



Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas

Departamento de Economía

Fundamentos de la Política de la Competencia

Alvaro Montenegro García

Bogotá, Julio de 2007

FUNDAMENTOS DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

Alvaro Montenegro
Departamento de Economía
Universidad Javeriana
Junio, 2007

El objetivo de la política de la competencia es garantizar la libertad del mercado y asegurar la libre competencia. Es un tema controversial entre los economistas porque implica la intervención del estado en la operación del mercado y porque, en muchas ocasiones, no es claro si dicha intervención es beneficiosa para el consumidor o la economía. En Colombia, al igual que en otros países, la política de la competencia tiene fuerza legal, lo que la convierte en una variable económica importante, especialmente en el campo de la organización industrial. Este documento familiariza al economista con la política de la competencia y su aplicación.

Clasificación JEL: K21, L4

La política de la competencia, también conocida como derecho de la competencia o ley antimonopolio (*antitrust policy*), tiene un doble propósito. Por un lado, trata de evitar que los agentes económicos puedan apropiarse injustificadamente de riqueza e ingreso a través de prácticas no competitivas y, por otro lado, trata de evitar el efecto negativo que sobre el crecimiento económico pueden tener dichas prácticas restrictivas de la competencia.

El objetivo operativo de la política de la competencia es el de garantizar el libre accionar de la iniciativa privada y, a la vez, garantizar la igualdad de oportunidades para los diversos actores en el mercado. Se busca entonces que las firmas ganen su mercado actuando bajo su propia iniciativa y de manera individual, sin hacer acuerdos o aprovechar alguna posición dominante para excluir la competencia. Para cumplir con este objetivo, la política de la competencia establece reglas que protejan a las firmas débiles y a los consumidores, de tales potenciales conductas discriminatorias o hechos de posición dominante.

El concepto de competencia no debe confundirse con el de libertad total en el mercado (*laissez faire*); este último significa que el Estado no debe intervenir en la vida económica y que las empresas deben competir libremente, sin ningún tipo de trabas. El concepto de competencia no implica falta de regulación, donde ésta pudiera ser necesaria, ni falta de atención a los objetivos públicos. Los agentes económicos, por su naturaleza, son proclives a trampear la competencia para beneficio propio, por lo cual el Estado establece normas para velar por los intereses públicos y por el adecuado funcionamiento de la competencia en los mercados. Adam Smith anotaba en su obra, *La Riqueza de las Naciones*, que las reuniones de los hombres de negocios, aun cuando parezcan casuales y desprevenidas, casi siempre terminan en arreglos o conspiraciones dirigidas contra el bolsillo de la gente.

El Tribunal de la Competencia Europeo resume los principios que deben enmarcar la actuación de las autoridades en materia de la política de la competencia: (1) la competencia no implica desregulación y (2) la competencia combate los privilegios injustificados.

Es importante subrayar que existe una diferencia de propósitos entre las leyes de protección de la competencia y las de protección al consumidor. Las primeras buscan proteger o garantizar la existencia de diversas opciones en el mercado para que el consumidor pueda escoger tanto en variedad como en precios. Las segundas buscan proteger o garantizar la existencia de la capacidad del consumidor para escoger entre esas diferentes opciones, evitando la publicidad engañosa o tendenciosa, los fraudes en los empaques o en el pesaje, etc.

El presente documento hace un resumen de la política de la competencia, de sus aspectos legales y económicos, y de su aplicación práctica. Es una revisión de un documento anterior [Montenegro (2000)]. En Colombia, la política de la competencia está principalmente a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuya página web es <http://www.sic.gov.co>. Con respecto al manejo europeo de la política de la competencia, junto con la literatura pertinente, puede consultarse la página de la Comisión Europea http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html; y, de manera similar, para el manejo, la jurisprudencia y la literatura para el caso estadounidense, puede consultarse la página <http://www.usdoj.gov/atr>.

La literatura sobre el tema es vasta, especialmente desde el punto de vista jurídico. Desde el punto de vista económico, los estudios se concentran en el área de Ley y Economía y en el área de Organización Industrial. Para una discusión de cómo los objetivos y las circunstancias originales afectaron la evolución de las dos principales escuelas de política de la competencia, la europea y la estadounidense, ver Martin (2005). Para un recuento y análisis de

las dificultades que enfrenta la implementación de la política de la competencia en los países en desarrollo, ver Owen (2004).

Los fundamentos

¿Qué es exactamente lo que se pretende sancionar o evitar cuando los economistas hablan de la política de la competencia? Lo que se trata de evitar es la injusticia. Específicamente, la injusticia en el campo económico, esto es, en el campo de la producción y la distribución de bienes y servicios. En términos generales, se trata de evitar que un agente, en virtud de, o a través de, su mayor poder económico, abuse de otros agentes con menor poder, con el objeto o efecto de aumentar su propio ingreso y riqueza o de disminuir el de los otros. Se quiere evitar la apropiación de riqueza e ingreso que no hayan sido ganados en franca lid, sino a través de trampas a la competencia.

Con el objeto de poner lo anterior en perspectiva, y como ilustración, supongamos que para aumentar su ingreso o su riqueza, un individuo puede optar por: (1) delinquir, usando la fuerza, el fraude o el engaño, o (2) intentar actividades económicas lícitas, como la innovación, la ampliación de mercados o la reducción de costos. La decisión que adopte el individuo para colocarse entre estos dos extremos dependerá del sistema de incentivos y castigos imperante en cada sociedad.

Uno de los extremos mencionados cae en el dominio de la política criminal, la cual se encarga de desestimular conductas penales como las mencionadas, el uso de la fuerza, el fraude y el engaño. El otro extremo cae en el dominio de la política económica, la cual se encarga de estimular las actividades lícitas, como la innovación, la búsqueda de nuevos mercados y productos, o la reducción de costos.

Sin embargo, hay una serie de conductas y actividades que caen entre lo penal y lo económicamente lícito, y se denominan prácticas comerciales restrictivas de la competencia. De éstas se encarga la política y la legislación de la competencia.

Estas prácticas lesivas de la competencia incluyen la colusión o la coerción, cuyo objeto o efecto sea el de alterar las condiciones de equilibrio de oferta y demanda del mercado (precio y cantidad) en beneficio de quien las practica. Se cuentan, entre otras, los carteles o los acuerdos para fijar precios, repartir mercados o restringir la producción; la imposición de precios de venta al público por parte de un productor o mayorista sobre el expendedor final; la fusión de empresas cuya concentración resultante limite la competencia; y la monopolización del mercado por razones diferentes al mérito del producto o del servicio ofrecido. Es de anotar que, aunque los monopolios no están

prohibidos, son objeto de especial vigilancia por la facilidad con que se prestan para restringir la producción y elevar precios en beneficio del monopolista.

La Figura 1 muestra, sobre el eje horizontal, la diversidad de opciones o conductas, entre lo penal y lo legal, que un agente puede acometer para incrementar su ingreso y su riqueza.

Con excepción de la actividad que se desarrolla en franca lid, donde la participación en el mercado es consecuencia del mérito del producto ofrecido, el comportamiento restrictivo de la competencia y, con mayor razón, el criminal, resultan en la apropiación de ingreso a cambio de nada o poco; esto es, se obtiene ingreso sin ofrecer producción adicional a cambio. Este tipo de comportamientos no contribuyen a aumentar la actividad económica ni el nivel de producción de la sociedad.

Para Baumol (1990), en todas partes hay gente con talento, ingenio y capacidad creativa, pero en unos países la gente se dedica a cosas productivas y en otros no. Esto depende de donde la sociedad ponga los premios y los castigos. Si es rentable en términos de remuneración, estatus o prestigio, dedicar el esfuerzo y el talento a actividades productivas, la gente lo hará; pero si lo que es rentable en una sociedad en términos de remuneración, estatus o prestigio, es dedicarse a la búsqueda de renta, a la usura, a torcer la ley o al usufructo de prebendas políticas, la mejor gente lo hará – y esa sociedad tendrá un pobre desempeño económico.

Para que un agente pueda dañar a otro por medios comerciales no competitivos debe existir previamente, o debe crearse, un poder de mercado. Poder de mercado es aquello que le permite a una firma evitar o excluir la competencia y moverse de manera independiente de sus competidores y consumidores; es, en últimas, poder para influir sobre, o controlar, los precios en el mercado. Es importante recalcar que el poder de mercado es el resultado no sólo de poder económico sino de cualquier otro tipo de poder, político, militar, religioso, etc., que pudiera prestarse para que se consolide una posición de dominio, coerción, colusión, influencia o control, potencialmente utilizable para reemplazar o burlar la competencia. Debe quedar claro, como ya se anotó, que la política de la competencia no ataca el poder de mercado per se, sino el abuso concreto o potencial que se haga de él.

El objetivo de la política de competencia ni siquiera es el de obligar al mercado a actuar como competencia perfecta sino el de velar por la no obstrucción de la competencia. Recordamos que la condición fundamental de la competencia perfecta es que se maneje un producto homogéneo y que las firmas participantes actúen como si no pudieran influir sobre su precio. De manera que, aunque generalmente se presumen muchas firmas, un gran

número de firmas no es condición necesaria para la competencia perfecta – tan sólo es condición que las firmas existentes actúen como tomadoras de precios.

Algunos economistas prefieren ver la política antimonopolio como una herramienta para mejorar la eficiencia más que para promover la competencia. Por ejemplo, el funcionamiento eficiente del mercado es fundamental para las políticas de globalización y de apertura; es igualmente importante para la política de privatización que se acompaña de regulación y de restricciones tendientes a disuadir o moderar la creación y el usufructo de posiciones monopólicas por parte de los nuevos operadores o propietarios privados [sobre este tema ver Montenegro, Vivas y Melo (1993)].

En resumen, la política de la competencia o antimonopolio se encamina a disuadir el abuso (no el uso) de una posición de poder económico, causando la menor distorsión posible en el mercado. Si bien este es el concepto de la política de la competencia desde el punto de vista de la teoría económica, en la práctica dicha política está definida por la legislación particular de cada país y por la interpretación que de ella hagan los jueces y funcionarios de la rama administrativa, por lo cual puede diferir del enfoque económico.

Conductas lesivas de la competencia

Hay conductas llamadas horizontales, que se refieren a imposiciones o acuerdos entre empresas que compiten entre sí, con el fin de repartirse el mercado, fijar precios, o restringir la producción o la entrada de nuevos competidores.

Hay conductas llamadas verticales, que se refieren a imposiciones o acuerdos entre empresas ubicadas en diferentes puntos de la cadena de distribución, por ejemplo, entre productor y mayorista o entre mayorista y minorista.

Hay también fusiones, consolidaciones o integraciones de empresas donde es claro que existe una concentración del control, la cual es objetable si tiende a limitar la competencia. Otro caso son las escisiones donde, a primera vista, parece que hubiera una desconcentración del poder accionario; sin embargo, cuando las partes escindidas terminan reagrupándose o consolidándose en otra razón social, podría conformarse una posición de poder en el mercado, por lo cual suelen ser vigiladas por la autoridad de la competencia.

Existe el llamado abuso de la posición dominante en el mercado cuando, por ejemplo, una empresa utiliza procedimientos o prácticas que resultan en la monopolización del mercado para su provecho. Sin embargo, no siempre es fácil distinguir las supuestas prácticas ilegales de una competencia agresiva en el mercado. En cualquier caso, y valga la pena repetir, lo censurable no es la

tenencia de una posición de dominio sino el abuso que se pueda hacer de esa posición con el fin de sacar del mercado a los competidores o impedir la entrada de nuevos por medios diferentes a la competencia de precios, condiciones y calidad. Las conductas más comunes que pueden constituir abuso de posición de dominio son: fijación de precios predatorios por debajo de los costos, discriminación injustificada con precios y condiciones de comercialización, las ventas atadas, la puesta de barreras a la entrada de nuevos competidores y la negativa injustificada a vender o comprar (por ejemplo, el boicot).

Entre las infracciones consideradas en la legislación como más graves a la libre competencia se cuentan los acuerdos entre empresarios para fijar o controlar precios. Tal conducta es considerada grave porque el precio es el elemento esencial en la operación de cualquier mercado y en la asignación de los recursos. Pueden presentarse acuerdos o imposiciones de fijación de precios horizontales o verticales, como se definieron anteriormente.

Igualmente, la repartición de mercados se considera una infracción mayor, la cual puede tomar varias formas: los empresarios pueden acordar quedarse fuera del territorio que ya es de los demás y prometer no competir allí (este es el principio de "chacun chez soi", cada uno en su casa), o pueden establecer cuotas de venta o prerrogativas en diferentes territorios o pueden repartirse los clientes. Sobre este tema, una importante sentencia de las autoridades europeas dice "la colusión en materia de reparto de mercados y de intercambio de datos al respecto, constituye en sí misma una restricción grave a la competencia".

La política de la competencia debe garantizar que cada nueva empresa tenga la oportunidad de introducirse en un mercado en el que no haya operado anteriormente y competir en igualdad de condiciones con las empresas ya instaladas en él, sin que tal acceso se vea obstaculizado por factores diferentes a las condiciones impuestas por el mismo mercado.

¿Qué está prohibido en Colombia?

El conjunto de reglas que conforma la legislación colombiana de la competencia se encuentra principalmente recogido en el artículo 333 de la Constitución Política, en la Ley 155 de 1959 y su posterior Decreto modificatorio el 3307 de 1963, y en el Decreto 2153 de 1992. Buena parte de estas normas se encuentra recopilada en la publicación "Compendio de Normas", de la Superintendencia de Industria y Comercio (1996).

El Artículo 333 de la Constitución dice, "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su

ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."

Según el Decreto 3307 de 1963, están prohibidos "los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos ..."

La Superintendencia de Industria y Comercio, entidad adscrita al Ministerio de Desarrollo, tiene a su cargo la promoción de la competencia, así como la vigilancia y la sanción de las conductas contrarias a ella.

La política de la competencia cubre varios campos que, en general, versan sobre restricciones a los precios, a cantidades, a condiciones de venta o a los mercados. Estas se detallan en los artículos 45 al 50 del decreto 2153 de 1992.

La legislación colombiana es cuidadosa con el uso de ciertos términos (artículo 45, decreto 2152 de 1992). Por ejemplo, el término "acuerdo" se define como: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos empresas. Igualmente, define "acto" como: Todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica. A su vez, "conducta" es un término que resume los dos anteriores y se define como: Todo acto o acuerdo. "Posición dominante" se define como: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. Finalmente "producto" se define como: Todo bien o servicio. Estas definiciones se utilizan para describir las conductas lesivas de la competencia desde el punto legal.

Según el artículo 4 del decreto 2153 de 1992, la violación de la normas existentes sobre libre competencia podrá acarrear multas a las empresas infractoras hasta por dos mil salarios mínimos mensuales, y hasta por 300 salarios mínimos mensuales a los administradores de las empresas o a quienes autoricen, ejecuten o toleren las conductas violatorias.

Las infracciones a la competencia pueden ser intencionales o no; esto es, con o sin dolo. En ambos casos deben ser evitadas y la situación corregida

pero en el primer caso deben ser sancionadas con mayor severidad. Por lo tanto, se necesita la opción de graduar la sanción o de corregir sin sancionar.

La legislación colombiana permite la terminación anticipada de investigaciones por prácticas comerciales restrictivas con la aceptación de garantías suficientes por parte de la empresa acusada de que suspenderá o modificará la conducta investigada (artículo 52 del decreto 2153 de 1992). Estar en garantía es, en cierta forma, similar a disfrutar de libertad condicional, ya que hay vigilancia particular por parte del Estado, y una nueva infracción conduce con alta probabilidad a la imposición de sanciones mayores.

Una visión comparativa e ilustrativa de los aspectos legales en materia de la promoción de la competencia para Estados Unidos, Canadá, la Unión Europea y Colombia, se encuentra en Orozco (1993).

Herramientas del análisis económico

Es obvio, en general, que el Estado no puede dedicar todos sus recursos a combatir el crimen y las contravenciones, incluidas las de la libre competencia, porque tiene que asignar recursos a otros sectores y a otras necesidades que exige la sociedad, como la educación, la salud, la vivienda, la defensa y otras. En consecuencia, por la limitación de los recursos, se deduce que siempre habrá cierto nivel de crimen. En el lenguaje de los economistas, se dice que la sociedad debe escoger un nivel óptimo de crimen.

Con lo anterior como marco, y dado que las autoridades de la competencia funcionan bajo un presupuesto limitado, se hace necesario seleccionar y actuar sobre ciertas infracciones que se consideren socialmente más rentables de combatir, ya sea por su significancia o impacto en el mercado, por su carácter ejemplarizante, o para sentar un precedente. Las demás contravenciones de poco impacto en el mercado o de escaso precedente, podrán ser, en principio, toleradas o ignoradas, a menos que la evidencia sugiera lo contrario. Sobra decir que este enfoque, típicamente económico, no concita el mismo consenso entre los juristas.

El papel de la investigación económica sobre violación a las normas de la competencia se encamina por lo general a servir de apoyo y complemento para demostrar los hechos imputados más que a servir como prueba directa. El procedimiento es, en síntesis, el de buscar, recopilar y presentar información, conceptos y cifras que permitan mostrar que la conducta restrictiva imputada, y no otra, es la única compatible con los hechos.

En cuanto a las herramientas y métodos de análisis hay que considerar dos aspectos, uno teórico y uno empírico. La Tabla 1 resume esta discusión. La

contribución teórica aporta información y modelos que ayudan en la clasificación y descripción de los mercados en cuestión, ya sean de libre competencia, de oligopolio (Cournot, Bertrand, Stackelberg, Colusión), de competencia monopolística, o de monopolio; también sobre las características específicas del bien, su función de producción, su elasticidad precio, y elasticidades ingreso y cruzada.

Por ejemplo, entre las características de la estructura de un mercado que facilitan la formación de colusión o carteles se han identificado las siguientes: un mismo o similar producto, demanda inelástica, pocas firmas, coexistencia y permanencia de las firmas a lo largo del tiempo en el mercado, suficiente información o facilidad de producirla para que las firmas se puedan monitorear unas a otras (ésta última es una condición necesaria para la existencia de un cartel).

El aspecto empírico se refiere principalmente a la recopilación y análisis de datos relativos al mercado o al producto: datos sobre la participación en el mercado del bien o servicio, sobre cantidades, precios y costos del mismo, y sobre concentración, e igualmente datos sobre otros bienes y servicios relacionados que permitan comparaciones interesantes. Se emplean preferiblemente técnicas gráficas, de fácil comprensión ya que los resultados podrían ser, en últimas, expuestos y defendidos ante la prensa o funcionarios judiciales. Adicionalmente, se usan técnicas econométricas, como la regresión y el análisis de series de tiempo. Cabe tener presente que es más importante la solidez y aporte informativo de los datos, que la complejidad de la técnica utilizada.

No se debe dar la impresión de que el trabajo empírico está desprovisto de teoría; si bien ésta puede no hacerse explícita, el procesamiento y análisis, y la misma selección de los datos, tendrá en el trasfondo algún modelo teórico o supuesto sobre comportamiento de los agentes económicos involucrados. También hay casos donde es mucho más estrecho el vínculo entre la teoría y la práctica; por ejemplo, el modelo teórico de Hall (1988) basado en la hipótesis de que el uso del poder de mercado por parte de una industria afecta el residuo de Solow y que, por lo tanto, es posible detectar este poder empíricamente midiendo la significancia estadística de este efecto.

Otra herramienta útil cuando se trata de evaluar si una decisión, acción o alternativa era o no razonable desde el punto de vista económico, y por ende deducir su probabilidad de haber ocurrido, es el análisis costo - beneficio (regla de la razón o sana crítica para los abogados). Este consiste en estimar y valorar las ventajas de una acción y contrastarlas con las desventajas o costos de tal acción. Si las ventajas a valor presente (en el momento en que se considera o consideraba la decisión) resultan mayores que los costos, la acción

o decisión tiene preferencia sobre otras alternativas. Preguntas típicas a las cuales aplica esta técnica son ¿Pierden o ganan los consumidores con la conducta imputada? La anterior, por ejemplo, sirve para determinar si una conducta debe ser sancionada. Otra pregunta ¿Aun considerando las máximas sanciones posibles, se beneficiaba el investigado de la conducta imputada?

En ocasiones es útil tratar de obtener una cifra aproximada de las ganancias con que hubiera podido beneficiarse la o las empresas investigadas por la conducta contraria a la competencia. Para esto se trabaja con dos escenarios: uno con la conducta imputada y otro sin la conducta imputada. Se hacen los supuestos necesarios sobre el comportamiento de las variables económicas y se estima o mide la utilidad en cada caso. Luego se comparan, o se resta uno del otro para aproximarse al beneficio neto de la conducta.

Preguntas dentro del proceso de investigación

No existe un procedimiento, alrededor del cual haya consenso, que se deba seguir paso a paso para el desarrollo de cada investigación. Los investigadores tienen diferentes enfoques o maneras de aproximarse al problema. Estas diferencias vienen, básicamente, de su entrenamiento o experiencia previa; algunos son más metódicos, otros menos. Sin embargo, es posible que unas pocas pautas generales sean de ayuda. Estas se hacen a continuación como sugerencias y, aunque se presentan como una serie de preguntas consecutivas (ver diagrama de flujo en la figura 2), en la práctica algunas de ellas pueden acometerse de manera simultánea o en diferente orden, o ser complementadas con otras.

La primera pregunta que debe hacerse es ¿cuál es la conducta imputada? Es necesario recordar que las autoridades de la competencia pueden iniciar averiguaciones de oficio o por quejas recibidas. En este segundo caso, es frecuente y natural que quien formula la queja, usualmente un comerciante, distribuidor o consumidor, desconozca los detalles del tema de la protección de la competencia y en especial lo relativo a su normatividad, de manera que las quejas suelen manifestarse o redactarse de manera imprecisa. Es labor del investigador filtrar la información recibida con el objeto de enunciar y precisar la conducta imputada en términos legales. De todas maneras, no siempre es fácil siquiera determinar la conducta a imputar; con frecuencia la situación es confusa, o falta información clave sobre el mercado, sus participantes o sus motivaciones; por ejemplo, en el caso hipotético de un industrial que pone un enorme cartel sobre la puerta de su fábrica que dice "sólo le vendo a distribuidores amigos".

A continuación debe preguntarse si ¿la conducta imputada tiene posibilidad legal de ser anticompetitiva? Esto se refiere a que quepa, al menos de manera general, en alguna de las normas anticompetitivas (por ejemplo, en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, modificado por el D. 3307 de 1963, mencionado antes). Si la respuesta a esta pregunta persiste en ser negativa, entonces deberá archivarse el caso.

Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, entonces deberá preguntarse si ¿la conducta imputada está prohibida per se? Per se quiere decir que la conducta imputada figura o encaja con claridad en alguna de la prohibiciones expresas contenidas en la normatividad legal. Si la respuesta es afirmativa, bastará con demostrar que la conducta ocurrió para sancionar al acusado, sin excusa que valga, sin que importe si hubo o no intención, sin atenuantes, excepto que la conducta haya sido mandada por alguna fuerza superior al acusado como lo sería una norma legal o un acto de Dios.

Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, esto es, la conducta imputada no encaja claramente en alguna de las prohibiciones expresas, entonces será necesario preguntarse si después de todo ¿esta conducta es nociva para la competencia? Esta puede ser una de las preguntas más difíciles de contestar en todo el proceso de investigación. No siempre es clara la forma como se afecta o distorsiona la competencia. De nuevo, el investigador debe ser práctico y perseguir sólo aquellas conductas que afecten sustancialmente el mercado. Por ejemplo, si el inculpado tiene el 1% del mercado no vale la pena perseguir el asunto, a menos que haya otras razones para hacerlo, como sentar un precedente. Si tiene el 5% o el 10% quizás tampoco valga la pena. Las autoridades de la Comunidad Europea actúan por lo general cuando el o los inculpados concentran entre el 10% y el 20% o más del mercado, aunque este límite puede variar según el caso. Ahora bien, si la respuesta a la pregunta es que la conducta no es nociva para la competencia, entonces debe archivarse la investigación.

Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, y dado que la conducta, aunque anticompetitiva, no está tipificada per se en la legislación, será necesario entonces preguntarse si ¿esta conducta puede traer beneficios a los consumidores? En caso de ser la respuesta negativa, se procede a aplicar los correctivos que la ley contemple para que se cese o se castigue la conducta. Pero si la respuesta es afirmativa, debe apelarse a un análisis de costo beneficio, o regla de la razón, con el fin de valorar y sopesar los pro y los contra de la conducta antes de tomar una decisión.

Acuerdos horizontales para el reparto del mercado

El primer aspecto que se debe precisar cuando se investiga un caso de reparto de mercados es la extensión o definición del mercado mismo. Hay que establecer con claridad cuál es el mercado que presuntamente ha sido repartido. La pregunta parece fácil pero en ocasiones puede ser engañosa. Esta incluye, a su vez, dos aspectos: cuál es el producto y cuál es el mercado propiamente dicho.

No siempre hay claridad sobre el producto en cuestión ya que los fabricantes y las empresas suelen ofrecer una gran variedad y alternativas de un mismo producto, inclusive hasta en lo que tiene que ver con el empaque. En este punto cabe recordar que es más importante la diferenciación de los productos que efectivamente hace el mercado, que la que dicte el criterio del investigador. El investigador debe despojarse de todo prejuicio al analizar cada caso. Cuando existen dudas sobre la forma como el mercado percibe algún producto o servicio, o sobre cuáles otros productos son sus competidores, es común apelar a las encuestas o sondeos con el objeto de determinar directamente la opinión de los consumidores. Al investigador le puede parecer que en la práctica tiene el mismo efecto un empaque de 50 kilos que uno de 40 kilos, o un empaque rojo que uno azul, o la variedad A que la B, pero la palabra final la tiene el comportamiento del consumidor en el mercado.

El mercado puede ser geográfico o no; esto es, puede ser delimitado por territorio físico o puede ser independiente de éste, como lo podría ser a través del Internet o por segmentación demográfica (estrato, sexo, edad, etc.). El reparto de un mercado puede ser nacional, regional o local, pero también puede ser entre el mercado nacional y el internacional. Es necesario determinar exactamente de qué mercado estamos hablando; de barrios o zonas de una ciudad, de regiones, etc. El investigador debe tener presente que los mercados no necesariamente obedecen las mismas divisiones políticas del país, en otras palabras, no tiene que coincidir con las fronteras de los departamentos o municipios. Hay ocasiones en que se delimitan más por barreras geográficas naturales que por límites políticos.

¿Cuáles serán los principales indicios económicos de la ocurrencia de un acuerdo sobre repartición de mercados? El investigador debe buscar una prueba que muestre que efectivamente se presentó, en coincidencia con la época en que se imputa la conducta, un cambio notorio en el comportamiento de la participación porcentual en el mercado de las empresas involucradas en el reparto. Para esto es esencial contar con series de tiempo de la participación en el mercado de las diversas marcas. La mejor manera de observar el comportamiento es hacer uso de las gráficas de submercados buscando en ellas pistas sobre cambios en las participaciones porcentuales que indiquen

intercambio de territorios. En estas gráficas usualmente se coloca el tiempo, en meses, semestres, o años, según sea el caso, en el eje horizontal y la participación de cada marca en el eje vertical. Se hace una gráfica para cada submercado. Por ejemplo, si se presume que las zonas repartidas fueron las zonas A, B, C, D y E, y que juntas conforman el mercado total, habrá una gráfica para cada zona en las cuales se muestra contra el tiempo el comportamiento de las participaciones porcentuales (podría ser también en unidades de producto) de cada marca en ese submercado. Se busca entonces un movimiento simultáneo en algunos de los submercados que pueda indicar intercambio de mercado. Es importante recordar también, como se mencionó antes, que en algunos de los submercados la repartición puede consistir en respetar el territorio que ya está en poder de la competencia y en prometer abstenerse de competir allí; esto también puede investigarse como parte de la conducta de reparto siempre y cuando haya intercambio en otros submercados.

En lo posible los datos utilizados deben provenir de una entidad que los recopile y procese de manera independiente de las empresas involucradas. Así los datos serán consistentes y estarán presentados con la misma metodología. Si el investigador intenta, porque no haya otra opción, construir las cifras de participación a partir de información suministrada por las empresas involucradas, tendrá el problema de la consistencia y coherencia de los datos de unas y otras; las definiciones, cobertura y momentos de recolección de cifras entre empresas podrían diferir sustancialmente, lo cual reduce la confiabilidad de los datos y de las conclusiones que de ellos se obtengan. Diversas entidades nacionales como el Dane, Planeación Nacional, Minagricultura, Midesarrollo, Mintransporte, Minminas y otros, incluyendo la Aeronáutica, el Banco de la República, etc. reúnen información independiente que puede ser útil. Adicionalmente, los gremios son, con frecuencia, fuente confiable de datos, en especial cuando su trayectoria así lo indique, por ejemplo, la Andi, Anif, Acopi, Sac, Camacol, Asocaña, Fedegan, y otros.

Deben evaluarse no sólo los datos sino también la confiabilidad de la fuente. Por esta razón, una vez se delimite el mercado y el producto en cuestión será necesario elaborar un inventario de los gremios y fuentes de información pertinentes y de la información disponible en esas entidades. Es importante hacer esto antes de iniciar requerimientos oficiales de información con el objeto de cubrir todas las posibilidades simultáneamente, para hacer un requerimiento lo más completo posible y evitar así poner sobre aviso a fuentes que no son requeridas inicialmente.

La repartición del mercado también puede ser a nivel de intermediarios y no de productores. Por ejemplo, dos proveedores de piezas y partes pueden

repartirse la industria final a la cual surten. Además de la información directa de los intermediarios, sería necesario obtener información de las industrias finales. De nuevo es importante el elemento sorpresa porque aunque podría estar en el interés de las industrias finales cooperar con las autoridades, podrían verse presionadas por los proveedores.

Es usual, aunque no siempre ocurre, que un pacto de reparto de mercados se acompañe de un alza de precios por encima del que hubiera ocurrido sin pacto. Conviene obtener series de tiempo de los precios relevantes, incluyendo los precios de productos sustitutos o de productos complementarios.

Conviene recordar las características de un mercado que facilitan la formación de colusión o carteles: un producto homogéneo, demanda inelástica, pocas firmas que coexistan durante un largo del tiempo en el mercado, y la facilidad de monitoreo entre firmas.

En todo pacto colusorio o cartel es condición necesaria la existencia de algún mecanismo de monitoreo de manera que sus miembros puedan saber si los demás están cumpliendo. La razón es que acatar el cartel beneficia a todos pero traicionarlo beneficia más al que lo traiciona (siempre y cuando los demás se mantengan en el cartel). Será importante, entonces, establecer cuál fue el mecanismo de control, monitoreo o intercambio de información, que pudo ser utilizado para mantener la cohesión del acuerdo. Usualmente, esta tarea de monitoreo es encargada a un tercero, que puede ser contratado expresamente para tal fin o que puede ser una asociación o gremio ya existente, que cuente con la confianza de los miembros del cartel.

Acuerdos horizontales para la fijación de precios

En los acuerdos horizontales para fijación de precios, el investigador debe tener presente que el objetivo de las empresas involucradas en este tipo de conductas es el de no competir en precios, lo cual no necesariamente implica un alza simultánea en precios. Puede suceder que el pacto se realice manteniendo los precios existentes o acordando un leve ajuste en éstos, sin gran variación, siendo lo importante del acuerdo la promesa de no competir. En este caso el investigador no percibirá un movimiento grande en precios. Pero sí se percibirá una reducción en la varianza de las series de tiempo de los precios ya que, antes del acuerdo, la competencia obligaba a las empresas a realizar continuos ajustes. El comportamiento visual de las gráficas de precios contra el tiempo será de ayuda para establecer si, después del momento en que se presume el acuerdo, la varianza o la variabilidad de los precios disminuye significativamente, esto es, si los precios de las marcas involucradas tienden a estabilizarse sin explicación diferente a la existencia de un acuerdo.

Sin embargo, en los países con inflación es común encontrar alzas simultáneas o casi simultáneas y de magnitud similar en los precios. De nuevo, la mejor forma es la observación gráfica del comportamiento de los precios contra el tiempo. El investigador deberá establecer si el comportamiento observado, en su magnitud y simultaneidad, es improbable que ocurra entre empresas independientes y competidoras de no mediar el acuerdo imputado. Las series de tiempo deben ser suficientemente largas para determinar si el alza simultánea se debe al fenómeno de la estacionalidad o al acuerdo imputado. El investigador debe cuidarse de no confundir la estacionalidad (los movimientos de precios que suelen ocurrir siempre en la misma época del año) con los efectos del acuerdo. Pero tampoco el hecho de que se presente la estacionalidad descarta el acuerdo; si el ajuste observado en la época en que se presume el acuerdo es significativamente diferente al que usualmente se atribuye a la estacionalidad, puede sospecharse que este ajuste tiene un origen anticompetitivo. En este caso pueden desestacionalizarse las series para el análisis. Para detalles sobre esta técnica, ver Montenegro (2005).

Por otro lado, hay que advertir que el hecho de que no se evidencie un paralelismo en precios no descarta la posibilidad de un acuerdo, ya que éste precisamente puede haber sido diseñado para que sus miembros eleven precios en momentos arbitrarios, aparentemente de manera independiente, con el objeto de no ser fácilmente detectado. En tal caso, será más difícil probar dicha conducta desde el punto de vista del análisis económico y se tornarán, en consecuencia, determinantes las pruebas de otra índole, como la testimonial o la documental.

De nuevo, es de subrayar que una condición necesaria para la supervivencia de un cartel es el monitoreo o intercambio de información confiable entre sus miembros y, como ya se mencionó, esta tarea usualmente se le encarga a un tercero considerado como imparcial o a un gremio o asociación cuyos miembros en su mayoría coincidan con los involucrados en el acuerdo.

Conductas verticales

Este tema, de las conductas verticales que dañan la competencia, es quizás el tema más difícil de tratar porque concita el menor consenso entre los economistas. Más aún, muchos economistas piensan que hay efectos beneficiosos para la competencia y el consumidor derivados de algunas de estas conductas; por lo tanto, se recomienda un tratamiento caso por caso.

Cuando se debe realizar el análisis caso por caso, los juristas emplean la regla de la razón, la cual equivale en economía al análisis costo beneficio. El

ejercicio de evaluación costo beneficio se realiza comparando los resultados o la situación del mercado incluyendo la conducta imputada (esto es, suponiendo que efectivamente existió tal conducta), contra los resultados o la situación del mercado excluyendo la conducta (esto es, suponiendo que tal conducta nunca existió y que en su lugar el mercado continuó funcionando como venía desde antes). Para esto, el investigador tendrá que elaborar los dos escenarios y trabajar con ellos realizando los supuestos que sean del caso.

Los escenarios deberán construirse de la manera más razonable posible. 'Más razonable' quiere decir que los supuestos contarían con el consenso, o al menos con la no oposición, de la mayoría de los expertos que pudieran consultarse. Este punto es de vital importancia ya que, llegado el caso a los estrados judiciales, la decisión final seguramente requerirá de un peritaje de expertos similares a los que pudieron ser contemplados en la formación de los escenarios. Es posible que el investigador encuentre más apropiado hacer varios escenarios. Por ejemplo, un escenario optimista y uno pesimista alrededor de los dos propuestos, con y sin conducta.

En general, es mejor hablar de conductas verticales y no restringirse al término acuerdos verticales. La razón es que las conductas verticales nocivas para la competencia incluyen, con frecuencia, conductas del tipo unilateral, además del tipo acuerdo que implica alguna forma de consentimiento. En otras palabras, pueden ser conductas como la imposición del precio de reventa o de alguna otra condición impuesta por un agente en la cadena de producción y distribución sobre otro. La conducta puede darse entre productor y mayorista, entre mayorista y minorista o entre productor y minorista.

También es importante recalcar que dicha imposición no necesariamente es hacia abajo en la cadena, como usualmente se supone, sino que puede ser de mayorista hacia productor o de minorista hacia productor o mayorista. Por ejemplo, los llamados *power buyers*, que son los departamentos de compras de los grandes almacenes, pueden imponer toda suerte de condiciones tanto en precios como en términos extracontractuales sobre sus proveedores directos o sobre los productores originales.

Una práctica común que puede atentar contra la competencia en el caso de conductas verticales es la imposición de un precio mínimo de reventa al público; esto es, la fijación de un precio mínimo de venta al público. En la práctica se considera que la fijación de un precio máximo de venta al público es menos grave que la fijación de un precio mínimo ya que el primero tiende a evitar que el precio pudiera bajar por efecto de la competencia, beneficiando así al consumidor.

También existen los precios sugeridos, los cuales, mientras sean genuinamente sugeridos y no vinculantes, pueden ser aceptados. Para una

ampliación de este tema ver Montenegro (1998). En muchos casos un precio sugerido tiene el efecto de precio máximo; esto es, cuando la impresión del precio sugerido en el empaque se presta como argumento para que los compradores se nieguen a pagar un precio superior. Si el precio sugerido es inferior al de equilibrio se puede presentar un déficit en la oferta. En cualquier caso, no sobra subrayar la importancia de que el investigador establezca si la fijación de precios imputada puede estar influida, justificada o, peor, mandada, por alguna disposición de carácter legal, como sucede ocasionalmente, eximiendo a la empresa acusada.

La cantidad y variedad de las posibles conductas verticales es enorme y, en ocasiones, sorprendente. Esta crece a la par con los nuevos desarrollos comerciales y tecnológicos. Aunque parezca elemental, hay casos donde antes de iniciar una investigación formal lo mejor es preguntarle directamente al inculpado por la razón de ser de la conducta en cuestión, conducta ésta que usualmente se refiere a condiciones contractuales o imposiciones, implícitas o explícitas, sobre ventas, distribución, exclusividades, territorios, o pagos. Esto puede ahorrar tiempo y esfuerzo, y rara vez importa que ponga sobre aviso al inculpado ya que la conducta en cuestión, como las cláusulas o arreglos contractuales, suele estar probada o ser fácil de probar.

Un comentario adicional es que el investigador bien puede examinar contratos o arreglos entre productor y distribuidor o entre mayorista y minorista en busca de posibles violaciones a la libre competencia, pero no es de su incumbencia si el contrato es, por ejemplo, leonino, a menos, claro, que ello sea el reflejo de restricciones previas a la competencia.

En general, se piensa que las restricciones verticales son menos lesivas de la competencia cuando en el mercado existe mucha competencia entre marcas y, por el contrario, que son potencialmente más perniciosas cuando la competencia entre marcas es baja o nula. Según un reciente fallo, la Corte Suprema de Estados Unidos considera que la competencia entre marcas (obviamente entre productos sustitutos) es más importante que la competencia intramarca (por ejemplo, entre minoristas de la misma marca). De nuevo, lo mejor es aplicar el análisis caso por caso.

Un tema importante dentro de las conductas verticales, al cual suele dársele un tratamiento especial, es el de la práctica comercial de licencias y franquicias. Este tema surge con frecuencia en la discusión sobre la inclusión de ciertas cláusulas contractuales, aparentemente restrictivas, o sobre la fijación o sugerencia de precios de reventa. Se entiende que la franquicia involucra la transferencia al usufructo de un paquete comercial como un todo, que incluye la marca y logos, productos específicos y predeterminados, la parafernalia pertinente, y cierta uniformidad en la publicidad y las costumbres

empresariales. Así las cosas, podría considerarse que no hay cabida para el concepto de reventa de producto, ya que el producto es todo un paquete, una unidad comercial, y no los bienes o servicios específicos de consumo final. De manera que ciertas cláusulas contractuales comunes en los arreglos de franquicia y licencias, que garantizan la uniformidad en el producto, en su mercadeo, en su contabilidad e imagen, así como la sugerencia de precios, no serían, en principio, objetables. Más aún, desde el punto de vista estrictamente económico, podría ser aceptable en los casos de franquicia la fijación de precios abierta y directa. Obviamente, es necesario advertir que el punto de vista jurídico puede divergir.

Quizás sea más importante dirigir la atención del investigador hacia el análisis del momento y de las circunstancias que rodearon la negociación del contrato de franquicia o licencia. Es allí donde deben evitarse barreras injustificadas a la entrada de potenciales aspirantes a la franquicia y otras condiciones lesivas de la competencia.

Tampoco debe olvidarse que la o las empresas involucradas en franquicias pueden actuar anticompetitivamente como lo haría cualquier otro agente en el mercado, formando acuerdos o abusando de su posición de dominio, en cuyo caso el enfoque investigativo seguiría el curso normal para estas conductas.

Abuso de posición dominante

Antes de determinar si existe abuso de la posición de dominio, es necesario establecer si existe tal posición de dominio. Aunque puede haber ligeras diferencias de interpretación legal, en términos económicos la posición de dominio y el poder de mercado son equivalentes. El vocablo más común entre los economistas es el de poder de mercado, que significa básicamente poder, parcial o total, para fijar el precio. Lo anterior implica algún grado de poder para influir sobre las condiciones de oferta o demanda ya que, en últimas, éstas son las que determinan el precio.

Como se dijo anteriormente, para que un agente económico puede dañar a otro por medios comerciales no competitivos debe existir previamente, o debe crearse, un poder de mercado. Poder de mercado es aquello que le permite a una firma evitar o excluir la competencia y moverse de manera independiente de sus competidores y/o consumidores; es, en últimas, poder para influir sobre o controlar precios en el mercado.

Repetimos que la política de la competencia no ataca el poder de mercado per se, sino el abuso concreto o potencial que se haga de él. El objetivo de la política de la competencia ni siquiera es el de obligar al mercado a actuar como competencia perfecta sino el de velar por la no obstrucción de la

competencia, que son cosas muy distintas. Por otro lado, la condición fundamental de la competencia perfecta es que se trate de un producto homogéneo y que las firmas participantes actúen como si no pudieran influir sobre el precio, más que el hecho de que haya muchas firmas en el mercado.

Para establecer la existencia de poder de mercado, el investigador deberá constatar dos hechos: primero, cierto grado de control sobre las condiciones del mercado y, segundo, cierto grado de dificultad para la entrada de nuevos competidores.

Con respecto al primer factor, recordamos que el poder de mercado no sólo proviene de poder económico como tal sino además de cualquier otra relación de poder de origen cultural, religioso, político, militar, etc., que pudiera prestarse para que se consolide una posición de dominio, coerción, colusión, influencia o control, potencialmente utilizable para reemplazar o burlar la competencia, de manera que el investigador debe considerar todos estos frentes. El campo político es una fuente frecuente de poder de mercado, el cual se encuentra plasmado, entre otros, a través de concesiones, licencias, permisos de explotación y encargos parafiscales, que el estado otorga a particulares.

En el campo económico, una aproximación al poder de mercado se puede hacer por medio de los diversos índices de concentración de participación en el mercado que se han diseñado. Uno de ellos es simplemente medir el grado de concentración (porcentaje del mercado) de la empresa en cuestión. Otro es ver el grado de concentración sumando la participación porcentual de las cuatro empresas (o marcas) más grandes en el mercado. Este último se conoce con el nombre de C4. Se presume que un C4 mayor de 40% es indicativo de posición dominante.

Otra medida muy popular de concentración es el índice Herfindahl, que se calcula como la sumatoria del cuadrado de la participación de cada marca en el mercado.

$$H = \sum_{i=1}^n p_i^2$$

donde n es el número total de marcas en el mercado y p_i la participación porcentual de cada marca. Por ejemplo, si hay tres marcas en el mercado, una con el 20% y las otras dos con el 40% cada una, entonces el H será de $400 + 1600 + 1600 = 3600$. Así definido, el valor mínimo del índice será cero en el límite cuando la participación de cada marca sea muy pequeña, denotando un mercado de competencia perfecta. El valor máximo será de 10 mil, denotando una situación en la cual una sola firma tiene el 100% del mercado. Se

considera que un H mayor de 1800 indica un mercado un grado de concentración que debe ser vigilado ya que evidencia posición de dominio que puede ser abusada [ver, por ejemplo, el archivo en la página web <http://www.usdoj.gov/atr/public/testimony/hhi.htm>]. El índice también puede calcularse de manera que su valor máximo sea 1. Para esto se suman las participaciones al cuadrado pero expresadas en decimales; para el ejemplo anterior sería $.04+.16+.16=.36$. En este caso, un índice superior a .18 indica un grado de concentración a vigilar.

Una ventaja de este índice Herfindahl es su sencillez. Sin embargo, tiene dos problemas que el investigador deberá tener en cuenta. El primero es que no siempre es fácil determinar el mercado relevante, esto es, el mercado donde se puede ver afectada la competencia por la conducta investigada, de manera que puede haber ambigüedad acerca de cuáles firmas o marcas deben incluirse y cuáles no. En esencia, se trata de determinar cuáles son los productos que compiten entre sí, lo que incluye tanto productos iguales como sustitutos. El segundo problema es que la relación entre el Herfindahl y el grado poder de mercado no es clara, pues no parecen ser proporcionales. Hay casos de mercados en extremo concentrados donde las pocas firmas participantes parecen estar embarcadas en una activa competencia, como el caso de la guerra de las colas, entre CocaCola y Pepsi, mercado que tiene un H por encima de 3 mil.

El segundo factor a establecer es la facilidad de entrada de firmas competidoras al mercado; en otras palabras ¿hay barreras a la entrada? Esta pregunta es de suma importancia ya que un abuso de posición de dominio sólo se sostiene si es difícil que entre la competencia. Sin barreras, el primer asomo de beneficios supracompetitivos a favor de la firma que abusa de la posición de dominio invitará la entrada de nuevos competidores diluyendo así los beneficios esperados. Sobre la existencia de barreras a la entrada de la competencia hay dos posibilidades que el investigador debe considerar. Una es que las barreras existan de manera independiente de la firma involucrada y la otra es que hayan sido creadas o coadyuvadas por dicha firma. Lo segundo es per se censurable y además apunta hacia una intencionalidad de levantar barreras que más adelante conducen fácilmente a un abuso del poder de mercado.

Cada caso es diferente y no es posible dar pautas generales; el investigador debe estudiar bien el funcionamiento del mercado en busca de mecanismos que puedan constituir barreras a la libre y fácil entrada de otras firmas. Una pista muy importante se refiere a los costos fijos. Unos costos fijos muy altos para iniciarse en el negocio son, de hecho, una barrera ya que el riesgo de contratar estos costos fijos, bajo la siempre existente probabilidad de pérdida

de la inversión inicial, disuadirá a muchos potenciales entrantes brindando, en efecto, un nivel de protección a la firma que ya está en posición de dominio. Esta inversión inicial, además del costo de la planta y equipo apropiado para el negocio, incluye publicidad, arriendos, seguros, así como los contratos laborales a término fijo en que la firma entrante incurra.

Una vez establecida, por parte del investigador, la existencia de una posición de dominio en el mercado, el siguiente paso es establecer si hubo abuso de la misma, ya sea a través del empleo de precios predatorios, de ventas atadas, de transacciones discriminatorias, de barreras a otros competidores, o del boicot.

Los precios predatorios se refieren a vender por debajo de costos, perdiendo dinero con el objeto de eliminar la competencia y quedarse con el mercado. Sin embargo, es difícil saber cuándo los precios son predatorios porque el investigador no siempre cuenta con las cifras exactas de resultados financieros de la empresa que le permitan establecer el nivel de costos con precisión. Ni siquiera la comparación contra la competencia o contra el precio de mercado dice a ciencia cierta si el precio está por debajo de costos; éstos sólo se determinan contra los estados financieros verdaderos de la misma empresa. Un precio 30% por debajo del precio de mercado, en un país con tasas de rentabilidad cercanas a ese nivel, no necesariamente indica precios predatorios - podría ser una agresiva competencia en precios que, entre otras cosas, es lo que busca la política de competencia. Un precio 50% por debajo de costos, es sospechoso, aunque no contundente. Un precio 70% por debajo del precio de mercado ya es indicativo de conducta predatoria. Precisamente en un mercado poco competido, donde existe concentración y poder de mercado, es donde es dable esperar, por definición, mayores márgenes de ganancias monopólicas, sin que ello necesariamente constituya, valga la redundancia, conducta punible. De todas maneras, el investigador deberá estudiar cada mercado particular, su nivel de competencia e inflación, para determinar si 40%, 60%, 70% etc., por debajo del precio de mercado, será el límite para considerar la existencia de un precio predatorio.

Spulber (1989, cap. 16) sugiere que el estudio de precios predatorios debe buscar una secuencia dinámica. En una primera instancia la firma acusada reduce precios. A continuación se espera que esto causa la salida de algunas firmas competidoras o previene la entrada de otras. Luego la firma acusada eleva precios de nuevo para beneficiarse del poder de mercado recién obtenido; las pérdidas que pudieron causarse por la reducción inicial de precios deben recuperarse en términos de valor esperado en esta etapa.

Las ventas atadas y el boicot son formas comunes de ejercer el abuso de la posición dominante. La primera consiste en que la firma dominante obliga a la

dominada, abierta o tácitamente, a comprar o vender bienes o servicios adicionales al principal, sin que exista justificación económica para tal combinación en la transacción. El segundo se refiere a que la firma dominante se niega a venderle, o comprarle, a otra firma con el objeto de debilitarla o lograr su total desaparición.

El investigador deberá tener presente que la mayoría de las conductas de abuso de posición de dominio genera pérdidas o menores utilidades, así sean temporales, para la firma involucrada. Esto implica que posiblemente las conductas de abuso de posición dominante sean menos frecuentes de lo que se supone; quizás con una excepción: aquella donde los costos fijos son altos ya que brindan una protección natural contra la re-entrada de firmas eliminadas del mercado. Mantener un precio predatorio (por debajo de costos) obviamente trae pérdidas. El boicot es ineficiente ya que las transacciones que se dejaron de hacer seguramente eran menos costosas que las que hubo que hacer para mantener el boicot. Es importante aquí que el investigador intente un análisis costo beneficio simulando la situación de la firma involucrada con el objeto de establecer si había o no incentivos para que se acometiera la conducta imputada o si, por el contrario, las pérdidas esperadas (costos) no justificaban los beneficios esperados considerando un horizonte de tiempo al futuro.

La libertad y facilidad de entrar y salir de un mercado que debería tener cualquier firma es la característica fundamental a proteger. Esto evita la creación injustificada de posiciones de dominio y por ende disuade su abuso.

En los casos en que se presente trato diferencial, por ejemplo venta o compra en condiciones o precios diferentes, y que tal conducta parezca encaminada a eliminar algún competidor, el investigador debe estudiar cuidadosamente si las diferentes circunstancias del mercado justifican tal trato diferente. Es claro que podría no justificarse dar trato diferencial a clientes o proveedores que se encuentren u operen bajo condiciones similares, por ejemplo, en la misma zona geográfica, que transen volúmenes similares, calidades similares, etc. El trato aparentemente discriminatorio podría ser justificado si el investigador encuentra, por ejemplo, que los costos del transporte son significativamente diferentes; que los costos atribuibles a la seguridad, el papeleo, el riesgo o la corrupción son más altos para un agente que para el otro; que las calidades son suficientemente diferentes, etc. Cada caso debe ser estudiado de manera individual.

Fusiones y consolidaciones

La autoridad de la competencia tiene el encargo de vigilar que el mercado de un mismo producto o servicio no se concentre innecesariamente. Si bien se acepta que una firma adquiera posición de dominio en franca lid a través del mérito de su producto, la política de la competencia vigila y desestimula que tal posición de dominio o poder de mercado se obtenga a través de la compra de empresas, de la fusión o de algún otro tipo de reorganización puramente accionaria.

Desde el punto de vista económico, lo primero que se debe establecer cuando se trata de la posible fusión o consolidación de empresas es si realmente son competidoras, o si las marcas en cuestión son competidoras. Esto se puede hacer estudiando las características de los productos para dictaminar si pueden competir; o apelando al uso de encuestas para conocer directamente la percepción del consumidor acerca de la sustituibilidad o complementariedad de los productos involucrados; o analizando datos de transacciones en mercados donde se encuentren todas las marcas bajo estudio comparando con mercados donde falten algunas para establecer si la presencia de las marcas afecta los precios de las otras, y en qué dirección.

Este último enfoque enfatiza menos el mercado relevante (¿de qué producto o servicio estamos hablando?), concepto que hasta ahora ha sido central en las discusiones sobre infracciones a la competencia, y en su lugar enfatiza la investigación empírica. Se busca medir directamente si, por ejemplo, una fusión podría elevar precios en razón de la fusión misma. La rapidez, capacidad y ubicuidad de los computadores actuales, junto con la abundante información de precios que sale de las cajas registradoras de los almacenes basadas en el conocido código de barras, a veces permiten estudiar los precios de productos competidores a nivel de ciudades o, aun, dentro de ciudades. Por ejemplo, en un caso sucedido en Estados Unidos en 1997, dos conocidas cadenas de tiendas proveedoras de equipo de oficina, Office Depot y Staples, pretendían fusionarse. Se encontró, después de examinar el torrente de información disponible, que en las ciudades donde ambas firmas tenían tiendas, los precios eran más bajos que en las ciudades donde sólo había una de las dos firmas, aunque en todas las ciudades había cientos de otros vendedores de equipos de oficina. La corte donde se ventiló el caso concluyó que probablemente la fusión subiría precios, y negó la fusión.

Los índices de concentración mencionados antes, como el C4, el Herfindahl, e inclusive la participación individual en el mercado de las empresas a fusionar, serán de gran ayuda para formar un concepto sobre la conveniencia de la fusión propuesta. Pero en ningún caso debe tomarse una decisión basada exclusivamente en estos índices o medidas cuantitativas sin antes examinar la posibilidad de que la fusión o consolidación propuesta

podiera traer beneficios para el consumidor. Si la negativa a autorizar la fusión pudiera reflejarse en la desaparición total del producto del mercado o en su permanencia en el mismo pero a mayor costo o menor calidad, podría ser mejor autorizarla y someter la nueva razón social a vigilancia posterior. La pregunta ¿es posible que la fusión o consolidación propuesta tenga algún beneficio para el consumidor? debe hacerse siempre, especialmente cuando a primera vista parezca que el caso de fusión bajo consideración debe ser negado; el investigador nunca debe casarse con la primera impresión.

Discusión

El objetivo de la política de la competencia es garantizar la libertad del mercado, de manera que las utilidades de las firmas sean causadas por la competencia entre ellas, en calidad y precio, y no por acciones anticompetitivas como la colusión, la formación de carteles, el abuso de una posición dominante, o cualquier otra trampa posible a la libre competencia. La aplicación práctica de la política de la competencia implica que el Estado tiene que intervenir en el mercado para evitar o corregir las conductas anticompetitivas de los agentes. Esta es una razón por la cual este tema genera cierta apatía entre muchos economistas quienes, por su formación, tienden a rechazar la intervención estatal en el mercado, especialmente cuando no es evidente que la política de la competencia sea efectiva o rinda los beneficios que anuncia. También le preocupa a los economistas que un agente poderoso y proclive a la búsqueda de rentas pueda apropiarse de la política de la competencia para distorsionar el mercado en su propio beneficio; esto es, que la política de la competencia, con todo su andamiaje legal y coercitivo, pueda terminar siendo utilizada para aquello que precisamente quiere evitar: el abuso del poder por parte de un individuo, firma o grupo empresarial. Por otro lado, los economistas encuentran que su rol en la política de la competencia es limitado ya que, en su aplicación práctica, los procesos y castigos son un tema más jurídico que económico. Finalmente, observan con frecuencia un divorcio entre las posiciones económicas y las legales, específicamente, desacuerdos entre las exigencias de la ley y los principios económicos; por ejemplo, en cuanto a la actitud costo-beneficio del economista que lo lleva a investigar solo las violaciones a la ley que valgan la pena, y no todas las violaciones; o en cuanto a las alianzas estratégicas, tan prominentes en los libros de texto de economía y negocios, pero que en el derecho de la competencia son motivo de alarma. Para muchos economistas (e inclusive para algunos abogados) no es claro qué es lo que el derecho de la competencia prohíbe; al menos no tan claro como puede serlo comparado con otras conductas, como el homicidio, el

robo, o la falsedad en documento público. La política de la competencia tiene una larga historia y existe en la mayor parte de los países desarrollados, y cada vez más en los países en vías de desarrollo, de manera que los economistas, particularmente aquellos que trabajan en los campos de ley y economía y organización industrial, deben considerar la política de la competencia como una variable importante porque condiciona las decisiones de los agentes económicos.

Figura 1

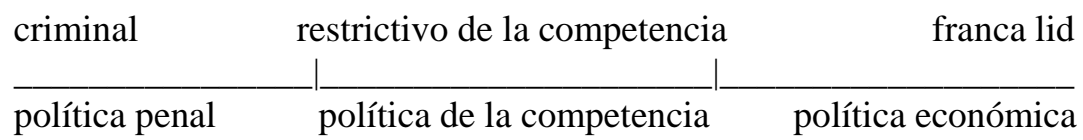
EJE DE COMPORTAMIENTO ECONOMICO

Tabla 1

HERRAMIENTAS DE ANÁLISIS ECONÓMICO

Teóricas:

Estructura de mercados
Competencia perfecta
Oligopolio
Competencia monopolística
Monopolio

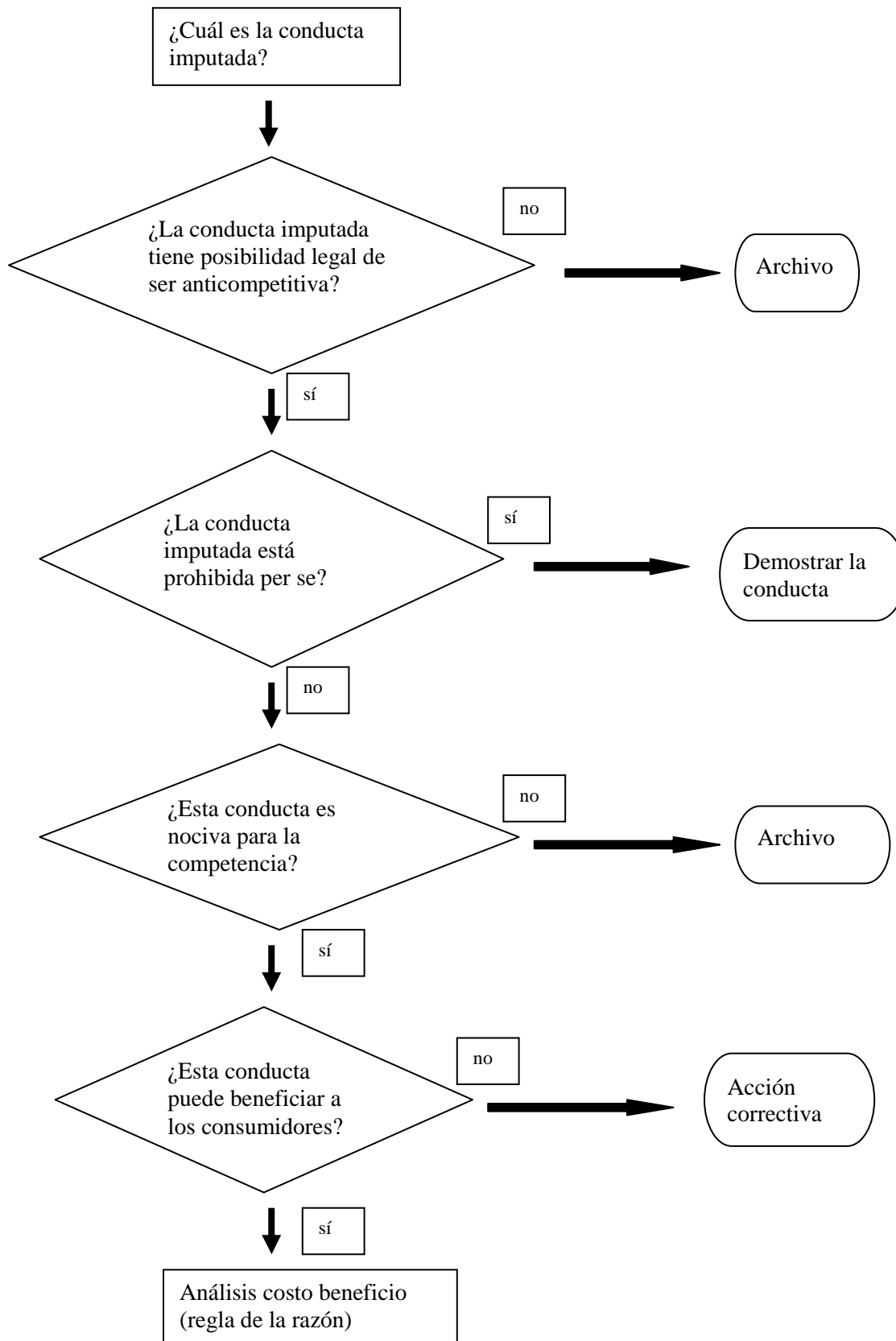
Modelos y simulaciones

Empíricas:

Datos
Participación en el mercado
Concentración del mercado
Precios
Costos
Cantidades
Elasticidades

Técnicas
Análisis costo beneficio
Gráficas
Análisis de series de tiempo
Estimaciones econométricas
Encuestas

Figura 2

PREGUNTAS DENTRO DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN

REFERENCIAS

- Baumol, William (1990) "Entrepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive", Journal of Political Economy, 98, 5, 893-921.
- Hall, Robert (1988) "The Relation Between Price and Marginal Cost in the U.S. Industry", Journal of Political Economy, 96, 921-947.
- Martin, Stephen (2005) "US Antitrust and EU Competition Policy: Where has the Former Been, Where is the Latter Going", mimeo, Department of Economics, Purdue University.
- Montenegro, Alvaro (1998) "Precios Sugeridos", en Aplicación de la Política de Competencia, memorias, Seminario Internacional, Superintendencia de Industria y Comercio, 349-355.
- Montenegro Alvaro, Vivas Alejandro y Melo David (1993) "La Privatización y su Enfoque Económico", Documento CEDE #094.
- Montenegro, Alvaro (2000) "Notas sobre la Política de Competencia", Borradores de Investigación 2006-06, Departamento de Economía, Universidad Javeriana.
- Montenegro, Alvaro (2005) Series de Tiempo, Editorial Javegraf, Universidad Javeriana.
- Orozco, Claudia (1993) "La Competencia en Derecho Comparado", Planeación y Desarrollo, DNP, 24, 2, mayo - agosto.
- Owen, Bruce (2004) "Competition Policy in Emerging Economies", Stanford Institute for Economic Policy Research, Discussion Paper #04-10, Stanford University.
- Spulber, Daniel (1989) Regulation and Markets, MIT Press.
- Superintendencia de Industria y Comercio (1996) Promoción de la Competencia: Compendio de Normas, Canal Ramírez Antares, Bogotá.