



UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

ANTITRUST BAJO ATAQUE

Aldo González

Antitrust bajo ataque

Agosto 2020



Aldo González

Ph. D en Economía de la Universidad de Toulouse. Profesor Asociado del Departamento de Economía de la Universidad de Chile. Experto en Políticas de Competencia, Regulación de Mercados y Organización Industrial. Ha ejercido como consultor de organismos internacionales (Banco Mundial, BID, IDEI). Actualmente es director del Magíster en Políticas Públicas de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile.

El *consenso Antitrust*, todo ese conjunto de criterios, normas y finalmente leyes, que en distintas partes del globo se aplican para controlar el poder de mercado y corregir prácticas que pueden lesionar la competencia se encuentra bajo fuerte crítica. El fuego proviene de diversos oponentes, no necesariamente amigos entre ellos, pero que sí coinciden en ver un adversario común en la actual fortaleza antitrust y están dispuestos tomarla por asalto para rediseñar las reglas bajo las cuales deben comportarse las empresas.

Las leyes *antitrust* son la contraparte institucional de una economía de mercado. La sola operación descentralizada de las empresas, compitiendo entre ellas, no garantiza un resultado satisfactorio en términos de bienestar económico. La existencia de barreras de entrada, de naturaleza diversa, impide que la corrección competitiva de los mercados –la mano invisible– actúe expeditamente. La solución es aplicar intervenciones selectivas, estableciendo un rayado de cancha o regulación básica respecto a las conductas que son aceptables o compatibles con la libre competencia.

Las definiciones fundamentales del consenso *antitrust* son las siguientes:

Ilegalidad de la Colusión. Los acuerdos de precios entre competidores, reparto de cuotas de mercado o clientes son la negación misma de la competencia y por lo tanto son dañinas para el bienestar del consumidor. En la mayoría de las jurisdicciones la colusión es considerada falta per se, por lo tanto, no se requiere evidencia del efecto económico que produciría –pues se asume negativo– para sancionarla. Bastaría con disponer de las pruebas que demuestren que existió el acto concertado entre competidores. La gravedad de este acto se refleja en que contempla las más altas sanciones dentro de la libre competencia, siendo la única que tiene penas de cárcel en algunos países.

Control de la Concentración Excesiva. El mecanismo de control de fusiones entre empresas permite a las agencias *antitrust* evaluar si la pérdida de rivalidad producto de una fusión es lesiva para la competencia, en términos de mayores precios o menores opciones para los consumidores. La presunción que la reducción del número de competidores puede incrementar los precios proviene de los equilibrios predichos por los modelos de competencia imperfecta. Las fusiones pueden cambiar también la estructura de costos de las empresas, por esa razón se evalúan sus posibles eficiencias, las cuales se estiman como positivas si pueden ser traspasadas a los consumidores.

El estándar a nivel internacional es el control preventivo o *ex-ante*, donde operaciones que involucran a empresas por sobre un determinado tamaño –medido en ventas o activos– debe obligatoriamente ser notificada antes de su consumación.

Sancionar el Abuso de Posición Dominante. Las grandes empresas, que son dominantes en sus respectivos mercados, tienen la capacidad de excluir a competidores. Si bien la salida de firmas y su reemplazo por otras más eficientes se considera parte del normal proceso competitivo, existen formas de eliminar o disciplinar competidores que no son consideradas legítimas pues no van en la dirección de mejorar la eficiencia económica en su conjunto. Conductas como son los precios predatorios, ventas atadas o contratos de exclusividad, caerían en esta categoría.

Aunque no explícitamente mencionado en las leyes, se ha convergido a que el objetivo último de la libre competencia es el bienestar del consumidor. Todo lo positivo que asocia a la existencia de un mercado competitivo –menores precios, mayor disponibilidad de bienes, más innovación, etc– es para el goce de los ciudadanos. Los empresarios deben obtener una remuneración justa por lo producido, pero se espera que el excedente o riqueza de lo creado sea en el largo plazo capturado por quienes consumirán dichos bienes.

Tener claramente definido un objetivo de política, o bien jurídico a proteger, es relevante pues otorga predictibilidad a todos los agentes. Así, al momento de evaluar una conducta debemos preguntarnos si ésta favorece o no a los consumidores, donde la suerte que corran determinadas empresas resulta completamente secundaria. El control obligatorio de fusiones, así como la calificación de ofensa *per se* de la colusión, son inherentes a la aplicación del estándar del bienestar del consumidor. Del mismo modo, las prácticas con potencial excluyente arriba mencionadas son calificadas como anticompetitivas pues terminan dañando a los consumidores, a pesar de que en lo inmediato puedan parecer convenientes, como sería el caso de los precios predatorios.

Históricamente el ataque al edificio *antitrust* provino del flanco libertario, naturalmente escéptico de cualquier intervención correctiva del estado en los mercados. Las leyes antimonopolios eran vistas como el resultado de la captura de grupos de interés, los cuales buscan protegerse de una vigorosa competencia por parte de empresas más eficientes. Así, estas regulaciones solo generarían más distorsiones y levantarían barreras a la entrada, todo lo cual iría en perjuicio del consumidor, contrariamente a los objetivos perseguidos por la legislación *antitrust*.

La batalla en ese frente ya se resolvió y el consenso *antitrust* terminó fortalecido. Las economías del mundo a medida que progresaban y se abrían al comercio, adoptaban las leyes e instituciones propias del consenso. Hoy las embestidas provienen del frente que podríamos llamar populista, ya sea en su vertiente *hipster* – denominación sarcástica debido a su oposición a la postura *mainstream*– como en su versión nacionalista.

En forma resumida y a riesgo de simplificar la descripción, presentamos las principales críticas que se han formulado al paradigma actual.

a. *Small is Beautiful*

El movimiento *hipster* basa su crítica en que los remedios hasta ahora aplicados no han cumplido con la promesa de crear mercados competitivos. Por el contrario, señalan, lo que se observa es un incremento en la concentración en la mayoría de las industrias y un mayor poder de las grandes corporaciones.

El estándar de bienestar del consumidor sería cómplice de esta mayor concentración en los mercados y por lo tanto debe ser reemplazado por una acción más resuelta dirigida a controlar las grandes empresas. Además, el enfoque exclusivo en el consumidor sería un objetivo muy estrecho pues no se incorporarían otras dimensiones económicas relevantes como son la distribución del ingreso o el bienestar de los trabajadores. Utilizando la retórica actual sobre los peligros de la desigualdad y la concentración de la riqueza, se hace

una extrapolación –a veces sin mayor escrutinio– a riesgos equivalentes asociados a la concentración de mercados.

La preocupación por el tamaño y a la concentración como males *per se*, tiene como correlato una preferencia por las pequeñas empresas, las cuales gozarían de un derecho a permanecer en el mercado, independiente de su potencial competitivo. Son herederos de la doctrina del Juez de la Corte Suprema de EEUU, Louis Brandeis, quien postulaba que las pequeñas empresas tenían un valor intrínseco, pues eran componente vital de una democracia.

Su aproximación tiene sintonía con el mundo político que siempre corteja electoralmente a las pequeñas y medianas empresas y con la opinión pública, que también declara apoyarlas, aunque más vocalmente que en sus decisiones de compra.

La opción por las pequeñas empresas justificaría implementar medidas, que serían consideradas poco ortodoxas por el mundo *mainstream*, como son los límites máximos de mercado por firma. Por su parte, los descuentos por volumen o incentivos por metas de ventas, que se aplican en mercados mayoristas, no son bienvenidos pues ponen en desventaja a los pequeños frente a los grandes.

b. Campeones Nacionales

Al contrario del movimiento anterior, el lema sería *Big is Beautiful*. El progreso económico se logra industrializando el país, para lo cual se requieren empresas grandes, aptas para competir con posibilidades de éxito en un mundo globalizado. Estas son compañías líderes en su respectivo rubro, con figuración en los rankings de firmas con mayor capitalización o ventas. La operación a gran escala provee rentas, las cuales se traducen en mejores sueldos y beneficios para sus trabajadores, mayor gasto en innovación, y liquidez para salir al mundo a conquistar mercados.

La política de competencia sería miope, en particular la de control de fusiones, pues se enfoca excesivamente en el corto plazo y en el número de operadores (concentración), lo cual no tiene relación con el aporte de valor económico en el mercado. Se recoge la visión Schumpeteriana, bajo la cual las grandes empresas son las entidades privilegiadas para innovar pues la competencia directa no les disipa sus beneficios, disponiendo así de fondos propios para emprender proyectos riesgosos, pero con potencial disruptivo.

La respuesta es la política industrial, la cual, a través de ayudas y protecciones frente al comercio y a la competencia puede favorecer el desarrollo de empresas competitivas a nivel mundial. La tensión entre el objetivo industrial y el de competencia se vio claramente manifestado en la fusión rechazada (2019) entre dos gigantes de la ingeniería: la francesa Alstom y la alemana Siemens. La Comisión Europea utilizando herramientas propias de *antitrust* bloqueó la operación por el alto poder de mercado que tendría la nueva entidad en los mercados locales. Las voces críticas señalaron que la creación del Campeón Europeo era necesaria para enfrentar al gigante chino CRRC, el mayor fabricante de trenes del mundo, cuya producción medida en ventas superaba a la de Alstom y Siemens juntas. Se señalaba que existía una asimetría en el tratamiento de las fusiones entre bloques económicos. Mientras en China el control de fusiones sería más laxo y habría favorecido el surgimiento de un fabricante único a nivel local, en Europa no se permite una decisión equivalente. El llamado entonces es que en las decisiones sobre fusiones en sectores considerados como estratégicos, los estados miembros de la Unión puedan hacer valer razones de interés general más allá del estrecho ámbito de *antitrust*.

c. Información y Poder

La palabra clave es poder. El exceso de poder económico derivado de poseer grandes corporaciones otorga un poder político equivalente, lo cual es lesivo para la democracia. Algunos autores incluso sugieren que el surgimiento de los regímenes totalitarios en Europa en el periodo entre guerras sería producto de estructuras de mercado oligopólicas.

Hoy día el poder está en la información. Los datos son el nuevo oro y quien controle esos datos ejercerá un gran poder sobre la vida de los consumidores y ciudadanos. Las empresas que sobresalen en esa dimensión son los gigantes Google, Apple, Facebook, Microsoft y Amazon (GAFMA), todas ellas monopólicas o con alta dominancia en sus respectivos mercados, debido a la naturaleza de red de los servicios que proveen.

Los instrumentos tradicionales de *antitrust* no serían útiles para controlar el poder de estos gigantes. Un caso serían las adquisiciones de las aplicaciones estrella (WhatsApp, Instagram, Youtube, Skype, etc.) por parte de las grandes, las cuales, bajo los criterios actuales empleados para el control de fusiones, no pueden ser prohibidas. Otras prácticas, dadas a conocer en la reciente audiencia ante el Congreso de los Estados Unidos, como la discriminación, precios predatorios, uso de información estratégica y estrangulamientos de márgenes, sí pueden ser abordadas con los métodos actuales.

El mundo político ha puesto su mirada en estas empresas. La ex precandidata presidencial en Estados Unidos, Elizabeth Warren, en su campaña tenía un plan para separar estas compañías, tal como fallidamente lo intentó la agencia de competencia de ese país (Federal Trade Commission) con Microsoft a fines de los noventa.

Contrariamente a la predicción Schumpeteriana, se argumenta que las grandes corporaciones tendrían un impacto negativo en la innovación, pues las pequeñas empresas y *start-ups* no desearían invertir en desafiarlos debido a las naturales desventajas de escala y al riesgo de ser ahogadas comercial y financieramente. Así, al igual como se reorganizaron los monopolios de la refinación del petróleo y la fabricación de cigarrillos a comienzos del siglo XX, creando empresas independientes que compitieran entre ellas, lo mismo debe realizarse 100 años después con los gigantes tecnológicos.

Conclusión

Aún no sabemos si el actual consenso resistirá este ataque desde múltiples frentes, y si las reglas de la libre competencia a nivel mundial serán redefinidas. Debemos partir por mencionar que el paradigma actual no ha incumplido su promesa. No se dispone de evidencia robusta que indique que la tendencia hacia la mayor concentración observada en determinadas industrias se haya traducido en un perjuicio al consumidor, por la vía de precios más altos, por ejemplo.

En la vecindad de las reglas actuales se pueden introducir perfeccionamientos, que van desde la intensificación del *enforcement* hasta explorar la calificación de ciertas prácticas como *a priori* contrarias al interés del consumidor, a menos que se provea evidencia en contrario.

Si se desea migrar hacia un nuevo modelo de *antitrust*, me atrevo a hacer algunas prevenciones. Primero, las leyes de libre competencia no pueden hacerse cargo de los diversos fines que la sociedad considere deseables, como son la provisión de buenos empleos, promoción de las pequeñas empresas, distribución del ingreso y la protección del medio ambiente. Como nos enseña la economía, a más objetivos de política, mayor número de instrumentos deben emplearse. Es decir, cada objetivo debe contar con sus propias leyes e institucionalidad para asegurar su logro. Dejar las agencias de competencia con un mandato tan amplio, tiene el riesgo de conducir a decisiones arbitrarias y sub-óptimas.

Segundo, no basta con identificar las deficiencias del sistema actual para sustituirlo por otro. Cualquier modelo alternativo de protección de la competencia debe ser coherente, dejando claro cuál es el objetivo que persigue y no ser simplemente una sumatoria de medidas *ad-hoc*, cada una buscando satisfacer las aspiraciones de audiencias que se declaran descontentas.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Aldo González, "Antitrust bajo ataque", *Investigaciones CeCo* (agosto, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile