UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

ENTRE PARADOJAS Y PARADIGMAS: BREVE MIRADA A LA CONTRIBUCIÓN DE JONATHAN B. BAKER AL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Críspulo Marmolejo González

CentroCompetencia

Entre paradojas y paradigmas: Breve mirada a la contribución de Jonathan B. Baker al Derecho de la Libre Competencia*

Septiembre 2021

Críspulo Marmolejo González
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Económico en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ex Ministro Suplente del TDLC

I.

Jonathan B. Baker es, actualmente, uno de los académicos de Derecho de la Competencia (*Antitrust Law)* más relevantes en los Estados Unidos de Norteamérica. Su obra intelectual abarca prácticamente la totalidad de los temas que comprende la disciplina en estos tiempos, y se caracteriza por ir más allá de un análisis meramente formal de normas y jurisprudencia, propio de algunos modelos de estudios legales en América Latina.

Además de sus grandes virtudes humanas –que se manifiestan en la generosidad para apoyar el estudio o aprendizaje de algún interesado extranjero que acuda a su oficina en Washington– la acuciosidad de Baker se construye sobre una profunda capacidad analítica, de conexión con la realidad, y una robusta formación tanto en Derecho (J.D. por Harvard) como en Economía (PhD por Stanford).

Adicionalmente a esta solidez formativa –la cual le permite una construcción conceptual de altos niveles de claridad y minuciosidad– Baker ha desarrollado una carrera profesional e institucional que le permite un conocimiento práctico acabado de las instituciones que examina.

Son muchos y variados los textos que se pueden destacar en la obra de Jonathan B. Baker, considerando ciertamente una de sus obras mas recientes, como autor de "The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy", y sin dejar de mencionar sin duda su coautoría en el famoso *casebook* escrito con Andrew Gavil, William Kovacic y Joshua Wright[1].

Baker ha destacado, entre otros temas, por el estudio de la historia intelectual del pensamiento *antitrust* en Estados Unidos. Este recorrido se puede dividir en dos grandes aspectos: por una parte, la tradicional tensión entre las escuelas de Harvard y la de Chicago sobre los fundamentos de la política de competencia; y, por otra, la actual disputa entre los llamados neo brandeisianos y la postura más tradicional de la política *antitrust* –debate incentivado por la cuestión de las plataformas digitales– en que Baker ha propuesto la opción de revisar las ideas del jurista Arnold Thurman[2].

---

* El autor agradece muy especialmente la ayuda y apoyo que el profesor Baker le brindó durante la redacción de su tesis doctoral, y posteriormente en una estadía e investigación en Washington College of Law, American University, institución en la cual enseña el profesor Baker.

1 Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy* (Harvard University Press, 2019); Andrew I. Gavil, William E. Kovacic, Jonathan B. Baker, Joshua Wright, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy* (Thomson West, 3d, Am. Casebook Series, 2017).

2 Jonathan B. Baker, "Competitive Edge: Revitalizing U.S. antitrust enforcement is not simply a contest between Brandeis and Bork—look first to Thurman Arnold", *Washington Center for Equitable Growth* (31 de enero, 2019) https://equitablegrowth.org/revitalizing-u-s-anti-

Estudiar la tradición del pensamiento *antitrust* en Estados Unidos es –actualmente– un valioso insumo para comprender más adecuadamente los distintos modos de diseñar, enseñar, estudiar, implementar y evaluar la política y Derecho de la Libre Competencia. Para el escenario chileno, el análisis de estas variables conceptuales estadounidenses no sólo se ven justificadas por una cuestión de internacionalización académica, o globalización del conocimiento, sino porque, como ha dicho Irarrázabal, "(...) el entramado legal del derecho de la competencia incluye instancias, procedimientos y estándares que tienen particularidades respecto de las tradiciones (en especial sobre las fuentes del derecho), en donde la teoría económica se combina con, por ejemplo, elementos de derecho económico, derecho administrativo, derecho penal, derecho constitucional y métodos de argumentación de raigambre anglosajona"[3].

Apreciar la extensa obra de Jonathan B. Baker supone la revisión –además de los libros indicados– de poco más de 40 artículos, trabajos y conferencias (profundos, detallados y delicadamente razonados) que permiten trazar algunos rasgos en cuanto a sus líneas de investigación y análisis de problemas disciplinarios.

Su obra "*The Antitrust Paradigm*", del año 2019, aparece en el contexto estadounidense dominado por la intensa disputa sobre varias cuestiones centrales del Derecho de la Competencia que parecían consolidadas con el paso del tiempo. Ha sido tal el impacto de esta obra en la discusión actual, que es pertinente escudriñar cuál es el esquema que da forma al tratamiento analítico que plantea el autor en este texto, y que puede dividirse en tres aspectos. En primer lugar, el texto de Baker parte del supuesto de que se ha incrementado el poder de mercado en la economía estadounidense, debido a una debilidad en la implementación del *enforcement* de libre competencia. Enseguida, el profesor de Washington College of Law analiza el actual escenario de la economía digital frente a la caja de herramientas tradicional del derecho Antitrust. Y finalmente, plantea una serie de reflexiones acerca de los modos en los que Estados Unidos puede restaurar la competitividad de su economía. En esta reseña, me ocuparé brevemente de los dos primeros aspectos.

II.

Respecto del primer punto –incremento del poder de mercado– el profesor Baker estudia la realidad de varias y grandes compañías que, a su juicio, han consolidado su poder de mercado a través de comportamientos coordinados, exclusorios, *mergers* y otros medios similares. La causa de ello sería, según su apreciación, que "(...) estas manifestaciones de poder de mercado ocurren en una economía donde la competencia es supuestamente protegida por instituciones sólidas y extendidas"[4]. En tal sentido, Baker destaca el compromiso institucional de los Estados Unidos en la defensa de la competencia, el cual incluso puede apreciarse en un reproche cultural acerca de lo pernicioso que resulta en la sociedad estadounidense incurrir en conductas anticompetitivas. Ello, sostiene el autor, está refrendado por un vigoroso y robusto cuerpo de reglas, pero, sobre todo, de precedentes judiciales que han dado forma a esta legislación. Del mismo modo, agrega, el diseño institucional de las agencias federales (DOJ y FTC) es reconocido por su prestigio y por reclutar a un *staff* profesional de gran categoría. Si a ello se suma que, junto a los mecanismos de monitoreo y sanción eficaz de los agentes económicos que incurren en conductas anticompetitivas, también existen instrumentos

trust-enforcement-is-not-simply-a-contest-between-brandeis-and-bork-look-first-to-thurman-arnold/. Arnold Thurman fue un jurista a cargo de la División Antitrust del *Department of Justice*, entre 1938 a 1945, durante los años del Presidente Franklin Delano Roosevelt (FDR).

3 Felipe Irarrázabal, "Objetivos y estrategias utilizadas para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable", *Estudios Públicos* 154 (2019), 125-175.

4 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 11.

de compensación de consumidores dañados por estos ilícitos entonces el escenario de disuasión parece –en su opinión– formalmente efectivo. ("*Antitrust enforcement has undoubtedly discouraged a great deal of anticompetitive conduct by businesses*"[5]).

No obstante, Baker apunta múltiples razones por las cuales, aun considerando este *enforcement*, el poder de mercado de las grandes empresas estadounidenses aun sigue en alza. Entre ellas, argumenta, es que habría cierta insuficiencia en la disuasión de las conductas anticompetitivas coordinadas, fusiones anticompetitivas y conductas exclusorias; la durabilidad del poder de mercado; una mayor participación en el capital social de empresas rivales por inversionistas financieros; el auge de las plataformas de tecnología de la información dominantes; el aumento de las restricciones gubernamentales a la competencia, o bien, el declive del dinamismo económico.

Este diagnóstico propuesto por Baker, tendría su origen en un vacilante consenso político para apoyar la legislación –y reformas– a las leyes de competencia, aún en el entendido que este campo del derecho es útil para resolver problemas sociales, sobre todo por su conexión con la protección del estándar de bienestar del consumidor.

Baker, según se ha dicho, es un estudioso de la historia intelectual del pensamiento *antitrust* en Estados Unidos y, por tanto, ha explorado con singular detalle la influencia de las tendencias dominantes. En un trabajo del año 2003, el autor propone una división de las etapas en las que la interpretación de las reglas *antitrust* ha variado en el contexto estadounidense, y que reconoce cuatro periodos: etapa clásica (finales del siglo XIX); etapa estructural (mediados del siglo XX); la etapa de la escuela de Chicago (el ultimo cuarto del siglo XX); y finalmente, la etapa post Chicago (nuestros días)[6].

Respecto la etapa de la escuela de Chicago –la cual lleva el nombre de la filiación académica de numerosos autores que la identifican– el profesor Baker sostiene que dicha tendencia tuvo un protagonismo indiscutido, influyendo sustancialmente en una verdadera reformulación del Derecho de la Competencia, originariamente anclada en los aportes contenidos en la famosa *Journal of Law and Economics* , que fuera editada por Aaron Director y Ronald Coase[7]. Vale decir, la configuración de Chicago sobre el Derecho de la Competencia estaba muy relacionada con las estructuras y categorías fundacionales del Análisis Económico del derecho[8].

Conforme a esta visión, el profesor Baker argumenta que las ideas forjadas al calor de la Escuela de Chicago sobre el Derecho de la Competencia se pueden resumir en que "las reglas establecidas durante la etapa estructural habían logrado un equilibrio incorrecto entre disuadir las conductas nocivas y congelar las eficiencias"[9]. Atendido ese contexto, es que el autor aprecia como una de las obras fundamentales que abogaron en esa época por la disminución (en la intensidad o volumen) del Derecho de la Libre Competencia fue "The Antitrust Paradox" de Robert Bork. Comparativamente, el juego de palabras que se puede construir sobre los títulos de estas obras de Baker y Bork (*Paradigm - Paradox*) revela, en cierta forma, los contrapuntos que existen entre ambas, y que resulta particularmente estimulante en un análisis de cuestiones actuales del Derecho de la Competencia.

---

5 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 13.

6 Jonathan B. Baker, "A Preface to Post-Chicago Antitrust". En: *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, eds. Antonio Cucinota, Roberto Pardolesi, R. y Roger Van den Bergh (Cheltenham: Edward Elgar, 2003).

7 Baker, T*he Antitrust Paradigm*, 43.

8 Hemos tenido ocasión de perfilar una reseña del movimiento *Law and Economics* en un trabajo anterior: Críspulo Marmolejo, *Elementos de Derecho y Regulación Económica* (Valparaíso: Edeval, 2015).

9 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 43.

Un aspecto que resulta relevante en "*The Antitrust Paradigm*" –pero que cruza gran parte de la obra de Baker– es la especial preocupación del autor por fundar el derecho *antitrust* en un sólido análisis económico, y evitar el mal uso político de las herramientas de aplicación de este derecho. En este ámbito, el autor reconoce que el Derecho de la Competencia es "una máquina poderosa para mantener la competencia y para promover intereses de políticos que quisieran controlar una determinada operación"[10]. Para avalar esa información, Baker refiere ejemplos en que para representantes tanto del Partido Demócrata como Republicano –a lo largo de la historia estadounidense del siglo XX– la tentación de utilizar el Derecho de la Competencia como arma de control político, se ha vuelto una cuestionable oportunidad. Para Baker, el *enforcement* del Derecho de la Competencia debe estar aislado de la influencia política directa, pues así se "(...) ayuda a evitar que las empresas manipulen el sistema político para ejercer poder de mercado a través de la protección de intereses especiales y el capitalismo de amigos (*crony capitalism*). También, desalienta a los políticos a explotar las decisiones de *enforcement* para promover sus propios intereses sin tener en cuenta el bien público"[11].

III.

Respecto del segundo aspecto, esto es, acerca de la caja de herramientas del derecho *antitrust* frente a la economía digital, Baker identifica ciertos núcleos que han atraído el escrutinio de autoridades de competencia, no solo en Estados Unidos sino que en Europa. Entre los amplios intereses de Baker sobre la economía digital –partiendo especialmente por un detallado conocimiento del caso Microsoft– quisiera referirme a dos de ellos: el uso de algoritmos y el comportamiento exclusorio de plataformas digitales[12].

En cuanto al uso de algoritmos, Baker sostiene que, en general, hay que apreciar los beneficios de eficiencia que generan los algoritmos en términos de determinación de precios, lo cual no significa descartar riesgos anticompetitivos. Por eso, afirma que en la medida que las empresas tienden a fijar de manera más frecuente los precios mediante algoritmos, y si estos algoritmos aprenden a negociar entre sí, la posibilidad de coordinación surge como un problema complejo para las autoridades de libre competencia[13]. A partir de este problema, el autor concluye que en la medida que se incrementa el uso de algoritmos para fijar precios, entonces el *enforcement* –llamémoslo "tradicional"– se volverá menos eficaz en la disuasión de la coordinación entre rivales, por lo que recomienda que mientras más difícil se vuelva disuadir la coordinación, más importante se volverá prevenir las fusiones que faciliten estas coordinaciones, en mercados tecnológicos[14].

Respecto al análisis de plataformas digitales, Baker ofrece en "*The Antitrust Paradigm*" un tratamiento que se caracteriza notablemente por una adecuada síntesis de la cuestión actual, el diagnóstico de los problemas y un análisis detallado de los casos mas relevantes. Esto es destacable en una materia en que la superabundancia de material escrito y audiovisual (incrementado en contexto de pandemia) a veces llega a ser abrumadora. Aunque el libro fue escrito antes de la crisis sanitaria, especialmente en esta parte (capítulos 7, 8 y 9) un lector interesado en estas materias podrá encontrar una documentada explicación de los temas

10 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 53.

11 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 53.

12 Se trata, sin duda, de dos tópicos de especial complejidad en el actual Derecho de la Competencia, cuya explicación mas exhaustiva excede la extensión de esta reseña.

13 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 99.

14 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 116.

centrales, expuestos de manera certera y proponiendo un esquema de comprensión muy adecuado. Parte de esta exposición, Baker la venía anticipando en trabajos muy destacados[15]. Un punto relevante del análisis de Baker se centra en el comportamiento exclusorio de plataformas tecnológicas, proponiendo para esta noción la de una "(...) conducta que eleva los costos de los rivales, limita el acceso de esos rivales a los clientes, o evita que los rivales potenciales compitan en absoluto" y que produce efectos similares a los de un cartel involuntario, pues para Baker, tanto la colusión como la exclusión son las dos caras de la moneda llamada "poder de mercado"[16].

Adicionalmente, Baker dedica una reflexión muy acuciosa sobre las relaciones entre la Innovación y el Derecho de la Libre Competencia. En especial, es pertinente destacar la evolución económica del concepto, tanto desde la perspectiva de Schumpeter y de Arrow, hasta el modelo que propone Richard Gilbert[17] sobre R&D (Investigación y Desarrollo), como asimismo la recomendación de cómo el estudio de las operaciones de *merger* debiesen incorporar un análisis más detallado de los efectos de estas operaciones sobre la creación de nuevos productos. Como se ha señalado anteriormente, se aprecia en Baker un conocimiento pormenorizado del caso Microsoft, como uno de los hitos en la litigación de mercados *high tech* en Estados Unidos, en especial la necesidad de las agencias de plantear una adecuada teoría del daño para ligar ciertas innovaciones con conductas exclusorias, por ejemplo, a través de la incompatibilidad de ciertos softwares para ser implementados en dispositivos rivales[18].

IV.

Independientemente de la perspectiva que cualquier lector especializado ostente sobre determinados aspectos de la Política o el Derecho de la Libre Competencia, estimo que el trabajo del profesor Jonathan Baker ofrece perspectivas novedosas y horizontes desafiantes. El amplio crisol de materias tratadas durante destacada trayectoria académica de Baker constituye un *corpus* interesante y estimulante, no solo desde la perspectiva teórica, o para los estudiosos de la disciplina, sino que con una clara orientación a la práctica. Su férrea defensa del análisis económico como uno de los pilares del estudio del Derecho de la Libre Competencia, resguardando el trasfondo técnico de una disciplina que no está divorciada de los problemas sociales ni del bienestar del consumidor, permiten señalar a Jonathan Baker como un referente obligado del estudio actual del Derecho de la Competencia.

---

15 Por ejemplo: Jonathan B. Baker, "Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation", *Antitrust Law Journal* 74, N°3 (2007): 575-601; Jonathan B. Baker, "Evaluating Appropriability defenses for the exclusionary conduct of dominant firms in innovative industries", *Antitrust Law Journa*l 80, N° 3 (2016): 431-461; Jonathan B. Baker, "Exclusionary conduct of dominant firms, R&D Competition and Innovation", *Review of Industrial Organization* 48, N° 3 (2016): 269-287; Jonathan Baker y Fiona Scott Morton, "Antitrust Enforcement against platform MFNs", *Yale Law Journal* 127 (2018), N° 7: 2176-2202.

16 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 119.

17 Richard Gilbert, *Innovation Matters: Competition Policy for the high technology economy* (MIT Press: 2020).

18 Baker, *The Antitrust Paradigm*, 169.

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:
Críspulo Marmolejo González, "Entre paradojas y paradigmas: Breve mirada a la contribución de Jonathan B. Baker al Derecho de la Libre Competencia", *Investigaciones CeCo* (septiembre, 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