

# AN INSTITUTIONAL ASSESSMENT OF ANTITRUST POLICY: THE LATIN AMERICAN EXPERIENCE\*

---

REVISADO POR:

HUGO FIGARI KAHN\*\*

Desde hace 120 años, en los Estados Unidos o, como muestra Ignacio de León, desde el siglo XIII en el Reino Medieval de Castilla, las sociedades de diversos tiempos se han preocupado por la aplicación de normas que regulen el comportamiento de los agentes económicos, impidiendo, por ejemplo, que dos o más proveedores se pongan de acuerdo para elevar los precios de sus bienes o servicios.

Las políticas y leyes de competencia, sin embargo, no han sido precisamente un ejemplo de normas con un objetivo único y consensuado a lo largo de la historia ni entre distintas jurisdicciones. Por el contrario, bastará ver la evolución del *antitrust* estadounidense para apreciar cómo, en palabras de Stephen Ross,<sup>1</sup> “[...] *diversos objetivos han aparecido, desaparecido y vuelto a aparecer*”; o considerar que en la Unión Europea las normas *antitrust* están contenidas en su Tratado Constitutivo, es decir, su aplicación posee un claro objetivo integracionista.

La aplicación de las políticas y normas de libre competencia en Latinoamérica, por ende, recoge los tradicionales conflictos provenientes de siglos pasados y añade otros propios de la evolución de nuestros países en las últimas décadas.

En su libro *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*, Ignacio de León presenta esta problemática, alimentada por el *ethos* antimercado heredado del Medioevo hispánico: la teoría económica neoclásica bajo

---

\* Autor: Ignacio de León (2009). *Kluwer Law International*. The Netherlands. 647 páginas.

\*\* Bachiller en Ciencias Sociales con mención en Economía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Ejecutivo 1 de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. E-mail: [hfigari@indecopi.gob.pe](mailto:hfigari@indecopi.gob.pe)

<sup>1</sup> ROSS, Stephen (1993). *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press, Inc., p. 3.

Joan Robinson y las reformas neoliberales trucas de las décadas de 1980 y 1990 en Latinoamérica (resultado del Consenso de Washington).

El libro está convenientemente estructurado en tres partes. La primera (“The Wellsprings of Latin American Competition Policy”) está compuesta por tres capítulos que analizan el surgimiento del *antitrust* latinoamericano y sus fundamentos económicos y legales. La segunda (“Latin American Antitrust Policy: Utopia in Practice”), por ocho capítulos que representan una evaluación propiamente dicha de la aplicación de las políticas y leyes de competencia en Latinoamérica. En esta segunda parte se revisa la totalidad de tópicos relevantes para el análisis *antitrust*: poder monopólico; bienestar; fusiones horizontales; restricciones horizontales; restricciones verticales; conductas unilaterales, abogacía de la competencia y políticas de competencia en industrias reguladas. La tercera parte (“Institutional Assessment of Latin American Antitrust Policy”), que consta de tres capítulos, analiza la *performance* de la política de competencia desde un punto de vista institucional y presenta las conclusiones de las evaluaciones del autor.

Un aspecto fundamental del trabajo de De León es la crítica sin misericordia a los fundamentos económicos bajo los cuales se aplican las políticas de competencia y que, por ende, sirven de estándar normativo sobre el cual se evalúan los mercados y los comportamientos empresariales. Nos referimos al denominado “modelo de competencia perfecta”.

De acuerdo con De León, la utilización de este modelo para evaluar la eficiencia de los mercados resulta una falacia, dado que descansa en una imagen idealizada y estática del mundo. Se trata de una situación irreal, meramente teórica. Una “utopía”, una suerte de Nirvana inalcanzable, imposible de verificar en los mercados reales. Los supuestos del modelo de competencia perfecta, además de irreales, son contradictorios entre sí. Asumir que las empresas son “tomadoras de precios”, enfrentan curvas de demanda planas, poseen información perfecta o actúan en el mercado sin importarles qué hacen o prevén hacer sus rivales, carece totalmente de sentido y no encuentra asidero en la realidad, señala el autor.

De ahí que lo que las agencias de competencia desean que los agentes económicos logren, bajo los designios del modelo de competencia perfecta, dista mucho de lo que aquéllos pueden hacer en realidad. Por eso las agencias tienden a perseguir conductas que, bajo la luz del modelo de competencia perfecta, producen resultados muy alejados de los “óptimos” para la sociedad. Los resultados que las agencias de competencia logran en aplicación de estos estándares son resultados

precisamente contradictorios con los presuntamente buscados, es decir, tienen un efecto antimercado.

La visión de De León contenida en el libro bajo comentario implica alejarse del análisis estático, de corto plazo, basado en la evaluación de eficiencia asignativa, que gobierna el *antitrust* desde los desarrollos de Joan Robinson de los años 30 del siglo pasado. Este análisis, replicado por las agencias de competencia latinoamericanas, se concentra en una evaluación de poder monopólico que basa sus decisiones en el número y tamaño de las empresas (concentración de mercado) y en los efectos de las conductas sobre precios y cantidades. Es decir, un análisis propio del paradigma “estructura-conducta-desempeño” proveniente de la vieja escuela de la Organización Industrial.<sup>2</sup>

Por el contrario, De León postula la necesidad de que la evaluación *antitrust* considere cómo funcionan las empresas y los mercados en la vida real. Esto es, motivados por la obtención de retornos crecientes y de beneficios extraordinarios, situación que, según la visión de Alfred Marshall, redundaría en procesos innovativos que permiten, en el largo plazo, la difusión de eficiencias productivas e innovativas a través de las denominadas “economías externas” marshallianas.<sup>3</sup> De acuerdo con ello, el análisis *antitrust* debe tener un carácter dinámico y considerar las eficiencias que pueden lograr los comportamientos empresariales en el largo plazo (incluso precedidas por pérdidas de eficiencia asignativa en el corto plazo).

Según el autor, privilegiando una búsqueda utópica y bajo un análisis estático, el *antitrust* latinoamericano se ha visto condenado a mantener el *ethos* antimercado existente antes de las reformas neoliberales de los años 80 y 90 de la centuria anterior. La intervención gubernamental bajo tales premisas logra un impacto negativo sobre las instituciones que precisamente podrían promover resultados de mercado en beneficio de la sociedad. Se refiere el autor a instituciones como el derecho de propiedad, la libertad de contratación y el propio Estado de Derecho.

La evaluación de desempeño realizada por De León sobre la aplicación de políticas y leyes de competencia en Latinoamérica arroja resultados poco alentadores. La actuación de las agencias de competencia de la región habría estado signada por decisiones impredecibles, volátiles, no objetivas, discrecionales y poco transparentes.

---

<sup>2</sup> Bain, Joe (1959). *Industrial Organization*. New York: Wiley.

<sup>3</sup> El conocimiento obtenido por las firmas que participan de la industria específica.

Según el autor, las decisiones de las agencias de competencia han aplicado solo formalmente la “regla de la razón”, ante la incapacidad de realizar un balance adecuado de las ganancias o pérdidas de eficiencia. Las agencias se han concentrado en aproximaciones a la existencia de prácticas anticompetitivas a través de la evaluación de la concentración del mercado o el denominado poder monopólico. Las agencias han enfrentado dificultades prácticas de aplicación de estándares legales para la definición del “mercado relevante” como, por ejemplo, la aplicación del test SSNIP,<sup>4</sup> cuya debilidad es puesta de manifiesto con la propia “falacia del celofán” descrita en los libros de *antitrust*. Como otro ejemplo de estas dificultades prácticas, el autor señala la imposibilidad de medir la contestabilidad de los mercados en términos cuantitativos. Finalmente, las decisiones de las agencias *antitrust* estarían signadas por una presunción de ilegalidad y sometidas a la discreción y particulares percepciones del analista o autoridad gubernamental de turno encargado de resolver la investigación *antitrust*.

Toda esta problemática recién descrita ha llevado, según De León, a que la aplicación de las políticas de competencia en Latinoamérica sea una continuación, aunque más sofisticada, del dirigismo, intervencionismo, mercantilismo y proteccionismo propio de nuestros países a lo largo de la historia. La aplicación de las políticas de competencia estaría marcada por la utilización de la intervención gubernamental para proteger a agentes económicos ineficientes, relacionados con grupos de interés, aquéllos con llegada al Gobierno, involucrados en actividades de *rent profit seeking*.

Las críticas de De León a los fundamentos económicos del *antitrust*, así como a la aplicación de las políticas de competencia en Latinoamérica, son en general válidas y reflejan la necesidad de mejorar los criterios y herramientas económicas y legales aplicables por las agencias de competencia a escala internacional. Como ya se ha señalado, el *antitrust* no se ha caracterizado por la solidez y claridad de sus objetivos.

Sin embargo, el entendimiento de la competencia como un fenómeno dinámico, cuyos efectos deben ser evaluados con la óptica de un horizonte de largo plazo, no obsta para mantener una preocupación por la eficiencia asignativa resultado de las prácticas empresariales. De ahí que algunas evaluaciones realizadas por el autor puedan resultar de difícil comprensión por los analistas de la competencia de agencias latinoamericanas preocupados por el bienestar de la sociedad en su

---

<sup>4</sup> Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices.

conjunto. Nos referimos, por ejemplo, a afirmaciones que justifican la coordinación de los agentes económicos ante situaciones de exceso de oferta, o a la evaluación de los casos en los mercados de construcción argentino (ante un alegado “precio razonable” concertado y la ausencia de barreras a la entrada), cemento venezolano o líneas aéreas brasileño; casos en los cuales De León señala que la competencia en precios no es importante y que las empresas desarrollarán competencia en mercados de productos homogéneos a través de otras variables (distribución, marketing, atención al cliente, etcétera).<sup>5</sup>

Hay diversos e importantes motivos, además de los señalados, por los cuales la lectura y estudio de *An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience* es de suma importancia para los profesionales, autoridades y estudiosos del derecho de la competencia. Aspectos específicos como el análisis de las excepciones de las normas de libre competencia en Latinoamérica (contenida en el capítulo 2) o el detalle de la evaluación de los tópicos más relevantes del *antitrust* a través de la experiencia latinoamericana, incluyendo aquéllos sobre el análisis de conductas empresariales específicas (contenidos en los capítulos 4 al 11), o la declaración presente en diversos momentos del libro respecto de que la intervención del Gobierno es la fuente fundamental de las restricciones anticompetitivas. Sin embargo, escapa a los fines de la presente reseña ahondar sobre cada uno de esos interesantes temas, por lo que simplemente se destaca aquí la presencia y relevancia de ellos.

Finalmente, cabe destacar la conclusión de De León en cuanto a que lo que se necesita es algo más que una reformulación del actual paradigma, y mucho más que unas pocas enmiendas a las actuales explicaciones neoclásicas del comportamiento de los mercados. Lo que se requiere es un nuevo paradigma del cual derivar una nueva valoración de los mercados y sus implicancias. De acuerdo con el autor, un renovado enfoque demandará una total reconsideración sobre el propósito de las políticas de competencia como un todo. Las agencias de competencia necesitan reconsiderar sus creencias convencionales. El aprendizaje de reconsiderar sus supuestos básicos es una difícil tarea para los *policy-makers*.

---

<sup>5</sup> El análisis de los casos en mención está contenido en el capítulo 12, pp. 476 y 477.