

ACERCA DE LAS NORMAS EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA

por

Román Stebrich Chagas

“En la competencia,
la ambición individual sirve al bienestar común”

1. INTRODUCCIÓN

La falta de una legislación que uniera en forma homogénea normas referentes a la DEFENSA DE LA COMPETENCIA llevó a que el Parlamento se pronunciara sobre el asunto.

Actualmente la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes tiene en estudio el proyecto de ley denominado “LIBERTAD DE COMERCIO Y PRESERVACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA”.

El mismo se encuentra en estudio desde el 12 de abril del corriente año.

De ser sancionado dicho proyecto derogaría los artículos 13 a 15 de la ley 17243 (1), los artículos 157 y 158 de la ley 17296 (2) y el decreto del Poder Ejecutivo 86/001. (3)

Por tanto si bien realizaremos una breve exposición de las mismas desarrollaremos conceptos que pretendan contribuir a entender el proyecto de ley ya que sería próxima su sanción, a la vez trataremos sobre los principales aportes de las legislaciones extranjeras en nuestro derecho patrio.

2. CONCEPTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El autor argentino Germán Coloma en su libro (4) la define... “*como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí*”.

(1) Publicada Diario Oficial el día 6 de julio de 2000.

(2) Publicada Diario Oficial el día 23 de febrero de 2001.

(3) Publicada Diario Oficial el día 16 de marzo de 2001.

(4) Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 13.

Debemos destacar que en esta breve pero concisa definición resalta términos tales como “regulación indirecta” en contraposición a la “regulación directa” que se da en aquellas situaciones donde el Estado interviene en determinadas variables económicas (precio, cantidad, calidad, etc.) como lo expresa el propio Coloma, y el término “poder de mercado” que refiere a la situación en donde una empresa o varias poseen el poder de incidir en el precio y en la producción de una industria.

3. RAZONES DE LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL URUGUAY.

El siglo XX significó para el Estado uruguayo el dejar de ser tan solo juez y gendarme para introducirse en diferentes actividades, entre ellas podemos citar las industriales y lo mismo sucedía con varios servicios públicos explotándolos en forma de monopolio.

Esto sumado a que nuestro mercado interno es muy reducido, no se vio la necesidad de dictar una legislación que regulara la competencia.

Si bien el Uruguay se mantenía al margen de lo que sucedía en el resto del mundo no fueron sino los compromisos asumidos con organismos internacionales a la vez que con el Mercosur los que incidieron en la formulación de normativas sobre defensa de la competencia, tal es el caso de la decisión 18/96 “Protocolo de Fortaleza”.

No es de menor importancia el cambio sustancial en las maneras de distribuir los productos de consumo que realizan los empresarios a través de los grandes centros comerciales (Ley 17188 Establecimientos Comerciales de Grandes Superficies).(5)

Es precisamente para asegurar que no sólo el sistema funcione en forma correcta existen normas de defensa de la competencia, sino para prohibir que una sola empresa acapare todo el mercado fijando precios, eliminando la competencia, restringiendo la producción para subir los precios (monopolio), o que un grupo de empresas no permitan el ingreso de otras (colusión).

El Estado garantiza el funcionamiento del mercado pero no lo suplanta. El mismo debe velar por el respeto a la ley, el cumplimiento de los contratos, las normas que elabore que refieran a cuestiones económicas deben ser pensadas en la competencia, y a través de ellas corregir las fallas del mercado.

Tiene un papel muy importante en la inversión a través de la educación, sanidad, transporte.

(5) Publicada Diario Oficial el día 30 de septiembre de 1999.

4. DEFINICIÓN DE COMPETENCIA

Como el sentido común lo indica cada vez que queremos saber el significado de una palabra recurrimos al diccionario, así el Breve Diccionario de Economía (6) dice que es la “ *situación en la que existe un indeterminado número de compradores y vendedores, que intentan maximizar su beneficio o satisfacción, y en la que los precios están determinados únicamente por las fuerzas de la oferta y demanda*”.

De este concepto podemos extraer que la competencia se caracteriza por la pluralidad de agentes económicos que para lograr ventaja deben presentar un producto superior en calidad e innovador, lo que desea todo empresario es acaparar todo el mercado cubriendo el 100% de la demanda, de esta manera aumentar su ganancia, y esto sólo es posible en una economía de libre mercado.

La Oficina de Libre Comercio del Reino Unido (7) la define como... “ *el proceso por el cual las empresas intentan constantemente obtener una ventaja sobre sus rivales y ganar oportunidades de negocio, a través de ofrecer términos más atractivos a sus clientes o desarrollar mejores productos o formas más efectivas de satisfacer los requerimientos de dichos clientes*”.

También cita a Cabanellas (8) (1983) quién la define como... “ *el esfuerzo de una empresa para lograr, mediante sus propios actos, una ventaja respecto de la concurrencia principalmente mediante la ampliación del círculo de sus abastecedores o clientes*”.

Uno de los puntos en común que encontramos en ambos conceptos vertidos sería la ventaja que una empresa desea tener sobre sus adversarios y como lo realiza tanto... “ *a través de determinismos más atractivos a sus clientes...*” (Oficina de Libre Comercio de Inglaterra) o sea presentando un producto nuevo, efectivo e innovador... “ *mediante la ampliación del círculo de sus abastecedores o clientes* ”. (Cabanellas).

Resumiendo podemos decir que la competencia consiste en la acción que toma una empresa en un mercado para lograr una ventaja respecto a las demás a través de la puesta en “escena ” de un producto que presente los caracteres de calidad, eficiencia, innovación.

(6) José María Lozano Iruete. Ediciones Pirámide S.A., 1994 Madrid. Página 61.

(7) Defensa de la Competencia. Germán Coloma. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 57.

(8) Defensa de la Competencia. Germán Coloma. . Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 57.

4.1 Competencia perfecta o imperfecta

La primera existe cuando las empresas son tantas que no influyen en el precio en el cual venden sus productos.

El autor argentino Germán Coloma afirma en su obra (9) que... “ *un mercado es perfectamente competitivo si todos los agentes económicos que en él participan se comportan como tomadores de precios*”. A continuación dice que un mercado perfectamente competitivo está en equilibrio... “ cuando todas las empresas están ofreciendo la cantidad que maximiza sus beneficios al precio vigente, y la cantidad total ofrecida se iguala con la cantidad total demandada”.

Las características de todo mercado en competencia son: (a) gran número de empresas que produce un artículo idéntico; (b) el precio al que venden el producto no incide en el mercado; (c) no existen barreras a la entrada de otros competidores; (d) los compradores poseen información completa.

Existe competencia imperfecta cuando las empresas pueden influir tanto en el precio al que venden sus productos como en el nivel de producción. Para saber en qué medida han incidido en ello se debe analizar el poder de mercado que es el grado en que única empresa o pequeño número de ellas controla las decisiones de precios y producción en una industria.

Dentro de este tipo de competencia encontramos el oligopolio y el monopolio. El primero es un tipo intermedio de competencia imperfecta en el que varias empresas dominan a una industria. Si las empresas que conforman un oligopolio se ponen de acuerdo para evitar guerra de precios, repartirse el mercado, fijar precios y niveles de producción estamos ante una colusión.

El monopolio se da cuando existe un único productor de un bien o servicio y el mismo no tiene sustituto. Sus características son. (A) existe en el mercado un único oferente y demandante; (B) el empresario vende al precio que quiere; (C) restringe la producción para subir el precio; (D) el empresario al no tener competencia no se preocupa por presentar un producto innovador, (E) el consumidor paga un precio más alto que en lo que en realidad vale el producto.

5. DERECHO POSITIVO VIGENTE

Sobre la competencia antes que fueran sancionados los artículos 13 a 15 de ley 17243, los artículos 157 y 158 de la ley 17296 y el decreto 86/2001, a excepción de las normas que refieren a la competencia desleal el tema estaba regulado en la Constitución de la República.

El artículo 36 dice “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”.

(9) Defensa de la competencia. Editorial Ciudad Argentina Mayo 2003. Páginas 37 y 38.

A su vez el artículo 50 “ El Estado orientará el comercio exterior de la República protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación. La ley promoverá las inversiones destinadas a este fin, y encauzará preferentemente con este destino el ahorro público. Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado. Asimismo el Estado impulsará políticas de descentralización de modo de promover el desarrollo regional y el bienestar general”.

Por último el artículo 85 numeral 17 “ Conceder monopolios, requiriéndose para ello dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara. Para instituirlos en favor del Estado o de los gobiernos Departamentales, se requerirá la mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara ”

Estas disposiciones se referían al tema en forma programática y sin ningún contenido legislativo. Debemos precisar que nos limitaremos a señalar las normas en defensa de la competencia existente, pero no nos expenderemos sobre el tema ya que no es nuestro objetivo.

5.1 Ley 17.243

Artículo 13 “ Las empresas que desarrollen actividades económicas, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que se establecieron por ley y por razones de interés general (artículos 7° y 36° de la Constitución de la República) o que resulten del carácter de servicio público de la actividad de que se trate”.

El artículo comienza diciendo “ Las empresas que desarrollen actividades económicas...”

En primer lugar debemos destacar que significa el término empresa, desde el punto de vista económico y legal. En el primer caso, el Breve Diccionario Económico (10) la define como: “ *Unidad económica autónoma organizada para combinar un conjunto de factores de producción con vistas a la producción de bienes o servicios para el mercado*”.

Desde el punto de vista legal deben recurrir al artículo 2 del Título IV del Texto Ordenado Tributario quién la define como “ *Toda unidad productiva que combina capital y trabajo para producir un resultado económico, intermediando para ello en la circulación de bienes o en el trabajo ajeno*”.

... “cualquiera fuere su naturaleza jurídica...” no especifica quienes por lo tanto se deducen que son todos (alcance general de la ley) que realicen una actividad empresarial , estarán alcanzados por reglas de la competencia salvo las limitaciones que surjan de la ley y de los artículos 7° y 36° de la Constitución de la República .

Artículo 14 “ Prohíbense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los diferentes agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.

En este artículo el legislador enumera tres clases de conductas prohibidas (a) acuerdos y prácticas concertadas entre los agentes económicos, (b) decisiones de asociaciones de empresas, (c) abuso de posición dominante de uno o más agentes económicos.

(a) Acuerdos y prácticas concertadas entre los agentes económicos.

Son más conocidos con el nombre de cárteles o acuerdos colusorios, estos términos fueron tratados cuando hablamos de competencia imperfecta.

(b) Decisiones de asociaciones de empresas.

Siguiendo el artículo 13 de la ley en cuestión, las asociaciones de empresas están sujetas a las reglas de la competencia, sin perjuicio de las limitaciones que provengan de la ley y de la Constitución.

(c) El abuso de posición dominante.

Nuestra legislación no se expresa sobre el abuso de posición dominante, pero al basarse en la legislación comunitaria del Mercosur saca de ella una serie de ejemplos. Así el Doctor Daniel Hargain en su publicación (11) cita los ejemplos: -“ imposición de precios de compra o venta, u otras condiciones de transacción; - discriminación de los terceros contratantes aplicándoles precios o condiciones desiguales respecto de prestaciones equivalentes; - venta sistemática a precios precautorios (que no cubren siquiera los costos); -imposición de contratos “casados” (se condiciona la venta de un producto o la prestación de un servicio, a la adquisición de otros bienes o servicios que no tienen relación directa con el que se quiere adquirir); - restringir la producción, la distribución o el desarrollo tecnológico”.

Luego de enumerar las conductas prohibidas señala que las mismas lo estarán cuando...” tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios”.

Posteriormente enumera las conductas por medio de las cuales se podría violar estas normas. El legislador tomó íntegramente esta enumeración al igual que las conductas prohibidas del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, suscrito en Roma el 25 de marzo del año de 1957.

Por último dice que la aplicación de estas normas procede cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general”. Con esto el legislador

(11) La Justicia Uruguayo (tomo 124). Daniel Hargain. Análisis de la Legislación defensa de la Competencia.

agrega una razón más para demostrar cuando tiene lugar la aplicación de estas normas.

5.2 Ley 17296

Enumera en sus artículos 157 y 158 todo lo relativo a los órganos de aplicación y a las sanciones que los mismos imparten.

5.3 Decreto 86/2001

En el capítulo –artículo 1- establece que la Dirección General de Comercio será la autoridad encargada de aplicar las leyes 17243(artículos 13,14,15) y 17296 (157 y 158) que tendrá competencia en el control de los actos y conductas prohibidas por dichas leyes.

En el Capítulo II –artículos 2 a 9- establecen el sistema para investigación de presuntas conductas anticompetitivas. Puede ser denunciado de oficio por la D.G.C o por denuncia.

En el Capítulo III -artículos 10 a 13- establece los Centros Especializados de Arbitraje para someter a decisión de las controversias que susciten los actos prohibidos por la ley.

6. CONTROL PREVIO DE FUSIONES Y ADQUISICIONES

Una de las innovaciones que introduce el proyecto de ley titulado “ LIBERTAD DE COMERCIO Y PRESERVACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA” es el control previo de fusiones y adquisiciones, por lo que de ser sancionado eliminaría el control de las prácticas anticompetitivas una vez realizadas y las suplantaría por aquel.

Siguiendo a Germán Coloma en su libro (12)... “ dos modos de llevar adelante la defensa de la competencia, que se conocen bajo los nombres de “política de comportamiento” y “política estructural”. La política de comportamiento es la forma más tradicional, y consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas. Dichas sanciones pueden consistir en órdenes de cese de determinadas conductas, multas o –en algunos países y para algunas situaciones –inmendizaciones o penas de prisión. La política estructural en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y esencialmente en el uso de medidas que influyen sobre el número y el tipo de empresas que operan en los mercados”.

(12) Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 14.

De ser sancionado dicho proyecto se atañería a la política estructural, en lo que respecta a fusiones y adquisiciones. Señala Coloma (13) las diferentes clasificaciones existentes de fusiones y adquisiciones. “ Se distinguen así concentraciones horizontales (horizontal mergers), y concentraciones verticales (vertical mergers), y concentraciones de conglomerado (conglomerate mergers). Las concentraciones horizontales son aquellas en las cuales las empresas que participan en la operación de fusión o adquisición son competidoras en el mercado del mismo producto. Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones o adquisiciones entre empresas cuya relación en el mercado es de proveedor –cliente. Las concentraciones de conglomerado, finalmente involucran casos en los cuales la relación entre las empresas fusionadas no es horizontal ni vertical”.

6.1 Motivos que llevan a las fusiones y adquisiciones

Según Coloma en su libro (14) existen dos motivos que llevan a un proceso de concentración.

“Tales son la obtención de un mayor poder de mercado conjunto (posibilidad de aumentar los precios) y el mejoramiento del nivel de eficiencia productiva del grupo (posibilidad de disminuir costos). El primero de tales motivos es el que genera el grueso de los efectos negativos que surgen de la operación ya que, además, de la redistribución de ingresos que produce desde los consumidores y empresas que quedan fuera del grupo que se fusiona hasta las empresas que pertenecen a dicho grupo, suele traer aparejado un incremento en el nivel de ineficiencia asignativa del mercado donde acontece”. ... “ si el objetivo de la fusión o adquisición, en cambio, es el mejoramiento en el nivel de eficiencia productiva, dicho fenómeno puede provenir de diversas fuentes. En primer lugar, el nuevo grupo económico puede utilizar más eficientemente sus recursos evitando duplicaciones en las tareas realizadas incorporar tecnologías más económicas que sólo se justifican cuando el nivel de producción es más alto, aumentar la especialización de su personal y de sus equipos, o aprovechar cierta sinergia originadas en la producción y comercialización de varios bienes del abastecimiento de distintos mercados”. Con respecto a la otra fuente dice... “ el incremento de eficiencia puede provenir del reemplazo de una administración peor por otra mejor en alguna de las empresas del grupo, o por la propia competencia entre los gerentes de dichas empresas por convencer a lo dueños del nuevo holding acerca de su mayor capacidad de gestión.”

(13) Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 294.

(14) Defensa de la Competencia. Editorial Ciudad Argentina. Mayo 2003. Página 294ª 296.

6.2 Legislación internacional sobre el tema

A nivel de derecho comparado existen dos posturas sobre el control de fusiones y adquisiciones, la norteamericana y la europea.

La primera refiere a que el control no limite la competencia, evitando que el mercado pase a funcionar de manera menos competitiva. Con respecto a la tradición europea le interesa lograr que las concentraciones económicas no formen una posición dominante.

Según Coloma en su libro ya reseñado (15) el único país que aplicaba hasta 1976 de manera habitual el control posterior de concentraciones económicas era E.E.U.U. de N.A. (artículo 7º ley Clayton modificado en 1950 por la ley Celler-Kefauver). La manera de sancionar fusiones y adquisiciones anticompetitivas era el desmembramiento de la empresa o grupo económico, el cual debía volver a partirse y funcionar como lo hacía antes de la fusión o adquisición.

Siguiendo Coloma Estados Unidos de Norteamérica introdujo en 1976 el control previo de fusiones o adquisiciones mediante la ley Hart- Scott- Rodino que lo introdujo con un artículo adicional (artículo 7 A) en la ley Clayton.

7. PRINCIPALES ÓRGANOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A NIVEL REGIONAL Y MUNDIAL. (16)

- Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
- Brasil: Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE).
- Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
Fiscalía Nacional Económica.
- E.E.U.U.: Us Department of Justice. Us Federal Trade Commission.
- Unión Europea: Office of the Director General of Competition.

(15) Obra citada. Páginas 299, 300, 301.

(16) Extraído de: www.mecon.gov.ar/cndc

