

LOS LÍMITES QUE ENFRENTA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LATINOAMÉRICA

JULIÁN PEÑA

Profesor de Derecho de la Competencia en la Universidad de Buenos Aires.
Fundador del Foro de Competencia. Abogado.

ÁREA DO DIREITO: Internacional

RESÚMEN: Aunque Latinoamérica es un concepto amplio que cubre muy diferentes situaciones a nivel país, es posible señalar algunos límites en común al desarrollo de las leyes de defensa de la competencia en la región. Estos límites son mayormente culturales, políticos, económicos e institucionales. El objeto de este artículo es analizar cada uno de estos límites para poder evaluar el desafío que significa implementar políticas designadas para un contexto diferente sin realizar los ajustes necesarios según la realidad de cada país.

PALABRAS CLAVE: América Latina – Políticas de competencia – Consenso de Washington – Límites culturales – Límites políticos – Límites económicos – Límites institucionales.

ABSTRACT: Although Latin America is a broad regional designation that covers very different situations at the country level, it is possible to point to some common limits to the development of competition law in the region. These limits are mainly cultural, political, economic, and institutional. The purpose of this chapter is to analyze each of these limits in order to assess the challenges faced by implementing policies designed for a different context without making the necessary adjustments to the reality of each country.

KEYWORDS: Latin America – Competition policies – Washington Consensus – Cultural limits – Political limits – Economic limits – Institutional limits.

Muchos países latinoamericanos¹ en los últimos años han “descubierto” o “redescubierto” las Leyes de Defensa de la Competencia. Hasta los inicios de la década de los años 90 muy pocos países de la región contaban con tal regulación y aquellos que sí, tenían un bajo registro de observancia. Es durante la década de los años 90 que las leyes de defensa de la competencia en gran parte de los países latinoamericanos se modernizaron y en algunos otros se

1. Versión adaptada y actualizada de PEÑA, Julián. The Limits of Competition Law in Latin America. En: LIANOS, Ioannis; SOKOL, D. Daniel (eds.). *The Global Limits of Competition Law*. Stanford University Press, 2012.

promulgaron como consecuencia de la adopción de los principios de lo que es conocido como el “Consenso de Washington”.

A dos décadas del comienzo de este proceso, el estado de desarrollo de las políticas de competencia en la región es en muchos casos diferente al esperado por quienes las impulsaron originalmente. La forma en que se regula la competencia difiere significativamente entre gran parte de los países latinoamericanos y los países desarrollados. Irónicamente, sin embargo, incluso en países en los que el gobierno ha sido crítico de las políticas del Consenso de Washington, se considera a las políticas de defensa de la competencia como uno de los pilares de sus políticas públicas.

Aunque Latinoamérica es un concepto amplio que cubre muy diferentes situaciones a nivel país, es posible señalar algunos límites en común al desarrollo de las leyes de defensa de la competencia en la región. Estos límites son mayormente culturales, políticos, económicos e institucionales. El objeto de este artículo es analizar cada uno de estos límites para poder evaluar el desafío que significa implementar políticas designadas para un contexto diferente sin realizar los ajustes necesarios según la realidad de cada país.

LÍMITES CULTURALES

Falta de cultura de competencia

Los países latinoamericanos no tienen una cultura de la competencia. Desde los orígenes coloniales se ha venido forjando un sistema institucional eminentemente anti-mercado donde el gobierno es omnipresente. Tal como lo señala Ignacio de León, “el colonialismo mercantil era una respuesta natural al incremento de militarización impulsado por la colonización de las Indias y la gran cantidad de civilización indígenas que debían ser cristianizadas (...). La proliferación de monopolios legales era un resultado natural de este proceso”.²

Si bien las ideas de libre mercado inspiraron a la mayoría de las constituciones latinoamericanas del siglo XIX, desde 1920 hasta la década de 1980, la vasta mayoría de los gobiernos de la región siguieron un paradigma de fuerte intervención estatal en el mercado.³ Los dos pilares de las políticas

2. DE LEÓN, Ignacio. *An institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience*. Países Bajos: Kluwer Law International, 2009. p. 11.

3. PEÑA, Julián. *Competition policies in Latin America, Post-Washington Consensus*. Philip Marsden ed, *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Inglaterra: Edward Elgar publishing limited, 2006. p. 732-757.

de desarrollo en Latinoamérica durante esos años han sido la protección de la industria local de la competencia extranjera y la regulación del mercado interno. La mayoría de los países de la región adoptaron medidas durante este período que incluyeron: (1) control de precios y de cambio, (2) gran cantidad de empresas pertenecientes al Estado, (3) fuertes incentivos gubernamentales para promover la producción de ciertos bienes o en ciertas regiones, (4) restricciones a la inversión extranjera, y (5) altas barreras comerciales para implementar mecanismos de sustitución de importaciones.

Desde los fines de la década de los años 80 (y por lo menos hasta los fines de la década de los 90), los países latinoamericanos implementaron políticas pro-mercado incluidas en lo que se ha denominado el "Consenso de Washington". En particular, los diferentes países, a su propio paso y manera: (1) desregularon su economía, (2) privatizaron las empresas estatales, (3) eliminaron subsidios estatales, (4) recibieron fuertes ingresos de inversión extranjera, (5) liberaron su comercio exterior, e (6) implementaron legislaciones de defensa de la competencia. Este cambio pendular del paradigma económico no fue el resultado de una drástica autoevaluación y reconocimiento de los problemas ocasionados por la aplicación del paradigma anterior, sino que el resultado de conjunto de "recomendaciones" de las instituciones financieras internacionales basadas en el Consenso de Washington, que requerían ser seguidas por diferentes países a fin de poder obtener un alivio financiero.

El fracaso de las políticas del Consenso de Washington para proveer un desarrollo sustentable con bienestar social en la región resultó, en un regreso al paradigma del fuerte intervencionismo estatal. Desde el retorno a un mayor intervencionismo en la región, no ha habido un paradigma común, pero sí diferentes acercamientos al mismo. Con el comienzo de la crisis mexicana de diciembre de 1994, un punto de inflexión en el desarrollo de políticas ocurrió en la región. En 1998, el desencanto con las políticas del Consenso de Washington comenzó a materializarse. Después la economía regional comenzó a deteriorarse como así también el soporte político para el proceso de reforma estructural. Desde entonces, los ciudadanos de Venezuela, Ecuador, Brasil, Argentina, Bolivia y Uruguay han, entre otros, elegido como presidentes a los candidatos que tenían, al menos en su discurso político, una posición anti Consenso de Washington.

En lugar de tener un nuevo consenso positivo, existe hoy un mero acuerdo acerca del fracaso de las políticas del Consenso de Washington para poder resolver los históricos problemas de desarrollo en la región. Gran parte de los gobiernos latinoamericanos sostienen que un modelo basado en lo fiscal sin

equidad ni conciencia social no puede ser un camino legítimo hacia integrar a la región en un mundo globalizado.

Sin embargo, actualmente existen tantos caminos alternativos como países en la región. El rol de la intervención del Estado es un tema crucial que ha sido interpretado de manera diferente a lo largo de toda la región. Una respuesta común a la crisis del Consenso de Washington está caracterizada por una presencia más fuerte del Estado en el mercado. La diferencia está, sin embargo, en el grado de este retorno al Estado intervencionista, variando sustancialmente entre los diversos países de la región.

Dirigismo gubernamental, corporativismo institucional y proteccionismo

La larga tradición de dirigismo gubernamental ha resultado en un corporativismo institucional. De acuerdo a De León, “el corporativismo latinoamericano sigue un formato de organización impuesto ‘desde arriba’ por el gobierno y fue institucionalizado con anterioridad a la consolidación del capitalismo industrial o a cualquier movimiento social autónomo”.⁴ La fuerza de este corporativismo se ve reflejada en las varias excepciones a la aplicación de las leyes de defensa de la competencia que se pueden observar en los diferentes países de la región. Estas excepciones que, como señala De León, en algunos países cubren por encima del 60% del PBI, evidencia “que las leyes de defensa de la competencia están profundamente influenciadas por el corporativismo institucional y la fragmentación de los derechos de la propiedad que han influenciado a la realización de políticas en la región”.⁵ Ejemplos de excepciones a las leyes de defensa de la competencia incluyen o incluyeron a los productores agropecuarios (Venezuela), servicios públicos (Costa Rica y Colombia), o industrias nacionalizadas (Chile y México, entre otros).

Históricamente los países latinoamericanos han implementado políticas proteccionistas. Los esquemas de sustitución de importaciones impuestos a lo largo de toda la región son solo uno de los muchos mecanismos utilizados por los gobiernos latinoamericanos a lo largo del tiempo para proteger la industria local de competencia extranjera. El cambio pendular hacia la liberación del comercio durante la década de los 90 generó un severo daño a la industria local que tardíamente enfrentó competencia, sin un periodo suficiente de transición. Los países latinoamericanos crearon acuerdos comerciales

4. DE LEÓN, supra nota 1, p. 586.

5. Ídem, p. 50.

regionales (por ejemplo Mercosur y la Comunidad del Caribe – Caricom) o relanzaron acuerdos ya existentes (por ejemplo: la Comunidad Andina) durante los años 90. Por otra parte, se llevaron adelante negociaciones por lograr acuerdos de libre comercio más amplios (como por ejemplo Área de Libre Comercio de las Américas – Alca, o las negociaciones para un acuerdo Unión Europea-Mercosur) y los países latinoamericanos adhirieron a la Ronda Uruguay firmados en Marrakech, que constituyeron la base para la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Este desarrollo condujo a una fuerte contra-reacción por parte de los empresarios locales quienes demandaron al gobierno que implemente políticas proteccionistas a favor de la industria doméstica. Consecuentemente, durante la primera década del nuevo siglo, los acuerdos comerciales regionales sufrieron varios contratiempos, los proyectos de libre comercio más amplios se congelaron, y muchas barreras de naturaleza no comercial se erigieron. Este desarrollo redujo de manera significativa el potencial de entrada de firmas extranjeras.

Sin embargo, el nuevo cambio hacia el proteccionismo no ha sido el mismo a lo largo de la región. Cada país latinoamericano ha adoptado una actitud diferente respecto al paradigma a seguir post-Consenso de Washington, desde meras declaraciones a fuertes medidas proteccionistas. El grado de proteccionismo también ha variado en intensidad a lo largo del tiempo, en lo que la crisis financiera internacional de 2008 ha tenido un impacto relevante en la adopción de estas medidas.

Por muchas décadas, los empresarios fueron inducidos a negociar con los funcionarios gubernamentales para obtener autorización para fijar precios o incrementarlos. Esta práctica obligó a los competidores a encontrarse entre ellos y negociar una estrategia en común. Algunas industrias fueron reguladas y tenían agencias gubernamentales especiales que fijaban precios y cantidades (por ejemplo: carne, azúcar y granos). En otras industrias, para luchar contra la inflación, el gobierno fijaba acuerdos de precios con los empresarios y trataba estos acuerdos como necesarios y beneficiosos para los consumidores. Aunque estos acuerdos fueron difíciles de controlar, se han formado varias generaciones de empresarios de la región en la práctica de acordar precios con sus competidores bajo el consentimiento del gobierno.

La combinación de desregulación y aplicación de las leyes de defensa de la competencia durante los años 90 creó dificultades para los empresarios locales, ya que ellos no estaban preparados para un cambio abrupto en la práctica de fijación de precios. En décadas anteriores, era más rentable para los empresarios gastar más tiempo y recursos cabildeando funcionarios gubernamentales por precios y

medidas proteccionistas que invertir en mejorar su competitividad. Irónicamente, ha habido casos en diferentes países donde la agencia de defensa de la competencia ha abierto investigaciones en casos de acuerdos de precios o cuotas consentidos por gobiernos anteriores (por ejemplo Argentina y Brasil), aunque no se conocen casos en los que las multas hayan sido efectivamente impuestas.

Durante décadas los mercados latinoamericanos han sido protegidos de la competencia extranjera. En muchos mercados no existía la competencia de precios. Consecuentemente, los empresarios latinoamericanos no contaban con incentivos para la innovación. Esto derivó en bajos niveles de inversión, investigación y desarrollo. Esta situación se agravó a sí misma por una insuficiente protección de los derechos de propiedad intelectual, e ineficientes y a veces no existentes políticas de gobierno para promover la inversión. Además, la existencia de restricciones en la transferencia de tecnologías, en las importaciones de bienes capitales y nuevas tecnologías conjuntamente con un conjunto al acceso limitado a mercados financieros, creó una situación que desincentivaba la innovación.

La presencia del Estado en el mercado en Latinoamérica ha sido muy fuerte desde tiempos coloniales. Esta presencia se ha manifestado en controles de precios, empresas estatales (particularmente de utilidades), subsidios gubernamentales para promover la producción de ciertos bienes o en ciertas regiones, y barreras de mercado, entre otras medidas de intervención. Los gobiernos también han implementado leyes restringiendo y regulando sobre la inversión extranjera a fin de restringir la entrada a nuevos competidores.⁶ Las consecuencias de estas políticas implementadas durante varias décadas resultaron, en general, en el desarrollo de industrias obsoletas y gobiernos altamente endeudados, terminando en lo que se denominó “la década perdida” de los años 80.

Diferentes valores sociales y comportamientos de mercado

La existencia de diferentes valores sociales tiene una influencia significativa en el éxito de la adopción de políticas de competencia en Latinoamérica ya que el sistema de valores en que ésta regulación existe repercute en la manera en que se aplica. La legislación de defensa de la competencia ha sido desarrollada originalmente en los Estados Unidos, donde el sistema de valores está forjado en las bases del protestantismo. Para esta religión, la competencia es un camino natural para alcanzar el éxito requerido por la predestinación del calvinismo.

6. NAIM, Moises. Does Latin American Need Competition Policy to Compete? En: NAIM, Moises; TULCHIN, Joseph. *Competition Policy Deregulation, and Modernization in Latin América*. Estados Unidos, Lynne Rinner Publishers, 1999. Cap. 2.

Por el contrario, en América Latina los países han tomado valores católicos traídos por los conquistadores españoles y portugueses. Basados en este sistema de valores, el éxito individual es relegado a una justicia social, a priorizándose la familia y la amistad. También, el éxito individual no es necesariamente percibido por la sociedad como algo positivo y generalmente provoca falta de confianza hacia personas que hayan alcanzado dicho éxito.

Las diferencias en el sistema de valores ayudan a explicar las dificultades encontradas al introducir los programas de clemencia en la región. En las sociedades latinoamericanas el "chivato" es visto como el peor paria social. Este diferente valor social es visto incluso desde edades tempranas. Por ejemplo, los compañeros de curso en la escuela condenan al "soplón" que denuncia a un compañero frente a su maestro por realizar trampa, mientras que el tramposo no recibe ninguna sanción social por parte de sus compañeros.

Los participantes del mercado en Latinoamérica se comportan diferente a como lo hacen los participantes en Europa o Estados Unidos. La existencia de una fuerte competencia por parte del mercado informal y la existencia de inestabilidad económica o inflación tienen una relevante influencia en el comportamiento de los participantes del mercado, tanto del lado de la demanda como del de la oferta. La dificultad de acceso al sistema financiero, hábitos de consumo local e insuficiente infraestructura de transporte también impacta el comportamiento del mercado. Los hábitos de consumo, distancias, infraestructura de transporte y competidores son sustancialmente diferentes en Estados Unidos, Europa y Latinoamérica. Además, realizar un análisis de acuerdo a las leyes de defensa de la competencia de una jurisdicción en otra, puede llevar a conclusiones que pueden ser negativas para los consumidores. También, el nivel de sustituibilidad en la determinación del mercado relevante debería también reflejar las peculiaridades de los hábitos locales. Con menos recursos económicos, los consumidores latinoamericanos quizás sean más abiertos a tomar un producto alternativo que un consumidor de un país desarrollado. La adopción por parte de las agencias latinoamericanas de defensa de la competencia de conceptos de mercados relevantes extranjeros puede también llevar a conclusiones incorrectas y hasta contraproducentes.

LÍMITES POLÍTICOS

Larga tradición de creencias anti-mercado

Desde hace décadas, gran parte de los gobiernos latinoamericanos se encuentran acostumbrados a desconfiar del mercado. Como resultado de ello, en nombre de la justicia social, los gobiernos han subordinado el mercado a

varios mecanismos de control. Podría sostenerse que estas creencias nunca han desaparecido. El hecho de que, después del final de la década del Consenso de Washington, políticas pro-mercado (como por ejemplo las leyes de defensa de la competencia) sean apoyadas fuertemente por gobiernos populares sugiere que aunque los términos económicos puedan parecer similares, los conceptos han cambiado sustancialmente. Como Ignacio de León sostiene, las leyes de defensa de la competencia probablemente se hayan convertido en una herramienta moderna y políticamente correcta para que los gobiernos latinoamericanos puedan intervenir en el mercado.

Un claro ejemplo que apoya esta tesis es la forma en la que en la década pasada los gobiernos latinoamericanos introdujeron muchas consideraciones no convencionales del análisis antitrust en la forma en la que aplicaron sus leyes de defensa de la competencia. Las consideraciones sociales han sido mezcladas con el análisis técnico de conductas anticompetitivas y en los casos de control de fusiones. La introducción de estas consideraciones sociales ha incrementado significativamente la discreción de las agencias de defensa de la competencia. Tal como Bullard sugiere, este tipo de consideraciones introducen la idea de “conveniencia social” al momento de resolver conflictos en una forma particular, de acuerdo con la coyuntura.⁷ Esto ha sido reflejado en una postura más flexible de las autoridades hacia ciertas conductas anti-competitivas. Bullard argumenta asimismo que el problema para un político populista que quiere tomar una posición fuerte contra un cártel es que el va a ver su poder discrecional reducido y esto es no conveniente políticamente.

Un ejemplo de cómo consideraciones ajenas a la defensa de la competencia han sido introducidas en casos de control de fusión es en el caso de la fusión de la única compañía de transporte de energía eléctrica entre Brasil y Argentina, de origen brasilero en el año 2002. La transacción, que incluyó la adquisición de otras compañías, derivó en que los Presidentes de Argentina y Brasil hayan subordinado la aprobación de la operación a un acuerdo realizado por Petrobras para desprenderse de la empresa, dado que por temas de seguridad una compañía brasilera no podía controlar tal activo estratégico en Argentina. Si bien no había motivos de preocupación desde el punto de vista de la defensa de la competencia, se utilizó el control de fusiones para lograr un objetivo de otra índole.

7. BULLARD, Alfredo. El Regreso del Jedi (o de la discrecionalidad en la aplicación de las Normas de Libre competencia). *Themis*. Asociación Civil Themis, 2003. n. 47, p. 128-129.

En Perú, la regla de la razón ha sido interpretada de una manera tan flexible que ahora un cártel puede ser legal si el Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) lo encuentra razonable, aplicando una regla de la razón *sui generis* que no contempla, por ejemplo, elementos de poder de mercado. En otros casos, la agencia peruana ha obligado a una compañía de energía a permitir a un operador de cable a usar su red de energía porque el “ejercicio de la autonomía privada de la que gozan los particulares (...) no puede perjudicar la igualdad entre los competidores ni los intereses legítimos de los consumidores”.⁸ En otras palabras, se invocó la ley de defensa de la competencia con el fin de forzar a la compañía a hacer algo en contra de su voluntad, sin tener en cuenta la no existencia de una conducta anticompetitiva. El Indecopi también ha interpretado la Ley de Defensa de la Competencia en formas no convencionales. En otro caso, por ejemplo una Sala de Apelaciones peruana revocó un fallo de la comisión indicando que una sucursal bancaria era una facilidad esencial. En el mismo sentido, el tribunal revocó otra decisión de Indecopi interpretando a un “precio excesivo” como un comportamiento prohibido por la Ley de Defensa de la Competencia,⁹ algo similar a lo ocurrido en México en el caso Nestlé en 2001 y en Chile en, al menos, dos casos. En Brasil, el Consejo Administrativo de la Defensa Económica (Cade) denegó la fusión Nestlé-Garoto, donde la Secretaría de Derecho Económico (SDE) y la Secretaria de Acompañamiento Económico (Seae) introdujeron el elemento del bienestar social en su análisis.¹⁰

Un caso más paradigmático sea quizás el Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que la Asamblea Nacional de Venezuela comenzó a debatir en 2012. En dicho proyecto se incorpora la expropiación como una de las posibles sanciones a conductas contrarias a la ley. Asimismo, el proyecto de ley ha sido presentado como un instrumento que sirve para la “transición al socialismo”.

Otro ejemplo de lo expuesto es la Ley de Control de Regulación del Poder de Mercado de Ecuador del año 2011, lo cual permite al Presidente de la República participar en el mercado acordando precios o permitiendo conductas

8. Ídem.

9. OCDE. *Competition Law and Policy in Peru: A Peer Review*. OECD & Inter American Development Bank, *Competition Law and policy in Latin America*. Francia: OECD, 2006. p. 323-402.

10. Secretaria de Acompanhamento Económico, Parecer técnico n. 196. Rio de Janeiro, 07.10.2002. p. 38.

anticompetitivas que favorezcan a los consumidores, entre otras prerrogativas similares.

Existencia de otras prioridades políticas

La protección de la competencia es un objetivo que debe ser evaluado por diferentes gobiernos en conjunto con los otros objetivos políticos y debe determinar su nivel de prioridad considerando las necesidades de cada jurisdicción en particular en cada momento. Por lo tanto, dado que las leyes de defensa de la competencia son sólo uno de los diversos instrumentos con los que el gobierno cuenta para implementar su política económica, es muy común en países en vías de desarrollo (tales como los latinoamericanos) encontrar gobiernos que releguen la aplicación de las Leyes de Defensa de la Competencia con respecto a otras prioridades como la protección de la demanda de trabajo, la lucha contra la inflación, la pobreza o la atracción de inversiones extranjeras.

En países con importantes niveles de inflación hay ejemplos de la subordinación de políticas de la competencia en referencia a medidas anti-inflación. En Argentina, por ejemplo, el gobierno ha promovido varios acuerdos de precios máximos con diferentes sectores (mayormente productos de consumo) para evitar la inflación e inclusive ha comenzado a vender garrafas de gas para establecer “precios testigos” y reducir costos para grupos de bajo ingreso. Por otra parte, Argentina provee un ejemplo de cómo la aplicación de las leyes de defensa de la competencia puede ser mal interpretada como una herramienta de anti-inflación. En 2005, el Ministro de Economía anunció la imposición de multas para empresas de oxígeno y cemento alegando que realizaban prácticas de cártel, dentro del contexto de un anuncio de una medidas anti-inflación. Por otra parte, en 2010, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) condicionó la aprobación de una fusión al establecimiento de un sistema de monitoreo de precios por un período de 4 años.¹¹

Beneficios a largo plazo vs. Costos a corto plazo

Debido a las significantes limitaciones de capacidad y recursos, los gobiernos latinoamericanos deben priorizar sus metas. Luchar contra conductas anticompetitivas es complejo, caro y demandante de tiempo. Dado el horizonte

11. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Dictamen de concentración 542, 12.08.2010.

de largo plazo de una investigación desde el momento en que ésta es abierta hasta el momento en que la investigación judicial se cierra, el gobierno carece de incentivos para iniciar acciones, ya que es más probable que una futura administración se beneficie políticamente de las eventuales penas contra las firmas infractoras. Incluso si una sanción es impuesta, el impacto a cualquier consumidor individual es difuso y probablemente no sea correctamente reconocido por la población en general. Además, los costos de corto plazo para activar la aplicación de las leyes de defensa de la competencia son muy altos dado los recursos económicos y humanos que requiere una investigación.

LÍMITES ECONÓMICOS

Latinoamérica es quizá demasiado amplia como región para poder realizar el análisis desde una única perspectiva económica. Las diferencias significativas de tamaño y niveles de desarrollo económico de los diferentes países latinoamericanos son grandes impedimentos para poder alcanzar conclusiones que sean válidas a nivel regional. Sin embargo, existen ciertas características comunes que, aunque no son verdaderas para la región entera, son representativas de la vasta mayoría de los países latinoamericanos.

Algunas de estas características comunes también representan límites económicos al desarrollo de políticas a favor de la competencia en Latinoamérica, como por ejemplo la existencia de mercados pequeños altamente concentrados, la fuerte presencia de una economía informal, los escasos recursos gubernamentales, una fuerte inflación y la existencia de una insuficiente información del mercado.

Mercados pequeños altamente concentrados

Gran parte de los países latinoamericanos tienen mercados internos pequeños dado los altos niveles de pobreza con los que cuentan por una ineficiente distribución de la riqueza. La existencia de niveles significativos de pobreza reduce el tamaño del mercado, ya que un gran parte de la población no es capaz de participar en la economía formal. Como resultado de ello, el mercado que se debe analizar no es pues la población entera, sino que una parte reducida de ésta, incluso en países con una gran población. El tamaño pequeño del mercado crea una dinámica de mercado de pocos jugadores para poder ser económicamente viable. Así, los mercados latinoamericanos son, en general, muchos más concentrados que los propios de los países desarrollados.

Como resultado de ello, instrumentos de la defensa de la competencia diseñados para países desarrollados como ser el índice Herfindahl-Hirschmann

(HHI, según sus siglas en inglés), si sus umbrales para considerar concentrado un mercado se aplican en los mercados de la región sin considerar sus dimensiones del mercado local, pueden inducir a conclusiones erróneas. Lo mismo es verdad en referencia a los estándares para analizar la existencia o no de una posición dominante. Como Ibarra explica, las consideraciones de eficiencia en economías o mercados imperfectos deben pesar más que en economías desarrolladas, y otros factores como barreras de acceso y la contestabilidad del mercado debería ser especialmente enfatizada en un análisis de defensa de la competencia.¹² Por otra parte, las fusiones en mercados pequeños quizás sean necesarias para competir más eficientemente con las importaciones.¹³

Fuerte presencia de una economía informal

Una característica común entre las economías latinoamericanas, es la presencia de altos niveles de informalidad. En una investigación de Latinoamérica, *The Economist* estimó, que al menos la mitad de la población trabaja en una economía informal.¹⁴ Estos números son significativamente más altos que la presencia de economía informal en los países industrializados que es estimada en 15 % del producto bruto interno.

La Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo (OCDE), afirmó en 2009 que la economía informal “refiere a la actividad económica que no cumple enteramente con la ley y regulaciones”¹⁵ y es comúnmente representada por, aunque no limitada a, evasión de impuestos, productos falsificados y bienes de contrabando. Dada la naturaleza de la economía informal, es muy difícil de calcularla correctamente y solamente estimativos muy amplios pueden ser realizados. Los estimativos de la presencia de la economía informal varían significativamente en los diferentes países en general y en diferentes mercados de productos en particular.

Una publicación del Banco Inter-Americano de Desarrollo acerca de la productividad de Latinoamérica en 2010¹⁶ (basado en un informe de McKinsey

12. IBARRA, Gabriel. Límites a la Política de Competencia. *La nueva ley de competencia en Colombia: Análisis del derecho comparado e implicaciones jurídicas y económicas*. Bogotá, 2008. 11-12 (conferencia).

13. Ídem, p. 14.

14. *The Economist*. *Efficiency Drive, A Special Report on Latin America*. 09.09.2010.

15. OCDE. Op. cit., p. 11.

16. Inter-American Development Bank. *La era de la productividad: Cómo transformar las economías desde sus cimientos*. Carmen Pagés ed. Estados Unidos: BID, 2010.

del año 2009) indica que en países como Brasil y Panamá, las compañías declaran sólo un 60% de sus ventas. El mismo estudio indica que casi un 70% de las pequeñas empresas mexicanas no se encuentran registradas (y por lo tanto no pagan impuestos), mientras que en El Salvador este número alcanza al 99% de las pequeñas empresas y un 97% de las grandes empresas. De acuerdo a la OCDE, la cuota de fuerza de trabajo empleada en el sector informal de Latinoamérica varía entre un 40% en Chile hasta un 70% en Bolivia.¹⁷

Ignorar estos hechos generaría una distorsión significativa en el análisis de la defensa de la competencia realizado por las autoridades regionales. Dado que la economía informal no puede ser correctamente calculada, las autoridades de la defensa de la competencia tienden a ignorar su existencia al momento de enfrentar cuotas de mercado. Sin embargo, al ignorar la economía informal, las autoridades están cuantificando a esta en cero, lo que distorsiona el análisis de defensa de la competencia en un sentido mayor que si se considerara un número estimativo. En Argentina, por ejemplo, de acuerdo a declaraciones públicas de funcionarios gubernamentales,¹⁸ un 60% del mercado de calzado deportivo y vestimenta se encuentra relacionado con la economía informal. Sin embargo, al momento de enfrentar el mercado de calzado deportivo, la autoridad de competencia solo ha calculado los números de la economía formal.¹⁹

Importantes niveles de inflación

Los altos niveles de inflación experimentados en distintos países latinoamericanos es también una realidad no contemplada en el diseño de las Leyes de Defensa de la Competencia en países desarrollados. La existencia de inflación distorsiona no solo los precios, sino que también la información del mercado necesaria para analizar un comportamiento anti-competitivo. Altos niveles de inflación anual impiden comparar comportamientos de precios a lo largo del tiempo, dado que los precios continuamente fluctúan en una forma que distorsiona cualquier forma de medida.

Esto es relevante, por ejemplo, en la aplicación de herramientas tales como la prueba conocida como de Pequeños pero Significantes y No Transitorios Incrementos de Precios (SSNIP según sus siglas en inglés) usado para definir

17. OCDE, supra nota 14, p. 21.

18. *Clarín*, 06.03.2005.

19. CNDC, Dictamen de concentración 542, 15.03.2006.

mercados relevantes en análisis de defensa de la competencia. El uso de SSNIP, que es crucial tanto para determinar la existencia de dominancia, pero también para analizar fusiones, en economías con índices de inflación relevantes, estaría entonces distorsionado, ya que basa su definición de mercado relevante en si un hipotético monopolista puede generar ganancias incrementando en un 5% sus precios en por lo menos un año.

Información de mercado insuficiente

Como resultado de las características de la mayoría de las economías latinoamericanas descritas anteriormente (principalmente la fuerte presencia de la economía informal), la información confiable del mercado resulta insuficiente. Muchas veces, las agencias de defensa de la competencia de Latinoamérica tienen que confiar en estimaciones de mercado hechas por las partes, ya que no hay otra forma de medir las cuotas del mercado, con el fin de ajustar el análisis a los estándares importados desde los países desarrollados (como ser el HHI). Esta limitación es también válida para la medición tanto de precios como de cantidades.

Dada la inexactitud de la información económica, las autoridades de defensa de la competencia de la región deben basar su análisis en un diagnóstico irrealista de cómo el mercado se encuentra estructurado, y así se disminuyen las posibilidades de alcanzar conclusiones correctas. Alcanzar conclusiones erróneas en relación a la estructura de mercado no sólo afecta la efectividad del eventual remedio para sobrepasar el atentado contra la competencia, sino que también puede llevar a decisiones que eventualmente reduzcan el estado de bienestar del consumidor.²⁰

LIMITES INSTITUCIONALES

Los países latinoamericanos enfrentan un débil marco institucional para apoyar de manera efectiva la implementación de políticas de competencia. Esta debilidad se refleja en agencias con irregular funcionamiento y que son influenciadas políticamente, un mecanismo de revisión judicial marcado por la falta de

20. Franceschini analiza los efectos en el mercado de diferentes niveles de desinversión ordenados por Cade en Brasil y alcanza la conclusión que los efectos eran tanto neutrales o negativos para el mercado. Ver FRANCESCHINI, José Ignacio. Conditions Imposed by the Cade to the Clearance of Mergers: A Mistaken Paradigm. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, n. 19, p. 61-69. 2004.

insuficiente conocimiento técnico en materia de defensa de la competencia, y un sobre cargado sistema judicial. En línea con esto, el marco institucional para la aplicación de defensa de la competencia en Latinoamérica depende más de la voluntad política de los líderes que en la fuerza del sistema en sí.

Los países latinoamericanos, desde su independencia durante el siglo XIX, han dado históricamente más importancia a seguir líderes fuertes antes que a construir fuertes instituciones. Instituciones débiles imponen menos restricciones a los líderes. Esto es también verdad para agencias de defensa de la competencia. Esta dinámica explica porque las agencias en un principio recibieron más capital humano y recursos económicos pero que eventualmente menos soporte económico y político, justo cuando la agencia comenzaba a adquirir más fuerza. Tal como afirma De León, “en ciertos ajustes institucionales caracterizados por intervencionismo y cooperativismo, tal como aquellos que se pueden observar en Latinoamérica, la compensación entre credibilidad institucional e intervención estatal es particularmente crucial”²¹ y, por lo tanto, como Castañeda concluye “agencias con débil aplicación de la defensa de la competencia, típicas de Latinoamérica, socaban la política a favor de la competencia y dan fuerza al poder de los monopolios destacados”.²²

Procesos administrativos

La mayoría de los gobiernos latinoamericanos han creado agencias de defensa de la competencia dentro de su estructura administrativa, por lo que las agencias carecen de suficiente independencia tanto política como económica. Hay ciertas excepciones parciales en determinadas jurisdicciones (ej. Chile, México y Brasil), pero no hay una jurisdicción donde la aplicación de la defensa de la competencia sea totalmente independiente. De hecho, incluso los Estados Unidos y la Unión Europea tienen marcos institucionales con diferentes niveles de injerencia política. La mayor diferencia es, quizás, el grado de esta influencia y el hecho de que en Latinoamérica la influencia es más política (“politics”) que relacionada a políticas públicas (“policies”).

Aunque más organismos de defensa de la competencia fueron creados o reformados durante la década del 90, varios de los gobiernos latinoamericanos

21. DE LEÓN, *supra* nota 1, p. 533.

22. CASTAÑEDA, Gabriel. *Comments on Bruce M. Owen's Paper: Competition Policy in Latin America*. Center for International Development, Stanford Institute for Economic Policy Research. Stanford, 2003.

intentaron dar fuerza a la independencia de las autoridades de defensa de la competencia. Sin embargo, a lo largo del tiempo, estos organismos han sufrido muchos contratiempos en su independencia. La debilitación del marco institucional para la defensa de la competencia fue realizada mayormente a través de la introducción cambios estructurales tanto en reducción de presupuesto, reformas institucionales, o compromisos políticos y abandonando la experiencia técnica adquirida en la década pasada. Gobiernos de diferentes partidos políticos han decidido, en distintos momentos, reducir el presupuesto de las agencias de defensa de la competencia (por ejemplo Argentina y Perú). La razón detrás de estos cortes podría ser la reducción de presupuesto general dado por una crisis económica, decisiones políticas que determinaron dar una prioridad más alta a otras políticas.

Combinando roles de investigación y de resolución

El marco institucional de gran parte de los países latinoamericanos tiene un potencial problema en combinar dentro de una agencia única los roles tanto de investigación como de resolución de los casos. Este sistema atenta contra el debido proceso dado que un funcionario del organismo de defensa de la competencia se auto inculparía si reconoce que la investigación que él abrió (ya sea por razones técnicas o políticas) es inadecuada. Algunas veces, la apertura de una investigación es seguida por allanamientos o la adopción de medidas cautelares, que generalmente obtienen cobertura de la prensa. Luego de esta exposición pública, las autoridades de la agencia de defensa de la competencia no tienen muchas posibilidades políticas para retroceder y aceptar que no había suficientes razones para iniciar la acción. Por lo tanto, el proceso de investigación se convierte en una formalidad hasta que la agencia toma una decisión administrativa final. El acusado es luego forzado a apelar a la justicia para defenderse correctamente, ya que la agencia no siempre cuenta con la necesaria imparcialidad durante el proceso de decisión en la investigación administrativa. Algunas jurisdicciones tienen separados los roles, tales como por ejemplo en Chile, donde el rol de fiscal lo ejerce la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el de resolución, el Tribunal de Libre Competencia (TDLC).

Los bajos sueldos afectan también la capacidad de las agencias de competencia. Aunque la brecha entre salarios públicos y privados es un problema común en todas las jurisdicciones, en las agencias latinoamericanas la desigualdad es mayor que en los países desarrollados. Esta diferencia es agravada por el hecho de que la demanda por parte del sector privado de la

defensa de la competencia es muy limitada en los países de la región. Por lo tanto, los profesionales especializados en la defensa de la competencia deben moverse a otros sectores para obtener una mejora salarial. Este desarrollo significa que el conocimiento que se adquiere en la materia de defensa de la competencia no es mantenido en el Estado ya que sus funcionarios emigran a otras áreas de práctica.

En el nivel de toma de decisiones, con excepción de México donde el cargo de presidente de la Comisión Federal de la Competencia es de 10 años, muchas autoridades de las agencias de defensa de la competencia enfrentan periodos muchos más cortos (era de 2 años renovables en Brasil para los consejeros del Cade antes de la reforma del año 2011), o sus términos dependen de la voluntad del gobierno (en Argentina, el período del presidente de la CNDC depende enteramente de la voluntad del presidente) ya que tiene rango, nivel y jerarquía de un subsecretario de Estado. Este alto cambio, que sucede tanto en administración y en el analista de casos, reduce la efectividad de programas internacionales de asistencia técnica para agencias. La mayoría de los beneficiarios del programa de entrenamiento probablemente estarán fuera del sistema dentro de pocos años.

El presupuesto insuficiente para las agencias de defensa de la competencia es, seguramente, uno de los mayores límites del desarrollo de esta ley en Latinoamérica. Esta escasez de recursos reduce la posibilidad de obtener y mantener a los mejores economistas y abogados trabajando en la agencia, como así también tener a un número de profesionales con experiencia para poder resolver casos complejos. La introducción del sistema de control de fusiones también impacta la distribución de recursos. El control de fusiones requiere muchos recursos y se aleja de casos de investigación de conductas anticompetitivas.

Tener recursos insuficientes también reduce la posibilidad de las agencias de defensa de la competencia de mantener una intensa abogacía de la competencia, llevando a cabo programas de promoción, y emprender investigaciones de mercado. La complejidad de ciertas investigaciones requiere que la agencia posea ciertas herramientas técnicas que la mayoría de las latinoamericanas no tienen debido a restricción presupuestaria. Además el alto nivel de rotación del personal daña la continuidad de las investigaciones ya que nuevos profesionales continuamente tienen que recibir y continuar lo que otros han iniciado. La falta de soporte técnico interno suficiente aumenta la posibilidad de que se incremente la influencia política externa, ya que las leyes de defensa de la competencia y la política se convierten en menos técnicas. Como resultado, la introducción de elementos en contra de la defensa de la competencia tales

como la preocupación social dentro del análisis de la defensa ha distorsionado la forma en que las Leyes de Defensa de la Competencia han sido aplicada en ciertas jurisdicciones.

Control judicial limitado

En Latinoamérica, la revisión judicial de la aplicación de las Leyes de Defensa de la Competencia ha sido muy limitada en cantidad y alcance. Existen varias razones para explicar este bajo nivel. La mayoría de las razones son estructurales, como por ejemplo un débil sistema judicial y la falta de conocimiento técnico de un marco legal que es muy diferente a lo que los jueces están acostumbrados a analizar. Como resultado, el proceso decisorio toma un largo tiempo y muchas de las decisiones judiciales están ligadas al análisis formal o de procedimental.

Dada la significativa carga e insuficientes recursos económicos y humanos, la mayoría de los países latinoamericanos tienen sistemas judiciales estructuralmente débiles. Aunque algunas reformas han sido realizadas desde 1980 y la introducción de la tecnología ha ayudado, mucho tiene todavía que ser hecho en la mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas para mejorar la eficiencia del Poder Judicial. El insuficiente número de juzgados y el creciente número de casos y su complejidad disminuyen la eficiencia de la actividad judicial en general y de la revisión judicial de los casos relacionados con la competencia.

Otro límite al desarrollo de la defensa de la competencia en Latinoamérica es la falta de suficiente conocimiento técnico en materia de defensa de la competencia por parte de los jueces. Esto se basa en la resistencia de los jueces a entender el razonamiento económico que existe detrás de la defensa de la competencia y debido al acercamiento positivista característico del sistema civil-Romano. Como resultado, los jueces en Latinoamérica tienen limitado su análisis de reglas, en lo que refiere a casos de competencia, a las de proceso y formalidad. Esto es hecho para evitar analizar el análisis económico que se encuentra detrás en la decisión de fondo. La mayoría de los jueces latinoamericanos no están acostumbrados a analizar casos donde conceptos económicos determinan si una conducta es legal o no. Además, los jueces en Latinoamérica están acostumbrados a la aproximación positivista del derecho continental, mientras que en temas de defensa de la competencia, por ser una materia originada en el derecho anglosajón (*common law*), la jurisprudencia es una parte relevante de la trama legal. En otras palabras, no solamente los jueces en Latinoamérica están forzados a adoptar conceptos económicos en su

análisis de casos de defensa de la competencia sino que también están forzados a referirse a la jurisprudencia en un sentido en que no están acostumbrados.

Ha habido un cambio durante los años recientes en algunas jurisdicciones latinoamericanas, principalmente en Brasil, Chile y Argentina, donde debido a la mayor cantidad de casos, tanto en casos de fusiones como de conductas anticompetitivas, los jueces han ganado una mayor experiencia. Consecuentemente, un proceso llamado “judicialización” de las Leyes de Defensa de la Competencia ha comenzado en la región.²³ Franceschini argumenta que la judicialización de la defensa de la competencia en Brasil es un proceso de evolución empírica y que “mientras más atención se preste a la represión del régimen, más particulares perjudicados recurrirán a la Justicia para cuestionar la legalidad o el mérito de la opinión de la Cade”.²⁴ Franceschini incita a los magistrados a tomar exclusivamente el rol de adjudicador en la Ley de Defensa de la Competencia de Brasil, dejando a la Cade como una agencia experta dedicada a asistir a la aplicación judicial de la Ley.²⁵

Una combinación de límites políticos, culturales, económicos e institucionales ha socavado el desarrollo de la defensa de la competencia en Latinoamérica. La mayoría de estos límites no existen en países desarrollados y no fueron contemplados correctamente cuando las leyes de defensa de la competencia fueron adoptadas en la mayoría de los países de Latinoamérica. Esta es la razón por la que la ley en Latinoamérica en teoría luce similar a la de aquellos en países desarrollados, pero su aplicación difiere sustancialmente dados los diferentes contextos económicos, políticos, institucionales y culturales.

A pesar de estos límites, el desarrollo de la aplicación de las Leyes de Defensa de la Competencia en Latinoamérica ha sido significativo en las dos décadas pasadas. Mientras que en algunas jurisdicciones, el nivel de aplicación ha crecido significativamente tanto en cantidad como en calidad, en otras el desarrollo ha sido más errático. En la actualidad muchos de los regímenes de defensa de la competencia han dejado de ser formados principalmente por la asistencia técnica proveniente de parte de organismos internacionales y han comenzado a desarrollarse de acuerdo a su propia experiencia lo cual se refleja en una mayor

23. Ver PEÑA, Julian. Antitrust Enforcement in Argentina Under Stricter Judicial Scrutiny. *The CPI Antitrust Journal*, July 2010 (1), p. 2.

24. FRANCESCHINI, José Ignacio. *Private Competition Enforcement; Is There Room for Cade?* 1st Antitrust Spring Conference, IBA-Ibrac. Rio de Janeiro, 2005. p. 12-13.

25. Ídem.

capacidad de comprensión de la realidad local de cada una de las agencias. El resultado a futuro depende, entonces, principalmente en cómo se logra lidiar con los límites descritos anteriormente, es decir en cómo estos pueden ser observados al momento de planear nuevas estrategias y formar agencias de acuerdo a los límites latinoamericanos, mas no a través de una extrapolación de sistemas ajenos a estos. Implementado o haciendo cumplir las Leyes de Defensa de la Competencia en Latinoamérica sin reconocer y considerar la existencia de estos límites puede producir efectos contrarios a los deseados.

Desde hace dos décadas, el desarrollo de nuevas medidas a favor de la competencia en los países latinoamericanos ha tenido el apoyo explícito de los gobiernos en los niveles políticos más altos, implicando esto grandes repercusiones. Este apoyo no sólo se limita al proveniente de organismos oficiales, sino que también son los medios de comunicación, los profesionales, las organizaciones (siendo por ejemplo el Instituto Brasileño para el Estudio de la Competencia, del Consumo y del Comercio Internacional (Ibrac) la institución pionera en este campo dentro de Latinoamérica) y la academia los que contribuyen al resultado final de las nuevas leyes y su alcance, de esta manera lo que se logra entonces es una interacción interdisciplinaria entre los organismos oficiales del gobierno, los privados, la academia, los jueces y los medios de comunicación. Sin esta interconexión, cualquier esfuerzo individual es insuficiente.²⁶

La voluntad política del gobierno es fundamental, ya que sin la participación de éste en la construcción de una cultura de competencia, cualquier esfuerzo sería en vano. Dentro de la actividad de las instituciones oficiales es crucial que las agencias de defensa de la competencia se concentren en la transparencia de sus procesos de la aplicación de la ley, logrando de esta manera que la defensa de la competencia sea para el sector privado una herramienta de uso predecible.

Para la construcción de políticas las agencias de defensa de la competencia es necesaria una mayor interacción entre los sectores público, privado y académico. Las sinergias creadas por la asociación de estos tres sectores ayudará no sólo a la construcción de un sistema normativo de defensa de la competencia que tenga en cuenta los límites regionales de Latinoamérica, sino también a lograr un mejor entendimiento entre cada uno de los sectores.²⁷

26. PEÑA, Julián. The consolidation of Competition Law in Latin America. *CPI Antitrust Chronicle*. CPI Competition Policy International, 2011. p. 2-4.

27. PEÑA, Julian. Promoting Competition Policies from the Private Sector in Latin America. En: FOX, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition Law and Policy in*

Varias de las nuevas Leyes de Defensa de la Competencia en la región (p.e. Brasil, México y Chile) sin bien han sido influenciadas por ejemplos de leyes extranjeras, esto ha sido un resultado de aprender de la experiencia de otras jurisdicciones, y no de trasplantar “llave en mano” las leyes extranjeras al sistema local. Esto refleja un proceso de maduración que ha tomado lugar durante años en los que el debate internacional sobre la materia se ha desarrollado y ha jugado un rol crucial en la formación de nuevos sistemas de defensa de la competencia. En la década pasada han surgido nuevas instituciones, tales como la International Competition Network, creada en 2001, el Foro Iberoamericano de la Competencia, presentado en España en el año 2002 y el Foro Latinoamericano de Competencia, creado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la OECD en 2003. Más recientemente, se han sumado la Alianza Interamericana de la Competencia y el Centro Regional de Competencia para América Latina, creados en 2010 y 2011 respectivamente. Asimismo, en septiembre de 2013 diversas agencias sudamericanas firmaron la “Declaración de Lima” a fin de crear un nuevo ámbito de intercambio de información y experiencias entre agencias. Estas instituciones han ayudado fuertemente al intercambio de experiencias entre agencias de diferentes países latinoamericanos en temas muy variados.²⁸

En conclusión, el desarrollo de la defensa de la competencia en Latinoamérica, pese a los límites descritos en este artículo, muestra una creciente consolidación. La misma se ve reflejada, por ejemplo, en la forma en que diversos países están cambiando sus respectivas Leyes de Competencia, contando con el apoyo tanto de la sociedad en general, como también de un nutrido y creciente número de especialistas en temas de defensa de la competencia, del cual se carecía en el pasado no muy lejano. El futuro desarrollo de la defensa de la competencia en la región dependerá pues de cómo los sectores público, privado y académico de los distintos países latinoamericanos encuentran soluciones a los distintos límites culturales, políticos, económicos e institucionales.

Latin America. 469-480. Great Britain: Hart Publishing, 2009. 27. PEÑA, supra nota 25.

28. PEÑA, supra nota 26.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Cartelización y relaciones verticales: comentarios sobre tres casos argentinos de defensa de la competencia, de Gérman Coloma – *RIBRAC* 17/354; e
- La defensa de la competencia en la Argentina, de Julián Peña – *RIBRAC* 10/199.