

NOTAS JURÍDICAS

ÚLTIMAS TENDENCIAS EN DERECHO DE LA COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA*

*Luis Fernando Álvarez - Londoño, S.J.***

RESUMEN

Cuando se trata de analizar el derecho de la competencia es fundamental tener en cuenta las variables macroeconómicas que las normas jurídicas antimonopolio y de prácticas comerciales desleales buscan regular, de acuerdo con dictados de justicia y de conformidad con postulados de libertad económica. El análisis de dichas normas jurídicas y de los retos que el actual derecho de la competencia presenta, no debe llevarse a cabo únicamente desde el punto de vista del derecho interno sino que exige y necesita una visión de derecho comparado, y en particular teniendo en cuenta las realidades de países en vías de desarrollo como Colombia, latinoamérica y del Caribe. El presente artículo busca exponer los principales delineamientos del actual conjunto de normas jurídicas de derecho de la competencia, las notas fundamentales de la política de libre competencia y de su necesidad, elemento importante para un ordenamiento eficaz y realista, los retos que presenta desde el punto de vista de las autoridades administrativas, reguladoras y de los abogados que ejercen esta rama, y por último la proposición de puntos de vista y soluciones que podrían contribuir a que el derecho de la competencia fuera más efectivo en regular las distintas situaciones de mercado.

Palabras clave: derecho de la competencia, abogacía, antimonopolio, autoridades regulatorias, América Latina, Caribe, nuevos retos, política de competencia.

*Fecha de recepción: mayo 1° del 2008
Fecha de aceptación: mayo 30 del 2008*

* Artículo producto de investigación de la línea “Globalización y desarrollo del derecho Internacional del Grupo de Investigación del Centro de estudios “Francisco Suárez, S.J.” (CEDI) de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Filósofo, Teólogo y Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho Internacional Público en la Universidad del Rosario-Colombia y en la Universidad de Aristóteles-Grecia. DEA en Derecho Internacional Público de París II. Magister en Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como Director de Posgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: luisfer@javeriana.edu.co

LATIN AMERICA ANTITRUST LAW LAST TRENDS

ABSTRACT

When tackling the analysis of competition law and antitrust law, it is very important to take into account the macroeconomic variables that antitrust and unfair competition juridical norms seek to regulate in accordance to dictates of justice and as per postulates of economic freedom. The analysis of such norms and of challenges that current antitrust law present, shall not take place only from the domestic law viewpoint but it actually requires a comparative law view and in particular the noticing of realities of developing nations such as Colombia and other Latin American and Caribbean nations. The present manuscript seeks to lay out the main features of the current set of juridical norms of competition law, the presentation of the principal characteristics of antitrust and free competition policy and of its necessity, a fundamental element for an effective and realistic order, challenges it has from the point of view of administrative and regulatory authorities, and of practicing counsel and attorneys, and finally, points of view and solutions that may contribute to antitrust law being more effective in regulating different market situations.

Key words: *competition law, law practice, antitrust, regulatory authorities, Latin America and the Caribbean, new challenges, antitrust and competition policy, competition*

INTRODUCCIÓN

Una de las especialidades de las ciencias jurídicas en relación con la economía que más ha tenido desarrollo en los últimos decenios es, sin lugar a dudas, el derecho de la competencia¹. Puede decirse que con mayor afán, en los últimos cuarenta años, alrededor de unas cincuenta economías en proceso de transición han creado nuevos sistemas de política de competencia o han reactivado sus legislaciones haciéndolas eficientes ante las infracciones anticoncurrenciales².

1 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Derecho antimonopolio y de defensa de la competencia*, T. 1, Ed, Heliasta. Buenos Aires, 2005. Kovacic, William E. Getting started: Creating new competition policy institutions in transition economies, En: *Brooklyn Journal of International Law*. vol. 23. 1997.

2 Entre estas se pueden encontrar: Albania, Algeria, Argentina, Belarus, Brasil, Bulgaria, Chile, República Checa, República Dominicana, Estonia, Gabon, Georgia, Hungary, India, Ivory Coast, Jamaica, Kazakhstan, Kenya, South Korea, Latvia, Lithuania, Moldova, Mongolia, Panamá, México, Ecuador, Perú, Colombia, Poland, Romania, Russia, Slovak Republic, Slovenia, South Africa, Sri Lanka, Taiwan, Thailand, Tunisia, Ukraine, Venezuela, y Zambia.

Diferentes organizaciones internacionales han influido notoriamente en este proceso como lo son la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), la Comunidad Andina de Naciones (CAN), el Banco Mundial (BM), la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE), y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), todas en procura de un mercado más amplio para las transacciones de bienes y servicios, y principalmente, con unas reglas más homogéneas que sustenten el margen de acción de los agentes económicos, como motores del crecimiento y el desarrollo dentro de las regiones.³

También es necesario reconocer que la celebración de tratados bilaterales y multilaterales de comercio ha estimulado la necesidad de generar reglas y legislaciones que protejan la libre competencia para alcanzar los fines que se propone bajo esos mismos tratados de libre comercio.

Los países que han pasado por procesos de transición, como Colombia, han asumido una orientación occidental (por referencia a los países más desarrollados) del derecho de la competencia, direccionados principalmente por comisiones especiales o por acuerdos con la banca multilateral, como también por las referencias de los creadores de las políticas a los modelos normativos e institucionales como el estadounidense y el europeo⁴. Estos procesos no se pueden entender pacíficos, pues no se puede olvidar que, tanto el régimen americano como el europeo tienen sus raíces y desarrollos muy arraigados a su cultura, ambos con matices muy propios en sus medios y fines⁵.

Muchas veces se ha criticado los regímenes de la competencia de los países en transición, sobre todo por aquellos que dirigen las mismas políticas de competencia y comercio para estos países, tal vez olvidándose por un lado, de los traumatismos, el tiempo y los desarrollos que sobre la marcha se han realizado en cada uno de los países modelo de regulación de la competencia, como de la ausencia de cultura de la competencia en estos países⁶.

También es importante reconocer que todos estos procesos de implementación, desarrollo y práctica de la libre competencia han tenido progresos disímiles en nuestra

3 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. *El derecho de la competencia en América Latina y el Caribe*. Para publicación en el 2007.

4 OECD Global Forum on Competition. Challenges/obstacles faced by competition authorities in achieving greater economic development through the promotion of competition. Contribution from the United States. Ccnm/gf/comp/wd(2004)30. del 5 de febrero del 2004.

5 CALVO CARAVACA, ALFONSO y CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*. Ed. COLEX. 2003. Madrid. págs. 243 y ss.

6 KOVACIC, WILLIAM E. Getting started: Creating new competition policy institutions in transition economies, En: *Brooklyn Journal of International Law*. Vol. 23. 1997.

región. Por un lado, los países del cono sur, como se verá más detenidamente, tienen años de desarrollo y trabajo con políticas de libre competencia, en especial Chile, Argentina, Uruguay y Brasil; y de la parte norte de América del Sur, como Venezuela, Colombia y Perú han implementado políticas de competencia y siguen trabajando en su modernización, como en la generación de cultura o abogacía de la competencia. Del otro lado se encuentran países como Ecuador, Bolivia y Paraguay que carecen completamente de legislación propia sobre libre competencia, o apenas comienzan con ella o en su defecto asumen normas regionales (CAN) para que se entienda que hay interés sobre la materia.

Se ha sostenido, casi sin discusión, que los procesos que se han adelantado en la región en materia de libre competencia obedecen a la transformación macroeconómica que se ha dado en las últimas décadas, pasando de un modelo cepalino de sustitución de importaciones a un modelo comercial que usualmente se relaciona con el modelo del Consenso de Washington propuesto y organizado por JOHN WILLIAMSON⁷, pero que en la realidad se ha visto matizado por la intervención de economistas del Banco Mundial, como también por académicos y políticos latinoamericanos y extranjeros, que han participado en la implementación de las diferentes políticas comerciales.

En materia de política de la competencia, la desregulación económica, la apertura comercial, las privatizaciones y los diferentes acuerdos comerciales, bajo estructuras regionales y/o bilaterales, han motivado e impulsado la necesidad de conjuntos normativos e instituciones que regulen, controlen y vigilen el desenvolvimiento de los diferentes agentes económicos en los mercados, sin infringir la condición fundamental de la libertad económica dentro de un ambiente de función y responsabilidad social⁸.

Actualmente, es muy común encontrar legislaciones protectoras de la competencia que hacen alusión u obtienen su sustento en los bastiones del derecho de la competencia, en el sentido de cuerpos normativos, instituciones y prácticas decisorias, como el estadounidense o el europeo, o en países como Alemania, España, Francia, Canadá, Australia, etc., que refuerzan tesis para la generación de políticas de libre competencia que se amolden de forma más precisa a la idea

7 WILLIAMSON, JOHN, *What Washington means By policy reform*, Chapter 2 From Latin American Adjustment: How Much Has Happened?, Edited by John Williamson, 1990.

8 CELANI, MARCELO y STANLEY, LEONARDO. *Política de competencia en América Latina*, Ed: CEPAL – Serie: Desarrollo Productivo. 2003. Es importante reconocer que desde 1919 en Argentina, 1934 en México, 1959 en Colombia y Chile, 1962 en Brasil, en la región se tenían algunos desarrollos sobre la política de competencia, si bien parece que desarrollan principios de naturaleza comercial y civil, su naturaleza era enfrentar comportamientos anticompetitivos y desleales. En todo caso, la falta de una cultura de competencia y de autoridades que entendieran el tema, no hicieron demorar a estas legislaciones para que se convirtieran en letra muerta o en un dolor de cabeza para las autoridades, para que durmieran por años en el rincón de las regulaciones inaplicadas.

de lo que en cada lugar se considera o se espera que el derecho de la competencia deba ser y hacer. De otro lado, es necesario reconocer que el principal motor y objeto irremplazable de las políticas de competencia es la actividad industrial, comercial y de servicios que se da en los Estados, pues si las economías no se encuentran en crecimiento bajo la idea de libre mercado, la política de competencia no podrá actuar y lograr que los mercados sean competitivos. Este efecto puede describirse en aquellas economías eminentemente encuadrables en el sector primario, determinadas por la alta participación de este sector en el total del producto interno bruto (PIB) y caracterizado por sus costos crecientes a escala y la homogeneidad en los bienes⁹.

Los países en vías de desarrollo, en grandes rasgos, presentan o han presentado tipologías muy comunes de violaciones a la normativía de protección de la competencia. Estas prácticas se sustentan por factores asociados a cinco condiciones: la primera, se encuentra delimitada por el tamaño de los mercados, los cuales no representan la participación o concurrencia de competidores y que pocos agentes económicos alcanzan grados de eficiencia significativos; la segunda, se puede enmarcar dentro de las limitaciones al capital para emprender industrias diferentes de las ya establecidas; la tercera, se encuentra en la concentración política e industrial bajo representaciones difíciles de separar, donde las instituciones públicas se encargan de generar protecciones a las empresas ya existentes; en cuarto lugar, una estructura industrial sin alto contenido tecnológico y fundamentada en procesos productivos con pocas posibilidades de modernización tecnológica; y por último, la ausencia de cultura empresarial competitiva, que pretende lograr mayores beneficios en sectores con tradiciones bajo actividades de *lobby*.

Lo anterior confirma la tesis que establece que la eficacia de las normas protectoras de la libre competencia está directamente vinculada con la existencia de una industria moderna, suficiente y generadora de valor, pues de lo contrario los procesos de comercialización estarán encaminados a producir más daños que beneficios, especialmente deprimiendo ciertos sectores productivos por la falta de estímulos al desarrollo y coartando la posibilidad de consolidación de las pequeñas y medianas empresas.

9 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. *Derecho antimonopolio...*, T. 1., págs. 14 y ss.

CONFIGURACIÓN DE LA POLÍTICA DE LIBRE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Necesidad y justificación de la política de libre competencia en América Latina y el Caribe

Desde una perspectiva económica podríamos reconocer los países latinoamericanos y del Caribe como un conjunto de economías en vías de consolidación, aún pequeñas y muy concentradas, que frente al intercambio de bienes y servicios pueden generar para los consumidores transferencia de sus recursos a las empresas, un hecho que socialmente no es muy deseable, pues como resultado de estos procesos los salarios reales son menores que en estadios de concurrencia y rivalidad superiores. Los efectos de estos mercados o su representación pueden ser caracterizados por la concentración de los ciudadanos en las principales ciudades y su desplazamiento de los campos a las grandes ciudades, niveles de apertura comercial importantes, mercados concentrados, altas barreras a la entrada de competidores y bajos niveles de productividad y eficiencia¹⁰.

La principal consecuencia de mercados con estructuras oligopólicas y monopólicas, propios de nuestras economías, se referencia en los precios elevados para los consumidores. Este hecho por sí solo estimula la necesidad de normas sobre libre competencia, pero fundamentalmente sobre una política de competencia que se concentre en la corrección de los fallos de mercado, se regulen los mercados que estructuralmente no permitan un grado de competencia efectiva y que a su vez controle los comportamientos de los agentes económicos que pueden beneficiarse de forma irregular por la composición de los mercados en los que compiten. Sin embargo, la existencia de normas y de una política de la competencia no es suficiente si no se acompaña de una abogacía de la competencia y del fortalecimiento de las instituciones que se encargan de regular y vigilar los mercados¹¹.

Hasta el momento hemos introducido dos puntos necesarios para nuestra disertación, la perspectiva económica de la generalidad de los países de América Latina y el Caribe y la necesidad de una política de competencia.

10 Véase. UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo). "Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú". Editado por Philippe Brusick, Ana María Álvarez y Pierre M. Horna. 2004. págs. 28 y ss. Documento consultado el 31 de agosto del 2006 en: http://www.unctad.org/sp/docs/ditcclp20043_sp.pdf

11 *Ibid.*

Ahora nos concentraremos en dar respuesta una pregunta fundamental: ¿Cómo encuadrar las políticas de competencia en economías en desarrollo o economías pequeñas?

Para esto, nos dedicaremos a describir la economía de estos países tipo, para luego presentar el rol que debe tener una política de competencia en estos países.

Los países de América Latina han vivido desde la década de los noventa un constante cambio en sus economías, pasando de un modelo de intervención a uno de libre mercado. Sin embargo, es oportuno reconocer que algunos países, como es el caso de la República Bolivariana de Venezuela y con ella en menor grado, Bolivia, Ecuador, Brasil y Uruguay principalmente, tienen visiones que pretenden mediar de forma más profunda entre aquellos Estados minimalistas producto de las aperturas comerciales y unos Estados más intervencionistas y con sectores de nuevo estatalizados.

Las consideraciones de esta polémica no dejan de ser interesantes, pues como ha sido reconocido, el crecimiento económico de la región en la década de los noventa superó de forma importante lo realizado en los años ochenta, pero su margen fue inferior al de los años cincuenta a setenta¹². En todo caso, este análisis sería muy pertinente para una proyección de objetivos sociales a través de políticas de libre competencia, que en estos momentos no nos ocupa, pero que es ineludible dejar planteado.

Retomando la ruta de nuestra disertación, después de más de una década de reformas económicas, dirigidas principalmente a consolidar el mercado como el instrumento para mejorar la eficiencia asignativa y productiva, todavía no se encuentran de forma generalizada los beneficios de la concurrencia y la competencia. Entre las múltiples razones para que esto no se haya presentado se halla la persistencia de barreras de entrada, el poder de las empresas para capturar a los reguladores y las asociaciones de empresas en sectores alejados del control y vigilancia por los gobiernos, produciendo importantes fallos al mercado y no permitiendo la concreción de estructuras competitivas de mercado¹³. En otra perspectiva, los Estados de América Latina encuentran en su interior una lucha, mucho más fuerte que en países desarrollados, entre las empresas que buscan

12 OCAMPO, JOSÉ ANTONIO y UTHOFF, ANDRAS. "Retomar la agenda de desarrollo". En: *América Latina XXI ¿Avanzará o retrocederá la pobreza?* Coordinador. Fernando Solana. Ed. Parlamento Latinoamericano y Fondo de Cultura Económica. 2002. págs. 67 y ss. Estos autores reseñan que el crecimiento en América Latina, donde más se ha avanzado en procesos de reforma hacia el libre mercado, en la década de los años noventa solo fue de 3,2% anual, mientras que para los años cincuenta a setenta, donde predominó el modelo industrial de Estado, fue de 5,5% anual.

13 RIVERA, EUGENIO y ACHATAN, CLAUDIA. "Los mercados en el Istmo Centroamericano". En: *Serie Estudios y Perspectivas*. Ed. CEPAL. 2005. págs. 11 y ss.

generar barreras a la entrada de nuevos competidores y una normativa, en muchos casos carente de institucionalidad que la apoye, para generar contrapesos a favor de la libertad de los mercados.

En todo caso, conociendo estos problemas, nos debemos preguntar por el rol que debe tener una política de competencia en América Latina y las normas de competencia. Antes de describir este escenario, es importante recalcar la diferencia entre ambas. La política de competencia abarca todos los estudios e iniciativas que el gobierno genera sobre la competencia, el conjunto normativo y la aplicación que se les da frente a casos concretos; en definitiva la política de competencia es la encargada de determinar las normas de competencia¹⁴.

Conociendo las características de nuestros mercados y dependiendo del grado de concentración que posean, de su estructura, de las barreras que tenga el mercado y de la potencialidad competitiva de las empresas nacionales con las internacionales, una política de competencia debe propender por:

- Incrementar la eficiencia económica de los mercados que permita el incremento del bienestar;
- La ampliación de los procesos competitivos en los mercados donde la concurrencia de agentes es parcial y su rivalidad no es fuerte;
- La política de competencia debe realizar una búsqueda por articular las normas de competencia con las normas que generan estímulos y beneficios a los agentes económicos, con el fin de que no se formen poderes permanentes de mercado;
- Debe establecer una institucionalidad que vigile los comportamientos de las empresas que tienen poder de mercado principalmente y finalmente,
- Precisar las consideraciones sobre los acuerdos pro-competitivos y los anticompetitivos, permitiendo una generación de reglas con mayor independencia y determinación de las tradicionales interpretaciones de reglas per se y reglas de la razón.

Después de reconocer por qué propende la política de libre competencia, pasemos a reconocer la importancia que se le otorga a esta legislación en una economía de mercado. De forma muy general, la política de competencia y la competencia en sí misma es un estímulo a las compañías que las lleva a comportarse de una forma que para generar beneficios o rendimientos a sus inversiones empresariales, debe beneficiar a los consumidores. Este presupuesto está fundamentado en la obligación de las empresas de adaptarse de forma rápida

14 DE LEÓN, IGNACIO. Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia. En: *Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)*: agosto del 2002.

a las exigencias de los mercados, a mejorar la calidad de los productos y servicios, y a la necesidad de investigar e innovar¹⁵.

En conclusión, las economías de países en vía de desarrollo son portadoras de estructuras de mercado con características muy propias, y sobre las que la política de competencia debe actuar de forma diferente de su accionar en economías más perfectas. Por ejemplo, un gran número de las economías latinoamericanas carecen de cultura de competencia; poseen una importante concentración del poder económico y político en pocas manos que les permite a las organizaciones capturar las instituciones y de otro lado dificulta la independencia de las autoridades; tampoco poseen, desde la perspectiva de los Estados, los recursos financieros y humanos para consolidar instituciones sólidas que actúen contra los comportamientos anticompetitivos; hechos todos que unidos generan una mezcla perfecta para capturar los beneficios de la apertura económica por unos pocos e incrementar las diferencias económicas y sociales entre los ciudadanos.

En definitiva, la política de libre competencia se convierte en el pilar fundamental para que la apertura comercial entregue sus frutos a toda la población, pero este ejercicio debe ser pensado desde nuestras necesidades y no desde la sola aplicación de los estándares de potencias comerciales que a través del tiempo les han dado su justa medida y grado de aplicación a las mismas políticas de competencia, dejándolas más libres cuando ellas por sí mismas se convertían en barreras para el crecimiento económico y reforzándolas cuando los comportamientos de los agentes generaban externalidades negativas para la sociedad.

Descripción de la política de libre competencia en América Latina y el Caribe

La política de competencia en América Latina y el Caribe tuvo su florecimiento en la década de los noventa, con mayor relevancia hacia finales del siglo XX. Se puede matizar esta afirmación diciendo que el auge se encuentra en la expedición de nuevas normas con tendencia a ser aplicadas por autoridades especializadas, pues algunos países contaban con alguna legislación sobre la materia, pero había sido olvidada en su aplicación, como es el caso de Colombia, mientras que Argentina y Chile, como excepción en la región, aplicaron sus normas a casos concretos¹⁶.

15 *Ibid.*, pág. 16.

16 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. "El régimen general de la libre competencia", En: "CEDEC III", Colección Seminarios nº 10. Javegraf, Reimpresión, Bogotá: 2002. págs. 23-24. Curiel, Claudia. "La necesaria discusión de los regímenes de libre competencia en América Latina" Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 18, 2004. Unión Europea. págs. 71-82. Rivière, Juan Antonio. "La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea". Boletín Latinoamericano de Competencia, nº 1, 1997. Unión Europea. pág. 23. Krakowski, Michael. "Política de competencia en Latinoamérica: una primera apreciación: un análisis comparativo legal e institucional de las políticas de competencia en

Las razones de la no aplicación de las normas de competencia para los países de América Latina y el Caribe se pueden ver resumidas en tres puntos para los países que poseían algún tipo de esta legislación.

- La primera de ellas se desarrolla en fallas institucionales, pues no se consideró a organismos especializados para la aplicación de normas de tanto contenido económico, pues las autoridades judiciales de los países de Latinoamérica no tenían esas competencias académicas para desarrollar estos procesos.
- La segunda consiste en fallas estructurales del mercado, se fundamenta en que, dado el modelo económico de sustitución de importaciones y de protección a las empresas nacionales, las diferencias entre poder político y económico se perdían por razones de captura de los reguladores y juzgadores.
- En tercer lugar, las normas de competencia contenían excepciones muy generales, que permitían que la regla general de aplicar las normas se convirtiera en la particularidad¹⁷.

La razón fundamental que permitió la aparición de normas de competencia con tendencia a ser aplicadas en Latinoamérica obedece a la voluntad política de los gobiernos de generar una institucionalidad democrática y de mercado, pues la región venía de regímenes dictatoriales y/o de instituciones muy cerradas al comercio internacional que no evidenciaban las necesidades de la incorporación de políticas de competencia, con excepción de Chile, donde sí hubo una institucionalidad de competencia. También se ha considerado como un factor importante para el desarrollo de normas de libre competencia la intervención de la banca multilateral, como el banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, quienes presentaron como requisitos para el otorgamiento de créditos u operaciones relacionadas, la necesidad de instituciones y normas especializadas para proteger el libre mercado¹⁸.

En otro sentido, al iniciarse la primera década de este siglo, los países de América Latina y el Caribe se encontraban en etapas diferentes frente al derecho de la competencia, por ejemplo, México y algunos países de América Central como Panamá y Costa Rica para el 2005 se encontraban revisando sus normas de competencia con diez o más años de vigencia y puesta en práctica, mientras que en Honduras y Nicaragua estaban discutiendo sus proyectos de ley. Para el caso de Suramérica, países como Bolivia y Ecuador no tenían aprobada una ley de competencia general¹⁹.

Latinoamérica”.

17 MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. “El régimen general de la libre competencia”, ob. cit., págs. 23-24.

18 RIVERA, EUGENIO Y ACHATAN, CLAUDIA. *Los mercados en el Istmo...* ob. cit., págs. 19 y ss.

19 *Ibid.* pág. 20.

RETOS DE LA POLÍTICA DE LIBRE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

La abogacía de la competencia en América Latina y el Caribe

Una primera perspectiva, según lo que hemos podido observar hasta ahora, es que la política de competencia se encuentra muy relacionada con otros ámbitos de las políticas estatales y por ello la política de competencia no puede ser vista como un estanco aparte, sino que su importancia resalta cuando interviene de forma equilibrada con las demás autoridades que intervienen en el mercado. El Banco Mundial, preocupado por la forma de concebir las políticas de libre competencia en países en desarrollo, ha especificado:

“... La competencia puede ser disminuida de forma significativa por diferentes políticas públicas, como también por acuerdos institucionales. De la misma forma, diferentes prácticas anticompetitivas de las empresas son facilitadas por distintas intervenciones gubernamentales en el mercado. Por lo tanto, el mandato de las oficinas de competencia se extiende más allá de la sola aplicación de las normas de competencia. Así, debe participar en la formulación de forma general de políticas económicas de su país, sobre todo aquellas que puedan afectar negativamente la estructura competitiva de los mercados, la conducta de las empresas y el resultado económico. Por ello debe asumir el rol de abogado de la competencia, actuando proactivamente en la disminución de barreras a la competencia, en la desregulación y liberalización de los mercados, a través de políticas públicas que minimicen la intervención innecesaria del gobierno en el mercado”²⁰.

De esta manera, la abogacía de la competencia ha sido definida por la *International Competition Network* (ICN) como: “El conjunto de actividades dirigidas por la autoridad de competencia relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo para las actividades económicas, que no significa los mecanismos de aplicación, la cual se desarrolla principalmente a través de su relación con otras entidades gubernamentales y por la promoción de los beneficios de la competencia”²¹. Desde esta perspectiva, es claro que la abogacía de la competencia supera la sola aplicación de la normativa, pues ella está directamente vinculada con la generación de un ambiente competitivo en los países, el cual no se puede lograr por la sola existencia de una autoridad que aplique la legislación, sino que su rol debe estar en la interacción con toda la estructura institucional del Estado, para promocionar los beneficios que se pueden alcanzar a través de

20 The World Bank, OECD: A Framework for the design and implementation of competition law and policy, Capítulo 6, 1998.

21 *Advocacy and Competition Policy, Rep. of the Advoc. Working Group, Int'l Competition Network, Naples, Italy*, (2002), <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/advocacyfinal.pdf> [hereinafter ICN 2002].

una buena intervención cuando sea necesaria y de permitir el mayor grado de posibilidades para que las empresas puedan competir de forma libre.

Según esto, la abogacía de la competencia debe considerar que la autoridad encargada de velar por la competencia debe tener el deber de intervenir en cierto grado frente a las determinaciones del gobierno relacionadas con el mercado, si bien puede ser meramente consultiva, este deber debe ser considerado por ley, con el fin de generar coherencia en la forma en que se regula el mercado.

Esta consideración puede verse fundamentada por las siguientes tres razones:

1. La primera razón puede ser vista desde la perspectiva de que la intervención pública en la economía puede dificultar en diferentes grados la rivalidad entre las firmas, esto es, la autoridad de competencia aparte de su función de controlar los daños hechos al mercado por las firmas en el curso normal de sus actividades, puede verse abocada a eliminar, corregir o limitar los daños de la regulación promovidos por el gobierno, especialmente sobre tarifas y licencias de funcionamiento, que concentran sus efectos sobre la rivalidad²².
2. La segunda razón, muy relacionada con la anterior, se fundamenta en que la abogacía de la competencia contrarresta las influencias de grupos de poder económico que solicitan la intervención del gobierno para promover sus propios intereses. En este sentido la abogacía de la competencia se está preocupando por las actuales intervenciones como por las futuras que pueda hacer el gobierno²³. Lo que se pretende con esta obligación a cargo de la autoridad de la competencia es que ella actúe como parte de los demás grupos de la sociedad que no tienen los mismos poderes para capturar a los reguladores a su favor, siempre bajo la óptica de mantener un correcto proceso competitivo²⁴.
3. La tercera razón, y en la misma línea de la anterior, pero expresada como su consecuencia, pretende que no se transfieran recursos de forma ineficiente en el mercado, pues los consumidores y demás agentes de las cadenas productivas o de distribución, por razones del cabildeo o la captura del regulador terminan transfiriendo sus recursos a otras empresas como externalidades negativas, en la medida que las firmas con poder hacen que se identifiquen los intereses de los reguladores con los de las mismas firmas²⁵.

22 *Ibid.* at ii (2002).

23 *Ibid.*

24 COOPER, JAMES C, PAUTLER PAUL A. & ZYWICKI, TODD J. "Theory and practice of competition advocacy at the FTC", En: *Antitrust Law Journal*. 2005, n° 72. págs. 1091 y ss.

25 WILLIAM E. KOVACIC, *Getting started: creating new competition policy institutions in transition economies*.

En conclusión, los retos de las autoridades de competencia de cara a la abogacía de la competencia en países en transición o en vía de desarrollo, según las consideraciones anteriores, se concentran principalmente en tres puntos:

- Primero, dado el aumento de la regulación, es necesario un diálogo entre las autoridades de competencia y otros reguladores, pues reconociendo la experiencia de los primeros momentos de la liberalización de los mercados y el papel del gobierno, la interacción entre las anteriores autoridades es necesaria para darle mayor alcance y coherencia a la legislación sobre el mercado.
- En segundo lugar, hay que considerar que la autoridad de competencia en el proceso de liberalización de los mercados es menos propensa a las influencias de los grupos de interés en la búsqueda de beneficios o privilegios, por ello la intervención de la autoridad de competencia en los procesos regulatorios permite mayor transparencia para el mercado.
- Por último, la aplicación de la política de competencia para autoridades jóvenes es un reto para generar coherencia e información para el mercado²⁶.

La necesidad de un nuevo enfoque para el derecho de la competencia en América Latina y el Caribe

Como se consideró anteriormente, el estado de la política de la competencia y el derecho de la competencia en América Latina y el Caribe se encuentra en diferentes fases de desarrollo. Sin embargo, esta consideración puede ser una alternativa para generar condiciones para el desarrollo de la política de competencia en la región, pero para que esto pueda ser así, es necesario que las autoridades de la competencia y la academia cooperen en destacar los buenos resultados y las fallas más comunes que tienen en el ejercicio y aplicación de esta política.

En el marco de estas consideraciones, los Estados deberían concentrar su cooperación en evaluar el manejo que las autoridades de otros países le han dado la política de competencia, principalmente en los siguientes puntos:

1. La forma en que se abordan las restricciones presuntamente anticompetitivas que hacen las empresas en su ordinaria actividad comercial, especialmente indagando si estas son condenadas con un grado importante de rigor o si las empresas cuentan con mecanismos para evitar las sanciones mediante compromisos que puedan adquirir para el desarrollo futuro de sus operaciones.

26 EVENETT, SIMON J. Competition advocacy: time for a rethink? En: *Northwestern Journal of International Law & Business*. n° 26 págs. 497 a 499.

2. Se debería indagar por la independencia del órgano de competencia frente a la estructura gubernamental, preguntando por los procedimientos para el nombramiento del director de la oficina de competencia, y si es un órgano colegiado, se debería considerar cómo se nombran sus miembros y cuál es el grado de participación que tiene el gobierno en la toma de decisiones, si los ministros o directores de departamentos externos deben ser consultados o tienen una participación por ley en el proceso de competencia.
3. Se debería consultar por el rol que la autoridad de competencia tiene en el desarrollo de las leyes, decretos o normas de autoridades de intervención en el mercado, tanto en su formulación como en la evaluación de los resultados que los diferentes tipos de intervención han generado.
4. Se debería preguntar por la imagen de transparencia que transmiten las autoridades de competencia en los países, pues este punto aumenta la eficacia de las políticas públicas sobre la materia, genera información e importancia a la actividad de las autoridades.
5. Dada la diferencia entre países del primer orden y los países en vías de desarrollo, el papel de información y divulgación de los estudios sobre el mercado, las investigaciones y sanciones, son uno de los más importantes referentes para generar cultura de libre competencia, pues ni las empresas, ni la academia en una forma generalizada tienen internalizado el respeto por la libre competencia, hecho que puede generar problemas frente a la libertad de comportamiento que puedan tener en el mercado.
6. Se debería consultar por los recursos que se destinan a la abogacía de la competencia, tanto desde su difusión como desde su aplicación a casos concretos, discriminando si las funciones están a cargo de un solo órgano o se encuentran distribuidas en diferentes autoridades²⁷.

Desde esta perspectiva, la región cuenta con retos muy importantes para llevar la política de libre competencia al logro de los objetivos de la apertura comercial, pues por el solo hecho de las privatizaciones, la liberalización de sectores, los tratados de libre comercio, el flujo de capitales, no se logran los objetivos de crecimiento, pues las medidas de vigilancia y control, se convierten en el estandarte de protección para los objetivos de crecimiento que emulan estas políticas aperturistas.

27 WILLIAM E. KOVACIC, *Getting started: creating new competition policy institutions in transition economies*.

BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. Derecho antimonopolio y de defensa de las competencia. Tomo I, Ed., Heliasta. Buenos Aires, 2005.
- CALVO-CARAVACA, ALFONSO y CARRASCOSA-GONZÁLEZ. Mercado único y libre competencia en la Unión Europea. Ed. COLEX Madrid, 2003.
- CELAN, MARCELO y STANLEY, LEONARDO. Política de competencia en América Latina. Ed. CEPAL. Serie: Desarrollo productivo, 2003.
- COOPER, JAMES C.; PAUTLER, PAUL A. & ZYWICKI, TODD J. Theory and practice of competition advocacy at the FTC, En: Antitrust Law Journal, 2005.
- DE LEÓN, IGNACIO. Manual para la formación y aplicación de las leyes de competencia, En: Naciones Unidas para el comercio y el Desarrollo (UNCTAD), 2002.
- EVENTO, SIMÓN J. Competition advocacy: timed for a rethink?, En: Northwestern Journal of International Law & Business n° 26.
- KOVACIC, WILLIAME. Getting started: Creating new competition policy institutions in transition economics. Brooklyn Journal of International Law. Vol. 23. 1997.
- MIRANDA LONDOÑO, ALFONSO. El régimen general de la libre competencia. CEDEC III, colección seminarios n° 10. Javegraf. Bogotá D.C., 2002.
- OCAMPO, JOSÉ ANTONIO Y UTHOFF, ANDRA. Retomar la agenda de Desarrollo. en: América Latina XXI ¿Avanzará o retrocederá la pobreza? Coordinador: FERNANDO SOLANA. Ed. Parlamento Latinoamericano y Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RIVERA, EUGENIO Y ACHATAN, CLAUDIA. Los mercados en el Istmo Centroamericano, en: Serie Estudios y Perspectivas. Ed. CEPAL, 2005.
- WILLIAMSON, JOHN. What Washington jeans by policy reform, Chapter 2 from Latin American Adjustment: How