación de concentración empresarial en aquellos países donde la economía se encuentra menos desarrollada (Bogo, 2001).

informativa: los agentes que más conocimiento tienen sobre las mejoras de eficiencia debidas a la fusión son justamente las empresas sujetas a investigación. Posteriormente, aún cuando la evaluación arroja que la operación es beneficiosa en términos de eficiencia, aún resta evaluar como las mismas pueden ser transferidas a los consumidores.

En síntesis, los pasos necesarios para evaluar la conveniencia de una operación implican:

- Evaluar que las eficiencias planteadas sean específicas a la operación de la firma;
- Las ganancias de eficiencia deben ser superiores a los riesgos competitivos; y,
- Las eficiencias sean transferidas a los consumidores.

Recuadro 11

LA CONSIDERACIÓN DE LA EFICIENCIA EN LATINOAMÉRICA

En los países latinoamericanos, la mayoría de las legislaciones consideradas tienen en cuenta las ganancias en eficiencia que puede arrojar una operación de fusión. En **Argentina** los lineamientos para el control de las concentraciones económicas (Resolución 164/01), plantea que las ganancias de eficiencia pueden jugar un rol positivo en la aprobación de la operación de concentración, considerándose únicamente aquellas que surjan directamente de dicha operación. En la operación de fusión entre *Quilmes-Brahma*, sólo fueron reconocidas ganancias por un 60% de los valores presentados por las partes, desestimándose el resto por considerarlas “no aceptables”.

En **Brasil**, al momento de evaluar una operación de concentración, la guía de procedimientos considera las eficiencias. En el caso *Mahle-Metal Leve*,⁹⁰ el CADE centro su análisis en el efecto que la transacción, en términos de eficiencia, tendría sobre los dos productos involucrados, encontrándose que las ganancias correspondientes podrían obtenerse únicamente en sólo uno de los mercados (pistones). Por lo tanto se planteó la desinversión en el mercado restante.

En **Colombia**, la operación entre *SC Johnson y Cía. Química Boden*, implicaba la adquisición por parte de la primera de la actividad de producción y comercialización de ciertos productos elaborados por la segunda (cera para pisos, limpiador de pisos, ambientador, betún para zapatos, etc.). La operación no fue objetada dado que la misma conllevaba ganancias en eficiencia (de tipo técnico), además de observarse la existencia de un sinnúmero de sustitutos por el lado de la demanda.

En **México**, las fusiones son evaluadas siguiendo el criterio de la regla de la razón, aceptándose la fusión en aquellos casos en que las mismas permitan un incremento en la eficiencia.

Fuente: Elaboración propia en base a OEA (1999) y Boletín Latinoamericano de Defensa de la Competencia (varios números).

El tratamiento de la eficiencia varía según el país analizado y el momento en que el mismo es realizado. En el caso estadounidense, los jueces fueron reacios a aceptar consideraciones de este tipo al momento de evaluar una operación de concentración, posición sustentada en el caso *FTC vs. Procter & Gamble Co.* cuando se sostuvo que “*Possible economies cannot be used as a defense against illegality*”. Posteriormente la doctrina fue modificada, introduciéndose en los lineamientos de concentración de 1992 (*Merger Guidelines*) consideraciones respecto a las ganancias de eficiencia, aunque siguiendo un análisis particular. En general, la eficiencia será considerada cuando los beneficios resultantes superen los perjuicios anticompetitivos. En el caso europeo, el tratamiento de la eficiencia difiere según el análisis se realice considerando el artículo 85 (acuerdos cooperativos) o bajo los lineamientos de concentración. El primero impone una especie de “escala

⁹⁰ Este caso implicaba la compra de una autopartista por parte de otras dos empresas del sector, con la particularidad que ambas empresas operan globalmente y la fusión había sido impedida en Estados Unidos.

decreciente” en el análisis de la eficiencia,⁹¹ mientras que el segundo introduce un test de dominancia: no existe posibilidad legal de justificar una defensa de eficiencia cuando la concentración crea o incrementa una PD.⁹²

Dos casos especiales merecen una consideración particular. En primer lugar, aquel que involucra a una firma operando en una industria sujeta a redimensionamiento (ejemplo: industria construcción naval). En este caso, la concentración, aún cuando incrementa significativamente el nivel de concentración, puede ser beneficiosa. En términos más generales, se puede plantear que la respuesta de la autoridad de aplicación –en términos de aprobación o no de la operación– podrá depender del momento o etapa de desarrollo que se halle atravesando una industria. Un segundo caso podría plantearse cuando una de las partes intervinientes está pensando en abandonar la industria. Así, independientemente de sus razones, si resulta imposible conseguir compradores o si los activos de la firma tienen que ser desmantelados en caso que la operación no logra alcanzarse, la autoridad podrá considerar aspectos distintos a la eficiencia al momento de evaluar la conveniencia de dicha operación.

Recuadro 12

HOME DEPOT ABANDONA EL MERCADO ARGENTINO

En el año 2001 la autoridad de defensa de la competencia en Argentina debió evaluar un pedido de compra en el mercado de ventas de materiales para la construcción: *Cencosud* (titular de *Easy*) había realizado una oferta de compra sobre los locales que poseía *Home Depot* en el país (4 –todos en el área metropolitana–). La operación –finalmente aprobada– involucraba una concentración de tipo horizontal, aunque la empresa resultante no implicaba una amenaza a la competencia. En la evaluación de los efectos sobre la competencia, la autoridad también influyó el hecho que *Home Depot* estaba evaluando el abandono del mercado argentino.

Fuente: Elaboración propia en base al informe de la ex Secretaría de Defensa de la Competencia.

d) Control sobre las operaciones de concentración: ¿antes o después?

El control sobre las operaciones de F&A se realiza comúnmente *a priori*, debiendo la concentración obtener una autorización previa de la autoridad de aplicación cuando las operaciones exceden cierto monto o cuando la misma involucra mercados considerados como relevantes. De esta forma, gran parte de las operaciones quedan exentas de verificación (son aprobadas en forma automática). En esta dirección se han delineado los diferentes lineamientos de concentración, los cuales por lo general plantean la necesidad de (o la excepción) avisar una propuesta de fusión. Algunos países realizan un análisis *a posteriori*, evaluándose si la empresa resultante genera alguna práctica anticompetitiva.

El primer aspecto a evaluar, ante una operación de concentración, implica observar si la misma daña o no la competencia. En la medida que se detecte algún inconveniente, la operación

⁹¹ Cuanto mayores sean las desventajas, mayores deberán ser las eficiencias a ganar para que puedan estas ser consideradas.

⁹² El caso *Aerospatiale - Alenia / de Havilland* (1991) ilustra tal planteo: este caso involucró la propuesta de adquisición de la primera por *de Havilland* (empresa subsidiaria de *Boeing*), donde las partes trataron de demostrar las ganancias de eficiencia que surgirían de tal operación. Sin embargo, la Comisión sostuvo que el ahorro en costos (0,5% del monto total de operaciones combinado) no era suficiente para contribuir al desarrollo técnico. La alianza estratégica entre *BT-MCI* era un caso involucrando el artículo 85 de la UE. En este caso, la operación consistía en la adquisición del 20% de *MCI* por parte de *BT*, y la creación de un *joint-venture* para servicios de alto valor agregado. En su defensa, las empresas sostuvieron que tal operación permitiría a ambas firmas ofertar nuevos servicios globales en forma más rápida y obtener una mejora tecnológica (considerando también las disminuciones en costos). En este caso, la Comisión aprobó la operación considerando la naturaleza del mercado de telecomunicaciones (industria sujeta a un rápido progreso tecnológico y enfrentando un proceso de liberalización) y que la operación no introducía un riesgo adicional respecto a la competencia efectiva en el sector.

puede ser, total o parcialmente, denegada; sino, la misma es autorizada. En este sentido, a menudo se considera la modificación en el índice de Hirschman - Herfindahl (HHI), con o sin fusión, para así evaluar como la operación modificaría el nivel de concentración en la industria.

En la mayoría de los casos, el proceso de evaluación sigue un esquema preestablecido (guías o lineamientos) los cuales introducen una serie de etapas:

- a) Definición (y descripción) del Mercado Relevante (en términos geográficos y de producto).
- b) Identificación de la participación de las firmas involucradas en el mercado relevante, y los niveles de concentración que presenta el mismo.
- c) Identificación de los potenciales efectos adversos de la operación ó examen de las condiciones para el ejercicio de posición de dominio.
- d) Análisis de la facilidad de entrada al mercado.
- e) Identificación de las eficiencias que pueden generarse como resultado de la fusión y/o adquisición.
- f) Evaluación del efecto en términos de bienestar económico.

La instrumentación de lineamientos para el análisis de este tipo de operaciones tiene su origen en Estados Unidos, donde se establecen las primeras guías de evaluación en el año 1968 (*Merger Guidelines*).⁹³ En el caso de la Comunidad Europea, a partir del año 1989 las operaciones de F&A se encuentran enmarcadas en los lineamientos de concentraciones (*Merger Regulation*). Un análisis diferencial trata los acuerdos cooperativos, los cuales se encuentran enmarcados en el artículo 81 (ex art. 85) del Tratado de Roma.⁹⁴ El control sobre este tipo de operaciones es de tipo preventivo, siendo necesario informar de la misma si la fusión involucra empresas con poder de mercado y que posean un tamaño significativo. Además, a diferencia de Estados Unidos, al considerar la solicitud de fusión la Comisión no sólo evalúa la estructura de los competidores restantes, sino que además considera el poder de compra de los clientes. Por un lado, la dimensión se evalúa en función del volumen de negocios, excluyendo del análisis sobre aquellas empresas que no superen un determinado piso. Por otro lado, la evaluación de la dominación implica el estudio de la estructura de mercado (participaciones en el mercado), aunque no existe una regla fija que plantee en cuanto dicha participación debe incrementarse para impedir una operación. Este control se basa en el concepto de dominación, aunque no queda claro si este concepto tiene un significado restringido o amplio (dominación colectiva). Los lineamientos introducen dos criterios para bloquear una concentración:

- a) Si la misma crea o fortalece una PD, y;
- b) Si tal concentración impedirá –en forma significativa– el desempeño de la competencia (art. 2).⁹⁵

A diferencia de la práctica norteamericana que considera únicamente el segundo aspecto, en el caso europeo ambos criterios interactúan.

En **Argentina**, la ley 25.156/99 introduce un capítulo específico en materia de F&A. Asimilando la experiencia norteamericana y europea, el control es de tipo preventivo, siendo su objetivo evitar la conformación de estructuras económicas que puedan afectar el normal

⁹³ Estas guías aparecieron por primera vez en 1968 y se modificaron en 1982, 1984, 1992 y 1997. La evolución de las mismas han acompañado los avances teóricos que se iban produciendo en la teoría económica.

⁹⁴ Originalmente, las F&A se trataban bajo el marco del artículo 85. Sin embargo, este artículo ofrecía limitadas posibilidades para tratar con este tipo de operaciones, como lo sostuvo la Corte Europea de Justicia (CEJ) en el caso *Continental Can*.

⁹⁵ Este artículo (entre otras consideraciones) plantea que “una concentración será declarada incompatible con el Mercado Común, si esta crea o fortalece una PD como resultado de la cual la competencia efectiva será significativamente erosionada en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo”.

funcionamiento del mercado.⁹⁶ En este sentido, una operación es perjudicial si la misma genera o fortalece la posibilidad que la empresa resultante ejerza poder de mercado.⁹⁷ El Decreto N° 89 introduce un mecanismo de vía rápida para aquellas operaciones de escasa trascendencia. En cuanto a la filosofía adoptada en materia de revisión, la misma utiliza el criterio de la evaluación particular, según el cual, es necesario demostrar la existencia de efectos negativos para la comunidad para que una fusión sea rechazada.⁹⁸

En **Brasil** se introduce un control posterior de las F&A, salvo casos particulares donde la autoridad de aplicación puede actuar de oficio (por ejemplo en el caso AMBEV), encontrándose los aspectos relevantes planteados en el artículo 54 de la ley 8884/94.⁹⁹ En términos de operaciones comprendidas, la notificación se vuelve obligatoria para aquellas empresas que posean una participación importante (mayor 20%) en el mercado relevante ó puedan considerarse importantes a nivel facturación (superior a los R\$ 400 millones de facturación anual). Sin embargo la aprobación será automática si la operación no perjudica a la competencia o la misma permite incrementar la eficiencia.¹⁰⁰ Posteriormente la Secretaría de Monitoreo Económico (SEAE) introdujo en 1999 una guía de procedimientos para enmarcar el análisis de las F&A.

En **Colombia** las F&A deben ser informadas a la autoridad de aplicación si las empresas involucradas se dedican a la misma actividad y los activos brutos comprendidos (individual o conjuntamente) ascienden a \$20 millones o más. La legislación plantea la aprobación automática para aquellos casos en que la operación implique ganancias de eficiencia.

En **México** las operaciones de F&A son analizadas en forma preventiva por la autoridad de aplicación. La notificación es obligatoria para aquellos casos en que la transacción supere un monto determinado¹⁰¹ o bien implique un incremento en la concentración del mercado.¹⁰² La legislación vigente centra su interés en el efecto que las empresas resultantes pueden tener sobre el mercado, y no por el tamaño de las mismas. La fusión será rechazada si la misma permite generar (artificialmente) barreras a la entrada en el mercado.¹⁰³ En el análisis del caso, la agencia gubernamental evalúa no sólo el mercado relevante y el poder de los distintos actores relevantes sino que también debe considerar (artículo 13 LFCE): 1) la participación de las empresas en el mercado en cuestión, y la posibilidad que las mismas puedan fijar unilateralmente precios o cantidades; 2) la existencia de barreras a la entrada; 3) La existencia y poder de sus competidores; 4) las posibilidades de acceso de la nueva empresa y de los competidores a fuentes de insumos; y, 5) el comportamiento reciente de los agentes económicos participantes en la operación de fusión.

⁹⁶ Con la aprobación de la Resolución 788/99 el procedimiento se modificó planteándose que el control se realizaría a posteriori, previéndose que la CNDC actuaría sólo cuando comprobase la presencia de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, la situación volvió al esquema original (control previo) con la aprobación del Decreto N° 89 (Peña, 2001)

⁹⁷ Lineamientos para el control de las Concentraciones Económicas (Resolución 726/99).

⁹⁸ En este sentido, la legislación no aplica el criterio per se.

⁹⁹ Este artículo plantea “Los actos, manifestados bajo cualquier forma, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia, o resultar en la dominación del mercado relevante del bien o servicio, deberán ser sometidos a la aprobación del CADE”. Es importante destacar que, aún cuando el artículo puede afectar a cualquier tipo de acuerdo (no solo a las F&A), la mayoría de las notificaciones han estado relacionadas con operaciones de fusiones.

¹⁰⁰ Las excepciones se hallan fijadas en el primer acápite del artículo, comprendiendo estas: a) aumentar la productividad; mejorar la calidad del bien o servicio, propiciar la eficiencia y/o el desarrollo tecnológico o económico; b) cuando los beneficios resultantes de la transacción sean distribuidos equitativamente entre las empresas y los consumidores; c) si la operación no elimina la competencia en el mercado relevante; y, d) se halla limitada a actos necesarios para la obtención de beneficios directos. Por su parte, el segundo acápite introduce una cláusula especial, introduciendo la posibilidad de aprobar las operaciones si estas son realizadas por “motivos de bien común o porque favorecen a la economía nacional; en tanto que no afecten al consumidor o usuario final”.

¹⁰¹ Un monto superior al equivalente a 12 millones de Salarios Mínimos General (SMG). Monto vigente en México, Distrito Federal.

¹⁰² Para ello se considera: a) la acumulación del 35%, o más, de los activos o acciones de un agente económico cuyos activos o ventas importen más del equivalente a 12 millones de SMG; b) participan dos o más agentes económicos cuyos activos o volumen anual de ventas conjunta o separadamente sumen más de 48 millones de veces el SMG y dicha transacción implique una acumulación adicional de activos o capital social superior a 4,8 millones de veces el SMG.

¹⁰³ Así, se plantea la impugnación en caso que la operación “...tenga por objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y libre concurrencia”.

e) **Aprobación de las operaciones de F&A y cláusulas de desinversión: evidencia en distintos países de América Latina**

La aprobación de operaciones de concentración se encuentra en numerosas oportunidades sujetas a cláusulas de desinversión. El objetivo de estas se asocia con impedir que la nueva empresa posea un nivel de participación en el mercado excesivo, y que pueda así generar un abuso de posición de dominio.

En **Argentina**, en el caso *YPF-Repsol* (1999) la operación de adquisición de la primera por parte de la empresa española estuvo condicionada a la venta de una serie de estaciones de servicios. La empresa compradora poseía ya una cadena de distribución (Astra y Eg3), por lo que, la operación hubiera generado un incremento en la concentración en el mercado de naftas (60%) y gas (54%), por lo que se obligo a Repsol a vender 800 estaciones a otros (nuevos entrantes) competidores (diferentes a ESSO y Shell que poseían también un poder de mercado significativo).

En el caso de la fusión *Carrefour-Norte* la CNDC evaluó la operación analizando tanto al mercado minorista como el mayorista. En el mercado minorista el objetivo del análisis se asociaba con evaluar si la operación le podría otorgar poder de mercado decisivo a la empresa resultante. Para ello se consideraron dos mercados diferenciados: uno nacional y otro regional. En el primero, las amenazas competitivas de la fusión eran reducidas por la presencia de fuertes competidores (actuales y potenciales). Pero en el segundo se planteó que, para el caso de Rosario y Gran Rosario, la operación podría crear una situación amenazante. De esta forma la CNDC impuso restricciones a la operación que trataron de resolver dicha cuestión.

En **Brasil**, tal práctica fue implementada al momento de la aprobación de la fusión AMBEV (*Brahma-Antártica*). Las agencias encargadas de la investigación del caso (SEAE y Secretaría de Derecho Económico (SDE)) plantearon que la operación dañaba la competencia, recomendando la necesidad de no utilizar una de las tres marcas participantes (Brahma, Antártica y Skol) como así también la desinversión (parcial) en instalaciones. Sin embargo, el CADE introdujo otra serie de exigencias para con la empresa resultante, AMBEV, las cuales fueron:

- a) Esta debía desprenderse de la marca *Bavaria* (propiedad de Antártica), debiendo vender 5 plantas asociadas a esta (ubicadas en distintas regiones del país), garantizando al mismo tiempo al comprador los canales de distribución por un período de 4 años (con opción a 2 más);
- b) También debía ofrecer acceso al sistema de distribución a las empresas regionales (en las áreas otorgadas en el caso anterior);
- c) No podría cerrar ninguna de sus plantas por un período de 4 años, si antes no ofrecía las mismas a la venta;
- d) Debía crear un programa de re-entrenamiento y re-localización de los trabajadores que resultaron despedidos (después del período de gracia de 4 años); y
- e) Se le prohibía imponer exigencias de exclusividad en sus puntos de venta.

El CADE defendió su posición planteando que el acuerdo permitía resolver de manera eficiente los aspectos anticompetitivos de la operación, dado que no sólo mantenía la amenaza de entrada y reconocía las ganancias de eficiencia resultantes de la fusión, sino que también lograba minimizar los efectos negativos que podían surgir por la pérdida de fuentes de trabajo.

Otro caso donde la autoridad competente obligo a la empresa a desprenderse de activos fue en la fusión entre *Colgate* y *Kolynos*. La agencia gubernamental ofreció a la empresa compradora (*Colgate*) tres opciones: a) la venta total de la marca *Kolynos*; b) una licencia exclusiva de la marca durante un período prolongado (20 años), con el objetivo de crear un espacio para el desarrollo de nuevas marcas; ó, c) la suspensión en el uso de la marca *Kolynos* en Brasil por un período inferior

(4 años), conjuntamente con la posibilidad de ofrecer los servicios de producción para los nuevos entrantes (o competidores preexistentes). Finalmente, la empresa optó por esta última propuesta. Seis nuevas marcas habían sido lanzadas en 1999, mientras que los precios habían caído en un 10%.

En **México**, la autoridad de aplicación puede, en caso que considere necesario, ordenar la desconcentración parcial (o total) en caso que la operación hubiese conllevado un nivel de concentración indeseado. En el caso *Mobilcon-Radio Cel* la autoridad competente aceptó la operación condicionada a que la empresa no participara de la licitación de nuevas bandas en la ciudad donde se había determinado que la empresa gozaba de posición de dominio (México, DF).¹⁰⁴ Este planteo tenía como objetivo el propiciar la entrada de nuevos competidores, dado que la principal barrera a la entrada se asocia con la disponibilidad de canales de frecuencia.

En el caso *Copamex Industrias / Kimberley Clark Mexico / Cía. Industrial de San Cristóbal*, industria de Papel Tissue, la operación de concentración procedía a una transacción internacional que había sido aprobada en el extranjero. En su tramo local, la transacción fue aprobada aunque sujeta a una serie de condiciones, donde se obligaba a la empresa a cumplir con:

- a) Reducción de la capacidad de producción de papel Tissue y derivados (mínimo 67 mil toneladas).
- b) Venta marca *Regio*, empleada en la comercialización de otros productos (papel higiénico y servilletas).
- c) Licenciamiento de la marca *Scotties* de pañuelos faciales.
- d) Supresión de la marca de servilletas *Savuel*.
- e) Oferta de un contrato de suministro de papel Tissue (por 13 mil toneladas año).
- f) Obligación de la empresa *San Cristóbal* a abandonar la marca de cuadernos *Shock*.

Dos eran los objetivos de introducir tales medidas. Por un lado, evitar que la concentración disminuyera la competencia. Por otro lado, facilitar la entrada y el desarrollo de empresas competidoras. La eliminación de los factores adversos generaría expectativas favorables para otros competidores.

¹⁰⁴ Además se prohibía a la empresa que adquiriese más bandas en la frecuencia original (800 Mhz) en dicha ciudad.

V. Conclusiones

El presente trabajo intentó realizar una síntesis de los principales problemas que enfrentan en la actualidad las autoridades competitivas en América Latina al momento de analizar conductas y estructuras. Estas páginas complementan un análisis anterior que hicieramos respecto de los planteamientos básicos de esta temática en América Latina (Celani y Stanley, 2003).

Tal como se planteaba en el trabajo anterior al considerar los aspectos generales de la legislación competitiva, el análisis de conductas y estructuras ha mostrado también una evolución importante. Mientras que en un inicio la mayoría de las legislaciones prohibían *per se* una serie de conductas, actualmente el análisis de las mismas se rige por la denominada *regla de la razón*. El mismo criterio es utilizado a la hora de considerar la viabilidad de una operación de concentración. En ambos casos, tanto las transformaciones ocurridas (económicas, tecnológicas, organizacionales, etc.) como así también el avance observado en la teoría económica, permitieron avanzar en una mejor comprensión de los temas analizados. Entre estas últimas, y con un notable predicamento en las decisiones de política actual, se pueden nombrar entre otros aportes: i) la teoría de juegos, y el reconocimiento de agentes estratégicos; ii) los modelos de agente-principal, y el avance en la economía de información; iii) la teoría de la empresa, costos de transacción; iv) avances en la teoría regulatoria, incentivos y problemas de información.

Sin duda el problema central en la aplicación de política de competencia en lo que concierne a conductas es la necesidad de diferenciar entre aquellas acciones que pueden considerarse legítimas de aquellas que tienen como objetivo el desplazamiento de firmas rivales del mercado o dañar el interés económico general.

Por ello, se puede plantear que el tratamiento de conductas y estrategias realizado en la región no dista demasiado de lo observado en los países desarrollados o en otros donde la temática también es emergente. La reciente adopción de leyes de Defensa de la Competencia (o re-adequación de la mismas) hacen que la normativa vigente sea bastante actualizada. Sin embargo, a diferencia de lo observado en los países desarrollados, las falencias regulatorias y los problemas institucionales que enfrentan las autoridades del sector en la región, son importantes. En este marco, la posibilidad de captura se vuelve más factible.

Otro aspecto distintivo de la región se asocia con el proceso de concentración que experimentaron las economías al momento de finalización del modelo sustitutivo. A partir de los noventa, el cambio en el patrón de acumulación iniciado con el proceso de apertura y la desregulación de la economía aceleró el proceso de venta de firmas locales a empresas extranjeras. Aunque este aspecto amerita un análisis más detallado, sería importante comenzar a considerar la necesidad de una mayor coordinación en la materia a escala del Mercosur (ampliado), especialmente para aquellas industrias donde la integración regional es una consecuencia natural.

Aún cuando las autoridades de defensa de la competencia de los países de la región siguen los mismos preceptos que aquellos de los países desarrollados, la capacidad decisoria es más estrecha en los primeros. En este sentido, es posible enumerar una serie de aspectos en los que debería actuarse:

- Dada la debilidad institucional que muestran las agencias *antitrust*, la condena de conductas anticompetitivas resulta más problemática.
- La problemática institucional –en sentido amplio– como asimismo la falta de cumplimiento de las reglas de competencia, puede generar un esquema organizacional no deseado. Esto puede ser así dado que el elemento de reputación es central en la fortaleza de los organismos de competencia en parte porque sus decisiones van sentando jurisprudencia (y suelen ser analizadas como tales) como por la “señalización” que ejercen a aquellos que evalúan sus propias conductas y una posible intervención de los organismos especializados.
- El problema de acceso a la información deviene más agudo cuando existe debilidad institucional de facto. Esto implica que la autoridad de aplicación posee una menor probabilidad de detectar conductas abusivas o evaluar estructuras óptimas.
- Si bien las operaciones de concentración deberían ser escrutadas por la autoridad competitiva antes que las mismas tengan lugar, algunas legislaciones todavía no contemplan esa posibilidad.
- En algunos casos se ha observado la preeminencia de criterios de política ajenos a los estrictamente de competencia aún cuando se actúa en nombre de ella. Por ejemplo, la aparición de objetivos de promoción sectorial o, aún peor, de empresas individuales o un grupo de ellas. Por caso, recientemente en Argentina se dispuso limitaciones en la construcción de nuevos hipermercados sobre la base de un argumento que era defender a los pequeños empresarios. El resultado de las barreras a la entrada tienen el efecto de aumentar las condiciones de dominancia de las empresas ya existentes lo cual, lejos de mejorar la posición relativa de quienes eran objeto de la medida, la empeora.

Nuestro entendimiento nos indica que buena parte del éxito de las reformas de mercado realizadas en el pasado reciente en la región depende de la evolución de la política de competencia por cuanto es ésta la que dispone de los criterios más adecuados para corregir potenciales errores o desviaciones de los objetivos de largo plazo que deberían perseguirse (Singh y Dhumale, 1999). La idea de política de competencia a la que nos referimos es, por supuesto, más amplia que la mera teoría del *antitrust* sino más bien una política económica que actúe a todo nivel aumentando la eficiencia a través del mejoramiento en el funcionamiento de los mercados.

Bibliografía

- Aghion, P. y Bolton, P. (1987), “Contracts as a Barrier to Entry”. *American Economic Review* vol. 77.
- Alchian, A. y H. Demsetz (1972), “Production, Information Costs and Economic Organization”. *American Economic Review*, 62.
- Bakos, Y. y E. Brynjolfsson (1999), *Bundling and Competition on the Internet*. NYU WP.
- Baumol, W., J. Panzar y R. Willig (1982), *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. Harcourt Brace Jovanovich.
- Benoit, J. P. (1984), “Financially constrained entry in a game with incomplete information”. *Rand Journal of Economics*, 15 (4).
- Bogo, J. (2002), “Algunas cuestiones claves en el análisis de las fusiones y adquisiciones de empresas bajo la ley 25156”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Abril.
- _____ (2001), “La fusión Carrefour-Norte: Un análisis crítico del dictamen de la CNDC”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Julio.
- Bonanno, G. y Vickers, J. (1988), “Vertical separation”. *Journal of Industrial Economics*, Vol. 36.
- Carlton, D. y Perloff, J. (1999), *Modern Industrial Organization*. Addison-Wesley (3^{era} edición).
- Celani, M. y Stanley, L. (2003), “Aspectos generales del desarrollo de la política de competencia en América Latina”. CEPAL *Serie Desarrollo Productivo* N° 142. Octubre.
- Church, J. y Ware, (1999), *Industrial organization: a strategic approach* McGraw-Hill International Editions: Management & Organization Series.
- Coase, R. (1937), *La Naturaleza de la Empresa*. En O. Williamson y S. G. Winter (Compiladores) “La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo”. FCE. *Economía Contemporánea*.
- Dobson, P. y Waterson, M. (1996), *Vertical Restraints and Competition Policy*. OFT Economic Research Papers N° 12.

- Gerchunoff, P., Greco, E. y Bondorevsky, D. (2003), "Comienzos diversos, distintas trayectorias y final abierto: una década de privatizaciones en Argentina, 1992-2002". ILPES, CEPAL, *Serie Gestión Pública* 108.
- Grossman, L. y Serebrisky, T. (2003), "El abuso explotativo y la defensa de la competencia en Argentina". *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Octubre.
- Hart, O. Tirole, J (1990), "Vertical Integration and Market Foreclosure", *Brookings Papers on Economic Activity: Microeconomics*.
- Jacquemin, A. y M. Slade (1989), "Cartels, Collusion and Horizontal Merger". En Schmalensee, R. y R. Willig (editores) *Handbook of Industrial Organization*.
- Jensen, M. C. (1988), "Takeovers: Their causes and consequences". *Journal of Economic Perspectives*.
- Joskow, P. (2001), "Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies". *Journal of Law, Economics and Organization*.
- Joskow, P. L. y A. K. Klevorick (1979) "A Framework for Analysing Predatory Pricing Policy" in *Yale Law Journal* 89.
- Jullien, B. y Rey, P. (2000), *Resale Price Maintenance and Collusion*. Working Paper. Disponible en: <http://www.idei.asso.fr/Commun/Articles/Rey/resale.pdf>.
- Klein, B.; R. G. Crawford y A. Alchian (1978), "Vertical Integration, Appropriable Rents and the Competitive Contracting Process". *Journal of Law and Economics*.
- Kosacoff, B. y Ramos, A. (1998), *Consideraciones económicas sobre la política industrial*. En *Estrategias empresariales en tiempos de cambio: El desempeño industrial frente a nuevas incertidumbres* - B. Kosacoff (comp.) CEPAL / Universidad de Quilmes.
- Kreps, D. y R. Wilson (1982), "Reputation and Imperfect Information". *Journal of Economic Theory* 27 .
- Martin, S. (1993), *Advanced Industrial Economics*. Blakwell Editors.
- Martínez, M. y Quintana, E. (1998), "Contratos de exclusividad y ventas atadas: Cuando lo atado es la exclusividad". *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Noviembre.
- Mathewson, G. F. y Winter, R. A. (1984), "An Economic Theory of vertical restraints". *RAND Journal of Economics* vol. 15.
- Milgron, P. y Roberts, J. (1982), "Predation, Reputation and Entry Deterrence". *Journal of Economic Theory* 27.
- Nalebuff, B. (1999) "Bundling". *Yale ICF Working Paper series* N° 99-14.
- Niels, G. (1997), "El consenso internacional sobre el análisis de depredación de precios". *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Septiembre.
- Niels, G. y Spota, G. (1998), "Prácticas verticales en México, Estados Unidos y Canadá: Un análisis comparativo en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte". *Boletín Latinoamericano de Competencia*. Marzo.
- OEA (1999), Informe sobre Desarrollos y Aplicación de las Políticas y Leyes de Competencia en el Hemisferio Occidental. Organización de Estados Americanos Área de libre comercio - Grupo de Negociación sobre Políticas de Competencia.
- OECD (2002), *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers* - Report. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs – Competition Committee. DAFPE / COMP (02) 5.
- _____ (1999), *Oligopoly* - Report. Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, Committee on Competition Law and Policy. DAFPE / CLP (99) 25.
- _____ (1997), *Resale Price Maintenance* - Report. OCDE / GD (97) 229.
- _____ (1996a), *The Essential Facilities Concept* - Report. OCDE / GD (96) 113.
- _____ (1996b), *Abuse of Dominance and Monopolisation* - Report. OCDE / GD (96/131).
- _____ (1996c), *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements* - Report. OCDE / GD (96) 65.
- _____ (1993), *Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements* - Report.
- _____ (1989), *Predatory Pricing*. Report.
- OFT (1999), Quantitative techniques in competition policy. Office of Fair Trading Research Paper N° 266.
- _____ (2002), Innovation and competition policy. Part I - Conceptual issues. Informe preparado para la OFT por Charles River Associates.
- _____ (2001), The role of market definition in monopoly and dominance inquires. Reporte preparado para la OFT por NERA. *OFT Economic Discussion Papers*.
- Ordoover, J. y R. C. Willig (1981) An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation," *Yale Law Journal*, vol. 91.

- Ordover, J. A.; Saloner, G. y Salop, S. C. (1990), Equilibrium Vertical Foreclosure. *American Economic Review*.
- Paredes, R. (2002), “Vertical Control in Newly Regulated Economies: Lessons from the Theory and Practice of RPM”. *Documento de Trabajo* N° 182.
- Paredes, R. y Sánchez, J. (1996), *Organización industrial y grupos económicos: el caso de Chile*. En *Estabilización macroeconómica y reforma estructural*, J. Katz (comp.), Alianza Editorial, Buenos Aires, Argentina.
- Peña, J. (2001), “El control de concentraciones económicas a partir de la reglamentación de la Ley N° 25.156”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*.
- Peres, W. (1998), *Grandes empresas y grupos industriales latinoamericanos*. CEPAL / Siglo XXI Editores. México.
- Philps, L. (1983), *The Economics of Price Discrimination*. Cambridge University Press.
- _____ (1995), *Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective*. Cambridge University Press.
- Pigou, A. (1920), *The Economics of Welfare*. London: McMillan Press.
- Posner, R. A. (1976) *Antitrust Law: An Economic Perspective*. University of Chicago Press: Chicago.
- Quintana, E. y Urbina, C. (1997), “Panorama de la aplicación de la política de la competencia en Perú”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, septiembre N° 2.
- Rey, P. y Stiglitz, J. (1988), “Vertical Restraints and Producers Competition”. *European Economic Review*, Vol. 32.
- Rey, P. y Tirole, J. (1986), “The Logic of Vertical Restraints”. *American Economic Review*, vol. 76.
- Robinson, J. (1933), *The Economics of Imperfect Competition*. London: McMillan Press.
- Salop, S. (1999), *The First Principles Approach to Antitrust, Kodak and Antitrust at the Millenium*. Georgetown University Law Center, Law in Business and Economics - WP 195490. Disponible en: http://papers.ssrn.com/com/paper.taf?abstract_id=195490.
- Salop, S. y Scheffman, D. (1987) “Cost-Raising Strategies”. *Journal of Industrial Economics*.
- Selten, R. (1978) “The Chain Store Paradox”. *Theory and Decision*, 9.
- Shaked, A. y Sutton, J. (1982) “Relaxing price competition through product differentiation” *Review of Economic Studies*, 1982.
- Silva e Rocha, L. (2000), Law and Policy towards vertical restraints of trade: the case of Brazil. *Boletín Latinoamericano de Competencia*.
- Singh, A. y Dhumale, R. (1999), “Competition Policy, development and developing countries”. *TRADE WP 7* Centro Sur, Ginebra.
- Smith, A. (1776), *The Wealth of Nations*. New York: The modern Library.
- Tarziján, J. y Paredes, R. (2001), “Organización Industrial para la estrategia empresarial. Prentice Hall.
- Telser, L. (1960), Why Should Manufacturers Want Fair Trade?” *Journal of Law and Economics*, Vol. 3.
- Tirole, J. (1988), *The Theory of Industrial Organization*. The MIT Press.
- Viscusi, K.; Vernon, J. y Harrington, J. (2000), *Economics of Regulation and Antitrust*. The MIT Press.
- Vives, X. (1999) *Oligopoly Pricing: Old Ideas and New Tools*. The MIT Press.
- Whinston, M. D. (1990), “Tying, Foreclosure, and Exclusion”. *American Economic Review*, Vol 80.
- Williamson, O. (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. Free Press New York.
- _____ (1968), “Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”. *American Economic Review*, 58.
- Wilson, R. (1993), *Nonlinear Pricing*. Oxford University Press.
- World Bank (1999), “A Framework for the Design and Implementation of Competition”, *Law and Policy*. World Bank / OECD.



NACIONES UNIDAS

Serie

OFICINA
DE LA CEPAL
EN

BUENOS AIRES

C E P A L

estudios y perspectivas

Números publicados

1. Política de apoyo a las Pequeñas y Medianas Empresas: análisis del Programa de Reversión Empresarial para las Exportaciones, Juan Pablo Ventura, febrero del 2001. [www](#)
2. El impacto del proceso de fusiones y adquisiciones en la Argentina sobre el mapa de grandes empresas. Factores determinantes y transformaciones en el universo de las grandes empresas de calidad local, Matías Kulfas, (LC/L.1530-P; LC/BUE/L.171), N° de venta: S.01.II.G.76 (US\$ 10.00), abril del 2001. [www](#)
3. Construcción regional y política de desarrollo productivo en el marco de la economía política de la globalidad, Leandro Sepúlveda Ramírez, (LC/L.1595-P; LC/BUE/L.172), N° de venta: S.01.II.G.136 (US\$ 10.00), septiembre del 2001. [www](#)
4. Estrategia económica regional. Los casos de Escocia y la Región de Yorkshire y Humber, Francisco Gatto (comp.), (LC/L.1626-P; LC/BUE/L.173), N° de venta: S.01.II.G.164 (US\$ 10.00), noviembre del 2001. [www](#)
5. Regional Interdependencies and Macroeconomic Crises. Notes on Mercosur, Daniel Heymann (LC/L1627-P; LC/BUE/L.174), Sales No.: E.01.II.G.165 (US\$ 10.00), noviembre del 2001. [www](#)
6. Las relaciones comerciales Argentina-Estados Unidos en el marco de las negociaciones con el ALCA, Roberto Bouzas (Coord.), Paula Gosis, Hernán Soltz y Emiliano Pagnotta, (LC/L.1722-P; LC/BUE/L.175), N° de venta: S.02.II.G.33 (US\$ 10.00), abril del 2002. [www](#)
7. Monetary dilemmas: Argentina in Mercosur, Daniel Heymann, (LC/L.1726-P; LC/BUE/L.176), Sales No.: E.02.II.G.36 (US\$ 10.00), abril del 2002. [www](#)
8. Competitividad territorial e instituciones de apoyo a la producción en Mar del Plata, Carlo Ferraro y Pablo Costamagna, (LC/L.1763-P; LC/BUE/L.177), N° de venta: S.02.II.G.77 (US\$ 10.00), julio del 2002. [www](#)
9. Dinámica del empleo y rotación de empresas: La experiencia en el sector industrial de Argentina desde mediados de los noventa. V. Castillo, V. Cesa, A. Filippo, S. Rojo Brizuela, D. Schleser y G. Yoguel. (LC/L.1765-P, LC/BUE/L.178), N° de venta: S.02.II.G.79 (US\$ 10.00) julio del 2002. [www](#)
10. Inversión extranjera y empresas transnacionales en la economía argentina, Matías Kulfas, Fernando Porta y Adrián Ramos. (LC/L.1776-P, LC/BUE/L.179) N° de venta: S.02.II.G.80 (US\$ 10.00), septiembre del 2002. [www](#)
11. Mar del Plata productiva: diagnóstico y elementos para una propuesta de desarrollo local. Carlo Ferraro y Anna G. de Rearte (comp.) (LC/L.1778-P, LC/BUE/L.180), N° de venta: S.02.II.G.93 (US\$ 10.00), noviembre del 2002. [www](#)
12. Las finanzas públicas provinciales: situación actual y perspectivas. Oscar Cetrángolo, Juan Pablo Jiménez, Florencia Devoto, Daniel Vega (LC/L.1800-P, LC/BUE/L.181), N° de venta: S.02.II.G.110 (US\$ 10.00), diciembre del 2002. [www](#)
13. Small- and medium-sized enterprises' restructuring in a context of transition: a shared process. Inter-player effects on efficient boundary choice in the Argentine manufacturing sector. Michel Hermans (LC/L.1835-P, LC/BUE/L.182), Sales No.: E.02.II.G.138 (US\$ 10.00), febrero del 2003. [www](#)
14. Dinámica productiva provincial a fines de los noventa, Francisco Gatto y Oscar Cetrángolo, (LC/L.1848-P, LC/BUE/L.183), N° de venta: S.03.II.G.19 (US\$ 10.00), enero de 2003. [www](#)
15. Desarrollo turístico en El Calafate, Liliana Artesi, (LC/L.1872-P, LC/BUE/L.184), N° de venta: S.03.III.G.42 (US\$ 10.00), enero del 2003. [www](#)
16. Expectativas frustradas: el ciclo de la convertibilidad, Sebastián Galiani, Daniel Heymann y Mariano Tomassi, (LC/L.1942-P, LC/BUE/L.185), N° de venta: S.03.II.G.101 (US\$ 10.00), agosto del 2003. [www](#)
17. Orientación del financiamiento de organismos internacionales a provincias, Luis Lucioni, (LC/L.1984-P, LC/BUE/L.186), N° de venta: S.03.II.G.144 (US\$ 10.00), enero del 2004. [www](#)

18. Desarrollo turístico en Ushuaia, Liliana Artesi, (LC/L.1985-P, LC/BUE/L.187), N° de venta: S.03.II.G.145 (US\$ 10.00), enero del 2004. [www](#)
19. Perfil y características de la estructura industrial actual de la provincia de Mendoza. Volumen I, varios autores (LC/L.2099-P, LC/BUE/L.188), N° de venta: S.04.II.G.36 (US\$ 10.00), mayo del 2004. [www](#)
Perfil y características de la estructura industrial actual de la provincia de Mendoza. Volumen II. Anexo Estadístico, varios autores (LC/L.2099/Add.1-P, LC/BUE/L.188), N° de venta: S.04.II.G.37 (US\$ 10.00), mayo del 2004. [www](#)
20. La inserción externa de las provincias argentinas. Rasgos centrales y tendencias a comienzos de 200 (LC/L.2100-P, LC/BUE/L.189), N° de venta: S.04.II.G.38 (US\$ 10.00), mayo del 2004. [www](#)
21. Propuestas para la formulación de políticas para el desarrollo de tramas productivas regionales. El caso de la lechería caprina en Argentina, Graciela E. Gutman, María Eugenia Iturregui y Ariel Filadoro (LC/L.2118-P, LC/BUE/L.190), N° de venta: S.04.II.G.46 (US\$ 10.00), mayo del 2004. [www](#)
22. Una mirada a los Sistemas Nacionales de Innovación en el Mercosur: análisis y reflexiones a partir de los casos de Argentina y Uruguay, Guillermo Anlló y Fernando Peirano (LC/L.2231-P, LC/BUE/L.191), N° de venta: S.05.II.G.11 (US\$ 10.00), marzo del 2005. [www](#)
23. Instituciones de apoyo a la tecnología y estrategias regionales basadas en la innovación, varios autores (LC/L.2266-P, LC/BUE/L.192), N° de venta: S.05.II.G.17 (US\$ 10.00), abril del 2005. [www](#)
24. Una introducción a la política de competencia en la nueva economía. (LC/L.2284-P, LC/BUE/L.193), N° de venta: S.05.II.G.36 (US\$ 10.00), abril del 2005. [www](#)
25. La Política de Cohesión Económica y Social de la Unión Europea y la problemática tras su quinta ampliación: el caso español, Isabel Vega Mocoroa (LC/L.2285-P, LC/BUE/L.194), N° de venta: S.05.II.G.37 (US\$ 10.00), abril del 2005. [www](#)
26. Financiamiento para pequeñas y medianas empresas (pyme). El caso de Alemania. Enseñanzas para Argentina, Rubén Ascúa (LC/L.2300-P, LC/BUE/L.195), N° de venta: S.05.II.G.48 (US\$ 10.00), agosto del 2005. [www](#)
27. Competitividad y complejos productivos: teoría y lecciones de política, Gala Gómez Minujín, (LC/L.2301-P, LC/BUE/L.196), N° de venta: S.05.II.G.49 (US\$ 10.00), junio del 2005. [www](#)
28. Defensa de la competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias, Marcelo Celani y Leonardo Stanley (LC/L.2311-P, LC/BUE/L.197), N° de venta: S.05.II.G.65 (US\$ 10.00), junio del 2005. [www](#)

-
- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: publications@eclac.cl.

[www](#) Disponible también en Internet: <http://www.cepal.org/> o <http://www.eclac.org>

Nombre:
Actividad:.....
Dirección:.....
Código postal, ciudad, país:
Tel.:..... Fax:..... E.mail: