

# Política de competencia:

## PRÁCTICAS

## MONOPOLÍSTICAS

## ABSOLUTAS EN

## LA LEY 29

## DE 1996

Las prácticas monopolísticas absolutas de la Ley 29 de 1996 frente al análisis de la racionalidad de algunos acuerdos horizontales entre competidores<sup>1</sup>

Oscar García Cardoze\*

\* Director Nacional de Asuntos Económicos de la CLICA (Panamá).

### I. *Hard core cartels, prácticas monopolísticas absolutas y otros acuerdos horizontales*

Los *hard core cartels*<sup>2</sup> son esencialmente aquellas conductas (acuerdos, prácticas concertadas o arreglos) entre competidores que tienen como finalidad la fijación de precios, reparticiones de mercado<sup>3</sup>, establecimiento de restricciones o cuotas de producción, y la concertación de posturas comunes en actos públicos (propuestas colusorias). Dichas conductas son calificadas en Panamá por la Ley 29 de 1996 como Prácticas Monopolísticas Absolutas (PMA)<sup>4</sup>, siendo ilegales *per se* aunque no hayan causado efectos económicos negativos a un competidor o a los consumidores. Estas Prácticas Monopolísticas Absolutas forman uno de los tipos específicos de acuerdos horizontales (AH).

La razón para la aplicación del criterio de la ilegalidad *per se* radica en que tanto en la jurisprudencia internacional<sup>5</sup> como en el análisis abstracto-conceptual no parece existir ninguna argumentación que las considere como beneficiosas, salvo para aquellos competidores que las realizan, estando este beneficio vinculado en una especie de juego de suma cero a pérdidas de bienestar para los otros agentes económicos (empresas competidoras o consumidores) que no participan de tales acuerdos (o de suma negativa cuando estamos en la presencia del *dead-weight loss*<sup>6</sup> DWL). Sobre

1. Las opiniones aquí vertidas son las del autor y no deben interpretarse como la posición oficial de la CLICAC.

2. Este tipo de acuerdos o conductas anticompetitivos (que pudiéramos calificar también como colusorias) se han denominado en español cárteles intrínsecamente nocivos, por ejemplo en las negociaciones sobre Política de Competencia que se realizan en el seno del Acuerdo de Libre Comercio para las Américas (ALCA). Sin embargo, aquí mantendremos la denominación en inglés por ser la más utilizada y la abreviaremos como HCC.

3. Al distribuirse los clientes, suplidores, territorios (división geográfica del mercado) o líneas comerciales.

4. Legislaciones muy similares se pueden encontrar en países como México y Costa Rica.

5. Que en el caso de países como Estados Unidos de América y Canadá ya rebasan más de 100 años de experiencia en aplicación de legislación *antitrust*, incluyendo a los HCC como una ofensa criminal que puede involucrar sanciones de tipo penal (cárcel).

6. Similar al caso de los HCC, preferimos utilizar el concepto en inglés que está mucho más aceptado que lo que sería su versión literal al español de pérdidas de peso muerto.

este punto es importante destacar que en el caso de la legislación panameña de defensa de la competencia, el bien jurídicamente tutelado es el interés (superior) del consumidor, mientras que en otras legislaciones lo representa el interés económico general (suma del excedente del producto y el excedente del productor y el excedente del consumidor), por lo que podrían ser perseguidas todas aquellas conductas que aunque no afecten el bienestar económico general (por transferencias recíprocamente equivalentes) sí afecten al de los consumidores en particular.

La manipulación de la oferta, como las reseñadas líneas arriba, a través de una decisión que no ha sido individualmente deliberada y/o adoptada por cada agente económico que participa en el mercado, sino por un colectivo de empresas competidoras, irremediablemente producirá un aumento de precios, acompañado muy probablemente por una reducción en las alternativas disponibles para el consumidor, lo que evidentemente afecta negativamente sus intereses. Esta es, a nuestro juicio, lo que explica el *per se* de las Prácticas Monopolísticas Absolutas (acuerdos colusorios) en Panamá.

Señalamos antes que las Prácticas Monopolísticas Absolutas forman parte de los AH, lo que sugiere que existen algunos otros acuerdos entre competidores que puedan ser susceptibles de recibir un tratamiento legal destino al ya comentado *per se*. Efectivamente, el Consejo sobre HCC de la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, por sus siglas en inglés) señala que esta categoría de acuerdos no incluye aquellos (que aquí vemos a llamar Otros Acuerdos Horizontales-OAH) que:

- Están razonablemente ligados a una obtención legal de eficiencias por reducción de costos o mejoramiento de la producción.
- Están excluidos directa o indirectamente de la cobertura de las leyes de un país Miembro.
- Estas leyes autorizadas de acuerdo con dichas leyes.

La primera de las excepciones, si intentáramos examinarlas dentro de la óptica de la Ley 29 de 1996 caería dentro de lo que se consideran como Prácticas Monopolísticas Relativas (Prácticas Monopolísticas Relativas), al menos parcialmente<sup>7</sup>, mientras que las dos últimas estarían dentro de las exclusiones que contempla el artículo 4º de la referida exerta legal<sup>8</sup>.

En el caso de las Prácticas Monopolísticas Relativas estamos hablando de conductas individuales, o de acuerdos entre competidores, que no son ilegales *per se*, sino que su ilegalidad dependerá de:

- El poder sustancial que tenga(n) el (los) agente(s) económico(s) dentro de un mercado pertinente adecuadamente definido (en su dimensión producto, geográfica y, en algunos casos, temporal)
- Que la afectación de la competencia se haya dado de una manera indebida, esto es, que dichos actos unilaterales, combinaciones, arreglos, convenios o contratos no generen incrementos en eficiencia económica.

En otras palabras, la Ley 29 de 1996 *si contempla la posibilidad de acuerdos entre competidores* (horizontales) que puedan ser argumentados y declarados como ilegales, siempre que no caigan en el siguiente grupo:

- Prácticas monopolísticas absolutas: Las definidas en el artículo 11.
- Prácticas exclusionarias: aquellas que aunque estando dentro del ámbito de las prácticas monopolísticas relativas no es posible alegar razones de eficiencia, por lo que debería<sup>9</sup> ser suficiente con la determinación del poder sustancial en el mercado pertinente. Nos referimos específicamente<sup>10</sup> a:
- El caso del boicot colectivo, tal como se detalla en el numeral 6 del artículo 14.
- El caso de cualquier acto predatorio concertado, del que no pueda esperarse razonablemente la obtención o incremento de ganancias, sino por la expectativa de desplazar a los competidores y abusar a partir de ese momento de una posición mono-polística sobre el mercado pertinente.

La redacción del artículo 14, contemplado algunas figuras de potenciales acuerdos entre competidores susceptibles de ser considerados legalmente como no violatorios de las normas sobre defensa de la competencia, entre los que pudiéramos mencionar:

- La fijación del precio (u otras condiciones) de reventa impuesta por parte de un proveedor a sus distribuidores. Aunque pueda ser una conducta

asumida en la individualidad, acontecimientos recientes en el mercado de distribución de hidrocarburos en Panamá parecen señalar como algo probable la imposición colectiva de un precio mínimo de reventa de los combustibles por parte de las petroleras hacia sus concesionarios.

- Cualquier otro acuerdo que pueda ser enmarcado dentro del numeral 8

Sobre estos últimos, aquellos que no están expresamente señalados en la Ley 29 de 1996, intentaremos referirnos a continuación.

En la CLICAC hemos tenido conocimiento de al menos dos acuerdos, uno efectivo y el otro potencial, entre competidores que provocan la discusión sobre el tratamiento legal que se debiera dar a los mismos. El primero consiste en un acuerdo entre las cuatro empresas que en Panamá se dedican a la elaboración de la harina de trigo, a partir de la molienda de los granos de dicho cereal, para la compra conjunta (pool) del grano a nivel internacional, obteniendo de esa manera un menor precio de compra. El segundo consiste en una propuesta de alianza estratégica entre una empresa que brinda los servicios de transporte de carga internacional y el principal gremio de exportadores de productos marinos de nuestro país, tendiente a la negociación de un flete preferencial para sus agremiados a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones de tráfico: regularidad, volúmenes, etc.

Como puede colegirse inicialmente, ambos acuerdos parecen tener argumentos válidos de eficiencia ya que *en principio*<sup>11</sup> contribuyen a una reducción de precios, a una reducción de costos, o incluso ambas<sup>12</sup>. Cuál debe ser el tratamiento dado a acuerdos de este tipo? Inicialmente habría una tentación de señalar que los mismos constituyen Prácticas Monopolísticas Absolutas debido a que:

- Son acuerdos entre competidores.
- Estos acuerdos versan sobre precios.

Sin embargo, tratando de hacer un valoración más precisa es dable señalar que sin bien son acuerdos entre competidores (aunque no sólo entre ellos), no necesariamente se trata de la fijación de precios entendida normalmente como un acto en el que los oferentes acuerdan un precio de venta fuera del mercado que le es impuesto a los compradores, o que

los compradores fijan entre sí el precio de compra que le pagarán a los oferentes, sino de una *negociación* entre los agentes económicos que se ubican tanto en el lado de la oferta como en el de la demanda. Obviamente, el resultado de dicha negociación estará influenciado por el poder que tenga cada uno de los grupos involucrados, por lo que cualquier imposición no se percibe como automática.

Para que una negociación de este tipo pueda ser vista como una fijación expresa del precio de la transacción de que se trate tendríamos que estar ante la presencia de un “poder sustancial de negociación” de alguna de las partes involucradas que haría realmente innecesaria la negociación, ya que este proceso sólo tiene sentido práctico cuando todas las partes involucradas entienden que tienen al menos la posibilidad de obtener algunos beneficios por particular en dicho proceso. Incluso si una de las partes tiene, o asume que tiene, un poder de negociación tan elevado que le permitía apropiarse de todos o casi todos los potenciales beneficios de la negociación, tendría una falta de incentivo a comprometerse en tal proceso debido a que los costos de transacción involucrados, por lo que podría ser más eficiente para tal(es) agente(s) sencillamente imponer o fijar los precios de compra /venta.

En consecuencia, pensamos inicialmente que cuando estemos en la presencia de una negociación entre distintos agentes económicos, y no sea evidente un desbalance entre los poderes de negociación de cada

7. Dado que también caben los actos unilaterales.

8. Convenciones colectivas de trabajo; ejercicio de los derechos de propiedad intelectual (marcas de fábrica o de comercio); derechos de autor y derechos conexos; y derechos exclusivos sobre inventos (v. gr. dibujos y modelos industriales, patentes y esquemas de trazado –topografía– de los circuitos integrados).

9. Al final del camino ésta es una decisión que les compete privativamente a los tribunales de justicia, por lo que nuestra opinión no debe ser entendida como una con carácter vinculante.

10. En general la redacción del numeral 8 de este artículo es lo suficiente amplia para pensar en otras posibilidades que vayan definiéndose a partir de la casuística nacional o internacional.

11. No descartamos que algunos elementos de dichos acuerdos puedan ser efectivamente anticompetitivos, sino que nos centramos en lo que parece ser el objetivo central de los mismos.

12. Estas son algunas de formas en que se han definido incrementos en eficiencia en el Derecho Ejecutivo N° 31 de 3 de septiembre de 1998 “por el cual se reglamentan el Título I (del monopolio) y otras disposiciones de la Ley 29 de 1° de febrero de 1996”.

uno de ellos, no debiéramos evaluar dicha actuación como una que caería dentro de las tipificaciones de Prácticas Monopolísticas Absolutas<sup>13</sup>.

A nuestro juicio, acuerdos como los que aquí se han comentado, y posiblemente algunos otros, no deberían ser considerados conceptualmente como HCC y aplicarles el tratamiento legal que la Ley 29 de 1996 reserva a las Prácticas Monopolísticas Absolutas, no en función que se amerite una excepción por los argumentos de incrementos de eficiencia que se puedan esgrimir<sup>14</sup>, sino porque sencillamente *no se trate de arreglos colusorios*, aunque impliquen acuerdos entre competidores.

Por lo antes expuesto, somos de la opinión que estos acuerdos horizontales caen dentro de las Prácticas Monopolísticas Relativas, por lo que deben examinarse a la luz de la *rule of reason* y no de la regla *per se*. Para esos efectos, acuerdos como los referidos deberían ser objeto de una evaluación que tuviera los siguientes principios generales:

- Potenciales beneficios (procompetitivos).
- Potenciales perjuicios (anticompetitivos).
- Análisis de la colaboración global, en especial la evaluación de los efectos competitivos en el tiempo para evaluar una posible lesión al proceso de competencia.

Este curso de acción implicaría para la CLICAC dedicar recursos tendientes al desarrollo de *Guidelines*<sup>15</sup> que permitan por un lado un ordenamiento conceptual y metodológico de los elementos a evaluar en este tipo de acuerdos, y por otro lado aumentar el nivel de transparencia y predictibilidad de nuestras actuaciones vistas por el sector privado, lo que se convertiría en un activo intangible pero muy valioso para el desarrollo de nuestras funciones.

## II. El caso del monopolio bilateral

Las negociaciones entre dos agentes, o grupos de agentes económicos, pueden derivar en una situación conocida como monopolio bilateral cuando cada uno de ellos tiene un elevado poder de mercado, siendo el caso extremo el de un monopolista (único oferente) que vende bienes o servicios a un monopsonista (único comprador).

En este caso el equilibrio de la negociación, en cuanto a precios y producción, puede verse como un rango que estaría limitado básicamente por las barreras a la entrada de nuevos agentes económicos al mercado, incluyendo claramente la posibilidad que el mercado sea *disputable*<sup>16</sup> por las importaciones, de manera conjunta con los costos de transacción en que incurriría el monopsonista de empezar a comprar o contratar con nuevos agentes económicos el suministro de los bienes y servicios que requiere, así como por el costo de la inversión inicial (incluyendo los costos hundidos) más los costos regulares de producción de tener que generarse dicho suministro por cuenta propia. El resultado final, por definición se obtendrá de la interacción de las habilidades de los participantes, por lo que inicialmente no podríamos asimilar automáticamente una negociación en el marco de un monopolio bilateral a una imposición de los precios o volúmenes de producción por un agente en contra de los intereses del otro.

Como se señala en la literatura, bajo condiciones de monopolio bilateral el análisis económico lleva a una situación de intederminación que es finalmente resuelta por factores exógenos, que pueden incluso llevar a la integración vertical de los agentes económicos. Por lo anterior, el papel de la agencia de competencia quizás debiera enfocarse en reducir lo más posible las barreras a la entrada a través de una abogacía de la competencia que equilibre hacia la baja los poderes de mercado, y en consecuencia de negociación, de cada agente individualmente considerado, lo que evidentemente conduciría a la desaparición de tal monopolio bilateral y su reemplazo por un entorno más abierto y competitivo tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta.

Es útil complementar estas consideraciones iniciales con algunas aplicaciones prácticas a casos que hayan investigado organismos de defensa de la competencia. Así, en Argentina se determinó como principio general que:

“Las asociaciones y conjuntos de asociaciones sí podrán convenir precios para los servicios de sus asociados y/o cuotas para sistemas de capitación cuando los mismos surjan de negociaciones con administradores de fondos para la salud o con sus representantes. Dichos precios podrán surgir también de negociaciones entre dichos administradores

de fondos (o sus representantes) y prestadores independientes<sup>17</sup>.

### III. La perspectiva del control de concentraciones económicas

No queremos finalizar la discusión desarrollada líneas arriba sobre nuestra visión del tratamiento legal en Panamá a algunas conductas anticompetitivas sin señalar que incluso hay quienes abogan para que se amplíe el alcance de la ilegalidad *per se* de las Prácticas Monopolísticas Absolutas al caso de las concentraciones económicas (CE) que impliquen en la práctica que determinadas decisiones económicas, como por ejemplo la fijación de precios, se dan ahora a lo interno de agentes económicos que inicialmente fueron competidores y que precisamente por el acto de concentración han dejado de ser competidores por estar controlados por el mismo grupo económico, en el caso que se mantuvieran diferenciadas las personerías jurídicas de cada empresa individual, o porque se ha fusionado, lo que equivale a que haya más establecimientos o sucursales de una misma persona jurídica.

En principio nos parece que esta argumentación, que implicaría una no autorización *ex ante* de todas y cada una de las operaciones de concertación que puedan ser verificadas por las agencias de competencia, que iguala en el fondo las conductas de las Prácticas Monopolísticas Absolutas con el de las CE si es posible plantear la obtención de incrementos de eficiencia, por lo que podría ser beneficioso para el interés superior del consumidor permitir que empresas que eran competidoras dejen de comportarse como tales *siempre y cuando se acrediten estas ganancias en eficiencia* y que las mismas no puedan obtenerse de otra manera, sean persistentes a lo largo del tiempo y compensen el posible impacto negativo al proceso de libre competencia económica.

En breve, las Prácticas Monopolísticas Absolutas deben ser combatidas y eventualmente erradicadas del entorno de negocios porque menoscaban en todo momento y ocasión el bienestar del consumidor. Sin embargo, algunos otros acuerdos entre competidores, como pudieron ser los que califican como Prácticas Monopolísticas Relativas o CE no debieran ser objeto de una evaluación definitiva *a priori*, sino que deben evaluarse detenidamente con el método de la regla de la razón.

De esta forma se envía una señal clara al mercado de que hay conductas que no pueden ser aceptadas de modo alguno, y que habrá otras que lo podrán ser siempre que resulte de su desarrollo un beneficio para los consumidores nacionales.

Como quiera que sobre este último grupo de acuerdos (PM o CE) es muy difícil elaborar criterios preestablecidos y determinantes, sería de gran valía que la CLICAC pudiera convencer al sector privado de la importancia que tienen las consultas de viabilidad que señala el artículo 18 de la Ley 29 de 1996, antes de proceder con alguna actuación en participar sobre la cual se tengan dudas sobre su respeto a las normas vigentes de competencia, así como las verificaciones previas y voluntarias de los actos de concentración económica. Ambas medidas contribuyen a incrementar la seguridad jurídica en nuestro país, a la vez que al reducir los niveles de incertidumbre ayudan a la asignación más eficiente de recursos.

con texto

13 En todo caso hay argumentos que señalan que no se deberían permitir este tipo de acuerdo debido a que:

- Permiten el intercambio de información entre empresas competidoras y que si bien inicialmente no hay acuerdos sobre precios, nada impide que se llegue eventualmente a un arreglo sobre el particular.
- La compra conjunta de materia prima lo que estaría permitiendo a final de cuentas es una homogeneización de las estructuras de costos de empresas rivales, siendo esto un elemento que favorece la realización de *acuerdos colusorios* (Prácticas Monopolísticas Absolutas en Panamá), por lo que debiera ser desafiado por las autoridades de competencia.

14. Consideración que además implicaría una modificación de la Ley 29 de 1996 para poder aplicarse en la práctica. Como quizás queda claro más adelante, si bien pueden identificarse algunas áreas de la legislación panameña de competencia que pueden identificarse algunas áreas de la legislación panameña de competencia que puedan requerir.

15. Similares a las que ya existen para Control de Concentraciones Económicas y el Análisis de Conductas Verticales.

16. Traducción usual que se hace del término en inglés *contestable markets* que populariza William J. Baumol.

17. Pautas para el Análisis de la Competencia en los Mercados de Prestaciones para la Salud. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, Buenos Aires, Septiembre de 1997. Esta pauta se aplica a los casos en los cuales los precios fijados por las asociaciones surgen en el marco de una *negociación bilateral* con quienes demandan sus servicios. Dichas situaciones enfrentan dos entidades con cierto poder de mercado pero con intereses opuestos, cuya negociación suele estar también enmarcada por fuerzas competitivas que actúan externamente. Además, cada entidad tiene en general la posibilidad de retirarse de la negociación y comenzar tratativas con otras organizaciones, o bien con grupos independientes de prestadores (énfasis suplido).