

EL ROL DE LAS IDEAS EN EL DISEÑO DE POLÍTICAS DE PROMOCIÓN A LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

Ignacio de León

I. OBJETO DE ESTE TRABAJO

Este ensayo pretende esbozar algunas consideraciones teóricas y prácticas que cuestionan la idoneidad de aplicar políticas antimonopolios para promover la competencia en el comercio internacional¹.

En primer lugar, se identifican algunas limitaciones teóricas que ponen en duda las políticas por su incapacidad para aprehender la competencia como fenómeno “dinámico” en el quehacer económico, lo que es esencial para asegurar su regulación adecuada.

En segundo lugar, se argumenta que la consecuencia de estas políticas, paradójicamente la de restringir el comercio, pues la discrecionalidad administrativa que podría propiciar en manos de las autoridades nacionales, aun con miras a proteger el bienestar del consumidor, podría debilitar la regla de derecho en el comercio internacional, que rige escenarios e instituciones particularmente débiles.

En efecto, en las relaciones del comercio internacional la pugna por obtener apropiaciones de recursos se ve favorecida por la insuficiente delimitación de los derechos de propiedad y la presencia de situaciones propias del llamado “Dilema del Prisionero”, que la erosión de la regla del derecho tiende a potenciar. Por ello, una se propone una política de promoción a la competencia de signo distinto a la convencional. Esta propuesta, basada en una visión institucional alternativa, hace énfasis en la adecuada asignación y protección de los derechos de propiedad y el comercio no interferido, como condición **sine qua non** para promover la competencia empresarial en el largo plazo.

¹ Convencionalmente se atribuye este nombre a las políticas regulatorias del mercado que concentran sus esfuerzos en perseguir y sancionar cualquier manifestación privada de concentración económica o de eliminación de rivalidad empresarial en el mercado no justificada en la eficiencia económica Pareto, o en algún otro propósito de bienestar social. Estas manifestaciones comprenden acuerdos entre empresarios para regular precios, repartir mercados, territorios, adquirir un competidor a través de la concentración de activos o de la fusión de empresas, establecer distribuciones exclusivas, franquicias, acuerdos de interés común y otros semejantes.

II. ANTECEDENTES DE LA POLÍTICA REGULATORIA DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

La protección de la “lealtad” en el comercio internacional no es, ni mucho menos, producto de una preocupación reciente. En su “Reporte sobre Manufacturas”, de 1791, Alexander Hamilton ya se quejaba de la conspiración entre los industriales ingleses para impedir el florecimiento de competidores en Estados Unidos. Posteriormente, a finales del siglo XIX, la creciente interrelación comercial entre naciones era ya lo suficientemente importante como para afectar intereses de productores domésticos, quienes por esta razón buscaron vías adicionales a las tradicionales barreras arancelarias para legitimar sus peticiones de preservar un comercio “leal”. A comienzos del siglo XX se establecieron las primeras prohibiciones de derecho positivo contra el “dumping”, concretamente en Canadá (1904), Nueva Zelanda (1905), Australia (1906), Reino Unido (1921)². En los Estados Unidos se intentó aplicar la Ley Sherman (1890) y la Ley de Aranceles (1894) sin mucho éxito, lo que condujo a la Ley Antidumping de 1916, ampliada en 1921³. Comenzó a consolidarse la especie de que la venta de productos importados a precios ruinosos o por debajo de un valor objetivo (“dumping”) era una práctica **desleal** que era necesario erradicar del comercio internacional.

La juridificación de los casos “desleales” con el curso del tiempo vino a desembocar en la adopción de normas multilaterales en el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1947. Ellas condenaban dos clases de conductas consideradas “desleales” en el comercio internacional: El “dumping” empresarial y los subsidios gubernamentales a las exportaciones.

Se considera como “dumping” la introducción de bienes para su comercialización o consumo en el territorio nacional a un precio inferior a su valor normal (entendiendo por este último el precio en su mercado de origen). La determinación del “valor normal” (o valor “real” o “justo”) de la mercancía importada es, pues, esencial a los fines de establecer la deslealtad de la conducta en cuestión. Por otra parte, se entiende por subsidio cualquier contribución financiera: prima, ayuda, forma de subvención o premio establecido por un gobierno o un organismo público o mixto, existente en un país extranjero, o cualquier forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, mediante los cuales se otorgue una ventaja a determinadas empresas o ramas de la producción, adicional a las existentes para otras empresas o ramas de la producción⁴.

La supuesta negatividad del dumping se basa en que esta práctica desplaza injustamente los productores locales, al forzarlos a competir con productos cuyo precio de venta viene a ser, una vez calculadas las deducciones del caso (transporte, servicios, impuestos, etc.) inferior a su “valor real”. Sin embargo, esta idea aparentemente sencilla ha sido contradicha bajo un examen teórico más detenido. En efecto, la idea de desplazar competidores locales mediante precios “viles” es contradictoria a la racionalidad económica misma. En efecto, ¿para qué sostener costosas pérdidas financieras con el precario fin de eliminar competidores locales si una vez ganado el mercado era imposible aplicar precios monopólicos “compensatorios de las pérdidas” ya que ello invitaría nuevos competidores? En efecto, habría razón para asumir que los consumidores, enfrenados con un posible incremento de precios de los

² J. Michael Finger. The origins and evolution of Antidumping Regulation, WPS 783, Country Economics Department, The World Bank, 1991, pp. 2 a 11.

³ Ibid. pp. 16 a 18.

⁴ Aunque el estudio de los subsidios a las exportaciones ha sido considerado parte integral de los supuestos de prácticas desleales en el comercio internacional, dejaremos de lado su consideración, toda vez que la Ronda Uruguay resolvió gran parte de los problemas asociados con su uso discrecional por las autoridades comerciales de países importadores. En efecto, con el fin de evitar la discrecionalidad en la definición de cuáles subsidios han de ser considerados “prohibidos”, el GATT ha sustraído tal determinación de la esfera de competencias de las autoridades nacionales, eliminando la ambigua definición “genérica” empleada hasta entonces, y sustituyéndola por un listado mucho más preciso que distingue entre subsidios “rojos” (prohibidos), “verdes” (permitidos) y “amarillos” (sujetos a evaluación export). Una explicación de la evolución de esta regla durante las primeras décadas del GATT se encuentra en Finger, Op. Cit. pp. 24 a 28.

productos im-portados, resolverían restablecer sus compras con aquel proveedor inicial desplazado, quien ingresa en el mercado doméstico. Si bien al comienzo no fue del todo evidente era claro que las políticas antidumping carecían de justificación económica basada en la eficiencia. Sin embargo, ello no fue visible en la práctica, toda vez que el promedio de protección arancelaria era entonces lo suficientemente elevado como para alternar los efectos de importaciones sobre productores nacionales. Con el correr del tiempo quedó claro que la prohibición del dumping tenía más que ver con el interés proteccionista de productores locales en bloquear el ingreso a importaciones provenientes de países mejor dotados para producir eficientemente ciertos bienes y mercancías, que con una supuesta protección a la “lealtad” de las transacciones comerciales internacionales. Esta percepción se hizo visible conforme fueron avanzando las reducciones arancelarias en las rondas de negociaciones del GATT. Fue entonces que las normas antidumping comenzaron a ser percibidas como “indeseables y perversas”⁵. En tal sentido, Trebilcock sostiene: “Mientras que la liberalización comercial que ha ocurrido en el período de la posguerra bajo el GATT y bajo varios acuerdos regionales comerciales como la Comunidad Europea, el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos, y ahora el NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte-TLCAN) ha mitigado [las anteriores tensiones derivadas del proteccionismo comercial], muchas restricciones al comercio aún perduran. Tales restricciones en el presente asumen cada vez menos la forma de aranceles, y en su lugar adoptan la forma de restricciones cuantitativas y de una creciente utilización de leyes comerciales “correctoras”, particularmente de leyes anti-dumping, con muchos países adoptando regímenes antidumping por vez primera durante la década de los ochenta y con el incremento dramático de las tasas mundiales de empleo de estas leyes durante los noventa”⁶.

Así, luego de haber constatado funcionamiento práctico de estas políticas, se ha visto que aplicación casi indefectiblemente ha protegido los intereses

de los productores nacionales, sacrificando los del consumidor y la competencia.

La primera reacción frente a la amenaza de un neoproteccionismo redivivo en la aplicación discriminatoria contra las importaciones a través de las políticas antidumping consistió en tratar de perfeccionar los mecanismos de su aplicación, con el fin de evitar el máximo posible las interpretaciones arbitrarias que favorecieron el proteccionismo comercial encubierto. Fue así como en las excesivas rondas de negociación comercial del GATT se procuró una mejor y más objetiva precisión en aspectos tales como la definición del “dumping”, sobre mecanismos de cálculo, la apreciación “de minimis”, la objetivización de la “amenaza de daño” y otros elementos esenciales a esta política.

Sin embargo, esto no fue suficiente, dada la calificación abierta de los términos sustantivos empleados en esta política, lo que impedía cualquier control externo de la interpretación de la autoridad. Un ejemplo de ello es la definición de “producto similar”, que legitima la acción de la industria nacional para interponer una denuncia. ¿Qué entraña el adjetivo “similar”? En sentido estricto tal similitud es imposible que exista en productos cuyos costos de producción son necesariamente distintos; aún teniendo usos similares. Es claro que la definición económica favorece una interpretación abierta que permite un rango de discrecionalidad administrativa difícilmente sujeta a control.

Por ello, pese a los esfuerzos, se ha visto lo difícil de circunscribir la política antidumping a extremos tolerables. Esto ha sumado partidarios a la idea de aplicar políticas antimonopolios en lugar de políticas antidumping al comercio internacional.

Por ejemplo, se sostienen varias razones que justificarán tal iniciativa:

1. En primer lugar, se afirma que el enfoque proteccionista de las políticas antidumping tiende a perjudicar el bienestar social, al favorecer los productores locales frente a los consumidores.

2. Además, se señala que los casos de dumping se refieren solamente al supuesto de precios predatorios con fines de excluir un competidor rival. Sin embargo, quedan fuera de la esfera de regulación un sinnúmero de prácticas restrictivas de la competencia, tales como colusión (carteles); conductas unilaterales, abusos de posición dominante, fusiones que afecten más de un mercado y otras semejantes.

3. Finalmente, se afirma que el análisis económico de las políticas antimonopolios es menos rígido y más sofisticado para atender la complejidad de la globalización mundial de las economías nacionales.

Las propuestas presentadas hasta ahora pueden reunirse en cuatro grupos claramente diferenciados:

En primer lugar, se encuentran quienes proponen aplicar extraterritorialmente las legislaciones nacionales antimonopolios a casos que afecten el comercio internacional. Actualmente, muchas de las legislaciones nacionales se extienden extraterritorialmente a casos acontecidos fuera de sus respectivas fronteras, pero sobre los cuales reclaman jurisdicción con base en el “principio del efecto”. Según este principio, las leyes antimonopolios extienden su cobertura a situaciones que afecten la competencia del mercado doméstico; claro está, ante esta situación, es concebible que una práctica celebrada entre las respectivas casas matrices de dos empresas multinacionales situadas fuera del país, pueda afectar la competencia que desarrollan sus respectivas empresas filiales en el mercado local. Esto, desde luego, ha generado numerosos problemas de aplicación extraterritorial de las normas domésticas, generando la concurrencia de dos o más legislaciones para un mismo caso⁷. Esta situación ha causado numerosas fricciones diplomáticas que apenas ahora han comenzado a ceder, a través de una cooperación más estrecha entre autoridades antimonopolios nacionales, basada en tratados bilaterales y en principios generales de cortesía internacional⁸. Sin embargo, aún buena parte de la jurisprudencia de tribunales norteamericanos insiste en llevar la extraterritorialidad de las leyes antimonopolios hasta sus últimas consecuencias⁹.

En segundo lugar, están quienes proponen desarrollar un conjunto de normas multilaterales sustantivas que regulen las prácticas comerciales restrictivas. Esta iniciativa se remonta a la época de la Carta de la Habana (1948), donde se contemplaban normas de regulación a las prácticas

⁵ P. Messerlin. “Should Antidumping rules be replaced by National or International Competition Rules?”, 18 *World Competition Law and Economics Rev.* [1995], p. 37.

⁶ Trebilcock. *Reconciling Competition Laws and Trade Policies...*, p. 269. Para un análisis más extenso sobre la aplicación proteccionista de las leyes antidumping, vid., M. Leidy. *Antidumping: Unfair Trade or Unfair Remedy?*, Finance & Development, IMF-World Bank, March 1995 y P. Low y J. Nash. “El largo tortuoso camino hacia un comercio mundial más libre”, en Finanzas y Desarrollo, Fondo Monetario-Banco Mundial, sept. 1994.

⁷ Particularmente en Estados Unidos las cortes han hecho el uso más extenso de esta vía, para abarcar y extender la ejecución de sus leyes antimonopolios a situaciones acontecidas fuera de su territorio. Ya el principio había sido establecido en el caso *ALCOA (United States v. Aluminium Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 443 2d Cir. 1945), pero fue particularmente a raíz del caso del Uranio (*Westinghouse Elec. Corp. v. Rio Algom Ltd. In re Uranium Antitrust Litigation*, 617 F. 2d 1248 7th Cir. 1980) donde se evidenciaron las dificultades tras la protesta diplomática de varios Estados, que procedieron a dictar legislación de bloqueo, impidiendo el otorgamiento de evidencia, inspección o envío de documentos que pudiera perjudicar los intereses de empresas de su nacionalidad. Entre estas leyes se encuentran la *Canadian Uranium Information Security Regulations* de 1976, o la *Australian Foreign Proceedings Act*. Incluso, se dictaron leyes que permitían a las partes extranjeras perjudicadas por un procedimiento antitrust pedir un resarcimiento; un ejemplo de ello es la *U.K. Protection of Trading Interests Act* de 1980.

⁸ Incluso, esta nueva aproximación ha permeado en la jurisprudencia de algunos tribunales en casos como *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America* (574 F. Supp. 1453, 1466 N.D.Cal. 1983) o *Marington Mills Inc. v. Congoleum Corp.* (595 F.2d 1287, 1297 3d Cir. 1979), donde surgió una nueva regla de competencia basada en el principio de “cortesía internacional”, la cual atenuaba la aplicación del principio extraterritorial por causa del efecto. Según esta jurisprudencia, en casos extraterritoriales deben tomarse en consideración los intereses de los Estados extranjeros afectados en atención al “principio de cortesía” tradicional en el Derecho Internacional Público, previamente al ejercicio de jurisdicción. Según señala Trebilcock, como corolario de esta jurisprudencia el Departamento de Justicia de los Estados Unidos dictó en sus DOJ International Antitrust Guidelines los principios y condiciones que dicha agencia habría de considerar al ejercitar sus poderes en el contexto internacional, entre ellos, la importancia relativa de la conducta investigada en los Estados Unidos, en comparación con su importancia en el exterior; la nacionalidad de las personas involucradas; el grado de conflicto con el derecho extranjero o políticas económicas practicadas en la jurisdicción extranjera, etc. (Véase Trebilcock. *Reconciling Competition Laws and Trade Policies...*, p. 275; también U. Immenga. “Export Cartels and Voluntary Export Restraints between Trade and Competition Policy”, en *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, J. Haley & H. Iyori (eds.), Pacific Rim Law & Policy Association, Seattle, 1995, pp. 112 a 113).

⁹ Por ejemplo, los casos *National Bank of Canada v. Interbank Card Association* (666 F.2d 6, 8 2d Cir. 1981), *Laker Airways Ltd. v. Sabena*, (731 F. 2d D.C.Cir. 1984).

comerciales restrictivas. En tal sentido, la Carta introdujo principios importantes para la regulación internacional de prácticas comerciales restrictivas, tales como la prohibición de acuerdos de precios; de cuotas de compra o venta; la exclusión de competidores del mercado; la división territorial de mercados o áreas de negocios; la limitación de la producción o la fijación de cuotas de producción¹⁰. Sin embargo, como es sabido, la Carta de la Habana fue rechazada y con ello, la regulación sobre prácticas comerciales restrictivas quedó en el limbo. Fue sólo mucho después, en 1980, que la Asamblea General de la ONU adoptó el Conjunto de Principios Equitativos acordados multilateralmente para el Control de Prácticas Comerciales Restrictivas, elaborado por la UNCTAD. Este conjunto de principios contemplaba un compendio de dispositivos meramente orientadores de las legislaciones nacionales de los Estados miembros relativos a estas prácticas. Más recientemente, en 1992, sir Leon Brittan, comisionado de la Comunidad Europea para la Competencia, destacó la necesidad de conferir al GATT de un rol importante en esta materia, en la elaboración de un código de competencia con reglas mínimas en áreas como subsidios, carteles, fusiones y monopolios públicos¹¹. Por último, la iniciativa más reciente proviene de un grupo de expertos del Max Planck Institut de Munich. Ella consiste en aplicar un código multilateral sustantivo único antimonopolios, concebido como un acuerdo internacional a ser celebrado bajo el marco del GATT¹². Tal acuerdo comprendería un conjunto de cinco principios básicos de consenso que habrían de ser incorporados a las legislaciones nacionales de los Estados signatarios: el carácter nacional de las leyes antimonopolios; el trato igualitario a la competencia nacional e internacional; la aplicación de estándares mínimos para la regulación doméstica antimonopolios contra las prácticas que restrinjan la competencia cuya dimensión sea internacional; la utilización de las sanciones del GATT para asegurar la ejecución no discriminatoria de las reglas internacionales sobre competencia, y finalmente, la exclusiva aplicación

¹⁰ Art. 46, Ch. 5, Havana Charter for an International Trade Organization, U.N. Doc. E/Conf. 2/78 (1948), reprinted in U.N. Doc. ICITO/1/4 (1948). Ver también N. Yacheistova, *The International Competition Regulation*, 18 *World Competition Law and Economics Rev.* [1994], p. 100. Sobre la suerte de los principios contenidos en la Carta de la Habana relativos a prácticas monopólicas, ver F. M. Scherer, *Competition Policies for an Integrated World Economy*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1994, pp. 38 y ss.

¹¹ E. Fox. "Competition Law and the Agenda for the WTO", in *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, J. Haley & H. Iyori (eds.), Pacific Rim Law & Policy Association, Seattle, 1995, pp. 1 a 36.

¹² Publicado en *BNA Antitrust & Trade Reg. Rep.*, vol. 64, N° 1628 (Aug. 19, 1993) Más recientemente, véase Y-P Chu, "Towards the Establishment of an Order of Competition for the International Economy: with References to the Draft International Antitrust Code, The Parallel Imports Problem, and the Experience of Taiwan, ROC", en *International Harmonization of Competition Laws*, C.-J. Cheng, L. S. Liu and C.-K. Wang (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, London, 1995. Una visión alternativa respecto del Código se encuentra en W. Fikentscher, "On the Proposed International Antitrust Code", in *Antitrust: A New International Trade Remedy?*, J. Haley & H. Iyori (eds.), Pacific Rim Law & Policy Association, Seattle, 1995, pp. 345 a 357.

¹³ Memorandum de Entendimiento entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América en cuanto a la notificación, consultas y cooperación respecto a la aplicación de leyes antimonopolios (1984), 23 *I.L.M.* 275.

¹⁴ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de Australia relativo a la cooperación en materia antimonopolios (1982), 20 *I.L.M.*, 702.

¹⁵ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República Federal de Alemania relativo a la Cooperación mutua sobre Prácticas Comerciales Restrictivas (1976).

¹⁶ Acuerdo entre la Comisión de las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus leyes de competencia, Washington, 23 sept. 1991.

¹⁷ Vid., E. Fox. "Competition Law and the Agenda for the WTO", in *Antitrust: A New International Trade Remedy?*

¹⁸ Como observa Trebilcock: "Un mundo enrumbado hacia la globalización tiene poca tolerancia por un sistema divergente y requiere una nueva aproximación para mitigar las fricciones del sistema mediante la adopción de poderes de policía internacionales para promover la convergencia de esas políticas gubernamentales que son más relevantes al proceso de innovación." (Trebilcock, *Reconciling Competition Laws and Trade Policies...*, p. 269).

¹⁹ "Instituciones débiles" son aquellas que florecen en Estados incapaces de asegurar un sistema centralizado de derechos de propiedad. En este sentido, ver T. Eggertsson, "The Economics of Institution in Transition Economics", in *Institutional Change and the Public Sector in Transitional Economy*, S. Schiaro World Bank Discussion Paper 241, The World Bank, Washington, 1994, p. 25.

²⁰ Vid., T. Di Lorenzo, *The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective*, 5 *International Review of Law and Economics* (1985), pp. 73 a 90. También, D. Boudreaux, T. DiLorenzo and S. Parker, *Antitrust before the Sherman Act*, en 'The Causes and Consequences of Antitrust: The Public-Choice Perspective', pp. 255 a 270. En tal sentido, Rodríguez y Coate observan que la demanda de políticas antimonopolios en países en vías de desarrollo tienen además de los componentes indicados, una razón adicional (y particularmente chocante) en el interés de ciertos Estados por mantener una ascendencia política sobre países en vías de transición. (A. Rodríguez y M. Coate. *Antitrust Policy for Reforming Economies*, 18 *Houston Journal of International Law*, [1996], pp. 311 a 358).

²¹ A. Rodríguez y M. Coate, *Op. Cit.*, p. 337.

²² Sobre este uso de las políticas de competencia, véase particularmente W. Baumol and J. Ordovery, *Use of Antitrust to Subvert Competition*, 28 *Journal of Law & Economics* [1985], pp. 247-266. Esto es a lo que Bork llama "Depredación a través de mecanismos gubernamentales" (R. Bork. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Publisher, New York, 1978. pp. 347 a 349).

del código a los casos trans-nacionales. El desarrollo de principios sustantivos multilaterales ha sido criticado por poco realista, toda vez que la unificación de criterios sobre qué prácticas deben ser consideradas restrictivas de la competencia ha demostrado ser imposible en la práctica.

En tercer lugar, se encuentran quienes proponen una armonización de principios adjetivos y procedimentales con el fin de coordinar los esfuerzos de las agencias nacionales en el tratamiento de casos que afecten simultáneamente jurisdicciones extranjeras. Esta ha sido, esencialmente, la solución alcanzada hasta el presente por aquellos países que no pertenecen a un área económica común, como es el caso de los acuerdos alcanzados para la obtención de evidencias, pruebas, notificaciones y otros aspectos procesales. Entre ellos cuentan los casos de acuerdos suscritos por los Estados Unidos con Canadá¹³, Australia¹⁴, Alemania¹⁵ y, más recientemente, la Comunidad Europea¹⁶.

Por último, Fox propone identificar los puntos de conflicto y áreas de consenso que se presentan en el contexto del sistema actual, para formular una agenda de acción internacional en respuesta¹⁷. En tal sentido, esta posición toma nota de los problemas de divergencia presentes en las normas regulatorias nacionales a la luz de la realidad internacional, y se inclina por identificar las dificultades y bondades de armonizar tales regulaciones¹⁸. Según esta opinión, esta posición ofrece una aproximación aparentemente equilibrada y “realista” al problema, dado el grado actual de la integración de las economías nacionales. De este modo, nada impide concebir, por ejemplo, en la adopción futura de un estatuto único de normas antimonopolios, semejante al compendio de normas federales existentes en los Estados Unidos, representadas por la Sherman Act y otras, y los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma de 1957 (hoy arts. 81 y 82 del Tratado de Amsterdam de 1999), para la Unión Europea. Por el momento, bastaría con identificar los principales consensos, donde podrían desarrollarse principios sustantivos para

orientar la aplicación de esta política por los organismos nacionales así como la adecuación de sus respectivas legislaciones a tales principios.

Pese a que todas estas propuestas aparecen innovadoras ante la alternativa de “corregir” los entuertos de la política antidumping, sostenemos que en lo esencial todas ellas tienden a reforzar un mismo modo de intervención administrativa sobre los mercados (internacionales) y, por ello, es de dudar que puedan, por sí, resolver los problemas de fondo creados por la dinámica de la competencia en este medio.

III. CONSECUENCIAS

INSTITUCIONALES PROBABLES

DE LA APLICACIÓN DE POLÍTICAS

ANTIMONOPOLIOS EN EL COMERCIO

INTERNACIONAL

En efecto, como resultado de la discrecionalidad administrativa, los derechos individuales, lejos de verse protegidos, se ven menoscabados, creando ambientes institucionales “débiles”¹⁹. En efecto, la indeterminación de las empresas en la apropiabilidad efectiva sobre sus recursos genera una situación donde éstos son asignados no conforme a las decisiones eficientes de sus titulares formales, sino por la interacción compleja del factor político cuyo interés se concentraría, en tales circunstancias, en prevenir un crecimiento de las empresas que resulte políticamente “indeseable”. Lamentablemente, la esencia de la competencia, esto es, ganar más cuota de mercado a costa de competidores, es contradicha por la apreciación política, convenientemente habilitada por esta legislación. Se hace indispensable conocer de qué manera se integran los factores de poder en el mercado político en el área antimonopolios, para estimar cómo puede resultar mermada la capacidad empresarial para competir eficazmente.

Sobre este particular, ya doctrina de la Esco-gencia Pública (Public Choice) ha puesto de relieve el interés privado que defienden las políticas anti-

monopolios, están asociados en buena medida al **interés privado** de grupos de poder político con alto poder de cabildeo²⁰, así como en el interés privado de lograr prebendas, disciplinar competidores agresivos²¹, obstaculizar la competencia a través del uso de mecanismos públicos, perjudicando a competidores más eficientes²², o cobijar una amalgama de intereses privados que poco tienen que ver con los objetivos declarados de esta política²³.

Tales fallas gubernamentales, de monta superior a las supuestas fallas de mercado que en teoría justifican la aplicación de correctivos antimonopolios, asumen una variedad notable de formas y efectos²⁴. Sin embargo, quizás la más interesante tiene que ver con el uso proteccionista que tales instrumentos podrían suponer en el comercio internacional. En tal sentido, Rodríguez y Coate señalan: “Las políticas antimonopolios pueden tener numerosos usos políticos posibles si asumimos que las barreras no arancelarias son un sustituto cercano de las barreras arancelarias. Un grupo de interés que controle la [formulación y ejecución de la] política gubernamental puede permitir la liberalización arancelaria, permitiendo al gobierno argumentar ante sus socios comerciales que ha satisfecho sus compromisos asociados con la condicionalidad de préstamos internacionales. A continuación, el gobierno puede erigir barreras no arancelarias para aplacar la oposición interna, ignorando las recomendaciones de su propia agencia antimonopolios”²⁵.

IV. ORIGEN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA REGULATORIO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Lejos de cuestionar el creciente modus “intervencionista subyacente” a estas políticas, los autores no han desechado la idea de aplicar políticas regulatorias ortodoxas en el comercio internacional para asegurar la “lealtad” y la competencia; muy por el contrario, han abonado esta idea, si bien han surgido cada vez más partidarios de hacerlo a través del marco regulatorio ofrecido por leyes y normas

antimonopolios, en sustitución de las políticas “antidumping”.

En particular, no se ha examinado de cerca por qué se da por sentado que la sustitución de políticas antidumping por políticas antimonopolios habría de ser conveniente. Ello responde a nuestra opinión a que se asume que los fines de las políticas, en uno y otros casos, son diversos; lo cual conduce a la idea de que se trate de políticas con fines antagónicos: en una se busca la protección de la industria local a costa de la competencia, mientras que la otra busca lo contrario. El énfasis se pone, entonces, en el análisis de los fines de la legislación antes que en sus implicaciones prácticas.

Contrariamente al pensamiento convencional, sostenemos que fue sólo a merced del desarrollo de una visión “estructural” de los mercados crecientemente dominantes en el área de regulación económica, que fue posible imprimir de cierta verosimilitud a la lógica teórica del dumping, y así como también a la de las conductas monopólicas. En tales casos, la eliminación de un competidor por medios “desleales” ha de conducir a la concentración de los mercados, lo que impediría la realización de competencia económica “efectiva”. La existencia de barreras al ingreso de nuevos competidores permitiría ejercer impunemente el dumping y otras prácticas “restrictivas o desleales de competencia” lo que haría necesario un conjunto normativo que prohíba o controle la conducta desleal o monopólica de tales empresas en el comercio internacional.

Es clara, pues, la simetría conceptual existente entre ambas políticas, que se refuerza ante la evidencia de su origen común. Tal como lo señala Finger, el origen de las políticas antidumping está vinculado a los problemas prácticos de aplicar políticas antimonopolios al comercio internacional²⁶.

Esta visión no ha hecho más que aplicar al comercio internacional la tesis de “fallas de mercado” que ha predominado en la teoría económica desde la década de 1930 hasta nuestros días. En ella, la interacción de los mercados es vista desde una posición heurística de equilibrio en el sistema que se alcanza cuando la oferta encuentra el nivel adecuado

de demanda; este posicionamiento heurístico del analista desde una perspectiva de equilibrio hacía aparecer la interacción económica de los mercados siempre imperfecta, puesto que no le era posible reproducir las condiciones ideales de los mercados de competencia perfecta (información completa, agentes oferentes y demandantes infinitos, absoluta movilidad de los recursos) que caracteriza el “equilibrio”. Según este modelo, la economía puede representarse en la idea de un equilibrio de fuerzas (demanda, oferta, etc.) cuya interacción conduce en el largo plazo a un estado de reposo o punto de equilibrio, el cual sólo puede alterarse mediante un cambio exógeno que imprima una fuerza a los agentes económicos, sacándolos de su supuesto (asumido) estado de letargo. Una particularidad del estado de equilibrio es que, una vez alcanzado, los recursos sociales son eficientemente asignados a quienes le dan un uso más valorado, tal como observó el economista italiano Vilfredo Pareto²⁷. Este punto –socialmente eficiente– de equilibrio es posible, según esta posición, en mercados altamente descentralizados, cuyos participantes, minúsculas y atomizadas firmas poseedoras de conocimiento absoluto (presente y futuro) sobre las posibilidades tecnológicas, preferencias de los consumidores, estrategias de sus competidores, etc., alcanzan tal grado de competencia que les es imposible manipular individualmente el mercado, pudiendo vender al precio que éste les dicte.

En dicho equilibrio, las decisiones de los agentes económicos para maximizar su bienestar debían propiciar la eficiencia social de Pareto, pues no sería posible mejorar la asignación de los recursos sociales a través de la intervención pública. Claro está, para lograrlo era necesario alcanzar el Nirvana de la perfección de los mercados, condición que por definición excluía a todos los mercados de la realidad, integrados por seres humanos de carne y hueso, con debilidades, pasiones, flaquezas y miopías, que le impedían comportarse como el **homo economicus** predicado por el neoclasicismo económico. Su actividad inexorablemente hacía caer los mercados en el “desequilibrio”, donde los

recursos han de ser asignados ineficientemente. Por esta razón, los mercados que en la vida real no asemejaban estas condiciones extremas de competencia perfecta (es decir, todos) eran inevitablemente clasificados como de competencia “imperfecta” (Robinson) o “monopólica” (Chamberlin)²⁸. Más tarde, los teóricos de la política antimonopolios desarrollaron toda una elaborada argumentación para explicar cómo es posible que a mayor concentración de mercados menor resulta la competencia: los modelos de economía positiva pasaron de expresar situaciones ideales “límite” (esto es, la competencia perfecta y el monopolio puro, respectivamente) a “explicar” todas las variantes y situaciones intermedias más o menos monopolísticas entre ambos extremos²⁹. Para cor-

²³ Esta tesis la desarrolla Peltzman, quien argumenta que la regulación de una actividad no sólo se explica por el interés de un grupo definido (por ejemplo, productores) en controlar al ente regulador, bajo la tesis inicial “captura” propuesta por Stigler (G. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 *Bell Journal of Economics and Management Science*, [1971], pp. 3 a 21) sino que puede obedecer a motivaciones más complejas provenientes de distintos grupos dirigidos a captar las “rentas” generadas por la regulación. (S. Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 *Journal of Law and Economics*, [1976], pp. 211 a 240). En el caso de antitrust estos intereses comprenden los de firmas de abogados, asesores económicos, abogados de las agencias antimonopolios en procura de nombre, fama y experiencia, peticiones de competidores menos eficientes y otras semejantes. En este sentido, véase S. Weaver. *The Decision to Prosecute: Organization and Public Policy in the Antitrust Division*, M.I.T. Press, Cambridge-Mass., 1977.

²⁴ Sobre aspectos específicos asociados con la aplicación de tales políticas, véase G. Bittlingmayer. “Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave”, 28 *Journal of Law and Economics* (1985), pp. 77 a 118. Los efectos de tales políticas, ha señalado la doctrina, trascienden incluso los linderos de su objeto formal, siendo indirectos, aun cuando no menos significativos; en tal sentido, véase W. F. Shughart and R. Tollison. “The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts”, 147 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1991), pp. 38 a 52.

²⁵ Rodríguez y Coate, *Id.*, p. 337.

²⁶ Finger, *Op. Cit.*

²⁷ V. Pareto, *Manual of Political Economy*, London, MacMillan, 1970.

²⁸ R. Ekelund y R. Hébert. “Reconsideración de la competencia: Chamberlin y Robinson”, en *Historia de la teoría económica y de su método*, Madrid, Mc Graw Hill, 1992, pp. 513 y ss.

²⁹ Todos ellos quedaron reflejados convenientemente en el llamado “Paradigma S-C-P” (Structure-Conduct-Performance) o “Estructura-Conducta-Desempeño”, el cual postulaba una causalidad entre la estructura del mercado en cuestión y el comportamiento de las empresas en el mismo, lo que en última instancia habría de afectar su desempeño económico (eficiencia). A pesar de que inicialmente los economistas asumieron una causalidad unidireccional, la evidencia empírica los llevó a desechar la estructura concentrada como causa probable de las prácticas restrictivas. En su lugar, se intentaron explicaciones alternativas “dinámicas”, en el sentido de sugerir que las estrategias empresariales de mercado podían incidir en su estructura, lo que habría de afectar los índices de competitividad.

regir todas estas “fallas de mercado” se hacía, pues, necesaria la intervención de alguna autoridad que pudiera “corregir” los desatinos y desviaciones de los mercados, dejados a su aire.

Esta visión, que en los mercados domésticos terminó por predominar entre los hacedores de políticas públicas, se impuso igualmente en el contexto de las discusiones de políticas públicas con implicaciones internacionales. El problema no consistía en verificar la consistencia lógica de esta visión heurística de políticas públicas. Más bien, el interés se desplazó hacia los problemas prácticos de estructurar una autoridad supranacional que pudiera ejercitar las funciones “correctoras” de los mercados internacionales de manera adecuada. El problema conceptual vino a ser, entonces, uno de orden exclusivamente jurídico-positivo, vale decir, cómo resolver los conflictos jurisdiccionales ante la coexistencia de dos o más autoridades involucradas en el conocimiento de algún asunto de competencia de relevancia internacional.

...Para corregir todas estas “fallas de mercado” se hacía, pues, necesaria la intervención de alguna autoridad que pudiera “corregir” los desatinos y desviaciones de los mercados, dejados a su aire.

Que esta apreciación de la regulación terminó por convertirse en un paradigma ampliamente compartido en el foro internacional lo revela la preocupación que es posible percibir en este foro. Por ejemplo, durante la Reunión Ministerial de la OECDE en 1993, el Comité en Legislación y Política de Competencia y el Comité de Comercio presentaron un reporte conjunto relativo a políticas comerciales y de competencia. En éste se sostenía que “la globalización debería producir una producción y mercadeo más eficientes, pero fracasará en lograrlo a menos que el acceso a los mercados y la competencia sean preservadas y ampliadas”³⁰.

Igualmente, en la doctrina, Hoekman y Mavroidis sostienen: “Si bien una política de libre comercio reduce considerablemente el trabajo de una autoridad de competencia, ello no significa que la necesidad de las normas de competencia desaparezca. Muchos productos son no-transables (por ejemplo, muchos servicios) [lo que anula la competencia que introduciría el libre comercio] pero, aún siendo transables, la competencia en los mercados domésticos puede verse limitada por otras razones. El libre comercio debe, en consecuencia, complementarse con la libertad de ingreso, incluida la de inversión extranjera. [Sin embargo] incluso, en estos casos, ciertos productos pueden estar producidos [en mercados operados] por monopolios naturales, por empresas que posean un poder de mercado global, o por firmas donde las barreras al ingreso naturales o ‘artificiales’ (gubernamentales) restringen la competencia. Y mientras los mercados son más abiertos a los productos extranjeros, mayor es la vulnerabilidad potencial hacia prácticas anticompetitivas desplegadas por monopolistas extranjeros o carteles. En tales casos deberían aplicarse normas de competencia”³¹.

Del mismo modo, Trebilcock sostiene que la competencia resultante de la importación de bienes no constituye una amenaza seria a la competencia en el sector de servicios, por lo que sus efectos “automáticos” son limitados. Por otra parte, las restricciones a la inversión extranjera, relativas a la presencia efectiva en el mercado, más que al acceso al mismo pueden constituir impedimentos

más importantes a la competencia foránea y, sin embargo, se trata de casos que el comercio libre por sí no puede solucionar y, por tanto, hay que desconfiar de él para estos fines³².

En todos estos casos se observa que el problema dominante es la necesidad de estructurar una coordinación entre autoridades internacionales para resolver los “fallos del mercado” causados por prácticas supuestamente restrictivas de la competencia. Las soluciones propuestas van desde la definición de casos de aplicación extraterritorial de la ley nacional antimonopolios, hasta la creación de un cuerpo supranacional de regulación de los mercados.

V. LIMITACIONES CONCEPTUALES DE LA POLÍTICA ANTIMONOPOLIOS PARA APREHENDER LA COMPETENCIA COMO FENÓMENO ECONÓMICO

Bajo el paradigma de “fallas de mercado”, la política regulatoria negociada en el contexto internacional orientó sus esfuerzos por detectar y corregir tales fallas y obstáculos a la competencia mediante intervenciones administrativas. Esta manera de ver la regulación del mercado ha dominado de tal forma en las discusiones académicas y entornos internacionales que ante el fracaso de las políticas antidumping lo que inmediatamente ha surgido entre los autores es el consenso de remplazar estas con políticas de corte antimonopolios. Pero ¿está bien fundado este razonamiento?

En efecto, al igual que la política antidumping, si bien en un lenguaje mucho más sofisticado la política antimonopolios fundamenta sus preceptos normativos (por ejemplo, condena a la concentración de mercados, condena a los oligopolios, condena a los abusos de posiciones de dominio) en el marco teórico “estático” de los mercados, tal como es definido por la escuela neoclásica de la economía. Bajo la influencia de esta escuela, profundamente influenciada por la lógica positivista, imperante en las ciencias sociales desde fines del siglo XIX, el análisis científico de la economía se

articula sobre **modelos** explicativos de la conducta de los agentes económicos. Para aprehender la complejidad del comportamiento de los agentes sociales en el mundo real, estos modelos emplean como recurso la simplificación de la realidad. Para ello sustraen del examen ciertos componentes o aspectos de la realidad (**variables**) para medir el comportamiento de los demás. Los modelos no son otra cosa que eso: representaciones ideales y simplificadas de la realidad; no la realidad misma. Es importante enfatizar este aspecto, pues he aquí la inconsistencia de las políticas antimonopolios, que aplican medidas de política pública sobre la realidad económica, sin apreciar que sus cálculos son basados en modelos que sustraen de este su carácter esencial, esto es, el dinamismo y evolución de los procesos de competencia.

En efecto, el error epistemológico de esta perspectiva no está tanto en intentar comprender en términos positivos el comportamiento de la economía y de los mercados, mediante el aislamiento de ciertas variables, método este útil para comprender en alguna medida ciertas tendencias. El error consistió en atribuir gratuitamente propiedades normativas a los modelos de equilibrio, particularmente el de competencia perfecta y el de monopolio, haciendo aparecer las variantes intermedias como expresión fidedigna de lo sucedido en la realidad. Dejaron pasar por alto el carácter estático impreso a estos modelos “intermedios”,

³⁰ OECD Working Papers, Trade and Competition Policies, N° 35, Paris, 1994, p. 2.

³¹ B. M. Hoekman and P. C. Mavroidis. “Linking Competition and Trade Policies in Central and East European Countries”, en Foundations of an Open Economy, L. A. Winters (ed.), Centre for Economic Policy Research, London, 1995, p. 113.

³² M. Trebilcock. “Reconciling Competition Laws and Trade Policies: a new challenge to International Cooperation”, Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market, G. B. Doern y S. Wilks (eds.), Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 270.

³³ Eventualmente, la desilusión de los teóricos neoclásicos por ajustar los mercados reales a las exigentes premisas del modelo de competencia perfecta los obligó a reducir sus aspiraciones y conformarse con esperar de ellos “competencia efectiva”. Bajo este nuevo nivel, basta con que los mercados permitan un grado razonable de competencia, no obstante su estructura se encuentre más o menos concentrada.

que también los separaba de la realidad. Los economistas neoclásicos asumieron la realidad como una variopinta de mercados constantemente en “falla”, incapaces de reproducir la “perfección” de la competencia perfecta³³.

En efecto, como claramente lo ha indicado Demsetz, se pasó por alto que la función de estos modelos no era establecer un patrón de referencias con la realidad, ejercicio este por lo demás inútil, sino un mero recurso analítico que permitiera predecir, con algún grado de aproximación, la conducta de las fuerzas que integran los mercados³⁴. La comparación de la realidad con estados ideales no considera los costos necesarios para alcanzar tal estado ideal³⁵. En otras palabras, el enfoque de políticas públicas debería ser no la comparación de los mercados reales con un nivel inalcanzable de perfección, sino la comparación de reglas e instituciones que mejoran o empeoran las condiciones bajo las cuales los agentes económicos se ven motivados para competir y rivalizar. El error de enfoque normativo ha impedido a los proponentes de políticas antimonopolios apreciar el papel central que en la vida real tienen las expectativas de los agentes económicos en el entramado de relaciones que conforman los mercados. Son estas expectativas las que inducen a las empresas a rivalizar por mercados y clientes.

VI. EL CONCEPTO DE “EXPECTATIVAS” Y SU IMPORTANCIA EN EL ANÁLISIS

DE LOS MERCADOS REALES

En efecto, contrariamente al análisis estático y omnisciente que asume la información perfecta de los agentes participantes en el mercado, característico de los modelos neoclásicos, en el mundo real los individuos no disponen de conocimiento perfecto sobre las condiciones que han de regir en sus actividades económicas; por el contrario, su actividad se encuentra inmersa en una densa penumbra de incertidumbre que los obliga a especular sobre el futuro. La información frag-

mentada y parcial de que disponen está basada, en el mejor de los casos, en su experiencia pasada, así como en las expectativas que pueden desarrollar a partir de un conjunto de suposiciones, inquisiciones, conjeturas y asunciones, las cuales pueden, en definitiva, estar ajustadas a la realidad, tal como ésta se va presentando, o pueden, por el contrario, chocar con ella. Por tanto, mal pueden ser conocidas anticipadamente. Dicho de otro modo, se trata de información claramente insuficiente de permitirle a nadie hacer predicciones ciertas sobre el comportamiento de los agentes en el mercado, o sobre éstos³⁶.

Por esta razón, como señala G. B. Richardson, los agentes económicos en el mercado se ven obligados a buscar mecanismos para obtener información suficiente que los anime a invertir, a pesar de tal incertidumbre³⁷. ¿De qué manera ocurre esto? Constantemente los empresarios se ven forzados a pensar cuántos insumos deben invertir hoy de manera tal que puedan cubrir un nivel de demanda agregada que ellos esperan será requerido abastecer

³⁴ H. Demsetz. “Information and Efficiency Another Viewpoint, 12 *Journal of Law and Economics* [1969] pp. 1 a 22.

³⁵ I. Kirzner. *Competition and Entrepreneurship*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, pp. 231 a 234.

³⁶ El problema de escrito está mejor presentado en la distinción entre una perspectiva de tercera persona (neoclásica), la cual asume en el analista la capacidad de conocer íntegramente la información requerida por el sistema para generar resultados futuros, y la perspectiva de primera persona (neoinstitucional) donde el analista no sólo es observador sino también actor. En este caso, no es posible disociar la posición personal y falibilidad humana que lo lleva a desconocer las expectativas de los demás agentes, careciendo, por tanto, de información suficiente para producir resultados futuros de la interacción de los mercados (M. Addleson. *Equilibrium versus Understanding: towards the restoration of economics as a social science*, Routledge, London, 1995).

³⁷ G. B. Richardson. *Information and Investment*, Oxford, Oxford University Press, 1960.

³⁸ Según este autor, en caso de actividades competitivas las posibilidades de ganancias resultantes de la inversión efectuada por una empresa se verá reducida como consecuencia de la ejecución de los planes de inversión de las demás empresas, cuya actividad es sustituta efectiva de la primera. Por el contrario, para el caso de actividades complementarias, los planes de una empresa refuerzan los planes de inversión de las demás, quienes producen bienes o servicios cuya demanda se ve acrecida, por tal motivo o cuyos costos disminuyen (Richardson. *Ibid.*, pp. 30 y 31).

³⁹ Como ha sido observado por la jurisprudencia norteamericana: “Las leyes antimonopolios [...] son la Carta Magna de la libre

en cierto momento futuro. El problema está en que cualquier determinación de ese nivel de demanda agregada no será sino meramente especulativa: nadie puede conocer con certeza el futuro.

Con todo, es posible aproximarse razonablemente a ese nivel de manera tal de motivar hoy las inversiones requeridas. El proceso de encontrar el nivel óptimo de inversiones, de ensayo y error, puede atenuarse de diversas maneras; todas ellas reducen el grado de especulación y permiten a los empresarios escudriñar en el futuro. Algunas de estas formas son basadas en su experiencia pasada sobre las condiciones y cambios “exógenos” existentes en el mercado que laboran; otras, en los cambios “endógenos” en el comportamiento de las empresas con los que interactúan. Para lo primero, es posible elaborar cálculos actuariales que les permitan descifrar las probabilidades de que un determinado acontecimiento se produzca en el futuro; ello conduce a establecer los riesgos de sus operaciones. Para lo segundo, esto es, precisar en el futuro la conducta de las empresas con las que interactúan, Richardson distingue aquellas empresas con las cuales la nuestra desarrolla actividades competitivas de aquellas con las que desarrolla actividades complementarias³⁸.

En el caso de actividades competitivas, se trata de precisar cuál es el nivel óptimo de inversiones que permiten cubrir, **pero no exceder**, un nivel determinado de demanda agregada futura. Si las empresas que desarrollan actividades competitivas exceden en conjunto sus inversiones presentes, tendrán en el futuro un excedente de producción y, por tanto, pérdidas. Se requiere de mecanismos que permitan conocer el monto total de inversiones, con el fin de colocar la producción futura en un nivel óptimo. De igual manera, en caso de inversiones complementarias (esto es, aquellas que se requieren conjuntamente para estimular la venta o disminuir los costos de producción), el empresario requiere conocer el nivel **mínimo** de producción que aquellos que realizan tales actividades están hoy dispuestos a ejecutar. El dilema en uno y otro casos es el mismo: ¿Cómo reducir (nunca es posible eliminar) el nivel de incertidumbre?

Las vías posibles generalmente chocan con las disposiciones antimonopolios, pues la visión estructural que informa esta política las considera inexorablemente formas de restricción a la competencia “estructural”. Olvida este enfoque que sólo a través de cooperación pueden los empresarios asegurar sus expectativas al futuro en el mercado. Esto es claramente visible, no sólo en el caso evidente de un acuerdo de precios para limitar la producción entre empresas que desarrollen actividades competitivas, supuesto este condenado de manera unánime en las legislaciones antimonopolios. También lo es en todas aquellas circunstancias donde las empresas de alguna manera se relacionen activa o pasivamente para circular información sobre los niveles de producción. Estos casos van desde relaciones muy cercanas (pero no iguales) a las de “competencia perfecta”, como por ejemplo el desarrollo de una reputación comercial, la promoción de la lealtad de los consumidores o la diferenciación de productos, hasta la fusión o adquisición de empresas, mecanismo este de consolidación de expectativas al futuro de las empresas intervinientes, pasando por la celebración de acuerdos expresos de largo plazo para coordinar planes y expectativas de producción. Bajo esta perspectiva temporal, realista y dinámica, la competencia existe en el mercado por el hecho de no existir impedimentos legales a terceros para ingresar en el mismo. Como quiera que se trata de una visión dinámica, no importa cuán concentrado esté el mercado en un determinado momento de su evolución. Lo esencial será que en términos dinámicos a las empresas no se les prohíba ofrecer sus productos o servicios. Las tesis sobre la existencia supuesta de “barreras al ingreso” que las empresas de dentro del mercado colocarían sobre potenciales rivales pierde toda su significación estructural; en efecto, vistos a la luz de esta perspectiva dinámica, tales impedimentos declarados como barreras por los partidarios de las políticas antimonopolios aparecen más bien como limitaciones naturales del mercado.

Como consecuencia, las legislaciones antimonopolios irremediablemente caen en el desatino

de condenar prácticas que siendo instrumentos necesarios para asegurar el funcionamiento de los mercados (habida cuenta de ellas aseguran las expectativas de las empresas al futuro) son calificadas como lesivos de la competencia, pues limitan la independencia de acción de las empresas. Confunden así la causa con la consecuencia, pues olvidan que lo que lleva a las empresas a limitar su independencia de acción no es tanto su potencial o actual interés por sustraer rentas monopólicas de los consumidores (ejercicio este imposible de sostener ante la libertad de ingreso de nuevos rivales) como el hecho de que a pesar de la incertidumbre de hechos futuros, las empresas deben continuar operando, para lo cual deben tratar de establecer si tales condiciones futuras exigen de ellos hoy incrementar su capacidad productiva o abstenerse de ello.

VII. LA INSUFICIENCIA DE CONTROL JUDICIAL EFECTIVO EN EL ÁMBITO DE LAS POLÍTICAS ANTIMONOPOLIOS

La incompatibilidad de las políticas antimonopolios con los procesos reales de interacción económica en los mercados y, particularmente, con la competencia, son aún más visibles en el ámbito de lo jurídico. Esto es particularmente chocante, si se considera que las políticas antimonopolios son frecuentemente bienvenidas como “la Carta Fundamental del Sistema Económico”, que protegen la integridad de los derechos económicos³⁹. El argumento, en esencia, es que las políticas antimonopolios aseguran la realización efectiva de los derechos económicos que de otro modo verían supuestamente perjudicados por la realización de conductas tipificadas como restrictivas de la competencia. Como hemos visto, lo “restrictivo de la competencia” depende del concepto de “competencia” **asumido**, el cual en su versión neoclásica tiene que ver con teorías acerca de situaciones y estructuras de mercado antes que procesos reales de rivalidad empresarial.

Las inconsistencias son claras en la determinación formal de supuestos restrictivos de la competencia con la que se nos presenta en el mundo real: Como hemos visto, los acuerdos, conductas paralelas, limitaciones de mercado, de producción y otras semejantes, pueden ser instrumentos útiles para conciliar montos globales de producción de actividades competitivas entre diversas empresas; en tanto que la reputación comercial, acuerdos de distribución o de compra exclusiva, de desarrollo de operaciones conjuntas, **joint ventures**, e incluso la compra de empresas “aguas arriba” o “aguas abajo” pueden ser vías idóneas para asegurar la estabilidad en la realización de actividades complementarias necesarias para acrecentar la venta del producto elaborado por nuestra empresa o disminuir los costos. Sin embargo, las legislaciones antimonopolios condenan estas prácticas sujetando a las empresas que participan en ellas a una presunción de culpabilidad por restringir la competencia.

...El error de enfoque normativo ha impedido a los proponentes de políticas antimonopolios apreciar el papel central que en la vida real tienen las expectativas de los agentes económicos en el entramado de relaciones que conforman los mercados.

Sin embargo, la teoría neoclásica de monopolios no es clara en establecer una causalidad económica entre la concentración de mercados (o desde una perspectiva opuesta, la ausencia de independencia corporativa) y la supuesta restricción de la competencia. El análisis económico basado en el paradigma SCP ha sido objeto de innumerables críticas fundadas en las aportaciones empíricas de casos que demuestran cómo la rentabilidad y obtención de ganancias no está atada a la estructura concentrada de un sector, o cómo la aparente obstaculización de empresas no es consecuencia de intentos monopólicos por quienes están ya en el mercado, sino simplemente niveles de eficiencia superiores que no deberían ser objeto de penalización.

El análisis económico neoclásico ayuda poco para encontrar el nivel óptimo de eficiencia social (Pareto superior) en un caso específico: no en vano Demsetz calificó estos esfuerzos como la “fallacia de Nirvana”, la realización quimérica de un mundo ideal que ninguna situación del mundo real, por aparentemente eficiente que aparezca, es capaz de reproducir. De manera que el análisis de la “regla de la razón”, tradicionalmente empleado por la doctrina y práctica antimonopolios para “separar” las “restricciones eficientes” de las “socialmente ineficientes” luce artificiosa y engañosa, por decir lo menos. Esto es particularmente evidente cuando se examina el tipo de evaluación requerida para considerar la existencia de una posición económica dominante en el mercado capaz de habilitar una empresa para imponer condiciones monopólicas. ¿Qué datos permiten establecer el tamaño del mercado, con el fin de conocer si la empresa examinada goza de una posición dominante en el mismo? ¿Cuál es el porcentaje de cuota de mercado suficiente para asegurar tal posición frente a las demás competidoras? ¿Cómo deben valorarse los datos representativos? Por ejemplo, en un caso donde se discuta la posición de dominio de unas empresas fabricantes de gaseosas, ¿cuál debe ser considerado el mercado relevante? ¿Acaso el de refrescos? ¿O bien el de bebidas de cualquier tipo? ¿Cómo apreciar los gustos y preferencias de los

consumidores? Son demasiadas las preguntas que quedan sin respuesta.

La doctrina jurídica administrativista, merced a su marcada inspiración positivista, es incapaz de aclarar de qué manera puede controlarse adecuadamente la discrecionalidad administrativa que invita la legislación antimonopolios. Si bien la forma legal de los actos administrativos que recubre la manifestación de voluntad administrativa en estos casos es posible sujetarla a ciertas reglas formales propias del llamado “due process”, ellas distan con mucho de proveer un verdadero Estado de derecho (**rule of law**), el cual se refiere más bien al contenido sustantivo de esa voluntad; “pues tal sustantividad se basa en última instancia en meras hipótesis o teorías económicas, o lo que es igual, especulaciones u opiniones de la administración sobre los posibles efectos de los actos que realicen las empresas cuando los mercados tengan ciertos niveles de concentración”. No en balde la evidencia económica que soporta los reclamos de quienes atacan empresas supuestamente monopolizadoras del mercado está constituida por hechos relativos, no a las empresas acusadas, sino a condiciones externas imperantes en el mercado; son éstas las que confieren el carácter supuestamente nocivo a la actividad de aquéllas⁴⁰.

En el contexto de las relaciones económicas internacionales, donde hay claros incentivos para emprender conductas oportunistas (**rent seeking**) del tipo Dilema del Prisionero, la existencia de constreñimientos institucionales a la discrecionalidad administrativa de las autoridades nacionales de comercio es aún más necesaria.

empresa. Ellas son tan importantes para la preservación de la libertad económica y nuestra libre empresa como lo es la Carta de Derechos (“Bill of Rights”) para nuestras libertades fundamentales”. (Vid., caso U.S. v. Topco Associates Inc. 405 U.S. 596,610 (1972). Este principio de vieja prosapia en antimonopolios ya había sido enunciado en Northern Pacific Railways v. United States. 356 U.S. 1, 6, 8-9, 10 N.8 (1958).

⁴⁰ Para un análisis más detallado de esta limitación, ver R. B. Stevens y B. S. y Yamey. *The Restrictive Practices Court: A study of the Judicial Process and Economic Policy*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1965.

⁴¹ La necesidad de abordar el tema antimonopolios bajo una perspectiva alternativa a la convencional, ha sido planteada, entre

VIII. UNA PROPUESTA INSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA COMPETENCIA EN EL COMERCIO INTERNACIONAL: EL REFUERZO DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL

Las anteriores consideraciones pretenden hacer ver que, paradójicamente, las actuales políticas de “promoción” a la competencia, basadas en la persecución de conductas pretendidamente monopólicas, lejos de promoverla la regulan y, por tanto, la extinguen. Sin embargo, tal comprobación no debería llevar a la pesimista conclusión de que la acción pública es intrínsecamente incapaz de instrumentar políticas de promoción a la competencia; muy por el contrario. En esta sección abordaremos esta cuestión.

Una postura alternativa de acercamiento al problema de promoción de la competencia en el comercio internacional es la que ofrece el análisis del marco institucional bajo el cual sus participantes (Estados y empresas) actúan y su amenabilidad con el libre comercio⁴¹. Petersmann atribuye a las reglas internacionales de comercio internacional nacidas en el sistema GATT/OMC (no discriminación, trato nacional, garantías procesales, etc.) el carácter de “constitución económica” cuya invocación permitiría la defensa de los derechos económicos en este campo⁴².

En efecto, esta propuesta se fundamenta en el objetivo final que se persigue en toda esta discusión: El libre comercio de bienes y servicios requiere la eliminación o control de las tendencias proteccionistas que impiden su realización. Son estos los que impiden las empresas actuar y, por tanto, competir en el mercado internacional.

Esta propuesta alternativa parte, por tanto, de afirmar que la transparencia de los mercados internacionales y la promoción de la competencia empresarial dependen del control de la discrecionalidad administrativa de las autoridades nacionales que favorece el neoproteccionismo comercial. Esta discrecionalidad se presenta por imperfecciones en

el sistema de reglas institucionales concebido para normar tal fenómeno, dejando vacíos o lagunas normativas que son aprovechados por los Estados para ganar una ventaja estratégica a costa de los demás participantes del comercio internacional. Como ya ha sido señalado⁴³, el proteccionismo comercial se genera en la ausencia de normas multilaterales que comprometan la conducta de las autoridades nacionales y gobiernos en su respaldo del libre comercio.

El contexto internacional, como es evidente, está integrado por un conjunto de actores que actúan estratégicamente, intentando maximizar su utilidad. Tales actores determinan nacionalmente las políticas que los Estados resuelven llevar al terreno de las negociaciones internacionales, las cuales asumen por esta vía un carácter marcadamente mercantilista. Ejerciendo un balance entre los intereses de empresas y consumidores nacionales y extranjeros, los Estados diseñan sus políticas comerciales y de promoción a la competencia. En este cálculo, y dado el mejor poder negociador del cabildeo empresarial, es de esperar que los Estados tiendan a favorecer los intereses del sector empresarial frente al consumidor, y los de sus nacionales frente a los extranjeros. Por esta razón, los intentos de proteccionismos son tan frecuentemente asociados con políticas de corte “nacionalista” (aun si con ello se perjudica a los “nacionales” consumidores del país respectivo).

Entre los Estados, el modelo empleado tradicionalmente es aquel que identifica las situaciones en este contexto con la que presenta en “teoría de juegos” el llamado “Dilema del Prisionero”. En tales situaciones, se **asume** que los Estados, obedeciendo a los intereses locales que determinan en última instancia sus respectivas políticas comerciales, cederán a la tentación de establecer medidas proteccionistas, y de tratar de ganar ventaja con sus socios comerciales.

Según este modelo, cabe esperar que los Estados busquen su propio beneficio, sacrificando el óptimo que podrían encontrar en la cooperación para disminuir la discrecionalidad de sus políticas comerciales. Ese beneficio podría surgir a través de

normas multilaterales que restrinjan los impulsos proteccionistas, por hacer más costosas las consecuencias de su incumplimiento por medidas de “retorsión” debidamente autorizadas por el marco multilateral.

Es precisamente este el sentido del marco multilateral que poco a poco se ha ido abriendo paso (esto es, el sistema GATT/WTO). Este marco multilateral busca precisamente disciplinar el comercio, pero lamentablemente es un marco imperfecto. En este sentido, es necesario recordar que dicho marco es producto del compromiso y las concesiones necesarias para lograr el consenso en torno a su cumplimiento. Su forma es por tanto lo suficientemente flexible como para permitir interpretaciones divorciadas del libre comercio. Por esta razón, debe procurarse su fortalecimiento mediante políticas institucionales, para prevenir la discrecionalidad administrativa, tan fácilmente proclive a transformarse en fuente de nuevas barreras no arancelarias al comercio.

otros, por Boarman, quien hace un interesante recuento de las iniciativas desplegadas en este sentido, las cuales se extienden hasta la época de Nixon. Véase P. Boarman. *Antitrust Laws in a Global Market, Challenge* (january-february) 1993, p. 31. Este ensayo evalúa la necesidad de introducir una perspectiva diferente en la ejecución de políticas antimonopolios a la luz de la globalización de la economía mundial. Lamentablemente, a pesar de que el autor critica de alguna manera las deficiencias que ofrece la caracterización tradicional de la competencia (competencia perfecta, según el modelo neoliberal), no presenta una alternativa a este modelo, con lo que sus conclusiones son limitadas a una mera adaptación de los conceptos tradicionales a las nuevas situaciones del comercio internacional.

⁴² E. U. Petersmann. *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, PUPIL 3, Switzerland, University Press Fribourg, 1991.

⁴³ Vid., I. De León y M. Morales. “From Aid to Trade: A New Appraisal in the Economic Relations between the European Union and Latin America”, *2 European Foreign Affairs Review* [1997], pp. 63 a 96. También, Ordovery et al., Id, J. Ordovery, A. Sykes y R. Willig. *Unfair International Trade Practices*, p. 19; C.V. Starr Center for Applied Economics, New York University, Department of Economics, Sept. 1982, pp. 10 a 16.

⁴⁴ Alexander Shaude. *Globalización y políticas de competencia*, 775 Información Comercial Española, Madrid, Ministerio de Economía y Hacienda, 1999, pp. 19 a 25.

⁴⁵ Para una precisión mayor, ver. I. De León. “The Dilemma of Regulating International Competition under the WTO System”, *18 European Competition Law Review*, 1997, pp. 165 y 166.

⁴⁶ Vid., Los nuevos temas del comercio. SP/CL/XXI.O DT N° 13, XXI Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Sistema Económico

Idealmente, pudiera concebirse dar acceso a los beneficiarios de derechos económicos a la jurisdicción del GATT para asegurar sus derechos directamente. Esto permitiría una solución efectiva y más probable que el recurso actual de recurrir a las jurisdicciones nacionales.

Schaute observa que “dada la creciente globalización de la economía, se hace necesaria la construcción de un marco internacional para regular la competencia⁴⁴. Ciertamente, compar-timos esta idea, sin embargo, es preciso identificar ante todo, cual es exactamente el bien jurídico que se debería proteger en una legislación internacional de promoción a la competencia.

IX. CONCLUSIÓN: ¿POR QUÉ ES NECESARIO COMBATIR LOS PARADIGMAS IDEOLÓGICOS DETRÁS DE LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

Es claro que las políticas antidumping han adoptado un clarísimo sesgo proteccionista, obstructor del comercio internacional, bajo el pretexto de promover la “lealtad” en las transacciones comerciales. Pocos dudan que los problemas de esta legislación están asociados fundamentalmente con la dificultad para precisar tanto la existencia de un margen de dumping, como el perjuicio (o amenaza del mismo) a la producción doméstica⁴⁵. Generalmente la discrecionalidad administrativa, producto de la imprecisión sustantiva de estas normas, ha favorecido los intereses “concentrados” de productores nacionales, a costa del interés “difuso” de los consumidores, quienes se ven obligados a transferir a aquéllos, por razones políticas, parte de su renta.

¿Puede una legislación convencional de competencia (antimonopolios) eliminar estos problemas? Creemos que no. En efecto, la indefinición normativa de las políticas antidumping no será corregida mediante la declaración de objetivos normativos no asociados con la protección de una industria

en particular, sino de los consumidores en general, o mediante la incorporación de criterios técnico-económicos que permitan tanto una mejor identificación de los casos de supuesta restricción “desleal” a la competencia, como una mejor cobertura a situaciones no necesariamente referidas a la venta de productos por debajo de precios “viles”.

Como se dijo, estas propuestas fallan en su génesis intelectual, vale decir, en que todas ellas asumen una forma heurística particular de apreciar los problemas de la realidad y la causalidad de las relaciones económicas. Esto es, una percepción asumida de que los mercados “fallan” y de que es necesaria la intervención de una autoridad “exterior” para corregirlos. Todas estas propuestas dan, pues, por sentado el valor epistemológico de la propuesta neoclásica en la economía, y de sus proposiciones para explicar el comportamiento de las firmas, que es precisamente lo que este trabajo pone en tela de duda.

La pregunta adecuada no es entonces cómo estructurar una autoridad internacional efectiva capaz de resolver los aparentes fallos de mercado, sino más bien, si aquello que percibimos como fallos de mercado son tales, y de serlos, cuál debería ser la manera de resolverlos.

La comprensión del problema que supone la aplicación de políticas que promuevan la competencia en el ámbito internacional va más allá de la simple identificación de los regímenes regulatorios que pudieran verse afectados por una reforma del régimen actual centrado en las prácticas de “dumping” para introducir los supuestos normativos propios de la política antimonopolios. El problema, en efecto, no es simplemente un problema operativo donde debe procurarse ordenar la aplicación de las normas antimonopolios con miras a “igualar las reglas de juego”, o sustituir las normas antidumping, como crecientemente se propone en foros latinoamericanos e internacionales⁴⁶. Esta es una apreciación superficial y exegética (positivista) que da por sentado ciertos valores y fundamentos teóricos cuya consistencia está muy distante de la solidez que requiere el análisis objetivo y realista de toda política pública. Está claro que la solución

no es aplicar un maquillaje jurídico para paliar las aparentes dificultades del régimen antidumping. Ello sería equivalente a ignorar la direccionalidad semejante y el origen común de las políticas antidumping y antimonopolio, ambas fundadas en la premisa de que los mercados fallan.

...Si la intención del poder público es consistente con la apertura económica y liberalización de los mercados, las normas antimonopolios definitivamente no ofrecen una alternativa viable a este propósito...

El desideratum no consiste en establecer, sobre la base de teorías económicas cada vez más cuestionadas, un supuesto carácter nocivo sobre conductas empresariales cuya existencia puede permitir un funcionamiento más eficiente y fluidos de los mercados. En lugar de ello, la clave está en distinguir cuáles estructuras de derechos o reglas institucionales facilitan tal funcionamiento, bien porque ellas asignan adecuadamente derechos de propiedad sobre recursos sociales, impidiendo así problemas de “oportunisto”, o bien porque **no traban la iniciativa de los particulares para resolver estos problemas cuando ellos subsistan**⁴⁷.

En este sentido, es claro que la indefinición de derechos genera “costos de transacción” que dificultan y en el extremo imposibilitan el comercio. Imposibilitado el comercio, es difícil imaginarse cómo podría florecer la competencia empresarial, fin último este de las legislaciones de competencia.

Desde una perspectiva sustantiva, tales reglas deben reducir los conflictos en la asignación o transmisión de derechos; por definición ello implica un sistema de solución de controversias eficaz. Pero además se requiere de un conjunto de iniciativas positivas dirigidas a impedir o resolver los problemas de tales indefiniciones de derechos en casos **difíciles**. Piénsese, por ejemplo, en la asignación precisa de derechos de propiedad sobre las ideas, objeto de la legislación de propiedad intelectual, o sobre la persona del empresario, su reputación comercial y otras áreas semejantes, que dan origen a políticas correctoras de oportunismos como lo es la legislación de “competencia desleal”.

Como puede verse, una política de competencia alternativa no supone la inhibición del Estado, sino la reformulación de sus funciones para hacerlas corresponderse con la lógica de los mercados, y de la competencia.

En el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, el problema consiste en cómo prevenir el constante surgimiento de tendencias proteccionistas en el comercio internacional debido a vacíos y lagunas normativas. Es aquí que se presentan los efectos reales de normas antidumping, de lagunas interpretativas que facilitan a los Estados impedir los flujos comerciales y, probablemente, de los problemas que surgirían de adoptarse normas antimonopolios, las cuales posiblemente sustituirían las actuales antidumping como instrumento de proteccionismo comercial, alcanzando con ello un objetivo totalmente contrario al pretendido de abrir mercados y promover la competencia.

En la evaluación de las fortalezas y debilidades que el marco multilateral del GATT ofrece a sus miembros para establecer normas que permitan la competencia internacional, es preciso comprender

el contexto en el cual tales normas se desarrollan y aplican.

Las reflexiones anteriores han de aclarar la verdadera naturaleza de las normas regulatorias de la competencia, más allá de las meras declaraciones formales de voluntad legislativa. Esto es indispensable para identificar su conveniencia y conocer abiertamente sus consecuencias. Si la intención del poder público es consistente con la apertura económica y liberalización de los mercados, las normas antimonopolios definitivamente no ofrecen una alternativa viable a este propósito. Por el contrario, como señala Godek, “La preocupación por temas antimonopolios revela una ansiedad poco saludable sobre el ilusorio padecimiento del capitalismo”⁴⁸.

De manera que es preciso proceder con sumo cuidado y no dejarse influenciar por la opinión convencional (particular, aunque no exclusivamente, la de juristas, es justo decirlo) que adopta estas políticas sin considerar ni las posibles limitaciones de la teoría económica en la cual se fundamentan, ni las consecuencias que derivan de su ejecución. En ello no puede uno sino convenir con Ackerman, cuando al considerar este problema señaló: “Cuando hablan de manera tan resonante acerca de ‘política e interés público,’ ¿tienen acaso los abogados la más remota idea de lo que están hablando?”⁴⁹.

Latinoamericano, San Salvador, 10 al 13 de julio 1995.

⁴⁷ Como señala Langlois, “esta perspectiva comparativa-institucional está en franco contraste con la perspectiva de la economía neo-clásica (tal como se practica frecuentemente), la cual persigue derivar sus conclusiones normativas a partir de los teoremas de bienestar del análisis de “equilibrio”. R. Langlois. *Economics as a Process*, Introductory Paper for a Liberty Fund symposium, October 15, 1982, p. 41.

⁴⁸ P. Godek. *One U.S. Export Eastern Europe doesn't need*, *International Merger Law*, September 1991, p. 3.

⁴⁹ B. Ackerman. *Reconstructing American Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, p. 22.