

Piedras en el camino: Una breve reflexión sobre el lugar de los consumidores y los competidores en la defensa de la competencia

Lucas Sebastián Grosman*

En el artículo de Eleanor M. Fox publicado en este volumen, se analiza qué forma debería tomar la defensa de la competencia en los países en desarrollo. La respuesta a esta compleja pregunta no podría ser precisa o unívoca, ya que depende de numerosos factores que varían en cada país en desarrollo. Fox, consciente de esa dificultad, aspira a brindar criterios más generales. A pesar de esa generalidad, algo es claro: Fox no cree que los países en desarrollo deban seguir al pie de la letra el modelo de los países desarrollados, y en particular de los Estados Unidos.

Hay un aspecto particular de la política antitrust de Estados Unidos que, a juicio de Fox, no constituye el mejor modelo para los países en desarrollo: la doctrina en virtud de la cual no deben sancionarse prácticas por las que una empresa perjudica a sus rivales si tales prácticas no llevan a la monopolización del mercado. En este sentido, Fox toma como punto de referencia la reciente decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Trinko*¹, y sugiere que la desprotección de las empresas más pequeñas que esa decisión implica tal vez no resulte recomendable para los países en desarrollo.

Este aspecto del argumento de Fox nos remite a una decisión crucial que todo país debe tomar en materia de política de competencia: ¿cuál debería ser el eje de tal política, la protección de las empresas pequeñas o de los consumidores? Es muy tentador, por supuesto, pensar que se trata de un falso dilema, e insistir en que uno y otro objetivo apuntan en la misma dirección. En efecto, muchas veces la misma política que protege a las empresas más pequeñas beneficia a los consumidores. Lamentablemente, no siempre es así. La expansión de los supermercados, por ejemplo, a la vez que beneficia a los consumidores perjudica a algunos competidores más pequeños, y es difícil para el Estado ser neutral entre unos y otros al decidir de qué manera regulará tal expansión. En este sentido, las llamadas “leyes de grandes superficies”, que algunas provincias argentinas sancionaron para limitar la instalación de los grandes formatos de venta, toman partido en este debate. También lo hacen las medidas arancelarias y para-arancelarias que protegen a los productores locales en desmedro de los consumidores. Es verdad que no siempre las normas de este tipo benefician a los productores más *pequeños*: las leyes de grandes superficies, por ejemplo, muchas veces amparan a los hipermercados incumbentes de la competencia de otros hipermercados que aspiran a ingresar al mercado, y probablemente algo similar pueda decirse de muchas normas que frenan el ingreso de productos importados.

* J.S.D., Yale University. Profesor de Derecho, Universidad de Palermo.

1. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398 (2004).

Más allá de esto, es posible, idealmente, entender este tipo de medidas en torno a la disyuntiva consumidor-competidor pequeño antes señalada.

Obviamente, ningún país resuelve la cuestión de manera tajante y sin matices ni de una vez y para siempre. Incluso en Estados Unidos, esta disyuntiva ha merodeado la Ley Sherman desde su sanción, en 1890, y la forma de resolverla, por cierto, no ha permanecido inmutable a lo largo de su historia.² Con el correr del tiempo, sin embargo, el objetivo de velar por los consumidores se impuso. En este sentido, el latiguillo recurrente, tomado de *Brown Shoe*³, es que la defensa de la competencia debe procurar defender la competencia, no a los competidores. Esta distinción alude a que la pérdida de participación de mercado o la desaparición de algunas empresas (los competidores) no necesariamente reducen el nivel de competencia en el mercado, o al menos no a niveles que permitan que otras empresas ejerzan poder de mercado. Ello dependerá de las condiciones generales de competencia del mercado. Más aún, ciertas prácticas que perjudican a empresas rivales muchas veces redundan en beneficios para los consumidores. De hecho, esta consideración motivó un punto de quiebre en la jurisprudencia antitrust estadounidense, en buena medida alentado por los economistas.

Una instancia paradigmática de este quiebre se dio en relación con las restricciones verticales. La doctrina tradicional sancionaba las conductas en virtud de las cuales, por ejemplo, un fabricante decidía vender sus productos sólo a través de distribuidores determinados, negándose a satisfacer los pedidos de otros distribuidores, o estipulaba con firmeza las condiciones de venta del producto, incluyendo el precio. Para la doctrina tradicional, esto restringía la competencia. Esta doctrina cedió al embate de los economistas. Hasta el último bastión de la vieja guardia, el mantenimiento del precio de reventa, finalmente cayó.⁴

Supongamos, por ejemplo, que una empresa automotriz pretende brindar un servicio mecánico de postventa sólo a través de un número limitado de talleres exclusivos con los que se integra verticalmente, y sólo provee repuestos originales a esos talleres. Un taller, que no es invitado o no quiere sumarse a la red de talleres exclusivos, solicita que se le provean repuestos originales y, ante la negativa de la empresa automotriz, la denuncia. En un caso así, la empresa automotriz (que se desenvuelve, por hipótesis, en un mercado competitivo) tiene incentivos para garantizar un adecuado servicio de postventa como una manera de proteger su marca y afianzar en el mercado el producto que ofrece. En ocasiones, la red de talleres exclusivos puede ser, a juicio de la empresa automotriz, la mejor manera de controlar la calidad del servicio que allí se brinda. Tal vez el taller denunciante no le dé suficientes garantías de calidad técnica, aunque esto es algo no

2. Ver Thomas D. Morgan, *MODERN ANTITRUST LAW AND ITS ORIGINS* (1994), p. 22-25.

3. *Brown Shoe & Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

4. Cabe recordar que en Estados Unidos ciertas conductas están prohibidas *per se*, mientras que otras están sometidas a la regla de la razón, es decir, solo se prohíben cuando ellas resultan en una restricción irrazonable de la competencia. Por eso, muchas veces el cambio doctrinario al que hago referencia se concreta levantando la prohibición *per se* respecto de la conducta en cuestión, con lo cual ella queda sometida a la regla de la razón.

siempre podrá demostrarse en un proceso judicial o administrativo; o tal vez una red de talleres demasiado amplia le generaría costos administrativos excesivos. En cualquier caso, los incentivos de mercado empujan para que la empresa automotriz tome la decisión que beneficia al consumidor, es decir, para que elija el mejor sistema de servicio de postventa, algo que, por asimetría de información, presumiblemente la empresa automotriz está en mejor posición para evaluar que el propio consumidor. La idea general es que, en la medida en que haya competencia en el mercado automotriz, el productor tenderá a tomar decisiones que mejoren el producto final; si los jueces, invocando normas antitrust, interfieren con estas decisiones, es posible que en definitiva terminen perjudicando al consumidor. Estas consideraciones llevaron a los jueces de Estados Unidos a abandonar la doctrina que consideraba este tipo de acuerdos prohibidos *per se*.⁵ Bajo la regla de la razón, una práctica como la descrita tendrá buenas posibilidades de salir airoso del control antitrust.

Otro ejemplo clásico es el de los precios predatorios. Cuando una empresa cobra precios por debajo del costo, esto puede perjudicar a sus rivales más pequeños, e incluso llevarlos a la quiebra. La doctrina tradicional, por ende, veía esta práctica con malos ojos. Hoy, son rarísimos los casos en los que se la persigue. El razonamiento vigente es que para que los precios por debajo del costo sean perjudiciales para la competencia, es necesario que el monopolista, tras haber excluido a todos sus rivales gracias a los precios por debajo del costo, pueda cobrar precios supracompetitivos durante un tiempo suficientemente largo como para recuperar con creces la ganancia sacrificada. Esto se considera improbable en la mayoría de los casos; además, perseguir esta conducta, en definitiva, desincentivaría la competencia en una de las dimensiones más relevantes para el consumidor: los precios. Como señaló la Corte Suprema de Estados Unidos en el célebre caso *Matsushita*, “reducir los precios para ganar mercado es la esencia misma de la competencia. Por eso, las inferencias erróneas en casos como este son particularmente costosas, ya que desincentivan la conducta cuya protección es el objetivo de las normas antitrust.”⁶

Como se puede apreciar, muchas veces no se puede velar por los consumidores y los pequeños competidores a la vez. En este sentido, es fácil advertir que una política que procurara proteger a ultranza a los *competidores* mal podría llamarse “defensa de la competencia”, ya que debería sancionar toda conducta mediante la cual una empresa deteriore la posición de mercado de sus rivales, incluyendo los avances que permitan vender productos mejores o más baratos. Las políticas de esta especie no faltan, pero no suelen canalizarse a través de las agencias de defensa de la competencia (aunque intentos no han faltado), sino a través de otros resortes de la política económica. Muchas veces, estas políticas se fundan en una distinta valoración del productor local y el extranjero,

5. Un ejemplo de la vieja doctrina es *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967), que aplica la prohibición *per se* a las restricciones verticales. Diez años después, en el caso *GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977), la Corte destaca que *Schwinn* ha sido muy criticada, y decide revertir la regla *per se* allí consagrada; al hacerlo, la Corte, citando doctrina económica, explica por qué muchas veces las restricciones verticales benefician a los consumidores.

6. *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 474 U.S. 574 (1986). Traducida por el autor.

como las barreras arancelarias o para-arancelarias. No es mi intención aquí juzgar estas políticas —muy comunes en todo el mundo, por cierto— sino insistir en que ellas no son propias de la defensa de la competencia.

En todo caso, no son tales políticas las que Fox defiende en el artículo que comento. Ella, aunque entiende que para los países en desarrollo la protección del competidor más pequeño puede resultar un objetivo prioritario, no cree que tal objetivo deba procurarse sin importar las consecuencias, y en este sentido sugiere un principio para limitar tal protección: que no se perjudique a los consumidores.⁷ Dicho de otra manera, mientras que en Estados Unidos no se condenaría una práctica que afecta a los competidores más pequeños pero no a los consumidores, Fox no descartaría que en los países en desarrollo se condene tal práctica. De esta manera, si una empresa perjudica a su rival sencillamente porque ofrece un producto novedoso que el consumidor prefiere, no habría razón alguna para desincentivarla. Tampoco la habría si el perjuicio se debe a una promoción que no tiene virtualidad para restringir la competencia, aunque perjudique a algún rival, porque ella beneficia a los consumidores. Pero, en cambio, si la conducta en cuestión perjudica a los rivales más pequeños sin que los consumidores se vean beneficiados a cambio, Fox cree que un país en desarrollo bien podría optar por su sanción.

A primera vista, esto puede parecer razonable. Al fin y al cabo, ¿por qué permitir que se perjudique a los competidores más pequeños cuando ello no beneficia a los consumidores? Si adoptamos una regla como la que sugiere Fox, ¿no estamos en el mejor de los mundos, aquel que logra reconciliar la protección del pequeño competidor con la del consumidor?

La cuestión es más compleja. Con frecuencia, cuando se prohíbe una conducta determinada, se tiende a desincentivar algo más que esa conducta; esto es lo que, en el contexto de la libertad de expresión, se conoce como “chilling effect”. La misma figura se utilizó en el caso *Matsushita*, antes referido, para aludir al riesgo de que la sanción de los precios por debajo del costo “enfríe” la tan deseada competencia en materia de precios. Esta consideración, de hecho, lleva a la propia Fox a abogar por que los países en desarrollo sencillamente se abstengan de perseguir casos de precios predatorios.⁸ Pero el riesgo no se limita a estos casos. Aunque la política antitrust pretenda proteger a los competidores más pequeños solo en la medida en que esta protección no perjudique a los consumidores, es poco probable que en los hechos ese límite se mantenga sistemáticamente. Además del riesgo de inferencias erróneas por parte del juzgador que tanto preocupaba a la Corte Suprema de Estados Unidos en *Matsushita*, es esperable que las empresas, por precaución, se abstengan de realizar no solo las prácticas neutrales para los consumidores, sino también algunas que tenderían a beneficiarlos.

7. Ver nota 66 del artículo de Fox.

8. Ver punto V.3 del artículo de Fox.

Esto último se vincula con la carga probatoria. En un régimen pro-consumidor como el vigente en Estados Unidos, el denunciante debe convencer al juzgador de que la conducta denunciada perjudica a los consumidores. En la alternativa que, según sugiere Fox, podría preferir un país en desarrollo, el denunciado, para eximirse de responsabilidad, debería probar que la cesación de la conducta denunciada perjudicaría a los consumidores, es decir, que la conducta denunciada *beneficia* a los consumidores, y no sencillamente que no los perjudica. Cabe presumir que esto no siempre será fácil de demostrar. En este sentido, no debemos olvidar que, si bien la teoría económica predice, por ejemplo, que en un mercado competitivo las ganancias de eficiencia que obtenga un productor tenderán a trasladarse al consumidor, demostrarlo en un caso concreto y en el marco de un procedimiento administrativo o judicial puede resultar muy complejo. Esto parece ser especialmente aplicable a los contextos de escasa seguridad jurídica y debilidad institucional característicos de los países en desarrollo.

En definitiva, es inevitable que un régimen que ponga la protección de los rivales más pequeños en el centro de la defensa de la competencia termine desincentivando algunas conductas que habrían resultado beneficiosas para el consumidor, incluso si se prevé una excepción expresa para esos casos, como sugiere Fox. Si este efecto resulta suficiente para descartar su propuesta dependerá, en última instancia, de cuáles son los ideales que deseamos priorizar. En materia de defensa de la competencia, ningún camino está libre de sacrificios. La pregunta, como siempre, es qué sacrificios estamos más dispuestos a aceptar.

