

LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA POST-CONSENSO DE WASHINGTON

Julián Peña

Las políticas de competencia en América Latina post-Consenso de Washington¹

Marzo 2021



Julián Peña

Abogado y socio a cargo del departamento de defensa de la competencia del estudio Allende & Brea en Argentina. Trabajó como asesor legal del Ministerio de Economía y de la CNDC. Peña es también profesor en la Maestría de Derecho y Economía de la Universidad Torcuato Di Tella, fundador y moderador de ForoCompetencia (www.ForoCompetencia.com), Vice-Chair del Antitrust Committee de la International Bar Association, miembro del International Developments and Comments Task Force de la Antitrust Law Section de la American Bar Association y miembro del Advisory Board del Fordham Competition Law Institute y del American Antitrust Institute.

Aunque América Latina es un concepto amplio que incluye muy diferentes realidades políticas, económicas, sociales y culturales, ha sido posible históricamente encontrar algunos puntos comunes al analizar las políticas de competencia o, más aún, el rol de intervención del Estado en los mercados. No obstante, en los últimos años, cuesta encontrar un paradigma común que sea representativo de lo que está ocurriendo en la región, principalmente desde que colapsara el apoyo a los principios establecidos en lo que se conoció como el “Consenso de Washington”.

La historia de la política de competencia en América Latina podría dividirse en tres grandes períodos. Un primer período podría establecerse aproximadamente, desde la década de 1920 hasta la de 1980. Aunque la mayoría de los países de América Latina han sido influenciados por principios de libre mercado desde sus respectivas independencias y algunos países han incluso tenido leyes anti-monopolios en las primeras décadas del siglo XX, este período se caracteriza por una muy fuerte intervención estatal en los mercados. Esta intervención se manifestó a través de varios mecanismos anticompetitivos, tales como la existencia de monopolios de empresas estatales, controles de precios hasta medidas proteccionistas y regulaciones gubernamentales ineficientes. Este ha sido el paradigma común de casi todos los países de la región en esta primera etapa.

Aunque resulta difícil determinar exactamente cuándo comenzó, la mayoría de los países de América Latina empezaron a adoptar una serie de políticas de competencia influenciadas por las instituciones financieras internacionales con base en Washington. Este paquete de recomendaciones pro-mercado, denominado “Consenso de Washington”, representó el paradigma principal de las políticas implementadas por la mayoría de los gobiernos latinoamericanos en la década de 1990. Como resultado de estas políticas, que implicó la privatización de muchos servicios públicos, la necesidad de nuevas reglas se vio reflejado en el número de nuevas leyes de defensa de la competencia y de regulación de servicios sancionadas en la región. Algunos países adoptaron regímenes nuevos, mientras que otros modernizaron sus sistemas legales obsoletos.

Hacia fines del siglo XX, la gran decepción de la población con el desarrollo de la región y con la distribución de la riqueza, se vio reflejado en los resultados de varias elecciones presidenciales a través de América Latina. Este sentimiento de fracaso ha sido atribuido por muchos políticos a la aplicación de las políticas del Consenso de Washington. Este nuevo consenso se basó no en qué es lo que había que hacer, sino más bien en aquello que no hay que hacer para obtener el desarrollo buscado.

¹ Este trabajo se basa en el artículo publicado en Julián Peña, “Competition policies in Latin America, post-Washington Consensus” en *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, ed. Philip Marsden (Northampton: Edward Elgar Publishing Limited Edward Elgar, 2008).

El objetivo de este trabajo es tratar de descifrar cuál ha sido la evolución de las políticas de competencia en América Latina antes, durante y después del Consenso de Washington a fin de determinar si un nuevo consenso se ha establecido. El uso del Consenso de Washington como referencia se debe solamente a su valor simbólico como un hito que marcó un período de una fuerte influencia de los organismos financieros internacionales con base en Washington sobre los altamente endeudados países latinoamericanos. Es importante resaltar que estas políticas recomendadas no han sido implementadas plenamente por ninguno de los gobiernos de la región y que su impacto ha variado en cada país.

A fin de analizar las políticas de competencia en América Latina, resulta necesario no solamente considerar el tratamiento de las consecuencias de las prácticas restrictivas de la competencia sino también el paradigma de intervención del Estado en los mercados. Estas políticas también han tenido un camino similar en América Latina a través de los años.

I. EL CONSENSO DE WASHINGTON

Hacia finales de la llamada “década perdida” en Latinoamérica, durante la década de 1980, el economista John Williamson preparó una “lista de prescripciones que apuntarían a un consentimiento general en el Washington de George H.W. Bush, poco después de que Ronald Reagan haya dejado la oficina”². Estas recomendaciones son conocidas como el Consenso de Washington. A pesar de que el artículo original de Williamson era para enmarcar una conferencia del Banco Mundial “cuyo motivo oculto era persuadir a Washington de que Latinoamérica estaba comprometida con una reforma seria, y no para proveer una agenda de políticas para Latinoamérica”³, el término que había acuñado empezó a tener vida propia⁴, y fue asimilado como un sinónimo para conceptos como “neoliberalismo” o “fundamentalismo de mercado”, según George Soros⁵.

El Consenso de Washington, como está expresado en el artículo de Williamson⁶ contenía un conjunto de 10 recomendaciones para una Latinoamérica altamente endeudada, basado en tres ideas principales: disciplina macroeconómica, una economía de mercado y apertura al mundo con respecto al comercio e inversiones extranjeras directas⁷. Estas políticas recomendadas consistían en disciplina fiscal; redirección de prioridades de gasto público; reforma fiscal a través de tarifas más bajas y una base impositiva más amplia; liberalización de tarifas de interés; tarifas de cambio competitivas; liberalización del comercio; liberalización de entradas de inversión extranjera directa (IED); privatización; desregulación y derechos de propiedad seguros. Las primeras cinco recomendaciones son medidas de orientación fiscal, pero las últimas cinco son

2 John Williamson, “Did the Washington Consensus fail?” (Discurso, Center for Strategic & International Studies, Washington DC, 6 de noviembre, 2002), <https://www.piie.com/commentary/speeches-papers/did-washington-consensus-fail>.

3 Williamson, “Did the Washington Consensus fail?”.

4 John Williamson, “What should the Bank think about the Washington Consensus?” (Documento base para el Informe sobre el desarrollo mundial, Banco Mundial, 1999).

5 George Soros, *The crisis of global capitalism: Open Society Endangered* (Nueva York: PublicAffairs, 1998).

6 John Williamson, “What Washington means by policy reform”, en *Latin American adjustment: How much has happened?*, ed. John Williamson, (Washington DC: Institute for International Economics, 1998).

7 Williamson, “Did the Washington Consensus fail?”.

políticas de libre mercado las cuales, de acuerdo con este autor, reflejaban “la opinión en Washington de las instituciones financieras internacionales y de las agencias económicas centrales del gobierno de EEUU”⁸. Estas políticas estaban enfocadas en reducir el rol del gobierno a través de privatizaciones, desregulaciones y liberalización del comercio.

La mayoría de estas políticas fueron adoptadas de diversas maneras por la mayoría de las naciones Latinoamericanas durante los años 90, y su aplicación e interpretación ha sido inconsistente. Como sostiene Moisés Naim, “a lo largo de la década el núcleo del Consenso ha experimentado mutaciones y contracciones extraordinarias” y “los políticos en países en proceso de reforma vieron como la vara para definir el éxito continuaba siendo elevada y como los cambios que se esperaba que hagan se volvían cada vez más complejos y, a veces, políticamente imposibles”⁹.

El Consenso de Washington ha sido criticado principalmente por haber fallado en proveer crecimiento equitativo en la región, profundizando los niveles de pobreza y ampliando la brecha socio-económica. Después de la crisis mexicana de 1994, cierta decepción comenzó a consolidarse en la región, llegando a su pico con la crisis argentina de 2001.

En este artículo, el concepto del Consenso de Washington es usado únicamente como un hito para un período marcado por una fuerte influencia de las organizaciones financieras internacionales con base en Washington en los altamente endeudados países Latinoamericanos.

II. POLÍTICAS DE COMPETENCIA PRE-CONSENSO DE WASHINGTON

La mayoría de los países Latinoamericanos han tenido ideales de libre mercado desde su independencia en el siglo XIX. Sin embargo, desde los años 20 y hasta los años 80 las políticas de competencia fueron determinadas por una fuerte intervención del Estado en los mercados, ya sea como un participante directo o como un regulador pesado. Proteger industrias locales de la competencia extranjera y regular los mercados internos eran dos pilares de las políticas de desarrollo en la región Latinoamericana.

En un caso histórico, la Corte Suprema de la Argentina apoyó una ley de 1922 tratando de congelar alquileres de viviendas en el nombre de la libre competencia y en contra de los efectos del monopolio y abuso en el mercado de alquileres comerciales y residenciales, en lo que podría ser la emergencia de la legislación intervencionista federal en Argentina¹⁰.

La mayoría de los países Latinoamericanos hasta los años 90 tuvieron políticas económicas similares que incluían una presencia gubernamental fuerte en los mercados mediante:

- Controles de precios y cambios. Los precios eran negociados con oficiales del gobierno y algunos sectores tenían una agencia específica que lidiaba con los precios de sus productos (por ejemplo,

8 Williamson, “What should the Bank think about the Washington Consensus?”.

9 Moisés Naim, “Does Latin America need competition policy to compete?” en *Competition Policy, Deregulation, and Modernization in Latin America*, eds. Moisés Naim y Joseph Tulchin (Londres: Lynne Rienner Publishers, 1999).

10 Sergio Berensztein, y Horacio Spector, “Business, government, and the law” en *A new Economic History of Argentina*, eds. Gerardo della Paolera y Alan Taylor (New York: Cambridge University Press, 2003), 341.

azúcar, granos y carne).

- Grandes corporaciones gubernamentales. La mayoría de los servicios públicos eran provistos por empresas estatales.
- Incentivos gubernamentales fuertes para promover la producción de ciertos bienes o servicios.
- Barreras comerciales fuertes. Un modelo proteccionista de sustitución de importaciones con altas barreras arancelarias aisló a las industrias locales de la competencia extranjera.

Como lo resumió Naim, “décadas de un comportamiento proteccionista, *clientelista* y anticompetitivo, creciendo a partir de la intervención estatal prevalente, sustitución de importaciones, y estrategias comerciales defensivas inducidas por la volatilidad, crearon una red arraigada de prácticas colusorias y un amplio grado de aceptación de las mismas”¹¹.

Durante este periodo la región desarrolló industrias obsoletas con gobiernos altamente endeudados, culminando en lo que se llamó la “década perdida” de los años 80. Este fue el escenario que inspiró a Williamson a preparar sus recomendaciones de políticas para la región para que pudiera obtener asistencia financiera de las instituciones financieras con base en Washington.

Hasta los años 90 solo algunos países Latinoamericanos tuvieron leyes de competencia o algo similar. Los objetivos altamente punitivos de estas leyes -y el contexto político y económico en las que fueron aplicadas- resultaron en jurisprudencia casi irrelevante.

La primera ley de competencia de la región fue promulgada en Argentina en 1923, posteriormente modificada en 1946. Ambas leyes tenían un objetivo represivo (incluso habían sido nombradas “Ley de Represión de los Monopolios”), y gracias a su redacción imprecisa y falta de voluntad política, apenas fueron aplicadas y no hubo casos importantes registrados. Esta ley fue reemplazada por una ley de 1980 que introdujo cambios significativos al régimen previo. Amplió el espectro legal a comportamientos que limitan, restringen o distorsionan la competencia, adoptó el sistema de la “regla de razón”, introdujo el abuso de una posición dominante como una conducta anticompetitiva y creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). Otros pocos países Latinoamericanos adoptaron leyes similares antes de los 90: México en 1934, Chile y Colombia en 1959 (Chile la modificó en 1973) y Brasil en 1962.

Como sostiene Rowat, “en Argentina y particularmente en Colombia, una combinación de intereses establecidos, lagunas en la cobertura legislativa, una débil implementación y capacidad de ejecución socavaron drásticamente el impacto de tal legislación”, mientras que “solo la revisión de 1973 de la ley chilena contó una aplicación efectiva”¹².

III. POLÍTICAS DE COMPETENCIA DURANTE EL CONSENSO DE WASHINGTON

El Consenso de Washington introdujo un cambio en el rol de la intervención del Estado en los mercados

11 Naím, “Does Latin America need competition policy to compete?”, 2.

12 Malcolm Rowat, “Competition policy in Latin America: legal and institutional issues”, *British Council* (1995), 4.

de América Latina. Hubo un cambio pendular desde el intervencionismo hacia un período donde el Estado se encontraba mayormente ausente en los mercados. Este cambio fue implementado sin un período de transición.

Durante la era del Consenso de Washington la mayor parte de los países de América Latina pudieron:

- Desregular, en algunos casos de la noche a la mañana, sus economías altamente reguladas y adoptar un sistema de precios orientados en el mercado.
- Privatizar las empresas estatales, principalmente en los sectores de infraestructuras, entregando antiguos monopolios públicos al sector privado.
- Eliminar algunos incentivos del gobierno previamente establecidos en torno a promocionar la producción o las exportaciones. Esto se debió principalmente a las dificultades financieras existentes.
- Evidenciar la adquisición de muchas empresas locales por parte de las multinacionales debido a la apertura de sus economías a la competencia y a la inversión extranjera.
- Recibir importantes ingresos de inversión extranjera directa, concretamente en los sectores de infraestructuras privatizados.
- Liberar su comercio exterior mediante la reducción de barreras, a través de la firma de acuerdos comerciales como el de Mercosur en 1991, y el relanzamiento de la Comunidad Andina en 1996.

No obstante, los resultados de estas reformas no han sido suficiente como para lograr el desarrollo buscado. Como afirma De León: “un aspecto común sobresaliente que caracteriza la aplicación de la competencia a nivel regional, es la convicción de que la implementación de las nuevas políticas reguladoras de la competencia a favor del mercado requiere mucho más que el cuestionamiento de la concentración del mercado -desde la esquina opuesta- incluso simplemente liberalizando el comercio o apoyando los procesos de privatización (...). La promoción efectiva de la competencia implica decisiones difíciles, donde el efecto del bienestar de las ganancias privadas de la liberalización del mercado es balanceado con preguntas necesarias sobre el bienestar social”¹³.

Hay diferentes razones que explican el desarrollo de la implementación de la ley de competencia en América Latina durante la década de 1990. Algunos lo atribuyen a una necesidad de contraatacar los efectos de la privatización de monopolios y la eliminación de regulaciones en los diferentes sectores, como consecuencia de las políticas del Consenso de Washington¹⁴, mientras otros sostienen en cambio que “la política de competencia surgió como una reacción contra el intervencionismo estatal convencional y, en general, en contra de la cultura del mercantilismo que ha predominado en la región”¹⁵.

De hecho, ambos argumentos incluyen ejemplos que los hacen admisibles. En algunos países, como Perú, México y Venezuela, las leyes de competencia fueron promulgadas como parte del proceso de liberalización al comienzo de los años noventa. En la década de 1990 se han presentado diversas razones para intentar explicar el relativo desarrollo de la aplicación de la competencia en la región. Entre las más importantes

13 Ignacio De León, *A Market Process Analysis of Latin American Competition Policy* (San José, Costa Rica: UNCTAD regional meeting on Competition Law and Policy, 2000), 10.

14 Diogo Coutinho, “Política de Concorrência e Desenvolvimento”, *Valor Econômico* (2 de julio, 2004); Naím, “Does Latin America need competition policy to compete?”; Luis Tineo, Políticas y leyes sobre competencia en América Latina. *De regulaciones distributivas a regulaciones eficientes* (Buenos Aires: OECD-EMEF Workshop on Competition Policy and Enforcement, 1996); Rowat, “Competition Policy in Latin America: Legal and Institutional Issues”.

15 Ignacio De León, *Latin American Competition Law and Policy. A Policy in Search of Identity* (Kluwer Law International, 2001).

están las agencias que carecían de suficientes recursos económicos y humanos, independencia política y experiencia. Otra razón fue la falta de una “cultura de competencia” dentro de la sociedad - debido a la historia política y económica- la cual fue reflejada en la desconfianza hacia el nuevo sistema¹⁶.

Owen menciona también como obstáculos de la efectividad de la política de competencia en la región, el hecho de que “los tribunales y los gobiernos de América Latina tienen dificultades para adoptar compromisos creíbles en los que las empresas y los mercados puedan basarse en un conjunto estable de expectativas” y, especialmente en el caso de los países más pequeños, “la escala de los mercados locales y la extensión geográfica de los mercados de la competencia son a menudo incompatibles con la jurisdicción legal de la agencia”¹⁷. Independientemente de por qué y cómo se aplicó la política de competencia, durante la década de 1990 hubo un consenso entre los gobiernos de América Latina, en el sentido de que era “una protección de las metas cumplidas por la liberalización económica contra las distorsiones empresariales o del gobierno en los mercados (...)”¹⁸.

Aunque algunos países de América Latina contaban previamente con leyes de competencia, hubo una proliferación de esas leyes durante la década de 1990. Inclusive esos países que contaban previamente con marcos legales, introdujeron cambios en sus respectivas leyes durante esa década. Uno podría argumentar que no hubo, inclusive en esos países de América Latina, una aplicación efectiva de la competencia, hasta los noventa. Como afirma Owen, “en América Latina, las leyes de competencia fueron establecidas donde no existía ninguna previamente y, en algunos países incluso se hizo aplicable a sectores donde la competencia fue previamente prohibida”¹⁹.

En aquellos países que disponían de una legislación previa en materia de competencia, el enfoque de las nuevas leyes cambió drásticamente, al pasar de un sistema de represión hacia los monopolios a un sistema de mayor amplitud orientado al mercado.

La mayor parte de las leyes dictadas durante este período tuvo como principales objetivos la eficiencia económica y la protección del consumidor. También ha habido una introducción a un procedimiento administrativo, pero han sido incluidas las sanciones penales (excepto las de Brasil y Perú). Asimismo, la mayor parte de las legislaciones penalizan el abuso de posición dominante (excepto en Chile, Costa Rica y Panamá) e incluyen algún tipo de control sobre las concentraciones económicas (excepto en Chile y Costa Rica). Si bien no es claro en todos los casos, algunas legislaciones incluyen algunos agravios per se (por ejemplo, los acuerdos de fijación de precios en Perú, Chile, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colombia y México), mientras que la mayoría tiene un sistema de regla de la razón²⁰.

La mayor parte del marco legal de competencia en América Latina durante este período ha sido principalmente influenciada por el modelo europeo (por ejemplo, Argentina, Brasil y Perú), ya sea en la sustancia (por ejemplo,

16 Julián Peña, “The limits of competition law in Latin America”, en *The global limits of competition law*, Ioannis Lianos y Daniel Sokol (Stanford University Press, 2012).

17 Bruce Owen, “Competition Policy in Latin America”, *Documento de Trabajo N°268, Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford* (2003).

18 De León, *Latin American Competition Law and Policy*.

19 Owen, *Competition Policy in Latin America*.

20 Tineo, *Políticas y leyes sobre competencia en América Latina*.

el abuso de posición de dominio) como en el procedimiento²¹. No obstante, ha habido una mayor influencia estadounidense en el razonamiento económico, posiblemente como consecuencia del continuo movimiento de la UE en dirección al estilo estadounidense, como reconoció la entonces comisaria de competencia de la Comisión Europea, Neelie Kroes, en una conferencia en septiembre de 2005 en la Universidad de Fordham²².

Durante la década de 1990, se crearon nuevas agencias de competencia o se reconstruyeron las existentes. Algunas de las agencias de América Latina fueron creados cuerpos colegiados, mientras otros tienen a un solo individuo a cargo de una Superintendencia como es en el caso de Venezuela y Colombia.

Para lograr combatir la falta de la “cultura de la competencia” dentro de la región, una de las principales tareas de las agencias de competencia durante la década de 1990 fue promover la competencia dentro de la sociedad, así como dentro del gobierno. Esta es la razón por la cual las agencias han destinado una parte importante de sus recursos a promover la competencia.

Las agencias de competencia recibieron durante la década de 1990, variadas cooperaciones técnicas de parte de diferentes organizaciones internacionales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Unión Europea. La UNCTAD, por ejemplo, ha contribuido activamente al desarrollo de las políticas de competencia en América Latina al entrenar y formar a muchos agentes a través de una amplia serie de conferencias, cursos y publicaciones, entre otras actividades. Otro ejemplo es el Boletín Latinoamericano de Competencia impulsado por la Comisión Europea, el cual se transformó en un vehículo para que los reguladores de América Latina puedan compartir sus incipientes y únicas experiencias en el asunto.

Otras agencias nacionales también cooperaron con sus contrapartes en América Latina como el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, el ex Tribunal de Defensa de la Competencia de España y el Consejo de la Competencia de Francia, entre otros. Instituciones como el Centro de Desarrollo Económico y Social de Alemania, y el Instituto Brasileiro de Estudos sobre Competencia, Consumo y Comercio Internacional (IBRAC) y el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia de Colombia (CEDEC), tuvieron un rol importante en el desarrollo de las políticas de competencia en América Latina durante la década de 1990.

Una de las principales características de las leyes de competencias a nivel mundial durante la década de 1990, fue la introducción del régimen de control de concentraciones económicas. América Latina no fue una excepción en esta área dado que la mayor parte de los países en la región comenzaron regímenes de control de concentraciones económicas en esa época. Si bien todos los países que han introducido el control de las fusiones tuvieron un objetivo preventivo, algunas de las jurisdicciones cuentan con un sistema previo a la fusión mientras que otras tienen uno posterior. Con respecto a los requisitos para notificar, en algunos de los países de América Latina donde hay un sistema de control de fusiones la presentación es obligatoria, mientras que en otros la presentación es de carácter opcional.

Como consecuencia de la introducción del control de las concentraciones económicas en América Latina, las agencias de competencia se vieron forzadas a reducir su lucha contra las prácticas anticompetitivas debido

21 Guillermo Cabanellas, *Derecho Antimonopólico Y De Defensa De La Competencia* (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 127; Germán Coloma, *Defensa De La Competencia. Análisis Económico Comparado* (Buenos Aires: UCEMA, 2003), 27.

22 Neelie Kroes, “Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82”. Discurso en Thirty-Third Annual Conference in International Antitrust Law and Policy del Fordham Corporate Law Institute (New York, 23 de septiembre, 2005) https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH_05_537.

a la falta de recursos humanos suficientes para asignar tanto a los procesos anticompetitivos como a los de concentraciones económicas. En lo que respecta al lado cuantitativo, el porcentaje de las transacciones prohibidas o condicionadas a una desinversión durante este período fue similar a las estadísticas que se reflejan en otras jurisdicciones del mundo. En cambio, el aspecto cualitativo ha generado ciertas críticas dentro de la región. En Brasil, por ejemplo, la evaluación de los efectos del mercado en casos con desinversión forzada durante este período ha sido, según Franceschini, negativa o neutra²³.

IV. POLÍTICAS DE COMPETENCIA POST-CONSENSO DE WASHINGTON

En 1998 se empieza a materializar el descontento de los países de la región con el Consenso de Washington. El punto de inflexión, no obstante, se dio en diciembre de 1994 como consecuencia de la crisis mexicana. La situación económica que surgió como consecuencia de la llamada “crisis del tequila”, comenzó a deteriorar el apoyo político al proceso de reformas estructurales en los países de la región. A partir de entonces, los pueblos de varios países de la América Latina comenzaron a votar por candidatos que, por lo menos en su discurso político, tenían una posición contraria al Consenso de Washington. No obstante, la forma en que los diversos países implementaron un modelo alternativo varía significativamente en cada caso. Aunque en la retórica se puede encontrar un patrón común, en la práctica esa uniformidad no existe.

En vez de existir un nuevo consenso positivo, existe en vez un consenso mayoritario sobre el fracaso de las políticas del Consenso de Washington como una alternativa válida para resolver los problemas históricos de la región para lograr el desarrollo. La gran mayoría de los países de la región estarían de acuerdo que un modelo de desarrollo fiscalista sin equidad y conciencia social no puede ser un camino legítimo hacia la inserción de la región en el mundo globalizado.

Aún a más de dos décadas del fin de la era del Consenso de Washington hay tantas vías alternativas como lo hay países en la región. Más aún, a lo largo de estos años varios países han tenido cambios de paradigma respecto al rol del Estado en los mercados y, todo indica que la discusión está lejos de haberse zanjado, máxime luego de la aparición de los efectos que ha generado la llegada del Covid-19 en todos los ámbitos de la vida económica y política. No obstante, se puede observar que, ni siquiera en los casos más extremos se ha querido o podido volver al paradigma reinante hasta la llegada del Consenso de Washington.

Sí existe, no obstante, una mayor presencia del Estado en los mercados en la mayoría de los países de la región. La diferencia radica en el grado del retorno a ese intervencionismo estatal. En algunos casos dicho giro ha sido más radicalizado, mientras que en la mayoría el cambio ha sido menos pendular. Esta mayor participación del Estado en los mercados se observa en varios países en las últimas dos décadas, y más como consecuencia del Covid-19, a través de una mayor aplicación de controles de precios y una mayor injerencia en la regulación de los servicios públicos, entre otras medidas. En otras palabras, en la mayoría de los países de la región se buscó el desarrollo lo siga impulsando el sector privado, pero con un mayor control estatal. Esto se vio reflejado en la aplicación de las normas de competencia.

Dada esa mayor conciencia de la importancia de las normas de defensa de la competencia y la vocación por un mayor intervencionismo estatal en los mercados, las normas de defensa de la competencia en el período post Consenso de Washington han sufrido también, en algunos casos, una mayor flexibilización a través de la introducción de elementos no convencionales en el análisis antitrust (tales como el impacto

²³ José Franceschini, “Conditions Imposed by the CADE to the Clearance of Mergers: A Mistaken Paradigm”, *Boletín Latinoamericano de Competencia*, Comisión Europea, N°19 (2005).

en las inversiones o en cuestiones sociales o del medio ambiente, entre muchos otros), como así también el uso generoso o restrictivo de conceptos técnicos tales como la definición del mercado relevante o el interés económico general, según el caso y la conveniencia política del momento. Según Bullard, “se estaría introduciendo la idea de conveniencia social de resolver un conflicto de una manera o de otra, según la coyuntura”²⁴. De esta manera, según Bullard, se “busca argumentos para darle la razón a quien desea, no basado necesariamente en criterios técnicos y para ello flexibiliza los conceptos para seguir convirtiendo el Derecho de la Competencia en un Derecho de Competencia Social, discrecional, y por tanto con contenidos manipulables políticamente, consolidando la línea populista que ya se percibía”²⁵.

Como consecuencia de los resultados de la implementación de las políticas del Consenso de Washington, el apoyo a las políticas pro-mercado ha sufrido un retroceso en la mayoría de la región. Tal como sostuvo el gobierno de Perú en su presentación al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) “la competencia y las políticas pro-mercado están enfrentando en Perú y la región andina una oposición de la mayoría de la población empobrecida que no tiene una clara percepción de los beneficios de una economía de mercado (...) la creciente oposición ha frenado cualquier intento de implementar las reformas necesarias y mejorar el ambiente de competencia”²⁶.

A diferencia de lo que había ocurrido durante el período donde primaron las políticas del Consenso de Washington, en varios países (principalmente Brasil, Colombia, México, Chile y Argentina), han surgido reformas sustanciales a sus regímenes de defensa de la competencia como consecuencia ya no de condiciones externas para lograr otros objetivos, sino que a raíz del impulso de los respectivos gobiernos de esos países y basados en la experiencia y necesidades autóctonas. Dichas reformas, en la mayoría de los casos, han sido ampliamente debatidas por las respectivas sociedades, las cuales son cada vez más conscientes de los efectos negativos de las conductas anticompetitivas en general, y de los cárteles en especial. A diferencia de las normas dictadas anteriormente, dichas normas no han sido importadas, sino que han tomado en cuenta tanto la experiencia internacional como la local. Estas reformas introdujeron los últimos avances en materia de defensa de la competencia a nivel internacional, principalmente en lo relativo a programas de clemencia, acciones de reparación de daños y, en algunos casos, la criminalización de ciertas conductas anticompetitivas.

Otra faceta del derecho de la competencia que se terminó de consolidar en este período es el control de concentraciones económicas. En varios países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela), se han dictado normas de competencia para modificar o introducir el control de fusiones. Si bien la mayoría de los regímenes son *ex ante*, quedan algunos regímenes en la región que siguen siendo *ex post* (Panamá, Paraguay, Venezuela y, hasta que termine el período de transición previsto en la ley de 2018 y que aún no empezó, también la Argentina). Asimismo, se encuentra en la región diversos casos de tratamiento especial para sectores determinados y una importante presencia de umbrales de participación de mercado, principalmente en jurisdicciones con economías más pequeñas²⁷.

24 Alfredo Bullard, “El Regreso Del Jedi (O De La Discrecionalidad En La Aplicación De Las Normas De Libre Competencia)”, *THEMIS Revista De Derecho* 47 (2005).

25 Alfredo Bullard, “El Regreso Del Jedi”.

26 OCDE/BID, *Competition law and policy in Peru. A peer review* (2004).

27 Pamela Sittenfeld y Paulo Burnier, “Introduction” en *Merger Control in Latin America. A Jurisdictional Guide*, eds. Pamela Sittenfeld y Paulo Burnier (Concurrences, 2020).

Durante el período post-Consenso de Washington, se percibe también un incremento en la actividad judicial en materia de defensa de la competencia. Esta mayor actividad se manifiesta principalmente a través de una mayor “judicialización” de los procesos de defensa de la competencia, como así también por el incipiente desarrollo de las acciones de reparación de daños. La judicialización se manifiesta a través de la mayor actividad judicial tanto de las partes como de terceros para cuestionar las decisiones de las respectivas autoridades de competencia. En cuanto a las acciones de reparación de daños, si bien distintos países han facilitado el acceso (aunque en algunos casos limitados exclusivamente a los casos en que previamente haya una decisión de la autoridad de competencia) a este tipo de acciones, diversos motivos explican que todavía sea incipiente su desarrollo²⁸.

La comunicación entre agencias de competencia ha crecido sustancialmente en el período post-Consenso de Washington. Desde 2003 el BID y la OCDE, vienen realizando anualmente el Foro Latinoamericano de Competencia, juntando a las agencias de competencia de la región a fin de “promover el diálogo, la creación de consensos y el establecimiento de redes entre los encargados de formular políticas y de hacer cumplir la ley en la región”. Además de la reunión anual, realizan cada año un Examen Inter-Pares de los distintos países de la región. Asimismo, se creó en 2002 el Foro Iberoamericano de la Competencia que cada año organiza su reunión anual. Otros centros de convergencia regional han sido la creación del Centro Regional de Competencia para América Latina (CRCAL), creado en 2011 y financiado por el BID; el Centro Regional de Competencia para América Latina y el Caribe (CRC), creado en 2019 por la OCDE; el programa Competition and Consumer Protection for Latin America (COMPAL) de la UNCTAD y de iniciativas como la Alianza Interamericana lanzada por México en 2011, entre otras. Asimismo, ha existido un amplio abanico de acuerdos de cooperación entre agencias de distintos países de la región²⁹.

La actividad de competencia también ha sido impulsada por el sector privado a través de distintas iniciativas. A las ya existentes del IBRAC en Brasil y del CEDEC en Colombia, se sumaron las de ForoCompetencia en 2001, más recientemente las del CentroCompetencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibañez en 2019, y las del Capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA) y del Instituto de Defensa de la Competencia (IDC) en 2020. Además, en este período surgió la creación de diversas asociaciones nacionales de defensa de la competencia tales como las de Colombia, Ecuador y Paraguay. También la International Bar Association (IBA) y la American Bar Association (ABA) estuvieron muy activas en la región organizando diversas conferencias en Argentina, Brasil y México.

V. CONCLUSIONES

Los países latinoamericanos, más allá de sus diversidades, han seguido históricamente un paradigma similar con respecto a la intervención del Estado en los mercados. Este enfoque histórico de una fuerte presencia pública en el mercado fue temporariamente reemplazado por una con una intervención más tenue. Este nuevo “consenso” originado en los organismos financieros internacionales es conocido como el Consenso de Washington.

Desde el fin del llamado Consenso de Washington hasta la actualidad, y más aún luego de la aparición del Covid-19, América Latina ha enfrentado un periodo en el cual no se ha seguido un paradigma en común.

28 Julián Peña, “Cultural challenges to private antitrust enforcement in Latin America” en *Albert A. Foer. Liber Amicorum. A consumer voice in the antitrust arena*, eds. Nicolas Charbit y Elisa Ramundo *Albert A. Foer. Liber* (Concurrences, 2020).

29 Julián Peña, “The role of international cooperation in the development of competition law in Latin America” en *William Kovacic. An Antitrust Tribute. Liber Amicorum 2*, eds. Nicolas Charbit, y Elisa Ramundo, (Concurrences, 2014).

Más aún, en ciertos países, las oscilaciones respecto a este tema han sido importantes durante este período. No obstante, hay algunas tendencias que se pueden percibir como las de una mayor conciencia por la cuestión social y una intervención más fuerte del Estado en los mercados.

A esta altura, resulta difícil predecir si va a volver a existir un consenso en la región acerca de cuál debería ser el paradigma de intervención del Estado en los mercados. Lo que sí queda claro es que el actual contexto internacional y regional hacen que resulte muy difícil que se retorne a un paradigma común como los que existieron en el pasado.

El desarrollo de las políticas de competencia en América Latina está íntimamente vinculado a cómo cada país define cuál es el rol del Estado en los mercados. Aunque la defensa de la competencia no ha demostrado ser una política prioritaria en muchos de los países de la región, en este período post-Consenso de Washington se percibe un mayor conocimiento de los beneficios que las políticas de competencia acarrearán, tanto a nivel dirigenal como por parte de la población en general. Si bien la lucha contra los carteles ha crecido significativamente en varios países, aún enfrenta muchos desafíos en la región. Mucho se ha hecho en materia de abogacía de la competencia, pero aún queda mucho por hacer.

Dado que los países latinoamericanos tienen una realidad cultural, económica y política muy diferente a la de los países desarrollados, resulta necesario que se busquen las soluciones adecuadas a sus problemas particulares. El marco legal y la jurisprudencia de los países desarrollados deben tomarse solamente como referencia de las cuales aprender, más no como un camino obligatorio a seguir.

A las políticas de competencia post-Consenso de Washington, en muchos de los países de la región, se las puede caracterizar por una aplicación de las normas de competencia más influenciadas políticamente a través de la introducción de conceptos no tradicionales al análisis antitrust tales como el "interés nacional", "interés estratégico" o bien consideraciones sociales, ambientales o laborales. Esto ha llevado a una aplicación más flexible del derecho de la competencia en varios países de la región, perjudicándose la confiabilidad del sistema.

El poder judicial ha adquirido una mayor participación en temas de defensa de la competencia en la región, no solamente cuestionando decisiones de las agencias, sino que incluso ha llegado a reemplazarlas en algunos casos. Asimismo, es de esperar que las acciones de reparación de daños sigan progresando paulatinamente en América Latina.

Una tendencia favorable en materia de políticas de competencia es el surgimiento y consolidación de varios canales nuevos de comunicación formal e informal entre autoridades. Estas redes, al igual que las existentes a nivel internacional tales como la International Competition Network (ICN), la UNCTAD, la OCDE y el Banco Mundial, están ayudando a fortalecer los vínculos entre las autoridades de los países de la región. No es ese el caso aun cuando se analiza la relación entre las agencias de competencia y los reguladores sectoriales. La falta de comunicación suficiente y los constantes conflictos de poder han dejado sin resolver varios asuntos en el sector de infraestructura.

La búsqueda de un nuevo paradigma de intervención del Estado en los mercados va a tardar un tiempo en llegar, no solamente a nivel regional, sino también a nivel local de cada país de América Latina. Es en este contexto en el cual las autoridades de defensa de la competencia deberán continuar con el desarrollo de la disciplina en la región. Mucho queda por hacer y para ello se requerirá un fuerte compromiso político. No obstante, las bases establecidas en las últimas décadas sirven como una plataforma sólida desde donde seguir construyendo. La existencia de agencias de competencia más robustecidas técnicamente y con menos niveles de discrecionalidad son un factor clave para que ello ocurra.



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:

Julián Peña, "Las políticas de competencia en América Latina post-Consenso de Washington", *Investigaciones CeCo* (marzo, 2021),

<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