

Bases económicas del derecho DE LA COMPETENCIA

Carlos Eduardo Ruíz

Introducción

El hecho histórico reciente más destacable es sin duda el triunfo del capitalismo sobre el socialismo. La lucha que durante este siglo en el terreno político tuvieron estos dos sistemas económicos, en el campo ideológico se cifró en hacer aparecer a cada uno de éstos como el más efectivo desde el punto de vista económico. Unos decían que el socialismo al tener el poder para canalizar los recursos hacia los objetivos sociales más deseables era más eficiente; otros que la competencia y la búsqueda de utilidad individual y las decisiones descentralizadas lograban la eficiencia, efectividad y adecuada asignación de recursos.

El triunfo del capitalismo ha obligado a que un gran número de países hayan dirigido sus economías a adecuar sus estructuras para promover el capitalismo, tal triunfo ha puesto de manifiesto las bondades de la competencia económica y la necesidad de promoverla en todos aquellos países donde es mirada con desconfianza.

“Es por esto que a partir de los ochenta con el cambio de política económica adoptada en distintos países, en búsqueda de una redefinición del papel del Estado y de la inversión privada, el tema de la competencia ha adquirido enorme relevancia como instrumento que complementa las políticas de modernización del aparato productivo, de desregulación, de privatización y creación de mercados ampliados para garantizar economías eficientes”¹.

I. Qué es competencia

“En las economías de mercado, la competencia se refiere a una situación en la cual las empresas o vendedores luchan, independientemente por lograr el patrocinio de los compradores para alcanzar un determinado objetivo comercial, por ejemplo utilidades, ventas y/o participación en el mercado...”².

La competencia es un proceso importante que obliga a las empresas a volverse eficientes y a ofrecer una mayor variedad de productos y servicios a precios menores y que supone ampliar la capacidad de los individuos de agenciar, en términos de AMARTYA SENN, su propio bienestar.

1. CLAUDIA OROZCO. “La competencia en derecho comparado”, *Planeación y Desarrollo*, p. 97.

2. KHEMANI y SHAPIRO. Glosario de términos relativos a la economía de las organizaciones industriales y a las leyes y políticas sobre competencia, OCDE.

Cabría preguntarse por qué sustituir la antigua intervención estatal por otra en el campo de la competencia.

“La experiencia ha demostrado que no se pueden conseguir ni mantener mercados competitivos simplemente dejando de hacer, sino que es necesario aplicar las reglas del juego. Eliminar el control directo del Estado sobre la economía impone la necesidad de trabajar para mantener la competencia en su lugar. Así, incluso los países más adelantados que aplican desde hace largo tiempo una política liberal y que dispone de grandes mercados en los que es relativamente fácil entrar, han considerado necesario mantener una política activa de defensa de la competencia y adoptarla continuamente a las nuevas situaciones. Los controles ejercidos sobre las prácticas comerciales restrictivas de algunas empresas reservan la libertad general de todas ellas de realizar su actividad de una manera legítima y protegen también el bienestar del consumidor, creando de esta manera un clima sano y favorable para la actividad económica”³.

En el mundo moderno “... las empresas tienen incentivos para adquirir poder sobre el mercado, o sea, para obtener un control discrecional sobre los precios y otros factores asociados que determinan las transacciones comerciales. Este poder sobre el mercado puede surgir limitando la competencia por medio de la imposición de barreras al comercio y/o legalización de arreglos colusorios para restringir los precios y la productividad y otras prácticas generalmente se consideran como un *fracaso del mercado*, ocasionando una repartición ineficiente de recursos y afectando adversamente el rendimiento de la industria y el bienestar socioeconómico”⁴.

Además “si alguno(s) de los agentes logra obtener control sobre el precio de los bienes, es decir, poder de mercado, las consecuencias en términos de ineficiencias y reducción del bienestar social pueden ser importantes”⁵.

II. Clases de capitalismo

Aquí debe tenerse en cuenta que lo que en ciencia política se ha llamado capitalismo no es un término con un solo significado.

A nivel teórico podemos hablar de dos enfoques:

A. Capitalismo anglosajón

Lo que algunos llaman capitalismo anglosajón es la unión de varios conceptos sociales, económicos y políticos, como son: la existencia de derechos inalienables del individuo que hacen de la ley natural, de la búsqueda del mayor bienestar de los individuos en desarrollo de su egoísmo

particular y del mercado como entes reguladores por excelencia, que a través de su funcionamiento logra el mejor equilibrio económico y social; así, si se garantizan tales derechos, existe suficiente libertad y se deja actuar el mercado, reduciendo la intervención del Estado, la sociedad en su conjunto logra un mayor bienestar.

B. Capitalismo renano contraposición individuo-sociedad

En este caso, el centro de atención se traslada del individuo a la sociedad, aquí hablamos de ciudadanos que para serlo tienen responsabilidades ante la sociedad. El bienestar general existe como una entidad que puede diferenciarse de egoísmo individual en la que Estado e individuo hacen un acuerdo de deberes y responsabilidades donde el principal deber del Estado es interpretar la voluntad general para lograr el mejor estar de la comunidad.

Aquí la empresa deja de tener la connotación de un medio individual de obtener ganancias para tener una función social como proveedora de empleo y bienestar social.

En todo el mundo occidental en mayor o menor medida este segundo tipo de capitalismo ha influenciado la actuación del Estado; hay países que declaran claramente seguir tal esquema y aún los manifiestamente anglosajones tienen muchos aspectos en donde se invoca el bienestar general. De esta manera, capitalismo y leyes antimonopolio no son excluyentes.

En la práctica el principio de bienestar general y de la empresa y el individuo como pertenecientes a una comunidad, y el de la libertad entendida como la capacidad de ejercer derechos y atender obligaciones están presentes siempre en lo que hoy conocemos como economías capitalistas. La diferencia entre estos tipos de capitalismo se refiere a aspectos como la importancia de la seguridad social en el desarrollo, el manejo fiscal, la visión de corto y largo plazo de la sociedad y la desregulación en ciertas actividades.

Dentro del capitalismo moderno que se ha descrito es en el cual se viene adelantando procesos de cambios como la desregulación y apertura.

“Reforzar la competencia es un elemento clave para garantizar el éxito de las reformas de desregularización económica adoptadas en todo el mundo en años recientes. A tal efecto es necesario que las fuerzas del mercado se vean sostenidas por las reglas del juego”⁶.

“Al disminuir la intervención o la participación directa de los poderes públicos en la actividad económica, y al quedar

las empresas expuestas a una mayor libertad y a unos incentivos más fuertes, se estimula la actividad empresarial, la eficiencia comercial, la inversión productiva y el crecimiento económico y se llega también a una satisfacción más rápida y más completa de las demandas del consumidor. Así pues, en todos los sectores de la economía los recursos productivos se asignarían de una manera más eficaz y más flexible a través de decisiones descentralizadas de los participantes del mercado que por decisión del Estado o como consecuencias de actividades especulativas. Sin embargo esta aspiración sólo se hará realidad si las empresas actúan bajo el estímulo de la *competencia*, de forma tal que el descontento del consumidor sea la sanción impuesta al mercado por unos resultados insuficientes. Por tanto, el reforzamiento de la competencia es un elemento clave del éxito de las reformas económicas⁷.

Con este principio orientador, hoy en día el capitalismo se afianza en el concepto de la responsabilidad social de la empresa, donde la responsabilidad de la empresa frente al buen funcionamiento del mercado es de vital importancia puesto que en una economía capitalista el mercado es el lugar donde se toman la mayor parte de las decisiones importantes.

... la responsabilidad de la empresa frente al buen funcionamiento del mercado es de vital importancia puesto que en una economía capitalista el mercado es el lugar donde se toman la mayor parte de las decisiones importantes.

III. Fundamentos teóricos del funcionamiento del mercado

Una parte importante de los postulados que enmarcan el manejo del estado dentro del capitalismo se derivan de la visión liberal del funcionamiento de la economía que constituye el cuerpo fundamental de la teoría económica. A continuación explicaremos brevemente este funcionamiento.

Posteriormente, se hace una descripción de lo que significa una política de fomento y promoción de la competencia y la ley de competencia que se origina de ella, su marco económico, sus objetivos, los instrumentos de control y sus principales áreas de influencia, se dará una visión de conjunto del tema desde un punto de vista económico.

A. Marco económico

Una política de competencia y por consiguiente la ley derivada de ésta, así como las actividades de intervención del Estado que se determinen, tienen en adicional al texto legal que recoja sus lineamientos, un marco conceptual que debe guiar su aplicación a situaciones concretas.

Las premisas económicas del funcionamiento de la economía liberal fundamentan nuestro modelo económico y por consiguiente inspiran la ley de competencia y su aplicación, éstas son las siguientes:

La atención sobre las condiciones de funcionamiento de las unidades microeconómicas es fundamental. Si los productores privados operan con suficiente libertad lograrán una combinación óptima de los factores de producción, el máximo de utilidades y productividad, y tales factores de producción obtendrán una remuneración acorde con su rendimiento.

De otra parte, las unidades últimas poseedoras de riqueza según sus gustos, y preferencias y limitaciones de presupuesto decidirán consumir una canasta de bienes que optimice su utilidad, guiando con sus decisiones la actividad de los oferentes.

3. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. TD/B/RBP/96, 13 de septiembre de 1993, p. 8.

4. SHYAM KHEMANI. "Objetivos de la Política de Competencia", *Planeación y Desarrollo*, vol. xxiv, n.º 2, mayo-agosto, 1993, p. 17.

5. GUILLERMO BONILLA y HORACIO OSOCIO. *Planeación y Desarrollo*, p. 193.

6. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. TD/B/RBP/96, 13 de septiembre de 1993.

7. *Ibíd.*, p. 8.

Al interrelacionarse estas unidades en un mercado transparente, con suficiente información para la toma de decisiones, con pluralidad de oferentes y demandantes, con libertad de entrada y salida del mercado y con competencia, la oferta y la demanda determinarán, gracias a esta última, precios de equilibrio, los cual serán estables, y los factores como el capital, serán asignados donde tengan mayor productividad y rendimiento.

Lo anterior establece un claro énfasis en la propiedad privada de los recursos de negocios, lo que lleva a una reducción de la propiedad pública, remoción de regulaciones que inhiban la actividad privada, eliminación de controles de precios y subsidios que distorsionan las señales del mercado.

Así se logrará eficiencia y el mercado como principal autorregulador no permitirá que productores ineficientes participen, puesto que las fuerzas de la competencia los llevarán a desaparecer y por tanto, los consumidores no pagarían esta ineficiencia.

Tal competencia no se predica solo en el ámbito nacional; para que ésta pueda desarrollarse plenamente debe hacerlo en el ámbito de un mercado mundial, donde cada país se decidiría a producir aquello, dada su estructura económica, donde es más eficiente, y en el cual existe una completa movilidad de factores de producción.

El mercado y la competencia que en él se dá, son fuerzas económicas poderosas que tienden a corregir posibles defectos de funcionamiento en los mercados, por tanto una premisa básica, es en la mayoría de los casos, dejarlo funcionar.

B. La competencia

Es importante resaltar que este concepto es inexplicablemente dejado a un lado en la discusión del manejo del Estado, aun del discurso de los economistas, aunque siempre ha tenido gran importancia en diversas escuelas del pensamiento económico. En la marxista por ejemplo, desempeña un papel fundamental en la formación de precios de mercado, haciendo parte esencial de su teoría del valor y los precios, igualmente en ésta, determinaba la necesidad del cambio técnico; para la escuela clásica la búsqueda de la ganancia individual y las libres fuerzas del mercado, conceptos que implican una competencia aguda, determinarían los precios de mercado y llevarían a la economía al mayor estadio de bienestar posible. Para los marginalistas el libre juego de la oferta y la demanda, además de determinar los precios, asignaba eficientemente los recursos de acuerdo a su productividad marginal, fijando de paso la remuneración de los factores productivos y por tanto la distribución del ingreso.

IV. Directrices generales de una política de competencia

El breve marco económico reseñado nos señala varios puntos importantes que guían la política de fomento y promoción de la competencia, éstos son:

- Se busca ante todo garantizar la eficiencia y competitividad de la economía, no sólo a nivel nacional, sino internacional.
- Así, asuntos como la participación en el mercado, condiciones monopolísticas u oligopolísticas se deben estudiar teniendo en cuenta tanto el mercado interno, como los posibles competidores internacionales.
- Una economía que funciona bajo una amplia descentralización en las decisiones como las de producir, consumir e invertir, es más eficiente en la atención de las necesidades, quedando dentro de las funciones del Estado la de garantizar que los distintos agentes cuenten con la suficiente información para tomar estas decisiones.
- El mercado y la competencia que en él se dá, son fuerzas económicas poderosas que tienden a corregir posibles defectos de funcionamiento en los mercados, por tanto una premisa básica, es en la mayoría de los casos, dejarlo funcionar.
- Sin embargo existen condiciones especiales que determinan fallas en el funcionamiento del mercado que ameritan

que el gobierno tutele el buen funcionamiento de éste, como por ejemplo:

- No suficiente movilidad de factores.
- Inercia en redes comerciales, heredada del mercado protegido existente.
- Poca flexibilidad tecnológica.
- Acuerdos entre productores y consumidores.
- Información asimétrica.
- Problemas de agencia y riesgo moral.
- Barreras de entrada.

Además de la propiedad privada de los recursos de negocios y la remoción de controles a los mercados, de acceso o de precios, la competencia debe ser apoyada con leyes que eviten comportamientos anticompetitivos por parte de productores y consumidores, como acuerdos horizontales y verticales entre firmas que restrinjan la competencia y aumenten los precios.

La legislación mencionada concerniente a comportamientos anticompetitivos, dada la creciente concentración industrial que se ha venido gestando en el mundo actual, tiene que contemplar lo que podría llamarse un control preventivo, así la legislación tiene necesidad de establecer mecanismos para que los procesos de fusiones y adquisiciones sean analizados previamente por las autoridades económicas, para garantizar que estas operaciones no lesionen la competencia.

Por tanto los aspectos más importantes que se toman en cuenta para efectos de desarrollar una regulación de fomento de la competencia para el país, son los siguientes:

A. Definición de conductas

La ley se basa, más que en una definición cuantitativa o extremadamente exhaustiva de lo que constituye concentración de la producción o del mercado, en la determinación en términos generales de que tipos de conductas son excluyentes y anticompetitivas, obviamente teniendo siempre en mente cuales de estas conductas implican solamente competencia agresiva, aun cuando el resultado de tales prácticas se refleje en la salida de los menos eficientes del mercado o en desventaja para algunos productores, ya que generalmente la competencia agresiva resulta en beneficio para los consumidores.

B. Acuerdos entre competidores y abuso de la posición dominante

La reglamentación en este caso se enfoca a evitar acuerdos entre competidores que violen la competencia, que le permita a firmas individuales obtener poder de mercado.

Por tal razón, acuerdos para fijar precios, dividirse mercados o restringir la oferta de productos caerían en esta categoría y son generalmente inconvenientes para el desarrollo de la competencia.

Dentro del tema de abuso de posición dominante se estudian las situaciones en las que firmas con poder de mercado abusan de éste para aumentar desproporcionadamente los precios o para imponer condiciones que ponen en peligro la actividad de sus consumidores o distribuidores.

C. Libertad de entrada al mercado

Un supuesto fundamental de funcionamiento de un mercado realmente competitivo es que exista libre entrada a éste, para que las firmas existentes no puedan servirse de situaciones de precios altos por lapsos prolongados de tiempo.

V. Objetivos de una política de fomento de la competencia

La protección de los consumidores. Ellos son protegidos por medio de una competencia fuerte en la producción y distribución, los precios tenderán a situarse en niveles de equilibrio razonables y en no pocas veces a nivel más bajo que los históricos. De otra parte se consigue mejorar la calidad y los servicios ofrecidos a los consumidores, puesto que son conceptos fundamentales a la hora de competir y ganar mercados.

Estimular el comercio y la industria, llevando a la economía a una más alta productividad, eficiencia y a mayores niveles de ingreso.

Crear mayores oportunidades de negocios, desarrollo tecnológico y descubrir nuevos mercados.

Lograr una eficiente asignación de recursos

VI. Ley de fomento de la competencia

Para determinar y garantizar las condiciones mínimas que establezcan y preserven un sistema de libre mercado debe existir una regulación que apoye el marco general económico de libertad que es el primer instrumento para fomentar la competencia.

Así, dentro de los distintos aspectos, como el de abuso de posición dominante o acuerdos entre competidores, no solo se analizan desde el punto de vista de prácticas que lesionen directamente a los consumidores, sino, también aquellas que

al restringir la posibilidad de entrada de nuevos oferentes al mercado, afectan el desarrollo futuro de la competencia.

Caen dentro de esta categoría prácticas como el vender a precios por debajo del costo para expulsar participantes del mercado o a evitar su entrada, o que a través de acuerdos con otras entidades del sector o sectores relacionados se impida que otros agentes económicos participen en el mercado. Tales acciones no son permitidas.

VII. Concentración industrial y mantenimiento de la estructura competitiva del mercado

Con el énfasis que existe en la economía mundial en la internacionalización y la desregulación, fomentando la libertad de empresa, removiendo barreras comerciales a bienes y servicios, y abriendo la posibilidad de entrada, con trato nacional, a la inversión extranjera, la base de oferta de bienes y servicios ha sufrido un creciente proceso de reestructuración para lograr economías de escala que permitan a las firmas nacionales ser competitivas tanto interna como externamente.

Las formas que han adquirido tales reestructuraciones son variadas; fusiones, adquisiciones, procesos de desinversión, cuerdos entre firmas financieras e industriales para explotar ciertas tecnologías para mercados determinados, entre otras.

La seguridad de la explotación del ingenio nacional con derechos exclusivos, aumenta el rendimiento esperado de la inversión en el desarrollo de nuevas tecnologías, lo cual es un factor que imprime dinamismo a la formación bruta de capital, obteniéndose por medio de esto mayor flexibilidad en la oferta de bienes y servicios.

Estos negocios por su naturaleza resultan en la creación de firmas más grandes, aumentando en cada caso el grado de monopolio existente en el sector donde se realice, por tanto, tienen el potencial de lesionar la estructura competitiva del mercado, requiriéndose, que las autoridades económicas conozcan previamente estos negocios para prevenir que la estructura mencionada se deteriore.

Cabe anotar que para realizar los estudios relacionados con la estructura competitiva del mercado se debe tomar en cuenta que el mercado relevante en la operación, según el caso, será el mercado internacional, bien sea a nivel regional o mundial, en algunos casos, obviamente cuando se trate de bienes transables, pensando en todo caso a la hora de tomar las decisiones en el objetivo ya expuesto de lograr eficiencia, productividad y mejores oportunidades de negocios.

VIII. Estimulo a la innovación y cambio tecnológico

Una faceta del tema de política de competencia al que conviene referirse, aunque esté contenido en otras leyes, como el caso de la legislación de la propiedad industrial, y se trate en políticas específicas de apoyo al desarrollo tecnológico, es el de derechos otorgados sobre invenciones y sus licencias respectivas y su influencia sobre la competencia a través del cambio tecnológico que pueden generar.

Aspectos como la interacción entre la manera como es aplicada la política de competencia y el licenciamiento de los derechos de propiedad intelectual, puede tener grandes efectos en la competencia. De otra parte, la protección adecuada de derechos provenientes de licencias puede convertirse en un atractivo par la inversión extranjera, que es un mecanismo importante para ampliar la base productiva de los países.

La seguridad de la explotación del ingenio nacional con derechos exclusivos, aumenta el rendimiento esperado de la inversión en el desarrollo de nuevas tecnologías, lo cual es un factor que imprime dinamismo a la formación bruta de capital, obteniéndose por medio de esto mayor flexibilidad en la oferta de bienes y servicios.

Sin embargo, también se consideran los casos en que el licenciamiento mencionado se convierte en limitante de la competencia, para lo cual el Estado debe tener herramientas para evitarlo.

En esta faceta ya se ha adecuado la legislación colombiana, en el mercado del Acuerdo de Cartagena, y se han expedido

las disposiciones internas correspondientes para asimilar el tratamiento de propiedad industrial a cánones internacionales, y de otra parte se está fortaleciendo la capacidad del Estado para garantizar estos derechos, asuntos como la licencia obligatoria, que es el instrumento para que el licenciamiento de derechos no se convierta en una práctica anticompetitiva, están previstos en la legislación sobre el tema.

Obviamente, los que producen y venden en los mercados, pueden tildar lo expuesto de una mera abstracción, sin embargo es valioso, para identificar los lineamientos generales y objetivos de una política de promoción de la competencia.

IX. El funcionamiento de la empresa en mercados concentrados



Para aplicar la política de promoción de la competencia al mundo real y evaluar algunos de los casos reales debe considerarse, un modelo económico alternativo, este es el llamado estructural.

Se trabaja con empresas con cierto poder de mercado, debe reconocerse que en las economías avanzadas se han venido difundiendo formas de mercado distintas a las de la libre competencia. Esta concentración no puede evaluarse como la búsqueda maligna de poder económico, sino, en la mayoría de los casos es la búsqueda de eficiencia técnica y económica.

Aunque a veces la concentración no ha sido el resultado de esta búsqueda, ha sido resultado de políticas proteccionistas; hay concentración entre otras razones por el desarrollo, transporte, reducción de costos y destrucción de barreras.

La concentración también es el resultado de que la técnica moderna ha hecho crecer poco a poco el volumen de capital mínimo necesario para producir a costos suficientemente bajos. Debemos aquí aclarar que de ninguna manera el proceso de concentración ha implicado en todos los casos monopolios que podríamos cifrar en un número de empresas que ha llegado a ser tan reducido que les resulta fácil ponerse de acuerdo para regular precios.

A. Competencia imperfecta de oligopolio diferenciado y oligopolio concentrado con dificultades de financiación

Se consideran aquí hombres de negocios que se encuentran frente a una curva particular de ganancia que forma ángulo sobre el precio existente, muy elástica frente a aumentos de precios, porque temen que lo desplacen del mercado, le parece muy rígida a disminuciones de precios porque sus

competidores le siguen de inmediato, no es el escenario de la libertad total.

El precio se rige por el principio del costo total, y la formación de precios no es según un esquema clásico sino se llega a él al aplicar un margen al costo del producto.

En este esquema se admite la posibilidad de variación de la estructura del mercado, el costo de cada empresa es distinto y la empresa toma decisiones considerando el total del mercado y la capacidad de absorción de nuevos productos.

En el esquema descrito, la competencia en la mayoría de los casos es más elevada que en el esquema clásico, puesto que no estamos en un mercado donde la acción de un actor individual no puede influenciarlo, sino empresas con cierto grado de monopolio que si tienen capacidad de influir las condiciones del mercado y por tanto son propensas a ejecutar acciones hostiles.

En este esquema la empresa deben ser muy consciente de sus fronteras de oportunidades y financiación para garantizar su supervivencia, y la principal forma de mejorar la frontera de oportunidades es a través de inversiones en el desarrollo de nuevos productos, nuevos procesos y publicidad.

Para tal efecto al considerar la frontera financiera se debe tener en cuenta el margen de ganancias que determina el precio y el volumen de recursos internos necesario para financiar tales inversiones, considerando siempre en dichas decisiones que un precio excesivamente alto puede generar la masiva entrada al mercado y por lo tanto debe verse el precio de acuerdo con la estructura competitiva del mercado.

Así también, en este esquema la competencia es una fuerza poderosa que obliga a las empresas a estar permanentemente planeando futuras inversiones y manejar precios razonables.

Conclusiones



No significa la política de competencia y las leyes que se promulguen en el marco de ésta, que se pretenda entorpecer el funcionamiento económico proscribiendo la competencia agresiva, en el estudio de los casos que se presentan habrá consideraciones de eficiencia y productividad, en un mercado definido para tener en cuenta la competencia externa, diferenciando la competencia agresiva de las prácticas excluyentes y anticompetitivas.

La ley de competencia es un instrumento eficaz para garantizar un crecimiento económico alto y una ampliación de las oportunidades de inversión, y a la vez, sin que esto signifique el detrimento del bienestar general.