CeCo
CentroCompetencia

Derecho de la competencia

Una guía global

David J. Gerber

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

Derecho de la competencia

Una guía global

David J. Gerber

Derecho de la competencia: Una guía global
Santiago, Región Metropolitana, 2024

© David J. Gerber 2020

"Competition Law and Antitrust, First Edition fue publicado originalmente en inglés en 2020. Esta traducción es publicada con el acuerdo de Oxford University Press. Universidad Adolfo Ibáñez es responsable por esta traducción de la obra, y Oxford University Press no tendrá ninguna responsabilidad por errores, omisiones, imprecisiones o ambigüedades en dicha traducción, ni por cualquier perjuicio causado por su uso".

Durante el proceso de traducción se contó con el apoyo de softwares de inteligencia artificial.

Traductor: Joaquín Pineda Yáñez. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Investigador del CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo).

Diseño y Diagramación: Isidora Val

Se autoriza la reproducción parcial de este documento citando la fuente.

Cualquier comentario sobre la obra, por favor enviar un correo a centrocompetencia@uai.cl.

Marzo, 2024

CentroCompetencia

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

OXFORD UNIVERSITY PRESS

El derecho de la competencia, o antimonopolios, es ahora un fenómeno global. Opera en más de 100 países, y las relaciones entre los regímenes de competencia suelen ser complejas y opacas. El derecho de la competencia es también nuevo para muchos países, lo que aumenta la incertidumbre sobre cómo se tomarán decisiones en estas jurisdicciones. Esto hace esencialmente importante entender tanto las similitudes como las diferencias entre los sistemas y las relaciones entre sí. Esta guía concisa descompone el derecho de la competencia, un tema complicado y a menudo intimidante. Así, examinando no solo las leyes, sino también los fines, instituciones y métodos que les dan forma en cualquier régimen de competencia, este libro también traza el panorama del derecho de la competencia y los fundamentos detrás de él. Profundiza en cómo estos regímenes se relacionan entre sí y cómo las empresas globales, las instituciones públicas transnacionales y las instituciones privadas, como estudios de abogados, consultoras de gestión y económicas, firmas de contabilidad y otras, pueden (y de hecho influyen) en las decisiones de derecho de la competencia. Este libro sirve como una introducción para aquellos nuevos en el tema, y también amplía y profundiza el conocimiento y la comprensión de aquellos más familiarizados con elementos de él.

Combinando un claro análisis de los elementos de los regímenes individuales y las fuerzas transfronterizas que los afectan, esta guía es una herramienta esencial para operar en el mundo complejo y a menudo mal entendido del derecho de la competencia.

David J. Gerber es Profesor Distinguido de Derecho en la Facultad de Derecho de Chicago-Kent, en el Instituto de Tecnología de Illinois. Recibió su B.A. de Trinity College (Conn.), su M.A. de la Universidad de Yale y su J.D. de la Universidad de Chicago. También recibió un doctorado honorario en derecho de la Universidad de Zúrich. Ha sido profesor visitante en facultades de derecho en todo Estados Unidos, así como en facultades de derecho de universidades en Europa y Japón. También ha sido becario visitante en la Universidad de Princeton y en el Instituto Max Planck para la Investigación de Bienes Colectivos en Alemania. Antes de comenzar su carrera docente, ejerció la profesión en Nueva York y Europa. Escribe y enseña principalmente en las áreas de derecho de la competencia, derecho comparado y derecho económico internacional. Es un miembro titular de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Tabla de contenidos

10 Prefacio

12 **Capítulo 1:** Derecho de la Competencia: Una guía global introductoria

23 ***Parte uno: Identidad, fines y métodos***

24 **Capítulo 2:** ¿Qué es? La identidad velada del derecho de la competencia

33 **Capítulo 3:** Los fines y usos del derecho de la competencia

50 **Capítulo 4:** Instituciones y métodos: implementando los fines del derecho de la competencia

69 ***Parte dos: Los objetivos del derecho de la competencia***

72 **Capítulo 5:** Acuerdos anticompetitivos

89 **Capítulo 6:** Conductas unilaterales de empresas dominantes: monopolización y abuso de posición dominante

101 **Capítulo 7:** Fusiones y adquisiciones

117 ***Parte tres: Regímenes de derecho de la competencia: modelos, patrones y claves***

119 **Capítulo 8:** Derecho de Competencia de EE.UU.: Central, pero único

132 **Capítulo 9:** El derecho de la Competencia en Europa

145 **Capítulo 10:** Otros sistemas de Competencia: Los factores determinantes

165 ***Parte cuatro: Dinámicas globales y fuerzas de cambio***

167 **Capítulo 11:** El sistema global: Interacción y adaptación

182 **Capítulo 12:** Desafíos y evolución

200 Notas para el uso de esta guía

203 Lista de lecturas

215 Índice

Abreviaciones

AC:	Autoridad de competencia
BD:	Big Data
EMC:	Economías de mercados emergentes
EE.UU.:	Estados Unidos
GDE:	Economía digital global
IA:	Inteligencia artificial
UE:	Unión Europea

Prefacio

Es un gran placer para mí saber que pronto estará disponible una traducción al español de este, mi libro más reciente, "Competition law and Antitrust: A Global Guide", para aquellos lectores que prefieran leerlo en español.

Estoy sumamente agradecido con el Prof. Felipe Irarrázabal, Director del CentroCompetencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez y ex Fiscal Nacional Económico de Chile, por su fuerte apoyo y estímulo para este proyecto. También estoy muy agradecido con el abogado Joaquín Andrés Pineda por su hábil traducción del texto.

Confío en que este libro será muy útil para muchos en el mundo hispanohablante.

El libro tiene dos objetivos principales. En primer lugar, ilumina el derecho de la competencia: sus fines, herramientas, instituciones y modos de operación. Identifica similitudes entre sistemas legales y destaca diferencias. El derecho de la competencia es una forma única de derecho. Interviene en la libertad de conducta de las empresas con el fin de mantener el vigor y los beneficios del proceso legal competitivo para todos. Su función principal consiste en disuadir a las empresas con poder económico de usar tal poder para dañar a otros competidores y consumidores.

Debido a su singularidad, muchos encuentran difícil comprender el derecho de la competencia. Sus objetivos y técnicas a veces están oscurecidos por juicios preformados, prejuicios e incluso ideologías, pero puede ser una herramienta extremadamente poderosa para aumentar la efectividad económica junto con la equidad para competidores y consumidores. Esta guía está diseñada para ayudar a cualquiera, en cualquier lugar, a entender los patrones y problemas de las leyes de competencia en cualquier sistema.

En segundo lugar, el libro entrega las herramientas necesarias para navegar por las reglas, instituciones y dinámicas del derecho de la competencia a nivel transnacional.

Las leyes de competencia del mundo están conectadas, porque las relaciones económicas son ahora usualmente globales. Los sistemas de competencia se relacionan e interactúan entre sí de muchas maneras. Sin herramientas efectivas para entender estas relaciones, uno puede fácilmente confundirse y desanimarse, cometiendo graves errores como resultado. Las herramientas que proporciono en este libro le permitirán entender estas relaciones. El libro muestra que existe un sistema transnacional de derecho de la competencia con patrones identificables que cualquiera puede reconocer y usar. Esto permite a abogados, académicos, líderes empresariales y estudiantes de Latinoamérica a entender cómo sus propios sistemas se relacionan e interactúan con sistemas de competencia, y le brinda a usted herramientas valiosas para lidiar con el derecho de la competencia en cualquier nivel.

Finalmente, las leyes, instituciones y actores latinoamericanos son una parte muy importante del mundo global del derecho de la competencia, y cuanto más eficazmente los abogados y funcionarios de América Latina operen dentro de ese sistema, más valor tendrá para todos.

He trabajado muy duro para hacer esta guía lo más concisa y fácil de usar posible.

Confío en que este libro le será valioso a usted ahora y por mucho tiempo en el futuro.

4 de septiembre de 2023
David J. Gerber

Capítulo 1
Derecho de la Competencia: Una guía global introductoria

La competencia económica (es decir, la batalla por las ganancias, el dinero, las tierras y otros recursos) es fundamental en la vida de casi todos en casi cualquier lugar. Su existencia, intensidad y libertad, determinan el costo de lo que compramos, si tenemos empleo y de qué tipo, y las oportunidades que tendremos en el futuro. El derecho de la competencia, también conocido como derecho antimonopolios, busca específicamente la protección de la competencia de las restricciones anticompetitivas, por lo que puede tener un impacto directo y poderoso en la vida de cualquiera. El objetivo de este breve libro es hacer que el derecho de la competencia sea accesible y comprensible, y revelar sus dimensiones nacionales y globales.

Esta área del derecho condiciona crecientemente las prácticas empresariales, influye en las políticas económicas y genera tanto oportunidades como obstáculos para personas, empresas y gobiernos de todo el mundo. ¿Deberíamos invertir allí? ¿Podemos firmar ese contrato? ¿Deberíamos desarrollar este proyecto? ¿Podemos probar esta estrategia de *marketing* allí? ¿Qué podemos hacer respecto a competidores que utilizan su tamaño y poder para bloquear nuestro acceso a los clientes? ¿Qué pueden hacer las gigantes tecnológicas con nuestros datos? Visiones superficiales y suposiciones incorrectas pueden llevar a un abogado a desaconsejar un contrato que no presenta riesgos para la competencia, o a aprobar uno que probablemente enfrentará investigaciones, multas e incluso penas de cárcel. Esta Guía entrega herramientas para brindar mejores respuestas a todas estas interrogantes.

El derecho de la competencia tiene una dimensión tanto doméstica como global. Las instituciones domésticas toman las decisiones que afectan directamente la vida económica, pero las ideas, instituciones y experiencias del resto del mundo a menudo moldean tales decisiones. Cada iniciativa incide en las otras, por lo que reconocer esas influencias suele ser esencial para comprender las decisiones sobre el derecho de la competencia en cualquier lugar. Es necesario comprender cómo opera el derecho de la competencia en un régimen interno particular, pero a menudo es igualmente

importante reconocer las influencias extranjeras en su funcionamiento. Esta Guía está diseñada para todos aquellos que deseen entender y/o trabajar en este nuevo ecosistema.

Las leyes e instituciones nacionales (y a veces regionales y locales) están en el centro del panorama, por lo que esta Guía analiza lo que ellas hacen, cómo lo hacen y por qué lo hacen. Los regímenes de competencia enfrentan problemas e inquietudes similares a nivel global, por lo que examinamos las características que comparten. Sin embargo, las jurisdicciones responden de manera diferente, y la Guía destaca las respuestas divergentes, así como algunas de las razones detrás de tales diferencias. Este enfoque nos dirige hacia los factores y la información que pueda resultar más valiosa.

Para un régimen particular, las instituciones, individuos, ideas y experiencias externas a menudo pasan desapercibidos, ya sea porque no se sabe que existen o porque no se sabe la razón de su relevancia. Incluso si sabemos que estas influencias pueden existir, a menudo no sabemos dónde encontrarlas o qué consecuencias podrían tener. Como resultado, interpretamos erróneamente decisiones pasadas y cometemos graves errores al predecir lo que sucederá. La Guía nos permite reconocer las interacciones entre los regímenes nacionales y las tendencias globales, y darles sentido a ellas. Esto es, en parte, lo que la hace nueva, diferente y valiosa.

La comunicación es de vital importancia para la interacción de los factores que dan forma a las decisiones, pero a menudo se ve distorsionada y socavada por la falta de comprensión de los regímenes extranjeros o por suposiciones sesgadas acerca de ellos. Estas distorsiones hacen que los abogados no se entiendan entre sí, que los clientes interpreten erróneamente lo que los abogados les dicen y que los abogados malinterpreten las solicitudes y expectativas de los clientes. También pueden llevar a los funcionarios públicos de una jurisdicción a interpretar erróneamente los mensajes de sus contrapartes en otro sistema, lo que

podría socavar la cooperación entre ellos. Las estrategias de la Guía pueden reducir tales errores y malentendidos.

Mucha gente se pregunta qué es el derecho de la competencia, por qué existe, qué hace y cómo opera. Las sospechas, el conocimiento superficial y las suposiciones erróneas son comunes no solo en la sociedad en general, sino también entre abogados, funcionarios públicos y líderes empresariales. Las personas que no son abogados generalmente saben poco o nada sobre el derecho de la competencia, y lo que creen saber a menudo es incorrecto. A su vez, muchos abogados tienen conocimientos superficiales sobre sus propias leyes de competencia nacionales, y una imagen vaga y distorsionada de otros regímenes. Por último, los especialistas en temas de competencia de un país a menudo tienen imágenes fragmentadas y llenas de errores acerca de otros sistemas de competencia y de sus influencias. La Guía puede beneficiar a cada uno de estos grupos.

A. El proyecto

El objetivo central de la Guía consiste en hacer que el derecho de la competencia sea más comprensible y accesible. La información sobre esta área del derecho, contenida en cuerpos normativos, resoluciones judiciales y declaraciones de políticas[1], es prácticamente ilimitada y está disponible para cualquier persona con acceso a internet. Sin embargo, estas referencias resultan a menudo inútiles e incluso engañosas, a menos que sepamos qué buscar y cómo encontrarlas.

Una clave para lograr lo anterior es enfocarse en las decisiones y preguntarse qué factores las influencian. El interés en el derecho casi siempre se centra en lo que sucederá en el futuro, es decir, qué decisiones se tomarán por los operadores jurídicos. Sin embargo, a menudo solo nos fijamos en elementos construidos en

[1] Nota del traductor: La expresión "declaraciones de políticas" es una traducción literal de "policy statements", y se refiere a las declaraciones de principios, enfoques o planes que realiza una agencia gubernamental respecto a un asunto particular (diferenciándose así de las "políticas" generales respecto a la conducción de un Estado).

el pasado, como normas jurídicas y casos. Por ejemplo, una norma puede establecer que cierta conducta está prohibida, pero en realidad podría tener un pequeño o nulo impacto en la toma de decisiones, por lo que su lenguaje probablemente conduzca a malas – y quizás devastadoramente malas - decisiones. Esto es especialmente probable cuando queremos saber qué pueden hacer las instituciones extranjeras. Las imágenes de las leyes de competencia extranjeras son inevitablemente limitadas y distorsionadas. Como resultado, a menudo no sabemos cómo se evalúa y utiliza la información, y hacemos suposiciones basadas en sesgos, ideología y nuestra propia experiencia.

¿Cómo identificamos lo que es relevante para interpretar decisiones pasadas, predecir las futuras, y dialogar al respecto?

La respuesta de la Guía consiste en lograr ver más por mirar menos, y saber dónde mirar. Esto implica resaltar la información que probablemente influya en las decisiones relevantes y prestar menos atención a otros antecedentes. La Guía no acumula detalles, sino que identifica los elementos más relevantes. Describe materias y conocimientos que iluminan factores importantes y a menudo ignorados en la toma de decisiones en materia de derecho de la competencia. Señala las preguntas que deben hacerse y sugiere algunas respuestas.

B. Herramientas

Las preguntas jurídicas generalmente se refieren a comprender decisiones pasadas o predecir decisiones futuras. Debido a esto, la Guía se enfoca en las *decisiones* y en las *circunstancias que las determinan*. Las decisiones formales son importantes, pero están moldeadas por otras decisiones que les otorgan el impacto que tienen. ¡Las normas y la jurisprudencia solo son importantes en la medida en que influyen en las decisiones de las personas e instituciones! Es por eso que la Guía se centra en reconocer y evaluar los factores que influyen en las decisiones.

Las instituciones, ideas y relaciones interpersonales moldean las decisiones legales. En nuestros propios regímenes domésticos, a menudo conocemos mucho sobre estos factores y cómo influyen en las decisiones que queremos comprender o predecir. En cambio, generalmente sabemos poco y nada acerca de los factores que influyen en las decisiones en otros sistemas, por lo que no tenemos forma de evaluar su impacto o relevancia. Es por eso que la Guía nos señala los elementos clave que influyen en estas decisiones.

Las influencias a veces provienen del respectivo sistema interno, pero con frecuencia provienen fuera de él, por lo que es fundamental reconocer cómo los factores domésticos y extranjeros se relacionan entre sí. La Guía logra esto al reconocer el sistema global en el que individuos, instituciones, intereses y el poder (tanto domésticos como externos) se encuentran e interactúan. El enfoque en las decisiones y en el sistema en el que estas están alojadas, nos permite identificar información valiosa y filtrar los antecedentes engañosos o de poco valor.

Estas mismas herramientas también pueden mejorar la comunicación entre los distintos países. Los individuos e instituciones envían mensajes que buscan tener el efecto que quieren, y quieren comprender los mensajes que reciben. Esto no siempre es fácil en el derecho de la competencia. Sus conceptos y principios suelen ser generales y abstractos. Además, el lenguaje

en temas de competencia contiene una variedad de elementos entrelazados, como el idioma nativo de un régimen nacional, el lenguaje profesional del sistema (instituciones, conceptos, etc.) y el lenguaje de la economía. Estos factores aumentan la probabilidad de que el remitente y el destinatario de un mensaje transfronterizo lo interpreten de manera distinta. Muchos asumen que los términos tienen el mismo significado en todos los países, pero esa suposición puede ser muy engañosa y peligrosa. La Guía identifica obstáculos para la comunicación entre los países, y formas de evitarlos.

Cualquier lector de cualquier régimen puede beneficiarse al utilizar estas estrategias. Están diseñadas para ser lo más fáciles de usar posible, de modo que puedan mejorar la capacidad de cualquier persona para comprender el derecho de la competencia y actuar de manera más efectiva en este ámbito. Detrás de estas estrategias hay mucho estudio y experiencia, pero para usted, como lector, la cuestión importante es si estas resultan valiosas. Creo que descubrirá que lo son.

C. Lo que la Guía no es

Una imagen común de una "guía" puede llevarnos a equívocos, por lo que es importante aclarar lo que la Guía no es. Muchos piensan en una guía como básicamente una colección de información, por ejemplo, una guía de viajes que proporciona información detallada sobre hoteles. Ese tipo de guía puede ser valiosa para otros propósitos, ¡pero no en este caso! ¡Esta Guía es diferente! No se dedica a acumular detalles; los penetra. *Revela los patrones en los detalles y, de esta manera, los hace más comprensibles y útiles.*

D. Descripción general

La ***parte uno*** (Caps. 2 a 4) aclara qué es el derecho de la competencia e investiga sus objetivos, instituciones y métodos.

El **Capítulo 2** examina la identidad del derecho de la competencia. ¿Qué es? Para un régimen en particular, la pregunta puede ser relativamente fácil de responder, pero cuando ampliamos nuestra visión para referirnos a otros sistemas, esto se vuelve más difícil. Puede crear grandes problemas de comprensión y comunicación. La Guía resuelve estos problemas identificando un significado nuclear que todos los regímenes comparten y señalando las variaciones a partir de este. También revela algunas de las fuerzas que envuelven la identidad del derecho de la competencia.

El **Capítulo 3** analiza los fines del derecho de la competencia. ¿Qué quieren lograr los gobiernos con estas leyes? ¿A quién sirve el derecho de la competencia? Examinamos los fines explícitamente declarados, así como aquellos que pueden no estar revelados o incluso intencionalmente ocultos.

El **Capítulo 4** examina cómo las instituciones persiguen estos fines.

La ***parte dos*** (Caps. 5 a 7) examina los objetivos del derecho de la competencia.

¿Qué tipo de conductas intentan evitar las leyes de competencia y cómo los regímenes identifican y persiguen sus objetivos? La Guía examina los principales focos de atención: acuerdos anticompetitivos, conductas anticompetitivas de empresas con posición dominante y fusiones. Para cada uno, se analizan los perjuicios que se piensa que causan, las formas en que las respectivas leyes de competencia responden a ellos y los patrones globales presentes en tales respuestas.

La ***parte tres*** (Caps. 8 a 10) examina en profundidad los dos regímenes más influyentes del derecho de la competencia: Estados Unidos y la Unión Europea, y entrega herramientas

para comprender otras leyes de competencia de manera más fácil y eficaz.

El **Capítulo 8** examina el derecho de competencia de Estados Unidos, sus fines, métodos e instituciones, así como sus roles e influencia. Esta normativa es un punto de referencia para discusiones sobre competencia en prácticamente todo el mundo, y su influencia se extiende en muchas direcciones. Irónicamente, también difiere de otros sistemas en muchos aspectos fundamentales.

El **Capítulo 9** hace lo mismo para el derecho de la competencia en Europa. A menudo, es tan influyente como la legislación estadounidense, pero usualmente por diferentes razones.

El **Capítulo 10** identifica elementos que dan forma a todas las leyes de competencia y que nos guían hacia datos relevantes en cualquier régimen. Luego, se refiere a los factores formadores que son compartidos por los grupos de sistemas, y a cómo podemos utilizar tales elementos para extraer ideas sobre los miembros de tal grupo. Asia Oriental, América Latina y otros mercados emergentes proporcionan los ejemplos.

La ***parte cuatro*** (Caps. 11 y 12) examina el sistema global y los cambios en el derecho de la competencia que desafían tanto a los regímenes individuales como al sistema en su conjunto.

El **Capítulo 11** se enfoca en las interacciones entre los regímenes de competencia y muestra cómo estos constituyen un sistema global. Se revisa el marco formal del sistema y luego se analiza cómo las acciones, ideas e influencias fluyen a través de este sistema de relaciones y dan forma a las decisiones en todas partes.

El **Capítulo 12** analiza dos desafíos importantes para el derecho de la competencia: la globalización profunda y el "Big Data", y examina cómo están transformando esta área del derecho y desafiando sus instituciones.

E. Usos y usuarios

La Guía proporciona valor para muchos tipos de público. Para aquellos con conocimientos limitados o nulos sobre el derecho de la competencia, puede servir como una introducción, proporcionando vías de acceso a las ideas, instituciones y terminología específica de este. Para aquellos familiarizados con algunos aspectos del derecho de la competencia, proporciona información y perspectivas sobre otros elementos, y para aquellos que conocen un régimen de competencia, proporciona formas de comprender y lidiar con otros regímenes del mundo.

Los ***estudiantes*** encontrarán la Guía invaluable porque identifica problemas básicos y proporciona información que pueden utilizar en cursos sobre derecho de la competencia y en campos relacionados como la propiedad intelectual. Revela cómo se relacionan los detalles entre sí y hace que la información sea significativa, y a menudo incluso emocionante.

Los ***profesionales del derecho*** necesitan interpretar decisiones pasadas y predecir futuras, y la Guía les permite realizar ambas tareas de manera más fácil, rápida y efectiva. Un abogado/a puede saber o sospechar que un problema de competencia es relevante para la transacción o litigio en el que está trabajando, pero a menudo no sabe cómo identificarlo plenamente o cómo evaluarlo. Confrontado con grandes cantidades de información, el profesional del derecho puede tener pocas herramientas para entender cómo encajan las piezas. La Guía entrega esas herramientas.

Los ***profesionales del derecho de la competencia*** también encontrarán mucho valor en esta Guía. Pueden conocer sus propias leyes e incluso tener experiencia en diferentes países, pero la Guía les proporciona nuevas perspectivas y conocimientos sobre los regímenes extranjeros y sobre las relaciones entre tales sistemas. Muchos de estos profesionales encontrarán valiosos tales conocimientos.

Las ***autoridades de competencia y legisladores*** toman decisiones importantes sobre el derecho de la competencia, pero a menudo tienen conocimientos reducidos sobre muchos aspectos del área y un interés limitado en sus detalles. La Guía les permite reconocer cuestiones de competencia y anticipar sus posibles implicancias sin tener que realizar estudios

prolongados. En este sentido, puede servir como una especie de resumen ejecutivo.

Los ***economistas*** trabajan con teoría económica y sus aplicaciones a asuntos económicos. Sin embargo, a menudo necesitan saber cómo un determinado régimen de derecho de la competencia o grupo de ellos impacta lo que hacen. La Guía entrega información sobre las formas en que esta área del derecho afecta a las decisiones en estos sistemas. Les permite evaluar rápidamente posibles elementos de derecho de la competencia y sus consecuencias.

Los ***empresarios*** a menudo desconocen el impacto potencial del derecho de la competencia en sus compañías y en su capacidad para tener éxito. Esto es especialmente cierto para aquellos que se encuentran en países donde el derecho de la competencia es débil o inexistente, o donde las multas rara vez son lo suficientemente grandes como para afectar las decisiones. La Guía les permite anticipar problemas y barreras en sus decisiones comerciales en lugar de encontrarse con ellos, y a veces pagar un alto precio por hacerlo. Aquellos atrapados en las trampas del derecho de la competencia tienden a buscar un nuevo empleo poco tiempo después.

Por último, los ***lectores en general*** pueden no sospechar de qué manera el derecho de la competencia influye en su vida cotidiana, pero a menudo están muy interesados en los precios de los bienes y servicios que compran. La Guía les muestra cómo las leyes de competencia pueden afectar estos elementos de sus vidas. Muchos también están preocupados por cómo los mercados producen y distribuyen la riqueza. Aquí adquirirán muchos conocimientos sobre el papel que el derecho de la competencia puede cumplir en esas áreas de la vida social y económica.

Parte uno

Identidad, fines y métodos

Capítulo 2
¿Qué es? La identidad velada del Derecho de la Competencia

Los términos "derecho de la competencia" y "antimonopolio" significan poco o nada para la mayoría de las personas en el mundo. Muchos no tienen idea de qué tipo de derecho es, y aquellos que creen saber algo al respecto a menudo están equivocados. Pueden tener algunos fragmentos de información sobre el derecho de competencia del país donde viven, pero rara vez más que eso. Esto es así no solo para la ciudadanía en general, sino también para muchos abogados, funcionarios públicos y empresarios. La identidad incierta del derecho de la competencia es a menudo un gran obstáculo para pensar claramente sobre él, comunicarse al respecto y tomar decisiones sobre la materia.

Estos obstáculos pueden causar problemas dentro del propio régimen interno, pero es más probable aún que causen un daño mayor si interactuamos más allá de las fronteras. Por ejemplo, los abogados de EE.UU. a menudo asumen que otras leyes de competencia tienen las mismas características básicas que la ley antimonopolio estadounidense, es decir, que giran en torno a los fines de eficiencia económica y que las decisiones son tomadas por los tribunales. Estas suposiciones suelen ser engañosas, dificultando los esfuerzos de los abogados para tratar con el derecho, abogados y clientes de otros regímenes. Un ejemplo o caso relacionado implica interpretar textos legales de otro sistema. Si un abogado del país A asume que una ley de competencia del país B se interpretará en referencia a principios económicos, pero en el país B la ley se interpreta en referencia a criterios lingüísticos, este abogado malinterpretará completamente la ley. Las suposiciones inexactas también socavan la comunicación. Así, si un abogado del país A habla con un funcionario del país B sobre el probable efecto de la ley de competencia de B en su cliente, sus suposiciones pueden llevarlo a malinterpretar las preguntas del funcionario, y al funcionario a malinterpretar sus respuestas. Además, es poco probable que cada uno sea consciente de que el otro malinterpreta a su interlocutor.

Este capítulo examina la identidad del derecho de la competencia. Miramos los velos que lo oscurecen, identificamos un significado central que se puede usar en todas partes y revisamos las variaciones entre los distintos sistemas de competencia.

A. Los velos del Derecho de la Competencia

Muchos velos oscurecen y distorsionan las representaciones y las imágenes del derecho de la competencia. Estas cortinas existen en todos los sistemas, e influyen en cómo operan y se perciben las distintas leyes de competencia. A continuación, se señalan algunos velos comunes:

1. Fines vagos: Los fines del derecho de la competencia son abstractos. Comparemos esta área del derecho, por ejemplo, con las leyes relacionadas con el daño físico a las personas. Todos reconocen la necesidad de leyes para proteger a los individuos del daño físico. De manera similar, todos reconocen la necesidad de protección contra el fraude y la coerción en la contratación. En cambio, el derecho de la competencia interviene en los mercados para proteger la forma en que estos funcionan. ¡Esto no es tan fácil de entender!

2. Introducción reciente: En gran parte del mundo, el derecho de la competencia también es relativamente nuevo. Si bien ha tenido un rol central en Estados Unidos durante muchas décadas, en otras jurisdicciones se ha vuelto importante de manera mucho más reciente. En algunos países de Europa, era poco conocido hasta la década de 1990. A su vez, en gran parte del resto del mundo, tales leyes ni siquiera existían hasta esa década o después, y en algunos países todavía no son muy conocidas. Como resultado, a menudo han existido pocos incentivos para prestar atención al derecho de la competencia.

3. Las múltiples formas y colores del derecho de la competencia: La variedad entre los sistemas de competencia nubla aún más su identidad. En un país, este término (o su análogo en el idioma local) puede referirse a un conjunto altamente desarrollado de instituciones y principios legales que emplean la economía para identificar y medir el daño económico, mientras que en otro puede entenderse como una forma de control administrativo de precios o incluso un mecanismo para reducir la desigualdad económica. Parece que poco los une.

4. Una rápida evolución: Los cambios rápidos también hacen más difícil identificar cuáles son los elementos fundamentales del derecho de la competencia. Por ejemplo, el derecho antimonopolio de EE.UU. cambió radicalmente entre 1970 y 1990. Sus fines se redujeron severamente y sus métodos se reenfocaron para depender principalmente de los efectos económicos. Tales cambios pueden generar confusión sobre lo que ha cambiado, lo que ha permanecido igual y lo que es fundamental para el derecho de competencia de EE.UU.

5. Confusión con otras áreas del derecho: El derecho de la competencia a menudo se confunde con otras ramas del derecho. Por ejemplo, muchos lo confunden con el derecho de la competencia desleal, una

rama del derecho privado cuyo objetivo principal es proteger a los competidores de las conductas desleales. Esto contrasta fuertemente con el objetivo central del derecho de la competencia, que es proteger un bien público: que los mercados funcionen en forma efectiva. La distinción tiene importantes consecuencias, pero a menudo pasa desapercibida, especialmente en sistemas de competencia más nuevos.

6. Política e ideologías: Las agendas políticas e ideológicas también pueden distorsionar las representaciones del derecho de la competencia. Por ejemplo, no hace mucho un alto funcionario de competencia estadounidense declaró que una ley solo podría llamarse "antimonopolio (derecho de la competencia)" si se basaba en el análisis económico, es decir, si se conformaba al modelo estadounidense. Muchos fuera de Estados Unidos vieron la afirmación como política, ideológica o ambas.

7. Mitos del derecho de la competencia: Los mitos oscurecen el derecho de la competencia. Por ejemplo, la afirmación a menudo repetida de que el derecho de la competencia es una "invención" estadounidense y que todas las leyes de competencia se derivan de él, sugiere que el modelo estadounidense es el "verdadero" derecho de la competencia, y que las desviaciones de él deben considerarse como "errores" basados en la falta de comprensión o ideología. Tanto yo como otros autores hemos demostrado cuán fundamentalmente falso y engañoso es este mito. Sin embargo, algunos lo encuentran útil, por lo que persiste. Como veremos más adelante, una versión europea del derecho de la competencia se desarrolló de manera bastante independiente de la experiencia estadounidense, con sus propias raíces intelectuales, patrones de pensamiento y preferencias institucionales. Su influencia ha sido amplia, particularmente entre los sistemas más recientes de derecho de la competencia.

8. Entre el derecho público y el derecho privado: Finalmente, en la tradición del "Derecho Continental" (es decir, el modelo continental europeo y los múltiples sistemas en América Latina, Asia y África basados en él) una marcada división entre el derecho público y privado puede nublar el panorama. Especialmente en Europa continental, el derecho privado y el derecho público tienden a tener carreras educativas, instituciones, valores y vocabularios separados. El derecho de la competencia se sitúa entre los dos mundos. Cada uno puede reclamarlo; cada uno puede temerlo. Cuando se ve como derecho público, a menudo se trata como otra forma de regulación para que los gobiernos la utilicen como deseen. Cuando se mira a través de una óptica de derecho privado, a menudo representa un conjunto de principios e instituciones para la protección de la libertad económica o el bienestar del consumidor. Las dos visiones a menudo colisionan.

B. El derecho de la competencia como respuesta a un problema

Los términos "derecho de la competencia" y "derecho antimonopolios" se refieren a un área particular del derecho, por lo que necesitamos saber qué incluye esa categoría. La perspectiva de la Guía es global, por lo que la definición no puede extraerse de la concepción de derecho de la competencia de un solo país o sistema. Además, no podemos confiar en el lenguaje y el vocabulario utilizados en un régimen específico. Eso llevaría a una confusión interminable, y a menudo lo hace. En cambio, identificamos la *función* que está en el núcleo de lo que todos o la mayoría de los sistemas entienden por "derecho de la competencia", es decir, ¿cuál es el problema?

Cualquier sociedad que coordine la actividad económica mediante los mercados en lugar del control político enfrenta un problema básico: la libertad de los actores para competir tiende a hacer los mercados más eficientes e incrementar los beneficios materiales para la sociedad,

pero la misma libertad también puede ser utilizada para restringir la competencia y socavar estos beneficios. El derecho de la competencia combate estas restricciones, y cuanto más importante sea el mercado para los líderes de una sociedad, más probable es que busquen prevenir el daño a este. Esta área puede entenderse mejor como una familia de respuestas a esta vulnerabilidad inherente de los mercados. Aunque los propios Estados pueden interferir en los mercados, ese es un problema muy diferente, y no lo tratamos aquí.

C. Una definición central

La Guía utiliza los términos "derecho de la competencia" y "derecho antimonopolios" para referirse a un *ámbito general del derecho cuyo objeto es disuadir las restricciones privadas sobre la conducta competitiva*. Examinamos más de cerca los términos:

1. "Ámbito del Derecho" aquí se refiere a un conjunto de normas autorizadas políticamente y al diseño institucional utilizado para hacerlas cumplir.

¿Es derecho, o es política? La relación entre "derecho de la competencia" y "política de la competencia" no siempre está clara. A menudo, los términos se usan indistintamente, pero puede haber diferencias importantes entre ellos. Ambos pueden referirse a normas utilizadas para combatir las restricciones a la competencia, pero representan dos formas diferentes de mirar las leyes relevantes, y las diferencias pueden influir en cómo se interpretan

y aplican las normas. "Derecho" implica que se utilizan métodos de interpretación establecidos para interpretar y aplicar las normas, y que los procedimientos establecidos son el único o el principal medio de hacerlas cumplir y cambiar estas disposiciones. En esta visión, las normas son un componente relativamente estable de un sistema legal. Por otro lado, considerar esas mismas normas como "política" implica que son una herramienta del gobierno que está en el poder, y que puede usarlas y modificarlas como desee.

2. "General": Las leyes incluidas son aquellas que son aplicables en toda una economía y, por lo tanto, proporcionan un marco para todas las operaciones de los mercados (aunque siempre hay algunos sectores exentos de la normativa). Las leyes que solo regulan mercados específicos (por ejemplo, las telecomunicaciones) no desempeñan ese papel.

3. "Restricción" se refiere a cualquier limitación impuesta por uno o varios actores privados, que reduce la intensidad de la competencia en un mercado.

4. "Competencia" alude a un proceso por el cual las empresas en un mercado buscan maximizar sus ganancias explotando las oportunidades de mercado de manera más efectiva que otras compañías en la industria.

D. Diferencias sobre la materia

Con esta definición central en mente, basada en la función de esta área del derecho, mencionamos brevemente aquí los tipos de diferencias que existen entre los sistemas de derecho de la competencia. La Guía explora las diferencias más a fondo en los siguientes capítulos.

1. Fines: Los sistemas varían de acuerdo a los objetivos que pretenden perseguir. Algunos son estrechos y técnicos; otros son amplios y políticos o sociales.

2. Derecho sustantivo: La mayoría de los regímenes identifican los mismos objetivos básicos (por ejemplo, acuerdos anticompetitivos), pero difieren en el grado en que realmente los persiguen. Algunos persiguen vigorosamente los carteles y prestan relativamente poca atención a las conductas de las empresas dominantes. Otros se centran en las restricciones verticales o en las conductas unilaterales de grandes empresas, a menudo reflejando la preocupación por el poder de las compañías extranjeras dominantes.

3. Instituciones: Todos los sistemas de competencia tienen al menos una agencia pública de enforcement encargada de aplicar las normas del derecho de la competencia. Las instituciones pueden parecer similares en el papel, pero sus capacidades, fines, recursos, estatus y otras características varían ampliamente. Algunas están bien financiadas y relativamente libres de interferencia de intereses políticos y económicos, y el personal bien capacitado sigue procedimientos establecidos para lograr los fines declarados. Otras - muchas más en número - están mal financiadas y fuertemente influenciadas por intereses políticos y/o económicos.

4. Procedimientos y métodos: Los procedimientos y métodos también varían ampliamente. Tanto las autoridades de la competencia como los tribunales

utilizan métodos legales y económicos para tomar decisiones sobre el derecho de la competencia, pero se diferencian ampliamente en la forma en que los utilizan. Además, existe una gran diversidad en los procedimientos utilizados para investigar y hacer cumplir las respectivas leyes.

Los siguientes capítulos examinan más de cerca los elementos del derecho de la competencia.

Capítulo 3
Los fines y usos del Derecho de la Competencia

Los fines declarados pueden guiar las decisiones sobre el derecho de la competencia, pero también pueden oscurecerlas. Pueden ayudarnos a interpretar y prever decisiones, pero también pueden ser engañosos. Esto hace que no solamente sea importante prestarles una cuidadosa atención, sino también reconocer los factores que influyen en las decisiones, o socavan esa influencia. La brecha entre los fines declarados y los fines realmente perseguidos a veces es sorprendentemente amplia. Reconocer cuándo existe esa diferencia y tomar conciencia de los elementos que la causan son elementos particularmente valiosos para un observador externo al sistema, que de lo contrario puede ser fácilmente engañado por las declaraciones formales de los fines. Este capítulo examina los fines, tanto declarados como no declarados.

A. Fines declarados

Las discusiones sobre el derecho de la competencia a menudo prestan mucha atención a los fines explícitamente declarados, porque generalmente asumimos que estos guían las decisiones. Si una Autoridad de Competencia (AC) señala que el fin del derecho es proteger a los consumidores de los aumentos excesivos de precios, probablemente este fin será un factor en sus decisiones. Pero es importante observar con cuidado lo que realmente hace la AC antes de que confiemos en esta declaración. A menudo, esta información se puede recopilar de internet y otras fuentes publicadas, pero en muchos sistemas, las fuentes que contienen experiencia reciente significativa de las actividades de la AC son aún más valiosas. Los fines declarados generalmente guían las decisiones de una institución, si: (1) la institución está bien protegida de influencias externas; (2) el derecho de la competencia en sí está desarrollado hasta el punto en que se reconoce y acepta ampliamente un camino para conseguir los fines; (3) los tomadores de

decisiones están personalmente comprometidos con la búsqueda de los fines; y (4) la institución cuenta con suficiente apoyo político y financiero para perseguirlos. En la medida en que estas condiciones no se cumplan, es menos probable que los fines sean confiables.

Los fines son importantes no solo para prever decisiones futuras, sino también por otra razón menos obvia: nos indican qué argumentos y reclamaciones son aceptables y probablemente sean efectivos. Los fines justifican argumentos que son consistentes con ellos, e invalidan aquellos que no lo son. Si, por ejemplo, el fin declarado del derecho de la competencia es el bienestar de los consumidores, es poco probable que un abogado tenga éxito si argumenta ante un funcionario de derecho de la competencia que un resultado particular servirá para fomentar la democracia.

A menudo es útil ver las declaraciones de los fines como mensajes, pues indica preguntas potencialmente relevantes. "¿Quién envió el mensaje? ¿Quiénes eran los destinatarios previstos? ¿Cuánta influencia es probable que tenga en tipos específicos de tomadores de decisiones?" Las respuestas a estas preguntas pueden ser especialmente valiosas para un observador externo al sistema, pues se enfocan en la forma de uso de los fines declarados. Los conocedores del sistema pueden estar familiarizados con estos factores, pero es posible que los externos no los reconozcan. Tanto los legisladores, como los tribunales y las AC envían mensajes sobre los fines.

Los *legisladores* a veces declaran estos fines. Formalmente, los mensajes en las leyes están dirigidos a *instituciones domésticas*. Le indican a los funcionarios administrativos y a los tribunales qué deberían hacer. También pueden estar dirigidos a *grupos de interés domésticos*. Por ejemplo, pueden tener la intención de satisfacer a posibles partidarios adinerados ("Financista, mira lo que estoy haciendo por ti") o a grupos políticos poderosos.

Los mensajes también pueden diseñarse para atraer a *instituciones o empresas extranjeras*. Se pueden utilizar para "publicitar" la relación de un país con el mercado y/o con el "estado de derecho", particularmente cuando ha habido un cambio reciente de gobierno. Por ejemplo, un gobierno de un mercado emergente puede usar las declaraciones de fines para señalar su disposición a apoyar el libre mercado, con la esperanza de atraer inversión extranjera o adquirir préstamos u otro apoyo de instituciones de préstamo extranjeras. En estos contextos, una declaración de fines puede ser vista principalmente como una forma de *marketing* que puede no reflejar lo que los tomadores de decisiones realmente hacen.

Los *tribunales* en la mayoría de los regímenes de derecho de la competencia tienen poca o ninguna autoridad para articular fines, y rara vez lo hacen, pero en algunos sistemas son altamente influyentes en la definición de fines que siguen los tomadores de decisiones. En Estados Unidos, por ejemplo, los tribunales son la fuente de mayor autoridad en las declaraciones de fines. En particular, las opiniones de la Corte Suprema estadounidense proporcionan la principal orientación de fines para los tribunales, así como para las agencias administrativas.

Las *autoridades de competencia* también hacen afirmaciones sobre los fines. Rara vez tienen un "efecto vinculante", pero la AC es generalmente el principal *enforcer*[2], de modo que lo que dice sobre lo que hará a menudo es una guía valiosa para lo que realmente hará. Los profesionales experimentados a menudo prestan una atención cuidadosa a esas afirmaciones.

Ahora podemos observar los fines en sí. En algunos sistemas, los fines declarados son únicamente "económicos", mientras que en otros también incluyen el impacto social y político del derecho de la competencia.

[2] Nota del traductor: este concepto, proveniente de "*enforcement*", da cuenta de la actividad de hacer cumplir o ejecutar una norma o resolución judicial. Debido a que no tiene una traducción literal en el castellano (aunque una traducción aproximada sería "aplicación"), esta versión del libro generalmente mantiene el término en inglés.

B. Fines económicos

La "competencia" en "derecho de la competencia" se refiere a su acepción económica, por lo que, en ese sentido general, los fines de esta área del derecho siempre se relacionan con ese sentido. Eso es importante, pero no nos dice mucho acerca de la variedad de fines que persiguen los regímenes de competencia. Antes de analizar estos fines, necesitamos aclarar algunos aspectos básicos de la competencia económica. Los economistas y las personas con experiencia en derecho de la competencia pueden pasar por alto este material básico, pero para la mayoría de las demás personas, será valioso o incluso necesario para comprender los temas de derecho de la competencia[3].

La competencia ocurre en algún tipo de mercado, que es esencialmente un espacio de encuentro e intercambio entre aquellos que ofrecen suministrar un bien o servicio y aquellos que podrían desear comprarlo. Los mercados pueden ser físicos (como el mercado de alimentos local) o digitales (como internet). En un mercado, los proveedores tienen incentivos para hacer que sus ofertas sean lo más atractivas posible para los compradores, por ejemplo, vendiendo a un precio más bajo que sus competidores o entregando un producto mejor. A su vez, cada comprador tiene incentivos para pagar el precio más bajo disponible por el producto que quiere.

Si es que no hay coerción ni interferencia en este intercambio, ambas partes ingresan libremente en un acuerdo que consideran beneficioso. Por ejemplo, la vendedora de vegetales vende sus productos al mejor precio que puede esperar razonablemente obtener, y la compradora compra sus vegetales al precio más bajo que puede esperar pagar. Tanto la vendedora como el comprador quedan

[3] Por supuesto, existen muchos libros y otras obras que explican más a fondo el funcionamiento de los mercados. Para un tratamiento sucinto y accesible, también relacionado con asuntos de derecho de competencia, véase Ernest Gellhorn, William Kovacic y Stephen Calkins, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell* (West Academic Publishing, 2004). Para un tratamiento más profundo pero accesible de la economía de mercado y competencia, véase Massimo Motta, *Competition Policy* (Cambridge, 2004); y Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution* (Cambridge, 2003).

satisfechos, quizás incluso felices. Desde una perspectiva más amplia, el mercado dirige los recursos a los usos que la sociedad en su conjunto desea satisfacer más (los economistas se refieren a esto como los "usos más elevados y mejores" de la sociedad). Sin embargo, cabe destacar que la pregunta de qué significa exactamente "sociedad" no siempre está clara, particularmente en los mercados globales, y que aquellas personas que cuentan con más recursos en la sociedad (definida de la manera que sea) tienen la mayor influencia potencial en lo que el mercado ofrece.

Cualquier interferencia en esta operación libre de demanda y oferta reduce los beneficios, tanto para los participantes como para la sociedad. Si, por ejemplo, el gobierno restringe los precios a los que se pueden vender los vegetales en el mercado, los vendedores ya no estarán satisfechos. Los compradores podrían estar más contentos durante un tiempo porque pueden comprar a un precio más bajo, pero es posible que esa felicidad no dure mucho.

El control de precios probablemente llevará a los productores a invertir menos recursos o incluso ninguno en la producción de vegetales. Esto no solo reduce la satisfacción de los compradores, sino que también significa que la sociedad obtiene menos de un producto de lo que habría estado dispuesta a pagar por este. Los actores privados pueden distorsionar intencionadamente el mercado en beneficio propio. Por ejemplo, cuando los productores de vegetales acuerdan entre sí subir los precios, ellos se benefician de los precios más altos, al menos por un tiempo, pero los compradores resultan perjudicados. Así, la sociedad paga más para producir la misma cantidad de vegetales. Además, es probable que los compradores reaccionen comprando menos productos y, por lo tanto, no satisfaciendo su deseo de vegetales. El derecho de la competencia combate estas distorsiones perjudiciales, porque reducen los beneficios económicos que los mercados pueden proporcionar.

Los fines económicos se dividen en tres grupos básicos: fines relativos al funcionamiento del sistema, a los resultados, y fines de libertad económica.

1. Fines relativos al funcionamiento del sistema: Estos fines se centran en mantener o mejorar el funcionamiento del sistema económico.

a. *Estructura del mercado*
Una forma de mejorar el funcionamiento del sistema es perfeccionar su estructura. La idea básica es que la "estructura" de un mercado determina la forma en que funciona, pues moldea los incentivos de los participantes para competir. Por lo tanto, mejorar la estructura del mercado perfecciona la forma en que funciona el sistema. "Estructura" aquí se refiere básicamente a las participaciones de mercado relativas de los competidores. Consideremos tres estructuras diferentes: (1) una empresa en el mercado (es decir, un monopolista) no tiene competidores, por lo que su único incentivo para reducir precios o mejorar el producto puede ser prevenir que nuevas empresas ingresen al mercado; (2) si hay cinco empresas en el mercado, pero una tiene el 80% de la participación en el mercado y las demás solo tienen el 5%, los competidores más pequeños tienen incentivos tanto para competir como para abandonar la industria, pero el líder ya tiene control del mercado, por lo que sus incentivos para competir pueden ser limitados; y (3) si tres competidores tienen participaciones de mercado similares, todos tienen fuertes incentivos para competir entre sí. En cada caso, la estructura del mercado moldea la competencia.

Por lo tanto, el derecho de la competencia debería tratar de disuadir conductas que perjudican la estructura del mercado. Por ejemplo, una fusión entre los dos principales competidores en un mercado cambiará su estructura, aumentará el poder económico de la empresa fusionada

y reducirá los incentivos para que otros compitan en el mercado. Como resultado, es probable que perjudique la competencia, y esto debería prevenirse, a menos que pueda justificarse de alguna otra manera. Esta visión de la competencia (a menudo referida como el modelo estructura-conducta-rendimiento o modelo *SCP*) fue prominente entre los economistas durante las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Estas llamadas visiones de la "Escuela de Harvard" penetraron en el derecho de la competencia de EE.UU. durante las décadas de 1950 y 1960, y pronto se extendieron a Alemania y luego a la UE. Algunos sistemas continúan confiando en el análisis de la estructura del mercado, en parte porque es relativamente fácil de entender y aplicar sin una formación extensa en economía.

b. *Eficiencia económica:*
Muchos economistas se mostraron insatisfechos con el análisis de la estructura del mercado como el núcleo del derecho de la competencia. Generalmente aceptan que la estructura del mercado influye en la competencia, pero la consideran un instrumento demasiado tosco para ser utilizado de manera confiable como fundamento de las decisiones de esta área del derecho. Argumentan que el daño a la competencia debería determinarse en referencia a la dinámica de los mercados, es decir, *a cómo funcionan*, en lugar de a su estructura. Esta visión se centra en la *"eficiencia"* de los mercados y su capacidad para dirigir los recursos a sus "usos más elevados y mejores". Proporciona una forma más científica y precisa de identificar y medir los *efectos* de una conducta específica en circunstancias particulares, y por lo tanto, evita enfoques amplios basados en la estructura, que

pueden condenar conductas que son perjudiciales bajo algunas circunstancias, pero no bajo otras. Este enfoque también permite a las AC y a los jueces defender sus decisiones de manera más rigurosa y consistente.

El criterio central para evaluar el daño a la competencia en esta visión consiste en si una conducta ha elevado (o elevará) el precio del mercado por encima de un nivel competitivo. Un aumento de precio creado artificialmente distorsiona las señales del mercado y desvía los recursos de sus usos más valorados. Esta visión (a menudo asociada con la "Escuela de Chicago" de economía) se volvió prominente en el derecho antimonopolios estadounidense a partir de la década de 1970, donde pronto llegó a dominar el pensamiento del derecho de la competencia. Desde la década de 1990, ha ido adquiriendo cada vez más influencia en Europa y, más recientemente, en otros lugares. Como veremos más adelante (Cap.12), las preocupaciones sobre el poder de los "Big Data" (Amazon, Google, etc.) han desafiado su valor en algunas áreas del derecho de la competencia.

c. *Bienestar del consumidor*

La idea más amplia (pero relacionada) de "bienestar del consumidor" se ha vuelto cada vez más popular en muchas leyes de competencia. Es más fácil de entender y más atractiva políticamente que las referencias a la eficiencia económica. Sus funciones más básicas son excluir los fines políticos y sociales de las consideraciones del derecho de la competencia, y dejar en claro que los efectos sobre los productores no deben considerarse en el análisis, para la mayoría de los propósitos. Está estrechamente relacionada con los fines de eficiencia, porque la idea central es que una mayor eficiencia beneficia a los consumidores, al forzar los precios hacia el nivel más bajo sostenible. Sin embargo, el concepto también puede incluir otros

tipos de daño al consumidor. La etiqueta es políticamente atractiva, porque prácticamente todos somos consumidores. Cabe destacar que el término "bienestar del consumidor" se utiliza de diferentes formas, por lo que es importante identificar quién lo está utilizando y cómo. Para los economistas tiene el significado técnico mencionado anteriormente, pero los no economistas a menudo utilizan el término en un sentido más amplio, refiriéndose simplemente a algún beneficio no especificado para los consumidores.

Los fines relativos al funcionamiento del sistema comparten una característica potencialmente muy valiosa: *el camino hacia el fin respectivo se puede identificar con cierta precisión*. Los economistas han estudiado las condiciones bajo las cuales una conducta particular puede crear daño, y han desarrollado métodos que pueden usarse para evaluar si una conducta ha causado un efecto perjudicial. Además, la ciencia requiere que se declare la base para realizar esa evaluación, de modo que otros puedan analizar si el método es sólido y si se está utilizando correctamente. Adicionalmente, estos métodos utilizan criterios cuantificables, lo que hace que los efectos de la conducta sean medibles. El derecho de la competencia puede utilizar estos métodos para determinar si y en qué medida una conducta tiene efectos perjudiciales particulares. Esto identifica el camino hacia el fin determinado, y requiere que las decisiones sean justificables de acuerdo con los métodos.

Un ejemplo puede resultar útil al respecto. Supongamos que tres empresas (A, B y C) tienen cada una el 20% del mercado de un mineral particular utilizado en la producción de pantallas LED. Estas acuerdan entre sí restringir su producción combinada del producto en un 5%, creyendo que esta reducción en el suministro aumentará el precio de mercado del mineral y elevará sus ganancias. La ciencia económica puede

evaluar con cierta precisión si esta conducta causará el aumento deseado en el precio por encima del nivel competitivo y si, por lo tanto, perjudicará a los compradores del producto y distorsionará el funcionamiento del mercado. Los métodos que utiliza una AC para hacer esta evaluación son conocidos, y otros pueden criticar una decisión de la AC por no seguirlos adecuadamente. Esto contrasta fuertemente con los fines relativos a los resultados discutidos a continuación, donde el camino desde una conducta particular hasta el resultado puede ser oscuro e incierto.

Los fines de funcionamiento del sistema predominan en regímenes más desarrollados y ricos, y también se han vuelto cada vez más atractivos en muchos otros sistemas. ¿Por qué? En primer lugar, porque son estrechos y a menudo se basan en un razonamiento económico sólido, lo que hace que las decisiones basadas en ellos sean más fáciles de defender tanto legal como políticamente. En segundo lugar, porque al prometer mejorar la forma en que funciona el mercado, ofrecen beneficios a todos los que se ven afectados por el sector y, como resultado, tienen una amplia base de apoyo potencial.

2. Fines relativos a los resultados:
Los fines a menudo se refieren a resultados que se espera que produzca el derecho de la competencia, como, por ejemplo, precios más bajos, mayor desarrollo económico o menor desigualdad económica, en lugar de la protección de la competencia en sí. La forma en que funciona el sistema influye en los resultados que produce, por supuesto, pero enfocarse en los resultados cambia la forma en que observamos el derecho de la competencia. Como se señaló anteriormente, un enfoque en los resultados no puede identificar claramente el camino hacia las decisiones del derecho de la competencia, pues muchos factores distintos contribuyen a cualquier resultado económico. En consecuencia, le entrega al tomador de decisiones la discrecionalidad para decidir qué factor o factores son relevantes para el fin respectivo. Esto reduce la previsibilidad y tiende a socavar las afirmaciones de que el *enforcement* se basa en factores legales en lugar de políticos u otros.

Los fines de resultados son atractivos para los tomadores de decisiones por varias razones. En primer lugar, son fáciles de entender. Por ejemplo, todos saben lo que significa reducir los precios. En segundo lugar, a menudo apelan a preocupaciones populares generalizadas, como los niveles de tales precios. En tercer lugar, suelen ser amplios y generales, lo que permite que se utilicen en una variedad de contextos políticos. Y, en cuarto lugar, pueden ser aplicados por funcionarios y jueces con una limitada formación en derecho de la competencia o economía. Reducir los precios es un fin de resultado particularmente popular (¡como consumidores, todos queremos precios más bajos!). Si un gobierno afirma que el derecho de la competencia puede reducir los precios, es más probable que atraiga apoyo político a que si promete una mayor eficiencia, una idea abstracta que muchos no entenderán o no les importará tanto.

En regímenes de competencia desarrollados y políticamente bien respaldados, especialmente en democracias funcionales, los fines de resultados tienden a ser menos prominentes por dos razones principales. Una de ellas es obvia: un régimen establecido de competencia normalmente tiene una menor necesidad de buscar apoyo popular que un sistema más nuevo y menos establecido. La otra razón puede ser menos evidente. Dichos regímenes a menudo tienen incentivos más fuertes para aplicar la ley de manera consistente y justificar sus decisiones sobre una base racionalmente defendible que los regímenes en contextos más autoritarios o políticamente inestables.

El objetivo de reducir los precios ilustra algunas de estas cuestiones. ¿Cómo decide un tomador de decisiones cuál de los muchos factores que influyen en los precios es el resultado de restricciones a la competencia? Algunos factores son naturales (como las catástrofes que impactan en los cultivos), otros son políticos (como la interferencia del gobierno) o sociales (como unos disturbios por el costo o accesibilidad a los alimentos). Cualquier cambio en la oferta o la demanda en un mercado puede llevar a variaciones de precios. Esto dificulta o imposibilita establecer qué factores han llevado a tales cambios. ¿Cómo puede el derecho de la competencia identificar con seguridad cuándo una conducta en particular, en lugar de algún otro factor, "causa" un aumento de los precios? Sin una base firme para identificar la conducta como dañina, los tomadores de decisiones del derecho de la competencia enfrentan mucha incertidumbre, y esto puede aumentar fácilmente el riesgo de corrupción.

Otra desventaja de utilizar la reducción de precios como un objetivo del derecho de la competencia es que tiende a difuminar la distinción entre el derecho de la competencia y el control de precios. Es común escuchar a funcionarios en algunos regímenes (particularmente los más nuevos) decir que aplicaron el derecho de la competencia para reducir los precios cuando, tras un examen más detallado, resulta que simplemente exigieron estas disminuciones de precios. Esto es control de precios burocrático, no derecho de la competencia. La idea central del derecho de la competencia es que combate las restricciones a la competencia, mientras que los regímenes de control de precios pueden simplemente ordenar una reducción de estos. Esta distinción puede ser difícil de reconocer, particularmente en regímenes de competencia nuevos, pero es fundamental. Obsérvese que a menudo se ha reclutado a funcionarios del derecho de la competencia desde oficinas de control de precios (por ejemplo, en China después de 2008).

3. Libertad económica:
El fin de la libertad económica vincula el atractivo político y emocional de la libertad como valor a la afirmación de que la libertad económica es de la esencia de la competencia, es decir, que el funcionamiento de la competencia depende de la libertad económica. Estas ideas han sido muy influyentes en ciertos momentos, y en algunos regímenes todavía son influyentes. Fueron destacadas en EE.UU. durante varios periodos previos a la "revolución" de los años 70, y también han influido en la evolución del derecho de la competencia en Europa. En ambos contextos, el fin de la libertad económica ha sido alimentado por profundas raíces culturales y la vinculación con la libertad como un valor independiente. Sin embargo, el fin es difícil de aplicar como base aislada para las decisiones del derecho de la competencia. Preguntas como "¿cuánta libertad?" y "¿libertad de qué?" generan mucha incertidumbre. Sin embargo, en algunos contextos, el fin funciona como un soporte políticamente atractivo para el derecho de la competencia.

C. Fines sociales y políticos

Algunos fines son sociales o políticos en lugar de económicos. La mayoría de los sistemas de derecho de la competencia han levantado fines como la justicia, igualdad de oportunidades y el apoyo a la democracia en algún momento de su evolución. Antes de los años 70, las leyes antimonopolio de Estados Unidos a menudo enfatizaban estos aspectos. En Europa, también han sido prominentes, particularmente en el contexto de la economía social de mercado alemana. Estos fines son el foco de muchos sistemas de competencia más nuevos y en mercados emergentes, donde esta área del derecho no es muy conocida o ampliamente aceptada. Atraen apoyo político, requieren de relativamente pocos recursos y pueden ser aplicados sin un conocimiento extenso de economía.

1. Equidad: El fin de la equidad tiene un particular atractivo político: El fin de la equidad adopta dos formas muy distintas. La *equidad competitiva* se refiere a las relaciones entre competidores. Si, por ejemplo, una empresa tiene ventajas sobre otras porque está políticamente conectada o utiliza su tamaño para coaccionar a los compradores a no comprar de sus competidores, su conducta es probablemente considerada injusta. La promesa de equidad competitiva atrae apoyo entre aquellos que temen y/o envidian a las empresas poderosas, en

particular las compañías extranjeras. A menudo se asocia con otros fines sociales y políticos, como el de aumentar las oportunidades económicas para las pequeñas y medianas empresas. Por otro lado, la *equidad del consumidor* es fundamentalmente diferente. Protege a los consumidores del daño infligido por las empresas económicamente poderosas, particularmente cuando utilizan su poder para cobrar precios altos a los consumidores. Este objetivo es políticamente atractivo, especialmente en países de bajos ingresos y en naciones donde los precios del mercado son volátiles o están controlados por intereses extranjeros.

2. Dispersión de poder: el campo de juego nivelado: Los fines de dispersar el poder económico y de mejorar las oportunidades económicas para las empresas más pequeñas a menudo están combinados. Cuando los mercados están dominados por grandes empresas y existe una competencia mínima, la desigualdad de ingresos tiende a aumentar, la movilidad social tiende a disminuir y la democracia puede estar amenazada. Para algunos, el derecho de la competencia puede y debe utilizarse para dispersar el poder y contrarrestar estas tendencias. Tales preocupaciones fueron centrales para la promulgación de la ley antimonopolio de Estados Unidos en 1890, y permanecieron significativas en ocasiones hasta los años 70. Continúan siendo un factor en algunos contextos en Europa, donde a veces se vinculan con la preocupación de que la desigualdad amenaza el proceso de integración europea. También tienen un papel destacado entre los regímenes de América Latina en los que la preocupación por la justicia social tiene un fuerte apoyo político. Sin embargo, su enfoque en los efectos en la sociedad toda hace difícil su aplicación a conductas específicas de una manera consistente.

Los fines económicos y no económicos pueden entrelazarse de muchas formas, y la identificación de las corrientes de influencia

a menudo arroja luces sobre decisiones, discusiones y reclamaciones. Los fines no económicos tienden a disminuir en importancia a favor de los económicos en los regímenes de competencia más establecidos y por tanto capaces de articular mejor los beneficios que ofrecen. Sin embargo, estos fines no económicos continúan teniendo valor para atraer el apoyo político, y rara vez desaparecen de manera permanente y completa de un sistema.

D. Fines no declarados

En muchos regímenes de competencia, particularmente en países de mercados emergentes y Estados autoritarios, es común que las instituciones y los individuos persigan fines que no se expresan o ni siquiera se reconocen. Su impacto es a menudo difícil de evaluar, especialmente para alguien ajeno al sistema, pero puede ser muy valioso tener conocimiento de ellos y de los incentivos que los generan. Volveremos a estas influencias en el próximo capítulo, pero las menciono aquí para enfatizar su relación con los fines expresados. Rara vez se mencionan en los artículos sobre derecho de la competencia, pero a menudo son bastante conocidos por quienes operan en el sistema.

La corrupción, es decir, el pago a funcionarios para influir en sus decisiones, es especialmente perjudicial. Es una plaga en el derecho de la competencia en muchos países, socavando el compromiso de los funcionarios de utilizar eficazmente este derecho y minando la confianza pública en sus esfuerzos. Esta práctica es más común donde los funcionarios tienen salarios bajos, y estos son los mismos regímenes donde hay mucho escepticismo sobre el derecho de la competencia. Reconocer los factores que fomentan la corrupción puede alertar a una persona externa sobre la necesidad de investigar su existencia y alcance (ver Cap.4).

A veces, son los mismos gobiernos los que imponen fines no expresados. Por ejemplo, cuando la política general de un gobierno consiste en proteger de la competencia a sus empresas de alta tecnología, puede utilizar el derecho de la competencia para promover ese fin. Rara vez admitirá que lo está utilizando con fines proteccionistas, pero al observar los patrones en las recientes decisiones sobre derecho de la competencia, a menudo se podrá detectar esta influencia. Esto proporciona una base más sólida para evaluar las decisiones que confiar únicamente en el lenguaje de los fines formales. También ayuda a identificar los tipos de abogados y asesores que probablemente serán fuentes útiles de información y apoyo.

El escenario global en sí mismo induce a los tomadores de decisiones a perseguir fines no declarados. Por ejemplo, las AC y los funcionarios tienen incentivos para buscar estatus dentro de las redes globales del derecho de la competencia. Este factor lleva a menudo a los funcionarios a alinear sus decisiones y/o afirmaciones con los miembros más ricos y poderosos de la red. Tal alineamiento puede proporcionarles recursos e influencia, y aumenta la probabilidad de que sus propuestas y solicitudes sean aceptadas por otras AC. También puede aumentar la influencia de una AC para adquirir recursos y apoyo de su gobierno local.

Finalmente, las ideologías crean fines no declarados. Las decisiones que reflejan o apoyan una ideología particular establecen la pertenencia a un grupo y pueden generar el apoyo de otros que comparten la ideología. Las ideologías pueden influir en los funcionarios individuales, pero también en una AC o en una burocracia completa.

Los fines del derecho de la competencia no solo dan forma a las decisiones de esta área, sino también a la forma en que se discuten y justifican tales decisiones. En este capítulo hemos señalado los principales fines y hemos indicado algunas de las formas en que los gobiernos los utilizan. En el siguiente capítulo, examinamos los caminos desde los fines hasta las decisiones.

Capítulo 4
Instituciones y métodos: Implementando los fines del Derecho de la Competencia

Las instituciones, procedimientos y métodos moldean los caminos desde los fines a las decisiones. Muchas cosas suceden a lo largo de este trayecto. En este capítulo, examinamos ese camino. ¿Quién toma las decisiones? ¿Cuáles son sus incentivos e influencias? ¿Qué métodos utilizan para qué propósitos? El enfoque está en las decisiones tanto formales como informales, y en las influencias que las moldean.

Una tensión está siempre presente: los fines del derecho de la competencia a menudo chocan con poderosos intereses económicos y políticos, y esta colisión ocurre en las instituciones. El derecho de la competencia limita a las empresas en su búsqueda de ganancias, y cuando lo hace, estas tratan de evitarlo o combatirlo. Este conflicto se esconde detrás de todas las decisiones de derecho de la competencia.

A. Legislaturas: roles e influencias

¡El derecho de la competencia tiene que ser creado! No surge "naturalmente". Las sociedades modernas necesitan leyes de propiedad y de contratos (¡tienen que existir algunas reglas!) por lo que estas normas surgen de manera natural a través de la costumbre y los acuerdos, y todas las sociedades las tienen. En contraste, el Estado debe crear el derecho de la competencia, legislándolo para constituirlo, o de alguna otra manera, autorizando a las instituciones domésticas a tomar medidas contra las conductas anticompetitivas. A menudo este se convierte en un ámbito aislado de legislación, que otorga a los tomadores de decisiones unas fuentes limitadas de orientación para interpretar y aplicar la ley. Como resultado, muchos no tienen más remedio que recurrir a fuentes extranjeras para orientarse.

1. Mensajes de acción: A menudo es útil analizar las reglas y principios de la legislatura como "mensajes de acción" (a diferencia de los "mensajes de fines" que

señalamos en el capítulo anterior). Esto nos dirige a dos preguntas importantes: ¿A dónde dirige la legislatura los mensajes? ¿Y por qué? Esto proporciona una estrategia para penetrar la complejidad y ver más al enfocarnos en menos.

A las instituciones domésticas:
Formalmente, una ley de competencia está dirigida a las instituciones domésticas. Les autoriza a actuar de ciertas maneras en respuesta a conductas específicas, y normalmente también proporciona sanciones por violar la ley. Puede hacer poco más que autorizar la intervención gubernamental en una categoría vagamente definida de conducta. Por ejemplo, las principales reglas de conducta de la ley antimonopolio de Estados Unidos se basan en dos disposiciones muy generales de una ley de 1890: la "Sherman Act". La Sección 1 prohíbe los acuerdos que constituyen una "restricción del comercio", y la Sección 2 prohíbe la "monopolización". Como veremos más adelante (Cap. 8), hay algunas disposiciones adicionales en una ley posterior, pero la interpretación de estas dos disposiciones extremadamente simples de la Sherman Act ha generado la mayor parte del derecho de la competencia sustantivo de Estados Unidos[4]. En contraste, la mayoría de las otras leyes de competencia son mucho más detalladas, a menudo describiendo en profundidad qué tipo de conductas están sujetas a qué sanciones.

La influencia de una ley en las decisiones de las instituciones depende de muchos factores que pronto discutiremos, entre los que se incluyen la independencia de la institución de las influencias políticas y económicas, sus recursos, y el contexto político en el que opera.

A las empresas:
Los mensajes también están dirigidos a las empresas que pueden violar la ley: "Si haces X, esto es lo que te puede pasar". Los principales destinatarios son típicamente empresas domésticas, pero en una economía globalizada los destinatarios a menudo incluyen compañías extranjeras. Por ejemplo, cuando la ley de competencia de China fue promulgada en 2007, el gobierno aparentemente la vio como un mensaje para las empresas extranjeras de que los mercados chinos estarían ahora sujetos a reglas similares a las de otros mercados principales y, por lo tanto, serían seguros para sus inversiones[5].

[4] Sherman Antitrust Act, cap. 647, estatuto 26, 209 (codificado y enmendado en 15 U.S.C. §§ 1-7).

[5] Ley Antimonopolios de la República Popular China, promulgada por el Comité Permanente del Décimo Congreso Nacional del Pueblo el 30 de agosto de 2007, y entrada en vigencia el 1 de agosto de 2008. Disponible en inglés en: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471587.htm (último acceso el 21 de julio de 2023).

A los interesados domésticos:
Los legisladores pueden utilizar las leyes de competencia para atraer el apoyo de los votantes y de poderosos intereses económicos y políticos.

A las instituciones extranjeras:
Finalmente, a veces la legislación de competencia tiene como objetivo demostrar a las instituciones internacionales y a los gobiernos extranjeros que un gobierno está comprometido con los mercados libres y el estado de derecho.

2. Características de las leyes: pistas para la dinámica del derecho de competencia:
Las leyes de competencia varían ampliamente en longitud, estructura y tono, y estas características a menudo proporcionan valiosos conocimientos sobre cómo funciona el sistema doméstico. A veces podemos aprender mucho sobre el papel de una ley simplemente conociendo qué buscar en estas características.

La longitud y el lenguaje de un cuerpo normativo suelen ser reveladores. Algunos son breves y simples, dando a las instituciones de *enforcement* una amplia discreción en su aplicación. Esto aumenta el estatus de las instituciones que ejercen esta discreción. Por ejemplo, como hemos visto, la principal ley de competencia de EE.UU. es excepcionalmente breve y general (ver Cap. 8). Esto sitúa a los tribunales federales en el centro del sistema antimonopolios, ya que tienen la autoridad para tomar decisiones finales (y vinculantes) sobre el significado del estatuto. En las jurisdicciones donde las leyes son más detalladas y específicas, las instituciones que las interpretan y aplican tienen menos discreción y generalmente menos poder.

La estructura puede proporcionar pistas similares. Algunas leyes son altamente sistemáticas, es decir, las piezas encajan perfectamente[6]. A su vez, esto produce la exigencia de que las afirmaciones y los argumentos se presenten y articulen dentro de esa estructura y lenguaje sistemáticos. Un estatuto legal menos sistemático permite una mayor gama de afirmaciones y argumentos.

3. Cumplimiento:
Los remedios que proporciona un estatuto normativo suelen ser fundamentales para su influencia en las conductas. Algunas leyes simplemente proporcionan a una AC

[6] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) de la República Federal de Alemania, modificada por el Artículo 2 de la Ley del 19 de julio de 2022, disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

la autoridad para intervenir en la toma de decisiones empresariales, mientras que otras contemplan altas multas para tipos específicos de infracciones. Conocer los recursos disponibles en situaciones específicas e identificar quién puede imponerlos (y quién lo hace en la práctica) puede ser de gran valor.

Los remedios más comunes son:

a. Invalidez contractual:
Los estatutos legales a menudo establecen que los contratos que infringen sus disposiciones son inválidos y no ejecutables. Los contratos son la base de la mayoría de las violaciones del derecho de competencia, por lo que saber que un acuerdo puede ser inejecutable probablemente reduzca su valor para los participantes. Por ejemplo, los acuerdos colusorios suelen ser menos atractivos si no pueden hacerse cumplir contra los miembros individuales del cartel.

b. Multas:
La mayoría de las leyes establecen que una AC o un tribunal pueden imponer multas por violaciones normativas en ciertas circunstancias, y usualmente especifican la cantidad de multas que pueden imponerse.

c. Intervención administrativa:
Algunos estatutos simplemente autorizan a una AC a obtener información sobre posibles violaciones y/o a negociar con los infractores para eliminar la conducta.

d. *Enforcement* privado:
Finalmente, un legislador puede permitir a los particulares solicitar una compensación de los infractores por el daño causado por la infracción a las reglas. En algunos sistemas, este remedio solo puede buscarse después de que la AC ha actuado, mientras que en otros un litigante privado puede ir a los tribunales sin una acción administrativa previa. Examinaremos esto con más detalle posteriormente.

4. Cambios legislativos:
La frecuencia y la magnitud de los cambios legislativos también pueden entregar pistas sobre la dinámica de un régimen. Algunas legislaturas juegan un papel activo en el derecho de competencia al revisar frecuentemente la legislación relevante. Esto suele llevar a una coordinación más estrecha con la agencia de *enforcement* y a menudo a una mayor influencia, pero también invita a una mayor atención de los lobbistas. Otras legislaturas rara vez cambian sus normas jurídicas y juegan un papel marginal en el sistema.

5. La legislatura como una influencia directa en el *enforcement:*
Una legislatura puede influir en el *enforcement* al influir en la AC. Estas instituciones a menudo controlan el presupuesto de una AC, y a veces los legisladores individuales utilizan este control para "desalentarla" de aplicar el derecho de competencia contra una empresa que se ha asegurado la "protección" del legislador: "Si bloqueas esa fusión, puedes esperar recortes en tu presupuesto el próximo año". Del mismo modo, el parlamento también puede estar en posición de influir en los nombramientos para una AC.

Estos factores subrayan la necesidad de examinar cuidadosamente los roles que las legislaturas desempeñan en un régimen de competencia.

B. Autoridades de competencia

Las AC tienen la responsabilidad de implementar los fines del derecho de la competencia. Juegan un papel central en todos los regímenes de competencia, principalmente porque toman la mayoría (a veces todas) de las decisiones significativas de *enforcement*. Entender la AC de un régimen a menudo es tan importante como conocer la ley formal, y a menudo mucho más importante.

1. Funciones:
Las AC desempeñan muchos roles, y existen grandes diferencias entre los regímenes en cómo ven y cómo desempeñan en la práctica sus funciones. Esto lleva a menudo a malentendidos y falsas expectativas al tratar con ellas. Un abogado familiarizado con una AC a menudo asume que las otras funcionan de la misma manera. ¡Esta puede ser una suposición peligrosa!

Cada AC tiene su propia cultura, un conjunto compartido de actitudes, prioridades y valores sobre el papel de la institución y la conducta de sus miembros. Por ejemplo, algunas AC, se centran en cuán "duros" son en el *enforcement*, mientras que otras se centran en educar a la comunidad empresarial sobre el derecho de competencia o negociar con los líderes empresariales para cambiar su comportamiento. Esto es

particularmente común en los regímenes de competencia más nuevos que cuentan con un respaldo político incierto.

a. El código operativo

Una AC añade contenido, definición y detalles a la ley formal, a veces compartiendo ese papel con los tribunales, pero a menudo jugando el rol central. Sus decisiones y pronunciamientos representan un código operativo al que los practicantes y sus clientes recurren al tomar decisiones comerciales. Las AC más grandes y mejor financiadas (como la Dirección General de Competencia de la Unión Europea) a menudo proporcionan numerosas regulaciones y directrices que orientan a las empresas y sus abogados. Normalmente también entregan información extensa y accesible sobre sus actividades pasadas. A su vez, las AC más pequeñas y nuevas son menos propensas a publicar tales directrices, y a menudo no brindan registros detallados de sus prácticas y decisiones pasadas. Esto dificulta que los *outsiders* sepan qué esperar, y aumenta el valor de los contactos "internos" para aquellos preocupados por infringir la ley.

b. Recopilación de la información del mercado

Para implementar los fines de manera efectiva, una AC idealmente recopila, organiza y analiza datos sobre las condiciones del mercado y los patrones de precios. Esto es especialmente cierto en las primeras etapas del desarrollo del derecho de la competencia, cuando una AC puede tener un conocimiento limitado de las condiciones del mercado. Por ejemplo, COMESA (el Mercado Común para África Oriental y Meridional) comenzó las operaciones de derecho de la competencia en 2015, y a menudo ha subrayado la importancia de la recopilación de datos[7]. Sin embargo, incluso en sistemas desarrollados como la UE sigue existiendo un enfoque en los esfuerzos para su cumplimiento. La necesidad de datos abundantes y precisos es particularmente prominente cuando un régimen se basa en el análisis económico para evaluar las conductas. Sin embargo, la recopilación y análisis de información sofisticada son costosos, y las AC peor financiadas a menudo no pueden permitírselo.

c. Educación a las empresas

No se puede esperar que una empresa cumpla con el derecho de la competencia

[7] COMESA, "Statistics", disponible en: https://www.comesa.int/statistics-unit/ (último acceso el 21 de julio de 2023).

a menos que los tomadores de decisiones conozcan las disposiciones y lo que ellas significan. Por esto, muchas AC se enfocan en educar a las empresas sobre el derecho de la competencia. Estos esfuerzos han sido centrales en la evolución del derecho de la competencia en Europa, y siguen siendo un foco de actividad en muchos mercados emergentes. Otros regímenes (p. ej., EE.UU.) tienden a asumir que las empresas son al menos conscientes del contenido básico del derecho de la competencia, y prestan menos atención a educarlas al respecto.

d. Cooperación y negociación

El diálogo y la negociación tienden a ser menos costosos que la persecución formal y el litigio para aumentar el cumplimiento, por lo que estas herramientas son especialmente atractivas para las AC más pequeñas y peor financiadas.

e. *Advocacy* dentro del gobierno

La promoción de la competencia dentro del propio gobierno es una tarea importante para muchas AC. Algunas tienen el derecho de comentar, retrasar o incluso bloquear decisiones de otras agencias que podrían perjudicar la competencia. En Italia, por ejemplo, los redactores de la primera ley de competencia (promulgada en 1990) incluyeron una disposición que otorga a la AC el derecho de comentar sobre medidas gubernamentales que podrían perjudicar la competencia, y requiere que las agencias que estén considerando tales acciones consulten con la AC antes de tomar ciertas medidas potencialmente dañinas[8]. Por su parte, China estableció requisitos similares en 2017[9].

f. *Enforcement*

La aplicación o *enforcement* de la ley a través de litigios y sanciones formales es el medio más costoso de promover el cumplimiento de la normativa, pero a

[8] Ley N°287/1990 del 10 de octubre de 1990 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), disponible en italiano en https://www.agcm.it/chi-siamo/normativa/legge-10-ottobre-1990-n-287-norme-per-la-tutela-della-concorrenza-e-del-mercato (último acceso el 21 de julio de 2023).

[9] Ley de la República Popular China contra la Competencia Desleal, promulgada por el Comité Permanente del Octavo Congreso Nacional del Pueblo el 2 de septiembre de 1993, cuya reforma se promulgó el 4 de noviembre de 2017 y entró en vigencia el 1 de enero de 2018, disponible en inglés en: https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn409en.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

[10] Departamento de Justicia, 'StarKist Ordered to Pay $100 Million Criminal Fine for Antitrust Violation" (11 de septiembre de 2019, disponible en: https://www.justice.gov/opa/pr/starkist-ordered-pay-100-million-criminal-fine-antitrust-violation, último acceso el 21 de julio de 2023; Comisión Europea, "Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising" (20 de marzo de 2019), disponible en: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm, último acceso el 21 de julio de 2023; Japan Fair Trade Commission, "The JFTC Issued Cease and Desist Orders and Surcharge Payment Orders to Manufacturers of Aluminum Beverage Cans and Steel Beverage Cans" (26 de septiembre de 2019), disponible en: https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/September/190926.pdf, último acceso el 21 de julio de 2023.

veces es necesario usarlos para disuadir conductas perjudiciales. Actualmente suele ser la tarea principal de las AC en EE.UU. y Europa, mientras que en las AC más nuevas tiende a desempeñar un papel menor.

El *enforcement* requiere evidencia de una posible violación. Las AC a menudo poseen y utilizan herramientas de investigación que incluyen la posibilidad de exigir la producción de datos, así como testimonios de funcionarios de la empresa. Algunas también tienen autoridad para realizar las llamadas "inspecciones sorpresa" o *dawn raids*. Imagine una situación en la que los funcionarios de la AC aparecen sin previo aviso en su oficina al comienzo del día laboral y exigen acceso a sus datos, incluyendo computadores y otros archivos. En esto consisten las temidas "inspecciones sorpresa". En algunos sistemas, un tribunal debe autorizar estas inspecciones, pero el elemento sorpresa es crítico para su éxito, por lo que las autorizaciones judiciales suelen ser rápidas y a veces de alcance limitado. Entonces, los funcionarios pueden salir de tus oficinas con tus computadores y archivos, y puede haber poco que puedas hacer para protegerte contra esto.

Los procedimientos de *enforcement* varían significativamente en cuanto a la medida en que los acusados pueden participar y cuestionar los hallazgos de la AC. Los sistemas de competencia desarrollados suelen conferir derechos de participación y defensa significativos, pero los regímenes más nuevos a menudo no lo hacen. Además, los derechos procesales de las empresas acusadas varían significativamente.

Una AC cuenta típicamente con tres principales herramientas de *enforcement*. Una es imponer una multa a una empresa que viola la ley de competencia. La autoridad para aplicar multas es a menudo la principal herramienta de una AC, y estas multas pueden llegar a ser muy altas[10]. Otra herramienta consiste en prohibir conductas específicas que se considera que infringen la normativa. Por ejemplo, esta es su herramienta principal para combatir fusiones perjudiciales (ver Cap. 7). Menos común, pero muy temida, es la facultad para imponer o recomendar sanciones penales a individuos responsables de las conductas anticompetitivas. Estas sanciones se aplican en los casos donde existe una infracción clara (predominantemente casos de acuerdos entre competidores para restringir el comercio) por lo que

la ley considera apropiadas las sanciones personales como medio para disuadir la violación consciente de sus disposiciones. Las sanciones penales eran raras fuera de EE.UU. hasta hace poco tiempo, pero han crecido significativamente en número y gravedad tanto en EE.UU. como en varios otros países. La mayoría de las AC no pueden presentar cargos penales por sí mismas, pero, si existe la posibilidad de aplicar responsabilidad criminal, la AC debe presentar los respectivos casos a los tribunales penales para su enjuiciamiento.

Las acciones de *enforcement* de una AC a menudo están sujetas a revisión por los tribunales, pero, como veremos más adelante en este capítulo, existen diferentes tipos de revisión, que son realizadas por variados tipos de tribunales.

2. Capacidades, habilidades y recursos:
El tamaño, las capacidades y los recursos son factores importantes en la determinación de cuáles de estas funciones realiza una AC y cómo las realiza.

a. Recursos
Los recursos son vitales. Si una AC tiene recursos limitados, debe confiar en estrategias de *enforcement* de bajo costo como la educación y la negociación, y probablemente no pueda realizar el tipo de análisis económico sofisticado que realiza una AC grande y bien financiada. Esto es especialmente significativo cuando una AC puede ser requerida para defender sus decisiones en tribunales, donde puede existir una oposición de abogados y economistas altamente capacitados y experimentados, contratados por contrapartes adineradas. Esto tiende a desalentar a una AC de aplicar la ley a dichas empresas.

b. Tamaño, capacidades y estructura
Las AC varían enormemente en tamaño. Algunas son grandes y emplean a cientos de profesionales, incluyendo abogados, economistas y especialistas en informática, pero la mayoría son mucho más pequeñas (algunas con solo unos pocos empleados). Esto también influye en lo que una AC puede hacer y cómo puede realizar las tareas que desea.

Las capacidades de los funcionarios de una AC son particularmente importantes en este contexto. La educación, experiencia y nivel de conocimiento de los empleados moldean lo que una AC puede hacer, pero atraer y mantener a funcionarios altamente calificados y experimentados requiere recursos económicos adecuados. Las grandes oficinas legales y económicas suelen

poder pagar mucho más por talento que una AC. Como resultado, los funcionarios de muchas AC suelen ser jóvenes e inexpertos, y a menudo cuentan con una menor capacidad tecnológica y analítica que las empresas que se oponen a ellos.

Reconocer la estructura de una AC, es decir, la distribución del poder y la autoridad dentro de la institución, es importante para predecir sus decisiones. Por ejemplo, en algunas AC el presidente (u otro alto funcionario) tiene un amplio control sobre todas las decisiones, mientras que en otras puede prohibírsele por ley o costumbre su intervención o incluso participación en muchas decisiones (por ejemplo, en Alemania, las "unidades de decisión" individuales toman decisiones sobre los casos independientemente del presidente). La estructura también puede ser un predictor particularmente importante del papel de la economía. En algunas AC (por ejemplo, la UE) los economistas se integran en la evaluación de casos desde etapas preliminares del proceso, mientras que en otras (como Japón) los economistas están menos periódicamente integrados en la toma de decisiones de casos reales. El grado de integración influye en cómo se combinan los métodos económicos y legales en la toma de decisiones.

3. Independencia institucional:
Cuando una AC puede actuar en forma relativamente independiente, es decir, tomar decisiones principalmente sobre la base de principios y métodos establecidos, es probable que sus decisiones sean relativamente predecibles. Sin embargo, a menudo las presiones e incentivos externos reducen esta independencia, por lo que examinar estos factores puede revelar mucho sobre lo que la AC puede hacer y hará.

a. Presiones políticas
Una AC suele formar parte del poder ejecutivo del gobierno, donde será vulnerable a las presiones de otros organismos gubernamentales. Por ejemplo, si el Ministerio de Comercio enfatiza el daño causado por las empresas dominantes extranjeras, puede utilizar su estatus o posición para presionar a la AC para que actúe contra dichas compañías. Así, una AC que está sujeta a la influencia de otras instituciones gubernamentales generalmente opera de manera muy diferente a una que está libre de tales presiones.

b. Incentivos económicos
Los incentivos financieros también pueden influir en las decisiones. Estos pueden tomar la forma de pagos a funcionarios por decisiones favorables, pero también

pueden ser más sutiles e indirectos. Por ejemplo, un abogado o economista particular en una AC, que espera entrar o reingresar al mundo privado, es consciente de que sus decisiones como funcionario de competencia pueden afectar sus perspectivas en la práctica privada, y él o ella puede o no estar influenciado por esta conciencia.

4. Pasiones

El compromiso personal de los funcionarios con los objetivos de la AC suele ser una influencia poderosa en las decisiones de derecho de la competencia. Por ejemplo, los éxitos de la AC alemana (*Bundeskartellamt*), especialmente durante sus primeras décadas (aproximadamente de 1960 a 1990), se deben en gran parte al compromiso de los funcionarios que a menudo compartían una ferviente convicción de que el derecho de la competencia podía ayudar a crear un nuevo tipo de sociedad en Alemania. De manera similar, los funcionarios de competencia de la Comisión Europea a menudo han estado motivados por la convicción de que el derecho de la competencia ayudaría a crear una mejor Europa. En África, el compromiso personal de funcionarios como George Lipimile en Zambia y luego en COMESA ha sido un factor importante en los éxitos de las AC allí. Sin tal compromiso, los obstáculos en el camino del derecho de la competencia son difíciles de superar.

C. Tribunales

Los tribunales desempeñan una serie de roles en los sistemas de competencia. En algunos regímenes (por ejemplo, EE.UU.) su papel es central, mientras que en otros es marginal. ¡Las suposiciones sobre lo que los tribunales son capaces o no de hacer pueden ser muy engañosas y llevar a errores costosos! Aquellos que están fuera de un sistema a menudo malinterpretan los roles de los tribunales extranjeros, hasta que es demasiado tarde.

1. Roles:

Revisión de decisiones administrativas: Los tribunales suelen tener autoridad para revisar las decisiones de la AC, pero los problemas críticos son: "¿Qué tribunales?", "¿Qué pueden revisar?" y "¿Cuándo?". En muchos regímenes, los tribunales solo pueden revisar una decisión de la AC por errores procesales o violaciones constitucionales como arbitrariedad o coacción. Sin embargo, en algunos sistemas, los tribunales también están autorizados y/u obligados a revisar las decisiones de la AC por errores en la interpretación o aplicación del derecho sustantivo. Esto permite a los tribunales dar forma al contenido del derecho de la competencia, por lo que es extremadamente importante estar

al tanto de si los órganos pueden hacer esto y en qué escenarios. Cuanto más importante es el papel de un tribunal, mayor es su exposición a presiones externas (incluida la corrupción). Muchos funcionarios (especialmente de países con mercados emergentes) se quejan de que los tribunales revisores a menudo se ven influenciados por tales presiones.

Enforcement privado:
El *enforcement* privado entrega funciones adicionales a los tribunales. Es necesario distinguir entre dos tipos de *enforcement* privado. En la versión "pura", una empresa o individuo puede acudir directamente al tribunal para solicitar un remedio por el daño causado por una conducta anticompetitiva. Así, no necesita esperar a que una agencia pública de *enforcement* tome medidas al respecto. Esta versión ha sido central en el régimen de EE.UU. casi desde su inicio (ver Cap. 7), pero en otros lugares se ha establecido de manera mucho más reciente, si es que lo ha hecho, y generalmente juega un papel más limitado.

Más común es la versión secuencial o "*piggyback*", en la que el litigio privado sigue a la acción administrativa, ya sea porque esto es legalmente exigido o porque es necesario en la práctica. Algunos regímenes requieren que una AC actúe primero antes de que se permita a un demandante privado presentar una demanda. Esto refleja una renuencia a sobrecargar a los tribunales con las investigaciones y detección requeridas en los casos de derecho de la competencia. Sin embargo, incluso cuando tales acciones están autorizadas, los obstáculos para la adquisición de evidencia las suelen hacer infrecuentes (como en Japón). Los sistemas procesales generalmente no permiten a un demandante exigir información de un demandado u otros, excepto tal vez cuando pueden demostrar a un juez que información específica es *directamente relevante para un elemento de la infracción reclamada*. Como resultado, un demandante debe esperar a que una AC adquiera datos más extensos que luego puede utilizar para llevar adelante un litigio.

2. Tipos de tribunales y sus estructuras:
Es importante tener claro qué puede y qué no puede hacer un tribunal, y cuáles son sus obligaciones y herramientas.

Tribunales administrativos: Los tribunales administrativos normalmente pueden revisar las decisiones de la AC solo por

cuestiones procesales o, a veces, garantías constitucionales. Así, rara vez tienen potestades de revisión de las decisiones de una AC en términos sustantivos.

Tribunales generalistas: A veces pueden revisar las decisiones de la AC en términos sustantivos, pero los jueces que se ocupan de muchas clases diferentes de casos no suelen sentirse cómodos con las exigencias del derecho de la competencia, basadas en hechos complejos y el análisis económico. Como resultado, a menudo son reacios a tratar cuestiones sustantivas, prefiriendo resolver los casos por materias procedimentales. Algunos regímenes han creado "cámaras" especializadas dentro de los tribunales para revisar los casos de derecho de competencia.

Cortes y tribunales especializados: Algunos de ellos canalizan las apelaciones administrativas hacia tribunales especializados. Estas instituciones pueden estar integradas en el sistema judicial y ser dirigidas por jueces regulares, o pueden estar fuera de él, en cuyo caso los jueces suelen componerse también por políticos y representantes de empresas y sindicatos. En todos los casos, puede ser especialmente valioso saber quiénes son los jueces y cómo son elegidos.

3. Capacidades e incentivos:
Las estructuras de los tribunales también pueden proporcionar valiosas ideas sobre el funcionamiento del derecho de la competencia. En algunos sistemas (principalmente de *"common law")*, los jueces suelen ser nombrados al final de sus carreras y normalmente no esperan una "promoción" a un tribunal superior. Esto les permite tomar decisiones con una limitada preocupación por el avance personal. Sin embargo, en la mayoría de los sistemas, un juez se convierte en parte de una jerarquía después de su formación universitaria, y permanece en esa jerarquía durante toda su carrera. Su salario y estatus dependen de su posición en ella, por lo que es probable que dude en tomar decisiones que no estén en línea con las decisiones de los jueces que influirán en su carrera. Además, la complejidad y la incertidumbre de del derecho de la competencia plantean riesgos significativos de error y razonamientos poco claros, y la importancia económica de muchos casos puede hacerlos políticamente sensibles. Estos pueden ser poderosos incentivos para que los tribunales resuelvan asuntos de derecho de la competencia por razones procedimentales en lugar de sustantivas.

D. Cómo deciden: los métodos

Los métodos (formales o informales; reconocidos o implícitos) moldean las decisiones. Identificar los métodos utilizados proporciona una valiosa herramienta para interpretar decisiones pasadas, predecir decisiones futuras e influir en los responsables de tomarlas. Nos permite ver los problemas de la misma manera que el responsable de la decisión, lo que hace más probable que podamos predecir lo que podría hacer o incluso influir en ella. Los tribunales y las AC normalmente utilizan tanto métodos legales como económicos, pero los combinan de manera diferente. Así, los jueces tienden a confiar en los métodos legales tradicionales, mientras que muchas AC confían más en los métodos económicos (especialmente cuando los economistas ocupan puestos de liderazgo).

Los métodos legales tradicionales se centran en el lenguaje para tomar decisiones. Estos se enfocan en textos escritos como leyes, opiniones de casos y regulaciones. Estos textos describen restricciones, y el responsable de la decisión las toma situando la conducta en cuestión dentro de las categorías descritas en el texto, o creando otras que considera autorizadas por este.

En contraste, los métodos económicos se centran en los números. Identifican patrones y relaciones causales dentro de los conjuntos de datos disponibles. En muchos regímenes, la pregunta central es si la conducta tuvo o es probable que tenga tipos particulares de efectos económicos, como si un acuerdo fue responsable de un aumento de precios o si se puede esperar que una fusión reduzca la competencia en un mercado, y la economía es la herramienta potencialmente más valiosa para realizar esto.

En la práctica, los dos métodos están entrelazados. La formación, la posición profesional y los incentivos del responsable de la decisión determinan qué factores son más influyentes en un contexto específico. Cuanto mayor sea el papel y el estatus de los economistas en el proceso de toma de decisiones, es probable que sea mayor la influencia de los métodos económicos, y lo mismo ocurre con respecto a los funcionarios formados en derecho.

1. Interpretación de las normas:
El cómo se interpreta un estatuto depende del tipo de razonamiento utilizado en el sistema legal correspondiente. Los jueces y abogados están entrenados en métodos particulares de interpretación. Algunos

métodos (por ejemplo, en Alemania y Japón) están finamente perfeccionados, son sistemáticos y se estudian seriamente.

Comprender los principios básicos de estos métodos en un sistema legal particular puede ayudar a un externo a evaluar decisiones y a comunicarse de manera más efectiva con aquellos entrenados en esos métodos. Incluso unas pocas horas de lectura o discusión de los métodos con un experto en el régimen pueden ser muy valiosas. Sin embargo, en otros sistemas, los métodos están menos desarrollados, lo que dificulta la interpretación y la predicción de las decisiones. Cuando las decisiones de una AC están sujetas a revisión judicial sustantiva, esta tiene fuertes incentivos para adherirse estrechamente a los métodos interpretativos de los tribunales. De lo contrario, puede que no lo haga.

2. Utilización de casos anteriores:
Las instituciones utilizan casos anteriores para conferir autoridad a sus decisiones y para aumentar la coherencia en los resultados producidos. Los tribunales deben prestar mucha atención a los temas de autoridad. Por ejemplo, ¿qué tribunales han establecido qué principios legales y con qué justificaciones? ¿Debería (o en algunos sistemas debe) el tribunal seguir el análisis legal en otros casos? Estos órganos son parte de una estructura judicial basada en la asignación de autoridad entre las instituciones, y los jueces a menudo son evaluados por cómo usan tal autoridad. Esto requiere que comparen cuidadosamente las nuevas situaciones fácticas con las decisiones anteriores. En algunos sistemas (principalmente jurisdicciones de *"common law"*) la decisión de un tribunal puede ser legalmente "vinculante" para los tribunales posteriores, por lo que la exigencia es de carácter formal. En otros sistemas, la autoridad es menos formal, es decir, las decisiones anteriores de un tribunal relevante sirven simplemente para guiar las posteriores.

Los tribunales también utilizan los casos con el fin pragmático de aumentar la consistencia de las decisiones. Normalmente quieren ser vistos como justos, y un elemento en la percepción de la justicia es si una institución es coherente en la forma en que trata patrones de hechos similares. Aquí, el razonamiento legal de casos anteriores tiende a ser menos importante que alinear los hechos de los nuevos casos con los de los existentes. Las AC a menudo están legalmente obligadas a seguir el lenguaje normativo tal como se interpreta en litigios previos, pero también tienen incentivos para prestar cuidadosa atención a la comparación de hechos para ser coherentes en sus decisiones. Se podría esperar que todas las AC sigan sus propias decisiones previas recientes, por lo que estas constituyen guías especialmente útiles para

predecir sus decisiones (excepto, quizás, cuando ocurre un cambio político mayor).

Especialmente en sistemas más nuevos, los tomadores de decisiones pueden buscar autoridad o guía al referirse a las decisiones de otras jurisdicciones que se consideran de alto estatus, como las de EE.UU. y Europa.

3. El uso de la economía:
La ciencia económica se utiliza de varias formas. Una es identificar las probables consecuencias económicas de la conducta en cuestión. Una segunda consiste en guiar la aplicación de los principios legales, al identificar si y hasta qué punto son consistentes con el razonamiento económico. En algunos regímenes de derecho de la competencia, esta orientación es altamente influyente, mientras que en otros su papel es marginal. Un tercer uso va más allá. Permite que la economía proporcione las normas del derecho de la competencia en sí mismo, es decir, permite que la economía determine si la conducta infringe la ley. En el derecho de la competencia de EE.UU., por ejemplo, si una conducta es "anticompetitiva" según el análisis económico, generalmente se considera una infracción. Si no, es poco probable que se considere de tal forma.

Esto depende mucho del grado de sofisticación económica de los tomadores de decisiones. En algunos regímenes (por ejemplo, EE.UU. y la UE) las autoridades de competencia se apoyan en economistas de nivel de doctorado, que a menudo utilizan herramientas altamente técnicas para analizar las afirmaciones sobre los hechos. Sin embargo, los economistas son caros, y la mayoría de los regímenes utilizan funcionarios menos capacitados y realizan formas más básicas de análisis económico. Una pista para evaluar el papel otorgado a la economía en las AC consiste en revisar la formación educativa de sus principales figuras. Por ejemplo, un mayor número de economistas con doctorado sugiere que la economía jugará un papel clave en la toma de decisiones.

En general, los jueces confían en sus habilidades y experiencia legales para decidir casos, pero en el derecho de la competencia ellos podrían tener en cuenta el razonamiento y las conclusiones económicas. Cómo hará esto un tribunal en particular puede ser difícil de predecir. Los jueces raramente tienen un conocimiento extenso de economía, por lo que deben confiar en presentaciones simplificadas de los resultados del análisis económico expuestas por "expertos económicos". Estas presentaciones se convierten en

evidencia y se evalúan de acuerdo con las prácticas judiciales estándar. Los abogados desempeñan un papel clave en hacer que los resultados del análisis económico sean comprensibles y convincentes para los jueces y otros profesionales del derecho.

E. Coerción y presiones

A veces, los gobiernos extranjeros y las instituciones internacionales ejercen presión sobre un gobierno para promulgar una ley de competencia con características particulares, o sobre una AC para implementar la normativa de formas específicas. Entre mayores sean estas influencias, menor será el impacto de los fines declarados y los métodos identificables sobre las decisiones

A veces, estas influencias son directas y obvias. Por ejemplo, durante la década de 1990, el Banco Mundial exigió a muchos países en desarrollo que promulgaran leyes de competencia para recibir préstamos de suma necesidad. Sin embargo, la presión también puede ser menos directa. Un gobierno extranjero puede, por ejemplo, proporcionar apoyo financiero, experiencia, asistencia en el *enforcement* y oportunidades educativas a una AC (o a sus líderes) para inducirlo a seguir políticas o prácticas específicas. Estados Unidos, la Unión Europea, Japón y otros han utilizado estas estrategias.

En algunos regímenes de derecho de la competencia, estos incentivos invitan a la corrupción, por lo que a menudo es valioso estar consciente de esta posibilidad. El potencial de corrupción es particularmente alto en el derecho de la competencia, porque

sus objetivos suelen ser grandes empresas con recursos extensos. El riesgo tiende a ser más agudo donde las AC están mal financiadas, las reglas y principios son poco claros, o la AC tiene independencia limitada. Sin embargo, incluso en regímenes de competencia estables y altamente desarrollados, el deseo de ganancia personal puede influir en los tomadores de decisiones y subvertir los fines declarados del derecho de la competencia.

En este capítulo hemos visto cómo las instituciones y los métodos dan forma al camino de los fines a las decisiones. A continuación, nos enfocaremos en los objetivos del derecho de la competencia.

Parte dos

Los objetivos del Derecho de la Competencia

La primera parte examinó los elementos básicos del derecho de la competencia. Esta sección los pone "en acción". Identifica las conductas que las leyes de la competencia buscan disuadir y las formas en las que persiguen sus objetivos. Todos los regímenes persiguen los mismos tipos básicos de conductas, pero cada uno identifica las conductas perjudiciales por sí mismos, y persigue los objetivos a su manera. Hacemos las mismas preguntas básicas para cada tipo de conducta. ¿Por qué es un objetivo? ¿Qué herramientas (por ejemplo, penas y procedimientos) se utilizan para disuadirla? ¿Y qué factores influyen en la utilización de las herramientas?

Identificación del daño: ¿Por qué se considera perjudicial? Respuesta básica: Porque interfiere con los fines del derecho de la competencia. El Capítulo 3 revisó estos fines. Aquí vemos cómo se utilizan para identificar objetivos específicos.

Especificación del objetivo: Normalmente, una ley proporciona una descripción general de la conducta objetiva, y los tribunales y/o la autoridad de competencia (AC) especifican más los objetivos en las regulaciones, directrices y opiniones judiciales. Cuanto más general sea la legislación, mayor será la cantidad de discrecionalidad que tienen para hacerlo. Ciertas industrias y grupos a menudo están exentos de la aplicación del derecho de la competencia, generalmente porque están sujetos a leyes separadas que regulan su conducta. La banca, los seguros, las telecomunicaciones y los deportes están entre las exenciones sectoriales más comunes. Otras exenciones se basan en características únicas de las circunstancias o la historia de un país. Por ejemplo, el derecho de la competencia de Sudáfrica proporciona ciertas exenciones para las empresas de propiedad de grupos sociales "históricamente desfavorecidos", es decir, víctimas de las políticas de *apartheid* del país.

Persecución de los objetivos: Cómo y hasta qué punto se persigue un objetivo depende principalmente de los procedimientos, normas, recursos e incentivos de la institución. Al decidir si perseguir una conducta, una AC generalmente medirá sus beneficios percibidos para la sociedad versus sus costos de persecución, considerando también la probabilidad de que la persecución disuada la conducta objetivo. El beneficio para la sociedad se puede medir por el daño que causa la conducta, por lo que una AC generalmente evitará utilizar sus recursos para perseguir conductas que causen un daño limitado o incierto, o cuyo costo de persecución sea alto en relación con el daño.

La AC considerará tanto los costos directos como los indirectos. Los costos directos son los recursos utilizados para perseguir el objetivo, como los salarios de los empleados. También considerará si alcanzar el objetivo puede generar sus propios perjuicios a la competencia, por ejemplo, al disuadir conductas potencialmente beneficiosas como la innovación. Estos costos son más difíciles de evaluar, pero a menudo son significativos. Otros factores, como las prioridades generales de política económica (o incluso objetivos personales), también pueden influir en las decisiones de persecución.

Patrones globales: Cada objetivo tiene un perfil global, es decir, patrones que nos ayudan a saber qué esperar y cómo evaluar lo que encontramos. Por ejemplo, las leyes de competencia en países de mercados emergentes tienden a enfrentar al menos algunas preocupaciones similares, por lo que a menudo tienen patrones identificables en su elección de objetivos y en sus decisiones sobre su persecución. Reconocer estos patrones puede aumentar en gran medida nuestra comprensión de los problemas y respuestas compartidas, lo que hace que la información sobre un régimen sea útil para comprender y predecir otros sistemas que comparten el mismo patrón.

Capítulo 5
Acuerdos anticompetitivos

Las empresas realizan acuerdos con una variedad de propósitos. La mayoría contribuye a la eficiencia y el valor de los mercados, pero algunos tienen el efecto contrario, cuando reducen o distorsionan la competencia en lugar de facilitarla y respaldarla. Cuando esto ocurre, estos acuerdos pueden convertirse en objetivos del derecho de la competencia.

El derecho de la competencia se centra en dos tipos de acuerdos anticompetitivos. Uno incluye acuerdos entre competidores, conocidos como "horizontales", porque las partes operan en el mismo mercado y, por lo tanto, en el mismo nivel. Prácticamente todas las leyes de competencia los tienen como objetivo y los persiguen, y existe un amplio consenso en que generalmente perjudican la competencia. El otro tipo incluye los acuerdos "verticales": aquellos entre empresas que no compiten entre sí, sino que desempeñan diferentes funciones en la introducción de un producto o servicio específico en el mercado. También pueden perjudicar la competencia, pero sus efectos son mucho más difíciles de evaluar, y las leyes de competencia difieren mucho en su valoración. Veremos por qué. Estas categorías se están volviendo algo borrosas debido a los problemas relacionados con los grandes volúmenes de datos que se abordan en el Capítulo 12, pero aún se utilizan rutinariamente para la mayoría de los propósitos.

El término "acuerdo" puede resultar confuso, por lo que debemos aclarar dos puntos. En primer lugar, la forma del acuerdo generalmente es irrelevante. Un acuerdo oral informal puede tener las mismas consecuencias legales que uno escrito. En algunas leyes de competencia, especialmente en el pasado y en regímenes de mercados emergentes, se aplicaba solo a acuerdos que tenían una forma específica, pero los requisitos de forma a menudo se pueden eludir y se han eliminado en la mayoría de los sistemas. En segundo lugar, el concepto de "acuerdo" es mucho más amplio de lo que muchos creen. Si las empresas actúan intencionalmente juntas

(práctica concertada) para lograr un resultado en el mercado, eso suele ser suficiente para considerarlo un acuerdo a efectos del derecho de la competencia, aunque algunos sistemas de competencia exigen una evidencia más tangible del acuerdo. Las leyes de competencia se preocupan por la coordinación intencional de la conducta en el mercado, independientemente de cómo se logre. Como veremos, esto puede ser un tema complicado.

Comenzaremos analizando el tratamiento de los acuerdos horizontales.

A. Acuerdos entre competidores (Acuerdos horizontales o carteles)

En marzo de 2019, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC) determinó que tres cadenas de supermercados, Cencosud, SMU y Walmart, infringieron el Artículo 3 del Decreto Ley N° 211 al celebrar un acuerdo anticompetitivo relacionado con la venta de carne de pollo fresca. Específicamente, identificó que estas tres cadenas se habían coludido para mantener un precio mínimo de venta de la carne de pollo igual o superior a su precio mayorista más el impuesto al valor agregado. El Tribunal determinó que las tres cadenas tenían un poder significativo en el mercado para lograr este aumento de precio. También se concluyó que el objetivo de la colusión era regular el mercado y evitar una guerra de precios. Se presentaron pruebas de que las cadenas tenían un mecanismo de reportes que permitía a los miembros del grupo verificar las ventas de otros miembros y sancionar a los proveedores que violaran el acuerdo. Con base en estos hallazgos, el TDLC impuso multas

significativas a cada una de las tres empresas involucradas[11].

¿Qué hay de malo en un simple acuerdo entre competidores que busca evitar una guerra de precios que podría perjudicar a los productores, sus empleados y posiblemente a la economía de una ciudad o región? Esta pregunta se ha formulado con frecuencia en el pasado en relación con el derecho de la competencia, pero rara vez se plantea en la actualidad. Veremos por qué. Los acuerdos entre competidores son extremadamente comunes, ya que pueden aumentar los precios en el mercado y, por lo tanto, incrementar las ganancias de los participantes. ¿Por qué el tribunal examina de cerca el poder de mercado combinado de los participantes? ¿Las partes tienen que acordar por escrito dicho acuerdo? ¿Tienen que estar de acuerdo entre ellas en algún sentido formal? ¿Y si solo se envían mensajes entre sí sobre sus planes de producción, tal vez indicando una disposición a cooperar de alguna manera? ¿Eso constituye un acuerdo a efectos del derecho de la competencia y, por lo tanto, expone a las empresas a grandes multas y a los responsables a posibles penas de prisión? Las partes de dicho "acuerdo" tratarán de mantenerlo en secreto. Entonces ¿cómo lo descubre una autoridad de competencia? ¿Es suficiente evidencia que demuestre que las partes supervisaban las ventas y los precios que cobraban entre sí para probar un "acuerdo"? ¿Puede el gobierno incentivar a los participantes a denunciar dicho acuerdo? Y en tal caso, ¿cómo?

Los acuerdos entre competidores (a veces llamados "acuerdos de carteles") suelen ser un objetivo central del derecho de la competencia. Cuando las empresas en el mismo mercado coordinan sus actividades en lugar de competir, reducen o eliminan la competencia entre ellas. Si su participación combinada en el mercado es lo suficientemente grande, también pueden reducir o incluso eliminar la competencia en todo el mercado. Sin embargo, las leyes de competencia difieren en la forma en que identifican el daño, en la importancia que le otorgan y en las herramientas que utilizan para combatirlo.

1. Usos de los acuerdos horizontales: Los competidores acuerdan eliminar elementos de competencia entre ellos por una razón básica: lograr mayores ganancias. Por ejemplo, si todas o la mayoría de las empresas en un mercado acuerdan no competir entre sí en cuanto al precio de un producto, p.ej. un televisor, cada una reduce o elimina el riesgo de que otras bajen sus precios para vender más de estos productos. Entonces, cada una está en posición de vender sus televisores a un precio más alto de lo que sería posible de otra manera. Algunos acuerdos entre competidores pueden eventualmente beneficiar tanto a la

[11] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia N°167/2019 del 28 de febrero de 2019, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud, SMU, y Walmart.

competencia como a las partes involucradas, por ejemplo, cuando el acuerdo ayuda a fomentar la innovación, pero el objetivo final de las partes es obtener mayores ganancias.

Sin embargo, el efecto de esta estrategia depende de *cuánta porción del mercado esté cubierto por el acuerdo*. Si la participación combinada de las partes en el mercado es solo del 1%, el acuerdo no logrará su objetivo de elevar el precio, ya que las empresas que no son parte del acuerdo seguirán compitiendo en precios y los compradores tenderán a comprar a empresas que ofrecen precios más bajos. En este escenario, las empresas participantes no tienen suficiente "poder de mercado" para influir en el precio del mercado.

Cuando el acuerdo abarca una porción suficientemente grande del mercado como para influir en el precio, las partes pueden aumentar sus precios por encima del nivel competitivo, reducir su producción en apoyo del precio más alto y, de esta manera, aumentar sus ganancias. Así, las partes venden menos y ganan más; los consumidores compran menos y pagan más. Los miembros del cartel incurren en costos al organizar y controlar dicho acuerdo, pero las posibles ganancias a menudo superan esos costos, lo que hace que tales acuerdos sean muy comunes.

Los competidores también pueden lograr este objetivo al eliminar otras formas de competencia. Por ejemplo, pueden dividir territorios entre ellos (división geográfica del mercado) para que cada participante suministre su propia área y no tenga que preocuparse por la competencia de los demás. También pueden acordar quién venderá a tipos específicos de clientes o para usos particulares del producto (división de mercado por clientes). Como estrategia adicional, pueden acordar utilizar su influencia combinada para reducir suministros u oportunidades de venta a empresas que no son parte del acuerdo (boicot de grupo). Estos acuerdos pueden tener el mismo efecto que un acuerdo de precios, es decir, permitir a las empresas aumentar los precios o reducir los costos.

2. Identificación del daño:
Cada una de las perspectivas utilizadas para identificar el daño (ver Cap. 3) reconoce el potencial perjuicio de tales acuerdos:

Efectos económicos: aumentan los precios por encima de un nivel competitivo y, por lo tanto, socavan la eficiencia de un mercado y reducen el bienestar del consumidor.

Efectos políticos y sociales: transfieren riqueza de los consumidores a los productores, lo que los hace injustos para los consumidores,

y potencialmente contribuye a la desigualdad de ingresos y a las perturbaciones sociales.

Libertad económica: limitan la libertad de los miembros del mercado para competir.

Impactos en el desarrollo: también pueden inhibir el desarrollo económico al reducir los incentivos para que las empresas domésticas desarrollen nuevos productos.

3. El objetivo de los carteles: ley sustantiva

Las leyes de competencia suelen contener un lenguaje general que prohíbe o sanciona los acuerdos que "restringen el comercio" o "reducen la competencia". Sin embargo, estas disposiciones amplias deben tener un contenido más específico, ya que todos los contratos pueden "restringir el comercio" en cierto sentido. Por lo tanto, las leyes suelen incluir algún procedimiento para dirigirse solo a aquellos acuerdos que causan suficiente daño como para justificar su prohibición. Esto implica un proceso de "ponderación", en el que se compara la cantidad de daño causado por el acuerdo con los posibles beneficios que pueda tener para la competencia o para la sociedad en general. El derecho de competencia de Estados Unidos ha utilizado durante mucho tiempo el concepto de "regla de la razón" para realizar esta función de ponderación. En general, requiere que el daño a la competencia se sopese con los efectos procompetitivos del acuerdo. El término (a menudo sin traducción) se utiliza con frecuencia en otros sistemas para referirse a cuestiones de ponderación (aunque usualmente se utiliza de formas que solo vagamente se parecen a su uso en Estados Unidos). El derecho de competencia de la Unión Europea equilibra estos factores proporcionando exenciones para los acuerdos que cumplen ciertas condiciones. Esto limita significativamente el alcance de la prohibición general de tales acuerdos.

Cuando el único objetivo de un acuerdo de carteles consiste en beneficiar a sus participantes, rara vez es necesario hacer una ponderación. Esto se conoce como un cartel "desnudo" o "duro". Un ejemplo central es el "acuerdo de fijación de precios", es decir, acuerdos entre competidores para cobrar básicamente el mismo precio por un producto o servicio específico. A veces, las empresas argumentan que estos acuerdos estabilizan los precios y, por lo tanto, están justificados por la estabilidad económica y política que se cree que resulta de ello. Este argumento ocasionalmente ha tenido éxito, especialmente en períodos de estrés económico y en países que enfrentan una inestabilidad significativa, pero esto es poco común. La etiqueta de "acuerdo desnudo" a menudo también incluye la división de

mercados y los boicots grupales en los que los competidores acuerdan tomar medidas concertadas para eliminar o disciplinar a los competidores que no son parte del acuerdo.

La ponderación se vuelve más relevante cuando un acuerdo también puede proporcionar beneficios de carácter público. Por ejemplo, un acuerdo entre competidores para participar en un proyecto conjunto de investigación y desarrollo para crear un nuevo medicamento contra el cáncer limita la competencia entre los participantes, pero también este pretende producir un nuevo elemento de competencia y, por lo tanto, proporcionar beneficios que superen sus perjuicios. Estos proyectos suelen ser muy costosos y difíciles de organizar, y la colaboración entre competidores puede ser necesaria para obtener estos beneficios públicos.

Exenciones: La mayoría de las leyes de competencia eximen ciertos tipos de carteles. Es común, por ejemplo, eximir los denominados acuerdos *"de minimis"*, en los que las cuotas de mercado de los participantes y/o el valor del acuerdo es tan pequeño que es muy poco probable que perjudique a la competencia. Algunos sistemas también utilizan exenciones de carteles para promover oportunidades competitivas de las pequeñas y medianas empresas, argumentando que permitir que estas compañías cooperen puede permitirles prosperar y quizás competir con empresas más grandes (especialmente extranjeras) y en los mercados mundiales.

4. Detección de acuerdos de carteles

Una AC solo puede combatir los acuerdos horizontales si tiene conocimiento de ellos, pero a menudo estos son difíciles de detectar. En primer lugar, usualmente se basan en comunicaciones informales e indirectas. Los gerentes pueden simplemente intercambiar información sobre sus proyecciones de producción durante discusiones informales. Esto puede no parecer un acuerdo, pero, como se mencionó anteriormente, en el derecho de la competencia lo importante es si las partes han coordinado intencionalmente su conducta en el mercado, y un intercambio de información puede constituir esa coordinación. En segundo lugar, es probable que las partes oculten dicho acuerdo tanto como sea posible, sabiendo que puede ser ilegal en una o más jurisdicciones relevantes. En tercer lugar, es poco probable que aquellos que compiten con los miembros del cartel revelen su existencia. Si el acuerdo logra aumentar el precio de un bien en el mercado, los no miembros se benefician del aumento de precio al menos tanto como los propios miembros. Por último, los consumidores

perjudicados por un cartel pueden notar aumentos de precios y sospechar de una colusión, pero es poco probable que tengan tanto suficiente información para identificarlo como suficientes incentivos y recursos para emprender acciones legales contra él.

Hay dos herramientas principales que se utilizan para detectar los carteles. Una de ellas consiste en buscarlos activamente. La AC puede revisar estadísticas del mercado, como el comportamiento de precios, o puede solicitar información a los participantes de la industria o a otras AC extranjeras. Esto puede revelar patrones que indiquen actividad de carteles, como variaciones de precios simultáneas, pero los acuerdos de carteles son muy comunes y buscarlos solo puede revelar un pequeño porcentaje de ellos. Además, el proceso es costoso y a menudo ineficiente en cuanto al uso de los recursos de una autoridad de competencia.

Un enfoque más productivo y eficiente consiste en un programa de clemencia o delación compensada[12]. Estos programas crean incentivos para que los participantes de un cartel revelen la existencia del mismo. Básicamente, el gobierno les dice: "Si nos informas sobre tu cartel, te eximiremos de la mayoría o de todas las sanciones potenciales por participar en él". Esto permite que un miembro del cartel evite o limite las sanciones que enfrentan los demás miembros. Estos programas surgieron en el derecho de competencia de Estados Unidos en la década de 1990, y desde entonces se han convertido en un elemento clave para combatir los carteles en todos los principales regímenes de competencia. Para muchas AC, representan el único medio efectivo para detectar carteles y obtener las pruebas necesarias para perseguirlos.

Los programas de delación compensada son ampliamente utilizados, y sus detalles varían significativamente: *(1) Elegibilidad*: algunos ofrecen clemencia solo al primer informante de un cartel, mientras que otros ofrecen clemencia parcial a otros que entreguen información; *(2) La información requerida* de los solicitantes de clemencia difiere en cantidad y tipo; y *(3) Valor de la información para el enforcement:* es probable que la exención esté disponible solo cuando la información tenga suficiente valor para el *enforcement* como para justificarla. Esto puede significar, por ejemplo, que la información debe permitir a una autoridad de competencia identificar el cartel y sus miembros, o que debe conducir a pruebas suficientes para respaldar sanciones contra

[12] Nota del traductor: Esta es la forma en que se conoce a los programas de clemencia en Chile.

sus miembros. Dado que la mayoría de los principales regímenes de competencia tienen programas de clemencia, un participante de un cartel a menudo debe adoptar una perspectiva global al decidir cuándo, dónde y cómo solicitarla, y esta evaluación puede ser muy complicada. Estos programas también pueden interactuar de forma compleja con el *enforcement* privado. Los abogados de empresas con conexiones u operaciones transnacionales deben estar al tanto de las solicitudes en todo el mundo que puedan afectar a sus clientes, ya que las presentaciones de clemencia pueden abrir oportunidades para presentar acciones privadas o requerir medidas defensivas para protegerse contra tales acciones.

5. Persecución de carteles: Beneficios y costos

Cuando una autoridad de competencia identifica un cartel, generalmente evalúa la magnitud del daño que el acuerdo ha causado, los costos de probar el daño y utilizar herramientas específicas para perseguirlo, y el probable efecto disuasorio del uso de dichas herramientas.

Medición del daño: Medir el daño a menudo es una tarea imprecisa, especialmente cuando se evalúa en relación con fines sociales o políticos. ¿Cómo se puede medir el impacto del acuerdo en la igualdad social o la libertad económica? El tomador de decisiones a menudo debe hacer estimaciones aproximadas. Medir el daño *económico* puede proporcionar mayor precisión, pero incluso aquí muchos factores pueden dificultar la evaluación. Depende mucho de los recursos de la autoridad de competencia y de la formación de sus funcionarios. En general, cuanto más cuidado se utiliza y más precisión se busca en el análisis, los costos son mayores. Una AC con mayores recursos puede recopilar más información factual y realizar un análisis económico más sofisticado que una autoridad de competencia más pequeña o con menos recursos. Como resultado, puede medir el daño con mayor precisión. Los recursos son especialmente importantes cuando se espera que el análisis económico riguroso desempeñe un papel clave en la evaluación.

Prueba del acuerdo: Probar la existencia de un acuerdo puede ser un desafío. Recordemos que aquí el problema radica en si las partes coordinan intencionalmente su conducta en el mercado, no en si llegan a un acuerdo formal. A veces, una AC puede tener escasas dudas de que las partes coordinaron sus actividades, pero poca prueba de que realmente lo hicieron. Un programa de clemencia puede proporcionar pruebas suficientes, pero si no lo hace, la AC puede tener que depender de pruebas

circunstanciales, como variaciones de precios, para inferir el acuerdo. Sin embargo, a menudo los tribunales consideran que este tipo de pruebas no son suficientes.

Los obstáculos aumentan aún más cuando los materiales probatorios potencialmente relevantes se encuentran fuera de la jurisdicción persecutora. Esta es una de las razones por las que las partes a menudo configuran acuerdos de carteles en países donde hay poco o ningún *enforcement* de ellos. En particular, a menudo buscan evitar la aplicación del derecho de la competencia de Estados Unidos reuniéndose en otros países, porque la ley estadounidense impone sanciones criminales (incluyendo penas de cárcel) a las personas consideradas responsables del cartel, y relativamente pocos otros países hacen esto.

Herramientas y costos: Una AC generalmente cuenta con las mismas herramientas disponibles tanto para acuerdos horizontales como verticales, pero los beneficios y costos de usarlas a menudo difieren significativamente.

- **Prohibición y multas:** Las leyes generalmente prohíben los acuerdos anticompetitivos y autorizan sanciones por violar la prohibición. En la mayoría de los sistemas, las multas son las herramientas más utilizadas. Los acuerdos de carteles suelen ser sancionados con las multas más grandes, porque el daño a menudo es evidente y se espera que sus miembros sepan que dichos acuerdos son ilegales.

- **Nulidad contractual:** El hallazgo de que un acuerdo es anticompetitivo generalmente lo hace inválido y no exigible. Esto puede ser en sí mismo un importante elemento disuasorio para la formación de carteles.

- **Sanciones penales:** Algunos sistemas también prevén sanciones criminales, incluidas penas de cárcel, contra las personas responsables de tales acuerdos, nuevamente bajo el argumento de que violaron conscientemente la ley. Se consideran un elemento disuasorio importante en el derecho de competencia de Estados Unidos, pero se usan con menos frecuencia en otros lugares. En general, las sanciones penales solo se imponen a acuerdos horizontales considerados "desnudos", es decir, sin otra función que beneficiar a los participantes.

Posibles efectos disuasorios: La amplia conciencia del daño que pueden causar los acuerdos de carteles incentiva a las AC a utilizar toda la gama de herramientas de *enforcement* contra ellos. Sin embargo, a pesar

de sus esfuerzos, la expectativa de ganancias potenciales para los participantes hace que los carteles sean comunes. Entre mayores sean los esfuerzos de *enforcement*, mayor será el incentivo para que los participantes los oculten.

6. Dimensiones globales

La percepción general de que los carteles son perjudiciales alinea los intereses de los *enforcers* de carteles en todo el mundo, pero la intensidad de la persecución varía. En sistemas que se centran principalmente en el daño económico, los carteles tienden a ser el foco del *enforcement*, en gran parte porque el daño es evidente y porque la economía puede evaluarlo con un alto grado de confianza. Cuando el enfoque se centra en otros tipos de daño, el *enforcement* de carteles puede ser menos central. En jurisdicciones de mercados emergentes, por ejemplo, los *enforcers* deben considerar los intereses de los productores domésticos y, en consecuencia, pueden prestar menos atención a los carteles y más atención a las conductas unilaterales y las fusiones. Esta preocupación también lleva a exenciones oficiales y no oficiales para muchos tipos de acuerdos horizontales, especialmente entre empresas domésticas pequeñas y medianas.

B. Acuerdos entre no competidores (Acuerdos verticales)

En agosto de 2013, el Tribunal Popular Superior de Shanghai determinó que un acuerdo implementado por la Compañía de Equipos Médicos Johnson & Johnson (Shanghai) y la Compañía de Equipos Médicos Johnson & Johnson (China), conjuntamente "Johnson & Johnson", eliminó y restringió la competencia, haciendo que tal acuerdo fuera de carácter monopólico, infringiendo el Artículo 14 de la Ley Antimonopolios de China (AML). Específicamente, el acuerdo impedía a uno de los distribuidores de equipos médicos de Johnson & Johnson, conocido formalmente como Beijing Ruibang Yonghe Equipment Technology and Trading Company e informalmente como "Rainbow", vender productos fuera de un territorio designado, así como comercializar productos a un precio inferior al establecido por Johnson & Johnson. Esta conducta consiste en la "fijación de precios de reventa" o "fijación de precios vertical". El lenguaje de la AML parecía indicar que tales acuerdos eran "ilegales per se", pero el tribunal señaló que el acuerdo no debería considerarse ilegal sin analizar sus efectos. Así, procedió a considerar los efectos del acuerdo en la competencia y concluyó que Johnson & Johnson tenía el poder de mercado para controlar los precios, y que los efectos anticompetitivos del

acuerdo superaban los procompetitivos, por lo que el acuerdo era ilegal [13].

Una empresa productora multinacional con sede en Estados Unidos quiere distribuir sus productos en China y elige hacerlo estableciendo empresas subsidiarias allí. Ella solo quiere controlar dónde los distribuidores venden los productos y los precios a los que lo hacen. Este es un acuerdo muy común tanto dentro de los países como en todo el mundo. ¿Qué puede ser perjudicial en eso? Como veremos, algunos regímenes de competencia suelen observar un perjuicio en tales acuerdos, mientras que otros sistemas rara vez identifican tal daño. ¿Por qué la diferencia? ¿El análisis del tribunal sobre el poder de mercado tiene algo que ver con ello? ¿Depende de lo que esté buscando la ley? Si la pregunta jurídica central es si el acuerdo restringe la libertad del distribuidor para competir, la respuesta es claramente "sí". Ese es su objetivo declarado. Pero si el problema es si el acuerdo aumenta el precio del producto al consumidor, la respuesta no es tan simple. Así, se hace necesario analizar los efectos del acuerdo sobre los consumidores, y esa evaluación probablemente se centrará en el poder de mercado de la empresa controladora. ¿Cree usted que el derecho de la competencia de un país grande y rico, cuyas empresas a menudo controlan compañías en otros países, estará probablemente más o menos preocupado por este tipo de acuerdos que un país más pequeño que depende de la inversión extranjera? ¿Por qué?

Los acuerdos entre empresas que solo están relacionadas entre sí verticalmente (por ejemplo, a través de acuerdos de distribución o comercialización) también pueden dañar la competencia. Sin embargo, las leyes divergen considerablemente en la forma en que identifican, evalúan y tratan dichos acuerdos. Algunas los combaten activamente, mientras que otras les prestan poca atención. Estas diferencias son una fuente importante de incertidumbre y costos para las empresas que operan internacionalmente, y a menudo conducen a malentendidos, errores y conflictos.

Un acuerdo vertical limita la libertad para competir de una o más de las partes, pero, a diferencia de los acuerdos horizontales, las partes que lo suscriben no son competidoras, sino que realizan diferentes funciones en la cadena de suministro de un producto o servicio específico, desde el productor hasta el consumidor. El acuerdo sí limita la libertad de una o más de las partes para competir, por lo que puede limitar la competencia *intramarca*, es decir, la competencia entre participantes

[13] Tribunal Popular Superior de Shanghai, Beijing Ruibang Yonghe Science and Technology Trade Company ("Rainbow") con Johnson & Johnson Medical (Shanghai) Ltd., y Johnson & Johnson Medical (China) Ltd., sentencia del 1 de Agosto de 2013, cuyo resumen en inglés está disponible en: https://www.chinalawinsight.com/2013/08/articles/compliance/chinese-court-rendered-final-judgment-on-rainbow-v-johnson-johnson-the-first-antitrust-private-action-of-vertical-monopolistic-agreement/ (último acceso el 21 de julio de 2023).

que se relacionan con la misma marca. Sin embargo, no necesariamente influye en la competencia entre marcas, es decir, la competencia *intermarca*, que es la competencia que puede aumentar o disminuir los precios para los consumidores. Como resultado, si el derecho de competencia solo se preocupa por el efecto de un acuerdo en los consumidores, las restricciones impuestas a la parte controlada podrían ser irrelevantes. Veremos qué significan estos conceptos y por qué la diferencia entre la competencia intermarca e intramarca es tan importante.

1. Usos y contextos de los acuerdos verticales

En un acuerdo vertical clásico, un productor acuerda vender sus productos a un distribuidor, y especifica las obligaciones de este último en cuanto su reventa. Por ejemplo, el pacto puede obligar al distribuidor a vender el producto solo a un precio designado por el productor (lo que se conoce como "fijación del precio de reventa"), únicamente en un área geográfica específica o solo a ciertos tipos de clientes. Esto puede limitar la competencia entre los distribuidores del producto. A su vez, el distribuidor también puede estar obligado a brindar servicios específicos (por ejemplo, servicios de reparación) a los compradores del producto.

El acuerdo otorga al productor un cierto grado de control sobre cómo se distribuirán y venderán sus productos, sin tener que realizar estas funciones él mismo. Así, puede beneficiarse del ahorro de costos debido a la integración de las funciones económicas, sin poseer las unidades que distribuyen el producto. *Esto integra las funciones a través de un contrato en lugar de mediante la propiedad*. A cambio, el distribuidor adquiere el derecho de vender los productos y, a menudo, de recibir otras formas de apoyo por parte del fabricante. De esta forma, el acuerdo entrega valor a ambas partes.

Los acuerdos verticales son especialmente comunes cuando existen obstáculos para la integración por propiedad. Por ejemplo, cuando existe un acceso limitado al capital, las empresas usualmente no tienen los recursos para desempeñar múltiples funciones, por lo que es posible que no estén en condiciones de adquirir financiamiento para integrarse a través de la propiedad. La integración por contrato ofrece un medio alternativo para integrar estas funciones y mejorar la rentabilidad, y quizás fomentar el desarrollo económico.

Los obstáculos para la integración mediante la propiedad fueron comunes en casi todas partes hasta el surgimiento de la mega-empresa moderna, fenómeno que comenzó

en Europa, Estados Unidos y Japón a finales del siglo XIX. Sin embargo, debido a un mayor acceso al capital, la mejora en las tecnologías de comunicación y transporte, y los cambios en los entornos legales y políticos, estos obstáculos se han reducido en algunos países, haciendo que los acuerdos verticales parezcan relativamente benignos. Esto, a su vez, ha desviado la atención del derecho de la competencia de estos acuerdos en algunos regímenes (por ejemplo, en Estados Unidos). Sin embargo, usualmente persisten importantes preocupaciones sobre los daños causados por estos acuerdos en los mercados emergentes y las economías más pequeñas. En estos países, a menudo las restricciones a la libertad competitiva de las empresas más pequeñas se perciben como una forma de conceder una influencia excesiva a los productores y grandes distribuidores. Esta materia suele ser políticamente sensible, especialmente cuando implica influencias extranjeras y/o divisiones de clase.

La globalización añade complejidad al panorama, al hacer más probable que las partes de un acuerdo vertical *se encuentren en diferentes países.* Por ejemplo, una empresa en el país A puede suministrar partes componentes, una compañía en el país B puede producir los bienes, otra en el país C puede organizar la distribución, y distintas empresas en el país D pueden vender los productos a los consumidores. Esta es una cadena de suministro (o de valor) global, las que se han convertido en un elemento importante del panorama económico mundial, aunque plantean nuevos desafíos para el derecho de la competencia. Por ejemplo: si un productor en el país B utiliza un acuerdo vertical para controlar la conducta de un distribuidor en la nación C, el pacto puede infringir la ley de competencia de C, pero no las leyes de competencia de los países B o D. Esto puede crear incertidumbre, confusión y un desperdicio de esfuerzos. Los gobiernos en los mercados emergentes a veces son muy sensibles a los problemas que este escenario crea, pero aún no ha surgido un marco legal transfronterizo para tratarlos.

Este escenario destaca un tema central en el derecho relativo a los acuerdos verticales: el potencial de conflicto entre grandes y pequeñas empresas, entre productores y distribuidores, y entre las leyes de competencia de diferentes países. Los productores suelen querer controlar la distribución y venta de sus productos, mientras que aquellos que son controlados suelen desear mantenerse lo más libremente posible de estos controles. A menudo se utiliza el derecho de la competencia para tratar estos conflictos, pero existe un limitado acuerdo sobre si y cómo se puede

hacer esto.

2. Identificación del daño

Identificar el daño en los acuerdos verticales es complicado, incierto y a menudo controvertido. Algunos ven el perjuicio como algo altamente improbable, mientras que otros lo consideran una amenaza significativa para los mercados e incluso para la sociedad en su conjunto. Reconocer los métodos utilizados es la clave para entender estas visiones contrastantes.

Efectos económicos: Los efectos económicos a menudo son difíciles de discernir, porque dependen de numerosos factores, tales como la cantidad de competencia cubierta por el acuerdo, la estructura de los mercados involucrados y la posición económica relativa de los participantes en esos mercados. Por ejemplo, si un acuerdo de distribución entre un productor que tiene una posición dominante en su mercado y cada uno de sus distribuidores requiere que los productos se vendan a un precio específico, el acuerdo puede eliminar la competencia de precios en algunos sectores. Sin embargo, si el productor no tiene una posición dominante, la cláusula puede tener poco o nulo efecto. Así, se necesita un análisis económico para determinar su impacto. Esta complejidad e incertidumbre lleva a los regímenes que utilizan el análisis económico a ser cautelosos a la hora de identificar el daño. La categorización de una conducta particular como una infracción a menudo tiene poco sentido, ya que la misma puede causar efectos perjudiciales en un contexto, pero no en otro. Por otra parte, los efectos sobre la innovación y el desarrollo económico son igualmente o más inciertos.

Libertad económica: Si el fin buscado es la libertad económica, una restricción vertical puede ser perjudicial, porque necesariamente limita la libertad para competir de una o más de las partes. Sin embargo, aplicar este análisis enfrenta muchos obstáculos, pues no hay una forma clara de decidir cuándo una restricción "ha ido demasiado lejos" al reducir la libertad económica y si puede ser justificada.

Daños socio-políticos: Los acuerdos verticales implican un control. Típicamente, una compañía productora más grande controla a distribuidores y minoristas más pequeños. Las empresas más pequeñas pueden estar de acuerdo con el arreglo, pero las disparidades de poder generan sospechas de que puede ser injusto para los distribuidores y minoristas más pequeños y económicamente más débiles. Las preocupaciones sobre el poder aumentan cuando el actor controlador se encuentra en un país de altos ingresos, pero la empresa controlada está ubicada en un mercado emergente. Esto a menudo lleva a los funcionarios en economías emergentes a

enfocarse particularmente en estos acuerdos. Veremos este problema de nuevo en el siguiente capítulo, centrado en empresas poderosas que actúan unilateralmente.

3. Especificando el objetivo

Muchas leyes no distinguen entre acuerdos horizontales y verticales, y utilizan los mismos términos generales para referirse a ambos. Esto puede llevar a confusiones. Por ejemplo, los temas pertinentes a los acuerdos horizontales pueden aplicarse errónea o engañosamente a los acuerdos verticales. A menudo es valioso reconocer cuándo esta mezcla está presente en una discusión u opinión judicial.

Sin embargo, existen muchas otras leyes que especifican tipos particulares de restricciones verticales como infracciones. Entre estas destacan las disposiciones de fijación de precios de reventa, acuerdos de ventas atadas (vincular la compra de un producto a la compra de otro), exigencias de que un distribuidor solamente contrate con un proveedor (negociación exclusiva) y restricciones sobre los minoristas o distribuidores relativas al territorio o los clientes. Esta tipificación tiene la ventaja de proporcionar una guía más clara a las empresas, y permite a los tribunales y a las AC utilizar métodos legales estándar para aplicar la ley. Las normas de este tipo son particularmente comunes en los mercados emergentes, donde las autoridades de competencia generalmente no pueden asumir el costo de aplicar un análisis extenso, y donde muchos ven ventajas en entregar certezas a las empresas extranjeras sobre lo que deben evitar. Sin embargo, como acabamos de señalar, también se podrían prohibir acuerdos que no tienen un efecto anticompetitivo. Como resultado, las AC y algunos tribunales miran más allá de la aparentemente clara prohibición legal y toman en cuenta los efectos del acuerdo (ver ejemplo anterior). Por lo tanto, una prohibición legal puede no ser tratada realmente como tal, por lo que resulta importante mirar más allá de las declaraciones formales en esta área.

4. Detección y prueba

Los acuerdos verticales son extremadamente comunes, y muchos de ellos pasan desapercibidos. La mayoría son de menor importancia y atraen una atención limitada por parte del *enforcement*. Cuando un acuerdo infringe una disposición legal específica, una AC puede estar obligada en algunos sistemas a perseguirlo, pero en caso negativo evaluará su daño potencial en relación con el costo de la persecución y la probabilidad de disuasión.

5. La decisión de perseguir: herramientas y costos

Las herramientas de *enforcement* utilizadas

para perseguir los acuerdos verticales son básicamente las mismas que se usan para los acuerdos horizontales. Las multas son comunes, aunque las sanciones penales prácticamente nunca se usan en tales casos, en gran medida porque las partes pueden no tener conocimiento de la ilegalidad del acuerdo. Cuando el *enforcement* privado está disponible, los casos de restricciones verticales suelen ser prominentes. Estos acuerdos tienden a crear relaciones de dependencia, por lo que si un productor finaliza dicho acuerdo, el resultado puede ser devastador para el distribuidor, quien a menudo demandará al productor por el daño causado por la terminación del contrato. Los asuntos de competencia suelen estar en el centro de estas controversias.

Cuando las normas sobre restricciones verticales son claras y se aplican, pueden tener un efecto disuasorio significativo. Sin embargo, cuando se utiliza un análisis basado en los efectos, tanto los esfuerzos de *enforcement* público como privado pueden verse afectados por la incertidumbre y los costos que tendrá.

6. Patrones y dinámicas globales

Un agudo conflicto da forma al panorama global en relación con las restricciones verticales. Un grupo de jurisdicciones confía al menos en cierta medida en reglas específicas que designan restricciones particulares como ilegales, y las AC y los tribunales interpretan y aplican estas leyes utilizando formas tradicionales de análisis jurídico. Este enfoque basado en la forma es relativamente barato, y por lo tanto particularmente atractivo cuando los recursos de una AC son limitados. Asimismo, apela a aquellos que valoran la certeza jurídica y los que apoyan un *enforcement* extenso del derecho de la competencia.

Un segundo grupo se basa en el análisis económico para determinar si los acuerdos perjudican o no la competencia. Los regímenes de este grupo enfatizan los riesgos de sobreaplicación como consecuencia del análisis basado en la forma, y conceden menos importancia a la necesidad de previsibilidad. El derecho de competencia de Estados Unidos se basa en esta visión, y sus representantes a menudo promueven su aceptación por parte de otros sistemas. Cada enfoque refleja una combinación de factores históricos, consideraciones de política económica y presiones políticas. Cada uno también proporciona beneficios y desventajas para grupos particulares, así como para países específicos. Las diferencias se desarrollan en un contexto de disparidades de poder y riqueza entre los países de “altos ingresos”, que tienden

a favorecer un análisis más basado en la economía, y aquellos con menos recursos, que dependen más del lenguaje legal específico. Reconocer esta interacción de fuerzas es muy valioso para negociar en el panorama global.

Capítulo 6

Conductas unilaterales de empresas dominantes: Monopolización y abuso de posición dominante

La Comisión Europea concluyó en 2017 que Google había infringido el Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y el Artículo 54 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE) al haber mostrado su propio servicio de comparación de precios de manera más favorable que los servicios competidores en sus páginas de resultados de búsqueda generales. La autoridad determinó que Google ocupaba una posición dominante según el Art. 102, y que abusó de ella en trece mercados nacionales al dirigir el tráfico online hacia su propio servicio de comparación de precios, desviándolo de los servicios competidores [14]*. Sin embargo, no se realizó un análisis económico extenso de los efectos de la conducta en los consumidores.*

En contraste, la Corte de Apelaciones para el Décimo Circuito de Estados Unidos sí efectuó un análisis económico, concluyendo que Microsoft, el principal proveedor de sistemas operativos de computadores compatibles con Intel, no incurrió en una conducta anticompetitiva según la Sección 2 de la Sherman Act cuando retiró el acceso de los proveedores de softwares independientes a sus "namespace extensions", después de ofrecer inicialmente compartir el acceso [15]*. El tribunal basó su conclusión en gran medida en el hecho de que no se había presentado ninguna evidencia para demostrar que Microsoft estaba dispuesto a sacrificar beneficios a corto plazo o dañar irracionalmente la competencia.*

En ambos casos, la interrogante consiste en si una sola empresa actuando unilateralmente infringió la norma de competencia respectiva. La decisión de la UE se basó en el concepto de abuso de poder, pues la Comisión Europea sostuvo que Google utilizó su poder para distorsionar e interferir la competencia en su propio beneficio. En el caso de EE.UU., el tribunal se centró en la racionalidad económica de la conducta de Microsoft y concluyó que esta no era irracional y, por lo tanto, no representaba una infracción de la norma estadounidense que

[14] Comisión Europea, decisión de fecha 27 de junio de 2016, Asunto AT.39740, Google Search (Shopping), disponible en inglés en: https://competition-cases.ec.europa.eu/cases/AT.39740 (último acceso el 21 de julio de 2023).

[15] Corte de Apelaciones para el Décimo Circuito de Estados Unidos, decisión de fecha 23 de septiembre de 2013, Novell, Inc. v. Microsoft Corp., 731 F.3d 1064, disponible en inglés en: https://casetext.com/case/novell-inc-v-microsoft-corp-2 (último acceso el 21 de julio de 2023).

sanciona la "monopolización". Las diferentes perspectivas juegan roles importantes en el sistema global del derecho de la competencia. ¿Por qué hay tales diferencias significativas entre las leyes de competencia? ¿Historia? ¿Política? ¿Ideología? ¿Características de la economía nacional, particularmente en relación con los mercados globales? ¿O es todo lo anterior? Generalmente se considera que la conducta de una sola empresa es especialmente difícil de analizar en el derecho de la competencia. Veremos por qué.

Los ejemplos anteriores resaltan las conductas de una sola empresa actuando unilateralmente, es decir, por sí mismas. Si la compañía tiene suficiente influencia o "poder" en un mercado, puede excluir a los rivales o limitar su capacidad para competir y, de este modo, perjudicar significativamente la competencia. Aquí, el daño no resulta de un acuerdo específico (como en el Capítulo 5), sino de las acciones de una única empresa. La mayoría de las leyes de competencia se refieren a este tipo de conductas, pero existen diferencias importantes en el tratamiento práctico, y casi todos los sistemas se esfuerzan por responder eficazmente a ellas.

Este ámbito del derecho de la competencia suele ser controversial y políticamente sensible. Por lo general, involucra a grandes empresas, muchas de las cuales también tienen influencia política. Su poder (ya sea imaginario o real) a menudo causa temor, resentimiento y envidia, y esto alimenta los esfuerzos por usar el derecho de la competencia para combatir sus amenazas. Esta área simboliza y cristaliza el conflicto entre el interés público y el poder económico privado, y toca importantes cuestiones sociales y políticas como la desigualdad, la libertad política y la democracia.

La globalización añade una dimensión adicional a la tensión. Las empresas dominantes suelen estar basadas en países de altos ingresos (a menudo de EE.UU. o Europa), pero usualmente el daño se inflige a empresas y consumidores en países más pobres y débiles. A medida que los recursos financieros se han concentrado cada vez más y las grandes empresas han expandido su influencia en los mercados geográficos y digitales, los gobiernos en países más pobres han buscado formas de limitar los potenciales daños.

A. El poder como punto de partida

El análisis de las conductas unilaterales parte de la premisa de que la influencia de una empresa dominante en un mercado hace que ciertos tipos de acciones sean perjudiciales, aunque la misma conducta realizada por parte de una empresa sin tal poder puede ser inocua. Por ejemplo, si una compañía con el 1% de la participación de mercado vende por debajo de su costo de producción, la reducción del precio probablemente no sea un problema del derecho de la competencia, pues no puede influir en el resto del mercado. Por otro lado, si una empresa con un 85% de participación de mercado se comporta de la misma manera, esta conducta puede expulsar a los competidores de la industria o disuadir a otras empresas de entrar en ella.

Cuando una empresa tiene una participación de mercado suficientemente grande para influir por sí misma en su funcionamiento, se considera que es "dominante" [16] y/o se dice que tiene "poder dominante" o "poder monopólico". Este poder es el que le permite actuar de formas que una empresa sujeta a la competencia no podría actuar (al menos no sin perder dinero). Esencialmente, este poder *se relaciona con un mercado específico*, por lo que las leyes de competencia deben identificar o "definir" el mercado relevante para evaluar el poder.

[16] Nota del traductor: Este concepto es más utilizado en la doctrina y jurisprudencia en castellano.

B. Definición del mercado

La definición del mercado relevante es la base para evaluar el poder de una empresa. Es central en el análisis de la conducta unilateral, por lo que a menudo es un campo de batalla en el que los demandantes buscan definiciones estrechas y los demandados buscan lo contrario. Cuanto más amplio sea definido el mercado, menor será la influencia de la cuota de mercado individual de cada empresa. Por ejemplo, un productor de zapatos de vestir para hombres puede tener una participación de mercado lo suficientemente grande como para ser dominante en el mercado de zapatos de vestir para hombres, pero si el mercado se define para incluir todos los zapatos, su cuota de mercado puede ser demasiado pequeña para tener influencia.

El objetivo de la definición del mercado relevante consiste en identificar las empresas que están compitiendo entre sí. Así, un mercado puede definirse geográficamente, por ejemplo, ¿dos tiendas a quince kilómetros[17] de distancia están compitiendo por los mismos clientes? Si es así, se consideran parte del mismo mercado geográfico. También puede definirse en relación con un producto o servicio, ¿el producto A está compitiendo con el producto B por los mismos clientes? Si es así, son parte del mismo mercado relevante de producto. En algunos casos, la relación competitiva puede basarse en el uso de un producto: ¿están compitiendo las empresas para ser utilizadas con un propósito particular?

No existe una fórmula fija para definir un mercado relevante, pero la idea básica es que las empresas están compitiendo entre sí cuando la conducta en la industria de una influye en lo que pueden hacer sus competidores. Las leyes de competencia utilizan distintos indicadores para evaluar la dimensión del mercado relevante. Un criterio se pregunta qué sucede con la demanda del producto A si cambia el precio del producto B. Si el precio de B varía y no existe un cambio en la demanda del producto A, las dos empresas probablemente no están compitiendo, porque los posibles compradores del producto B no se están cambiando al producto A. Si, por otro lado, la demanda del producto A aumenta cuando el precio de B aumenta, indica que los consumidores están respondiendo al aumento del precio de B cambiándose al producto A, por lo que están en el mismo mercado. No es tan sencillo, pero para nuestros propósitos, esto es suficiente.

Se utilizan tres métodos básicos para medir esta sensibilidad. Uno consiste en la realización

[17] Nota del traductor: conversión aproximada al original "ten miles apart".

de encuestas de mercado que preguntan a los consumidores, por ejemplo, "¿cambiaría del producto A al producto B si A aumentara de precio en un determinado porcentaje?" Un segundo método implica el análisis de patrones pasados en situaciones similares para predecir lo que puede ocurrir en el futuro. El tercero consiste en utilizar modelos económicos para identificar los incentivos probables de los consumidores. Cada método implica diferentes costos, y esto puede influir en las decisiones que las instituciones toman al utilizarlos. Cada uno de ellos es imperfecto, por lo que dos o más pueden usarse juntos en la definición del mercado relevante. Cuando la conducta ya ha ocurrido, estos datos suelen considerarse razonablemente fiables. Por su parte, cuando la interrogante es el efecto futuro de la conducta, como en el análisis de fusiones (Cap. 7), la información se considera menos confiable, porque los mercados evolucionan (a menudo rápidamente) y las respuestas pasadas se vuelven menos útiles para predecir las futuras.

La definición del mercado es notoriamente frustrante. Muchos abogados, administradores y jueces se quejan de que es incierta y a menudo parece arbitraria. Los métodos utilizados son necesariamente imprecisos, porque muchos factores pueden influir en el comportamiento del consumidor, y porque es difícil predecir cómo un determinado tomador de decisiones definirá un mercado. Los profesionales experimentados a menudo estudian los factores que una AC o tribunal en particular ha considerado importantes en el pasado reciente como base para predecir lo que hará en el futuro.

C. Dominancia y poder monopólico

El porcentaje de participación de mercado es generalmente utilizado como el principal indicador de poder. Esto generalmente se refiere al porcentaje que las ventas de un proveedor representan del total en el mercado. Las leyes varían en torno a cuánto porcentaje de participación de mercado constituye dominancia en distintos contextos. Algunos regímenes (por ejemplo, Sudáfrica) especifican el porcentaje del mercado que se considera que constituye dominancia. Otros evalúan el porcentaje del mercado necesario de manera más flexible. Algunos pueden requerir el 60%; otros lo identifican en niveles mucho más bajos. Depende mucho de la estructura del mercado, es decir, de cómo están distribuidos los porcentajes del mercado de otros participantes. Por ejemplo, en un mercado altamente concentrado en el que tres empresas tienen un 30% del mercado cada una, la competencia entre las tres puede ser intensa, y ninguna compañía tiene poder sobre el precio. En contraste, el 30% de participación puede ser suficiente para controlar un mercado en el que ninguna otra empresa tiene más del 2%. Algunas AC entregan directrices que explican cómo evalúan la dominancia. Así, hay algunas que requieren la consideración de las obligaciones sociales y los costos de la empresa al evaluar la dominancia (como India).

D. El estándar de conducta más común: exclusión

El hecho de tener poder de mercado rara vez se observa como una infracción al derecho de la competencia, pues también se requiere alguna forma de conducta. Como sabemos, los fines de un régimen moldean sus estándares de conducta. Cuando el foco está puesto en fines económicos, el enfoque usualmente está en si la conducta es "exclusoria". A su vez, cuando se consideran fines políticos y sociales, a menudo se consideran cuestiones como la libertad económica y los efectos sobre la igualdad de ingresos.

Las conductas exclusorias tienen lugar cuando una empresa dominante excluye a un competidor de un mercado o impide su capacidad para competir efectivamente. Esto puede ocurrir, por ejemplo, al usar su poder para interferir con los acuerdos de suministro de un rival y, por lo tanto, aumentar sus costos y reducir su capacidad para competir. El análisis económico se utiliza para evaluar si la conducta ha llevado a un aumento de precio sobre un nivel competitivo, o ha tenido otro impacto similar en la competencia del mercado. Los tipos de conductas exclusorias incluyen: precios predatorios, boicots unilaterales, negativa a tratar, ventas atadas o empaquetamientos, y otros.

El ejemplo de los precios predatorios ilustra algunos de los temas involucrados. Si una empresa dominante reduce sus precios por debajo de su costo de producción para expulsar a los competidores del mercado, reducir su incentivo o capacidad para competir, o disuadir a posibles nuevos participantes de ingresar al mercado, puede reducir la competencia. Esta conducta se denomina precios predatorios, e infringe la mayoría de las leyes de competencia. La suposición subyacente es que una empresa dominante tiene una posición de mercado lo suficientemente fuerte como para asumir pérdidas a corto plazo con el fin de obtener ganancias anticompetitivas a largo plazo, por lo que esta conducta puede ser racional desde el punto de vista de la empresa y efectiva como estrategia competitiva. Una empresa más débil no puede usar eficazmente la estrategia, porque si reduce los precios por debajo del costo, ¡simplemente perderá dinero! Los sistemas difieren en la medida de costo que se utiliza para evaluar la "predación" (por ejemplo, algunos utilizan el costo variable promedio, mientras que otros usan el costo total promedio). Asimismo, en algunos sistemas se utilizan conceptos adicionales en el análisis. Por ejemplo, generalmente los tribunales de EE.UU. han aceptado la idea de que también debe existir una expectativa racional de que la empresa dominante pueda recuperar sus pérdidas.

Una cuestión central en el tratamiento de las conductas unilaterales desde cualquier perspectiva es que la acción potencialmente anticompetitiva está enmarcada e intercalada con otros elementos del esquema general de negocios de una empresa. Esto hace más difícil aislar con certeza la conducta nociva y, especialmente, evaluar el daño resultante de ella. Además, una acción permitida por el derecho de competencia cuando una empresa no tiene poder de mercado puede convertirse en una infracción si esta obtiene una posición dominante, por lo que es posible que no haya un comienzo o final claro de la conducta perjudicial. Microsoft, por ejemplo, comenzó regalando su software. Mientras no tenían poder dominante, esto no era un problema de competencia, pero se convirtió en una posible infracción cuando la empresa adquirió poder monopólico.

E. Misma conducta, diferentes nombres

En Estados Unidos y algunos otros países, se utiliza el término "monopolización" para describir las conductas perjudiciales de una empresa dominante, mientras que en Europa y otros lugares se suele denominar como "abuso de una posición dominante". A veces esto causa confusiones e incertidumbre, pero hay que tener en cuenta que ambos conceptos se refieren a la misma categoría de conducta: conductas anticompetitivas por parte de una sola empresa.

Monopolización: La Sección 2 de la Sherman Act de EE.UU. prohíbe la "monopolización". (Ver Cap.8). La idea básica consiste en que una única empresa con poder dominante "monopoliza" cuando excluye o perjudica a los competidores o potenciales competidores con el fin de adquirir el control de un mercado o aumentar su control sobre este. Sin embargo, más de un siglo de decisiones judiciales interpretando el término han producido escasa claridad adicional. Esta puede ser una razón por la cual pocos sistemas adicionales han optado por usar este concepto.

Abuso de posición dominante: La mayoría de las jurisdicciones utilizan este estándar para evaluar las conductas unilaterales. Es más claro que la "monopolización", en el sentido de que especifica: (1) que solo se aplica a las empresas dominantes, y (2) únicamente a la conducta que constituye "abuso de dominancia". En las jurisdicciones en las que se utiliza, los tribunales y las AC a menudo han podido lograr al menos cierto grado de claridad sobre cómo usarlo.

F. Un estándar de conducta menos común: explotación de los consumidores

Un segundo tipo de abuso implica la "explotación" de los consumidores. Aunque muchas jurisdicciones lo incluyen, algunas (incluyendo EE.UU.) no lo hacen. Este concepto hace referencia a las conductas en que la dominancia de una empresa le permite extraer más de los consumidores de lo que permitiría un nivel de competencia, generalmente al elevar su precio por encima de uno competitivo. En estos casos, se usa su dominancia para "explotar" a los consumidores. El concepto se utilizó por primera vez en la ley de competencia alemana a principios del siglo XX, pero actualmente está muy extendido en Europa, América Latina y otros lugares.

El concepto de abuso explotativo a menudo se ve como políticamente atractivo. La perspectiva de usar el derecho de competencia para reducir los precios otorga a menudo apoyo político, particularmente en los países en que la inflación es una preocupación mayor. El concepto también aborda directamente la amenaza del poder de las empresas dominantes, y simboliza agudamente el conflicto entre las empresas poderosas y las sometidas a ese poder.

Sin embargo, muchos funcionarios de competencia se encuentran con dos obstáculos principales que hacen que sea menos atractiva su aplicación. En primer lugar, exige probar que el precio supera un nivel competitivo, pero determinar cuál es o sería el precio competitivo es necesariamente especulativo y, por lo tanto, difícil de determinar. En segundo lugar, no hay una forma clara y consistente de decidir cuánto más alto debe ser el precio de una empresa para constituir un abuso: ¿2%? ¿5%? Han existido muchos esfuerzos para identificar tales principios, pero pocos (si acaso alguno) han sido ampliamente convincentes. Como resultado, esta forma de abuso es usualmente criticada, especialmente en EE.UU., y acusándosela de ser inherentemente discrecional y un eufemismo para la regulación de precios. En los sistemas donde las AC o tribunales aplican estándares legales rigurosos, rara vez se aplica esta forma de abuso, porque es muy difícil de probar, aunque a veces las AC lo utilizan como una forma de amenaza para inducir a las grandes empresas (por ejemplo, dueños de estaciones de servicio en Europa) a reducir sus precios. Esto se ha convertido en un gran problema en los debates sobre derecho de la competencia y Big Data (ver Cap.12).

G. La persecución de las conductas unilaterales

Las incertidumbres en esta área hacen que las decisiones de perseguir conductas unilaterales sean arriesgadas y a veces muy costosas. Como resultado, el *enforcement* público es normalmente limitado, y el *enforcement* privado es también extraño. Las multas suelen ser las únicas herramientas disponibles, pero la determinación de la magnitud de tales multas tiende a ser muy incierta. No se utilizan sanciones criminales porque sujetar a una empresa a un estándar incierto sería injusto (y en algunos sistemas inconstitucional). Cuando un tribunal de revisión requiere una prueba adecuada de daño antes de aprobar la decisión de una AC, los esfuerzos de la agencia son particularmente vulnerables a la revocación. Este riesgo es menor donde la revisión es menos estricta. Por otro lado, también deben considerarse cuestiones políticas. La falta de una base clara para una decisión expone a la AC a la crítica de que decidió en base a factores como la corrupción o la influencia política. El hecho de que tales casos a menudo involucren grandes empresas, bien conocidas y con influencia política, aumenta esta preocupación e invita a la interferencia del poder ejecutivo.

También es difícil estimar el potencial de disuasión. Las empresas que dominan un mercado suelen ser grandes y muchas de ellas también son bastante conocidas (por ejemplo, Google). Una AC que toma medidas contra una de estas compañías puede estar segura de obtener publicidad. Esto puede disuadir a otras empresas de considerar la realización de conductas similares, pero también puede atraer atención indeseada hacia la AC y someterla a ataques. Así, la evaluación de la AC es difícil.

H. Dependencia económica y poder relativo de mercado

Las empresas que no detentan una posición dominante en un mercado pueden, no obstante, tener poder sobre sus proveedores o distribuidores. Esto ha llevado a algunas legislaciones a crear un conjunto distinto de principios para tratar el daño derivado del abuso del poder relativo de mercado. En este caso, el daño no resulta de los efectos de la conducta en un mercado, sino de sus efectos en uno o más actores económicamente dependientes de una compañía poderosa. La idea básica es que una empresa puede ser capaz de imponer condiciones a las compañías dependientes que impiden su capacidad para competir y, por lo tanto, se reduce la competencia. De la misma forma, esta conducta a menudo ha sido vista como simplemente injusta. Usualmente, estas leyes proporcionan a las empresas dependientes (generalmente proveedores de la empresa dominante) una base legal para reclamar indemnización por tales daños a la empresa que los causa. La idea fue discutida por primera vez en el contexto del desarrollo del derecho de competencia alemán, y se ha extendido a algunos otros países, principalmente en América Latina y Asia Oriental (por ejemplo, Japón)[18]. Sin embargo, no es parte del derecho de la competencia de EE.UU.

[18] Véase la Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) de Alemania, cap. 2 § 20, Ley del 27 de julio de 1957, modificada en 1965, 1973, 1976, 1980, 1989, 1998, 2005, 2013, 2017, 2021 y 2023, disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023); y la Ley de Prohibición de Monopolización Privada y Mantenimiento del Comercio Justo de Japón (originalmente promulgada por la Ley N°54 del 14 de abril de 1947), disponible en inglés en https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/21041301.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

I. Patrones y dinámicas globales

Desde una perspectiva global, el tratamiento de la conducta de las empresas dominantes se divide en varias corrientes. Una es más formal que práctica: la división entre los Estados que utilizan el concepto de "monopolización" y los que usan el de "abuso de posición dominante". Como se mencionó anteriormente, esto puede hacer poca diferencia en los resultados prácticos, pero es importante reconocer que los dos conceptos se refieren al mismo tipo de conducta, y que el lenguaje y lógica utilizadas a menudo difieren significativamente.

Una segunda división es mucho más significativa. En los sistemas que dependen principal o exclusivamente del análisis económico de los efectos de la conducta, el *enforcement* tiende a ser limitado por la dificultad de probar tales efectos, y por la incertidumbre y el costo de llevarlo adelante. Sin embargo, donde también se consideran fines políticos y sociales, el *enforcement* a veces tiene lugar sin un sustento jurídico firme o predecible.

Finalmente, los intereses de los Estados en este ámbito del derecho de la competencia divergen significativamente. Por un lado, los países exportadores de capital que albergan empresas poderosas a menudo prestan poca atención a las conductas unilaterales. Por otro lado, los países importadores de capital (muchos de los cuales son económicamente menos robustos) pueden tener incentivos más fuertes para perseguir tales conductas. En muchos países, el apoyo político al derecho de la competencia se centra en las conductas de las empresas poderosas, y a menudo las compañías dominantes no son domésticas, sino extranjeras.

Capítulo 7
Fusiones y adquisiciones

En General Electric/Honeywell vs. Comisión Europea (2001), la Comisión bloqueó una solicitud de fusión entre dos grandes corporaciones estadounidenses, General Electric 2000 Merger Sub, Inc., una filial de propiedad total de General Electric ("GE"), y Honeywell, Inc., a través de la cual la segunda se convertiría en una filial completa de la primera. Probablemente, era la mayor fusión de la historia. Las autoridades de competencia de Estados Unidos aprobaron la operación de concentración, pero la Comisión Europea la prohibió. Tras una extensa investigación de los mercados locales, regionales y globales en los que operaban las partes, la Comisión concluyó que GE tenía una posición dominante en varios mercados de diversos motores de aeronaves, así como una influencia financiera significativa en estos y otros sectores. A su vez, identificó que Honeywell contaba con ventajas significativas en varios mercados relevantes de producto, porque podía ofrecer una gama de productos que ningún otro competidor podía igualar. Según la Comisión, la fusión "traería efectos anticompetitivos como resultado de la superposición horizontal, y la integración vertical y conglomerada de las actividades de las partes en proceso de fusión". En concreto, la superposición horizontal se traduciría en una participación del 100% para la entidad fusionada en ciertos mercados, y esta gozaría de "una ventaja financiera y comercial significativa" sobre sus competidores, ya que podría de esta manera vender productos empaquetados y atados que ninguna otra entidad en el mundo podría proporcionar. Así, la Comisión señaló específicamente que ciertos clientes (aerolíneas) no tendrían más opción al comprar ciertos productos que la entidad fusionada. En consecuencia, posiblemente obtendrían menores ganancias, lo que a su vez resultaría en una menor inversión en investigación y desarrollo. En última instancia, sus competidores sufrirían una exclusión y salida del mercado, ya que no podrían competir con la entidad resultante de la fusión. Como puede apreciarse, el enfoque se centró en el daño a los mercados europeos y a sus consumidores[19].

En mayo de 2019, la autoridad de competencia australiana ("ACCC") concluyó que Pacific

[19] Comisión Europea, decisión del 3 de julio de 2001, General Electric/Honeywell, Asunto COMP/M.2220, disponible en inglés en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004D0134 (último acceso el 21 de julio de 2023).

National, una empresa de transporte de productos en una región de Australia, había infringido la ley de competencia al adquirir un terminal ferroviario propiedad de una empresa (Aurizon) que gestionaba gran parte del transporte que entraba y salía de esa región. El caso implicaba acuerdos relativos a "la prestación de servicios intermodales de carga y transporte ferroviario de acero a granel a varios usuarios finales para quienes el transporte por carretera o mar no era un sustituto económicamente efectivo". En particular, la ACCC alegó que la adquisición del Terminal Acacia Ridge de Aurizon por parte de Pacific National tendría el efecto de disminuir sustancialmente la competencia, en contravención de la sección 50 de la Ley de Competencia y Consumidores de 2010 ("CCA"). Asimismo, la ACCC alegó que un "subcontrato de servicios de terminal" entre Pacific National y Aurizon, que estipulaba que Pacific National llevaría a cabo las operaciones diarias en la sección interestatal del Terminal Acacia Ridge, básicamente le entregaría a Pacific National un monopolio sobre el transporte de productos por ferrocarril hacia el norte de Queensland, infringiendo así la sección 45 de la CCA. Sin embargo, Pacific National se comprometió a no discriminar a otros operadores de trenes que quisieran utilizar el terminal y, en base a eso, el tribunal estableció que la fusión podría tener lugar[20].

Las adquisiciones realizadas por grandes y conocidas empresas como Google, Microsoft y GE, a menudo reciben una amplia cobertura mediática. Eso fue claramente cierto en el ejemplo de GE/Honeywell, pero hay muchas otras fusiones más pequeñas que apenas acaparan titulares, si es que acaso lo hacen. El caso australiano es un ejemplo de este tipo de adquisiciones más modestas, una especie de acuerdo de "todos los días", pues las empresas no eran globales, ni en tamaño ni en su escala de operaciones. Fue, en cierto modo, un caso típico de los acuerdos que las empresas hacen en todas partes para mejorar su eficiencia. La empresa adquirente buscaba integrar la función de terminal en sus acuerdos de distribución, esperando con ello conseguir ahorrar en sus operaciones, y quizás también mejorar su posición competitiva. Sin embargo, el resultado sería un "cuasimonopolio" del "tráfico intermodal" en la zona, por lo que la ACCC concluyó que se infringiría la ley. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal de revisión aceptó el compromiso de la empresa adquirente de permitir que las empresas competidoras utilizaran el terminal, y aprobó la fusión en base a esta condición. Las AC y los tribunales a menudo reconocen el valor económico potencial de una fusión y buscan permitirla, sujetándola a condiciones. Aquí la aprobación se basó en un remedio "conductual", que inevitablemente requeriría cierto grado de seguimiento para determinar si se cumplió el compromiso formulado.

¿Cuán grande debe ser una fusión antes de que una AC deba prevenirla? Si una fusión puede reducir significativamente los costos de las empresas que se fusionan o mejorar de otra manera su eficiencia, ¿debería justificarse cualquier riesgo anticompetitivo que pueda crear? Las partes de una operación de concentración suelen afirmar que esta tiene como objetivo alcanzar eficiencia. ¿Es eso siquiera relevante? Si es así, ¿cómo? ¿Por qué es importante para el análisis del derecho de la competencia el poder de mercado de la empresa resultante de la fusión? Si la fusión aún no se ha producido, ¿cómo puede una AC saber suficiente sobre su impacto en la competencia para

[20] Tribunal Federal de Australia, decisión del 15 de mayo de 2019, ACCC v Pacific National Pty Limited, disponible en: https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2019/2019fca0669 (último acceso el 21 de julio de 2023).

prevenirla? ¿Y si una AC se entera de una fusión solo después de que se ha completado? ¿Qué puede hacer al respecto? ¿Cómo puede un país buscar evitar esa situación? En nuestro segundo ejemplo, la empresa adquirente realizó compromisos sobre su actuar posterior a la fusión. ¿Cómo puede el derecho de la competencia "hacer cumplir" tales promesas?

¿Por qué la Comisión Europea investiga tan exhaustivamente los numerosos mercados específicos en cuestión y la posición de los competidores en esos mercados? ¿Tenía competencia legal la Comisión para bloquear una fusión entre dos corporaciones estadounidenses? Si es así, ¿por qué? ¿Deberían poseer (o usar) tal competencia? (Ver Cap. 11). Muchos en EE.UU. afirmaron que la Comisión estaba protegiendo a las empresas europeas, es decir, promoviendo el "proteccionismo". ¿Por qué? ¿Qué relevancia, (si la hay) debería tener la aprobación de una fusión por una AC para una decisión sobre esa fusión por parte de otra autoridad?

La concentración de empresas independientes en una única entidad (una fusión, para fines del derecho de la competencia) también puede dañar la competencia, a veces en muchos mercados en diversas partes del mundo. Por ejemplo, si los dos fabricantes más grandes y exitosos de chips de computadores en el mundo se concentran, las consecuencias se percibirán casi en todas partes. La entidad resultante puede tener el poder de controlar los precios, excluir competidores, acaparar los avances tecnológicos y prevenir la entrada de nuevos actores en todo el mundo. Las concentraciones que involucran empresas más pequeñas pueden tener efectos similares en un país, región o industria específica. Cuando una gran empresa extranjera adquiere compañías locales en un mercado emergente, esto puede obstaculizar el desarrollo económico de un país. A medida que las megaempresas adquieren otras de ellas, y las grandes compañías adquieren empresas más pequeñas, las fusiones pueden remodelar economías e influir en la distribución de la riqueza en muchas sociedades.

El derecho de las fusiones busca prevenir operaciones de concentración que probablemente tendrán tales consecuencias. Esto puede significar el bloqueo de una propuesta de fusión que los ejecutivos de dos o más empresas han estado negociando durante años, y a menudo tiene importantes consecuencias para las propias compañías, sus accionistas, sus empleados, la economía de uno o más países o incluso la estructura de una industria. No es de extrañar que la oposición a tal "interferencia" a menudo sea intensa.

La mayoría de las leyes de competencia persiguen las fusiones perjudiciales, pero varían significativamente en la forma en que evalúan los daños, y en la manera e intensidad con que ejercen su autoridad. Además, las operaciones de concentración pueden tener muchos efectos positivos, por lo que el derecho de las fusiones debe tomar decisiones a veces difíciles sobre si los beneficios de una fusión propuesta superan su potencial de daño. Al

hacer esto, las autoridades aplican muchos de los mismos principios utilizados para otros tipos de conductas, aunque lo hacen de manera diferente, principalmente porque aquí deben *predecir daños futuros* en lugar de *evaluar daños pasados*. Para algunos regímenes de competencia, el derecho de las fusiones constituye un enfoque principal del *enforcement*; para otros, juega un papel marginal o incluso nulo. Veremos por qué.

El término "derecho de fusiones" puede resultar engañoso, dado que su alcance es más amplio de lo que sugiere la etiqueta. Incluye cualquier transacción que conlleve un cambio de control sobre una empresa anteriormente independiente. Esto no solo abarca fusiones formales, sino también la adquisición de una firma por otra y *joint ventures* que tienen efectos similares. Este capítulo revisa los principios sustantivos y procesales utilizados en el derecho de fusiones, así como las instituciones que los aplican, y algunas de las influencias sobre sus decisiones.

A. Contextos del derecho de fusiones

La creciente concentración y globalización de los mercados y del capital financiero han ampliado enormemente el papel y la importancia de las fusiones y las leyes sobre ellas. La legislación de EE.UU. introdujo controles de fusiones en la Clayton Act de 1913, pero una laguna en la ley la hizo en gran medida inútil hasta su subsanación en 1952[21]. Antes de la década de 1990, las normativas de control de fusiones eran casi desconocidas fuera de EE.UU. En muchas jurisdicciones, las fusiones de importancia económica significativa eran escasas, y los interesados generalmente eran pocos. Además, muchos gobiernos regulaban sus mercados geográficos. En consecuencia, tenían pocos incentivos siquiera para evaluar la implementación de una ley de fusiones fuera del marco regulatorio de industrias específicas (particularmente aquellas relacionadas con la defensa). Desde entonces, la globalización económica y sus efectos han impulsado la proliferación de dichas leyes.

Para algunos, estas leyes son un control bienvenido sobre la concentración del poder y la riqueza económicos, pues proporcionan

[21] Celler-Kefauver Act, del 29 de diciembre de 1950, Estatuto 64, 1125 (modificando la Clayton Antitrust Act de 1914, Estatuto 38, 730) (codificado en el 15 U.S.C. §§ 18, 21).

un marco legal para controlar quién se fusiona con quién y, de este modo, proteger el interés público. Para otros, representan un subterfugio a través del cual los poderosos pueden manipular el desarrollo económico bajo la apariencia del interés público. Incluso otros observan las disposiciones como una interferencia con sus planes que probablemente limitará el progreso económico y reducirá la innovación. Las leyes de fusiones a menudo dan lugar a una feroz resistencia por parte de las comunidades empresariales. En la UE, por ejemplo, tal resistencia retrasó la promulgación de una regulación de fusiones durante aproximadamente 25 años, hasta 1989[22].

[22] Reglamento (CEE) N°4064/89, sustituido por el Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo, de fecha 20 de enero de 2003, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

B. Características claves

El derecho de las fusiones puede ser altamente técnico y aparentemente neutral, pero su importancia económica y política también puede someterlo a intensas presiones políticas. Se diferencia de otros sectores del derecho de la competencia en varios aspectos importantes.

Enfoque administrativo: Las decisiones sobre la legalidad de una fusión necesitan tomarse rápidamente si quieren ser efectivas, por lo que el derecho de las fusiones se aplica casi exclusivamente a través de instituciones administrativas. Los procedimientos judiciales suelen ser demasiado largos. A veces es posible la revisión judicial, pero en general el papel de los tribunales en esta área es limitado. Esto crea incentivos para que las empresas, abogados y economistas centren su atención en influir en las decisiones de la AC.

Necesidad de predecir: Tiene que prever las probables consecuencias de conductas que aún no han ocurrido, mientras que otras áreas se ocupan principalmente de conductas que ya han sucedido en el pasado. Su objetivo consiste en prevenir daños a la competencia, en lugar de responder a daños ya ocurridos.

Carácter técnico: Predecir los efectos de una fusión propuesta es a menudo difícil e incierto.

Invita a confiar en aquellos que tienen la formación para hacer tales predicciones con cierto grado de fiabilidad y cuyo estatus puede reducir la incertidumbre, respaldando así la imagen de que el control de fusiones es una aplicación objetiva de la ley basada en evidencia científica. Como resultado, los economistas suelen desempeñar roles significativos en el control de las fusiones, especialmente en las AC más grandes. Sin embargo, este uso de la experiencia tiende a ser costoso. Algunos regímenes pueden permitirse contratar expertos económicos altamente capacitados para desempeñar esta función, pero muchos no pueden.

Posicionamiento global: Los controles de fusiones también tienen un alcance mundial. A medida que los mercados se vuelven más globales, las fusiones transnacionales aumentan y las leyes deben tener en cuenta estas interrelaciones a escala mundial. Cada AC estará principal o exclusivamente preocupada por el impacto de la fusión dentro de su territorio y/o en las empresas allí establecidas. Esto crea incentivos para que los gobiernos influyan en las decisiones de la AC, pero cada uno también estará consciente del posible impacto de las decisiones en otras jurisdicciones. Tratar estos problemas también requiere que los funcionarios estén bien calificados lingüística y técnicamente para defender en forma eficaz las opiniones de la AC en discusiones y negociaciones internacionales.

El derecho de las fusiones presenta dos componentes distintos: la notificación previa a la fusión y el análisis sustantivo de las probables consecuencias de una fusión propuesta.

C. Notificación previa a la fusión

Los funcionarios de competencia necesitan saber sobre una transacción propuesta antes de que se finalice para poder aplicar eficazmente los controles de fusiones. Una vez que se completa la operación, es difícil y a menudo imposible "deshacerla" y volver al status quo. Como resultado, el derecho de la competencia usualmente requiere que las empresas que se fusionan notifiquen a la AC de sus planes con antelación. El incumplimiento de la obligación de notificar puede perjudicar el proceso de revisión, crear retrasos y someter a la empresa a multas significativas. Los regímenes desarrollados de competencia suelen exigir la notificación previa, pero otros pueden contemplar solamente notificación voluntaria, o ninguna en absoluto. En algunos sistemas (por ejemplo, la UE) los requisitos de notificación previa a la fusión también establecen si la AC tiene autoridad para evaluar la fusión, mientras que en otros (por ejemplo, EE.UU.) la jurisdicción sustantiva de la AC se establece por separado. Esta diferencia a menudo se pasa por alto, pero puede moldear la forma en que los abogados abordan los problemas de la notificación previa a la fusión.

Detonantes: Los requisitos de notificación se activan cuando una fusión cumple con umbrales específicos. Estos umbrales suelen estar relacionados con el tamaño de las empresas involucradas y su volumen de ventas, lo que filtra las fusiones que no se consideran lo suficientemente significativas como para justificar la atención de una AC. Estos umbrales no están directamente relacionados con si la fusión tendrá o no efectos anticompetitivos, por lo que pueden desencadenar una revisión de la concentración incluso cuando hay pocas posibilidades de tal consecuencia. Por ejemplo, pueden llevar a una investigación (o amenaza de investigación) en un país extranjero en el que se encuentra una subsidiaria relativamente insignificante de una de las partes que se fusionan. En ese sentido, las concentraciones en las que una o ambas partes son grandes empresas multinacionales pueden tener que notificarse a 30 o más AC[23].

El asunto central en esta materia consiste típicamente en la definición de mercados. Las empresas que se fusionan buscan definir los mercados lo más ampliamente posible para reducir su poder presunto en él. A su vez, los funcionarios de competencia suelen definir el mercado de manera más estrecha. Estos problemas de definición de mercado

[23] Véase Jacob Bunge et al, "DuPont, Dow Chemical Agree to Merge, Then Break Up Into Three Companies" (Wall Street Journal, 11 de diciembre de 2015), https://www.wsj.com/articles/dupont-dow-chemical-agree-to-merge-1449834739?mod=article_inline&mod=article_inline (último acceso el 21 de julio de 2023); Matthew Schwartz, "Disney Officially Owns 21st Century Fox" (NPR, 20 de marzo de 2019), https://www.npr.org/2019/03/20/705009029/disney-officially-owns-21st-century-fox (último acceso el 21 de julio de 2023).

usualmente son objeto de extensas y muy complejas discusiones entre abogados y economistas de las empresas fusionadas y los funcionarios de competencia.

Dado que una gran fusión puede generar preocupaciones en muchas AC, las diferencias entre ellas en cuanto a procedimientos, plazos y datos solicitados pueden ser costosas y consumir mucho tiempo. Esta situación lleva a muchas empresas y AC a solicitar una mayor armonización de los procedimientos.

D. Revisión sustantiva: procedimientos

Es importante distinguir los procedimientos de notificación previa de la revisión sustantiva de fusiones. Los primeros simplemente responden a la interrogante de si la fusión planeada debe ser notificada, mientras que la segunda se pregunta si esta debe ser aprobada, rechazada o modificada. La revisión sustantiva puede utilizar datos proporcionados durante la notificación previa a la fusión, pero los dos procedimientos son fundamentalmente diferentes, y las confusiones sobre los problemas involucrados son comunes. En general, las empresas que se fusionan deben proporcionar datos que permitan a la AC evaluar las posibles consecuencias de la operación de concentración. Esto puede incluir información sobre sus productos, dónde se venden, quiénes son sus competidores, cuál creen que es el mercado relevante, cuáles son sus participaciones en el mercado y similares. La economía digital (ver Cap. 12) ha llevado a un crecimiento de las solicitudes de información sobre los datos que controlan las empresas.

Las leyes de fusiones normalmente autorizan a una AC a bloquear una operación, al menos en la medida en que la fusión afecte al territorio doméstico (ver Cap. 11), y la mayoría de las AC tienen la opción de aprobar una fusión sujeta a la condición de que las partes acepten los

cambios propuestos por ella. Los procedimientos básicos tienden a ser similares para la mayoría de los regímenes. Así, cuando una AC recibe la notificación de una fusión planificada, tiene un corto período (a menudo 30 días) para notificar a las partes si desea examinar la operación. Si decide no continuar con la investigación, la fusión puede proceder. Cuando no está satisfecha con la investigación inicial, cuenta con uno o más períodos durante los cuales puede examinar la fusión en mayor profundidad. Durante este término puede solicitar información adicional de las partes, así como explicaciones relativas al material presentado.

Estos procedimientos presentan variadas formas en la práctica. En regímenes como los de EE.UU., la UE, Japón y China, las negociaciones que involucran una fusión importante a menudo son técnicas, consumen mucho tiempo y son costosas. Los economistas a menudo desempeñan funciones claves en la evaluación de las probables consecuencias económicas de la fusión, y las disputas sobre la interpretación de los datos son frecuentes. El proceso a veces recibe una amplia atención mediática, y también puede inducir a las figuras políticas a intentar influir en los resultados. En jurisdicciones más pequeñas, los procedimientos pueden ser mucho menos gravosos y contenciosos. Estas AC normalmente tienen personal relativamente pequeño con recursos limitados. Rara vez se involucran en análisis económicos altamente sofisticados, y en su lugar confían en suposiciones que hacen su tarea manejable. Además, es extraño que tengan la influencia política o económica para bloquear una fusión de plano, aunque una AC a veces puede exigir cambios destinados a reducir el impacto de la fusión dentro de su territorio.

E. Revisión sustantiva: Estándares

Las leyes suelen contener una lista de factores que una AC debe tener en cuenta al evaluar las fusiones propuestas. En conjunto, se espera que guíen a la AC en la determinación del posible daño de la fusión. En general, se utilizan los mismos principios para todos los tipos de fusiones, pero pueden aplicarse de diferentes maneras. Las fusiones horizontales son aquellas que se realizan entre competidores, las fusiones verticales involucran empresas relacionadas verticalmente entre sí (en diferentes mercados), y todas las demás caen en la categoría de fusiones de conglomerado.

La definición del mercado a menudo es un problema clave, porque es central para determinar la capacidad de la empresa fusionada para dañar la competencia. En el último capítulo revisamos la definición del mercado en el contexto de conductas exclusorias. Los principios básicos son los mismos en el derecho de fusiones, aunque con una gran diferencia: en el derecho de fusiones, se aplican para *predecir* cuál será el efecto en el futuro, en lugar de analizar lo que ha sucedido en el pasado. Esta tarea es obviamente más especulativa, particularmente en los mercados digitales de rápida evolución.

1. Fusiones horizontales

Una fusión de competidores plantea riesgos particularmente significativos para el derecho de competencia, por lo que el *enforcement* a menudo se centra en ellos. Al unir dos o más competidores en una única entidad, una fusión horizontal necesariamente aumenta la concentración en el o los mercados, y es este aumento lo que puede dañar la competencia. Por lo tanto, los principales problemas consisten en si el aumento es lo suficientemente significativo como para causar daño, y si los efectos perjudiciales se ven superados por los beneficios de la fusión. Si la AC predice la ocurrencia de un daño, las partes que se fusionan suelen argumentar que los niveles de concentración producidos por la operación no serían lo suficientemente grandes como para causar daño, y que la fusión reducirá costos y generará eficiencias, por ejemplo, al reducir la duplicidad de gastos en personal o equipo. El enfoque en la predicción crea incentivos para contratar economistas altamente calificados que también gozan de un estatus particularmente alto dentro de la comunidad de competencia. Sin embargo, independientemente de los niveles de sofisticación, las predicciones deben basarse en suposiciones sobre el futuro, y el potencial de conflicto está siempre presente.

Los niveles de concentración se miden de varias maneras. Por ejemplo, algunos usan fórmulas bastante sencillas, como si la fusión aumentará significativamente la participación de mercado de las principales empresas (a menudo las 4 primeras) con las mayores cuotas de este. Un análisis más sofisticado probablemente utilizará el llamado Índice de Herfindahl-Hirschman, que aplica una fórmula matemática al conjunto de participaciones de mercado tanto antes como después de la operación. Este índice genera un número que representa el aumento en el nivel de concentración, y señala la probabilidad de que la fusión pueda causar daños.

Una vez que se han identificado los cambios en los niveles de concentración, la AC debe evaluar los efectos de la fusión en relación con los fines del derecho de competencia. La mayoría de los análisis de fusiones se centran enteramente o principalmente en los efectos económicos de una fusión, en particular si crea o fortalece el poder de mercado de la empresa luego de la operación. La creación o fortalecimiento del poder de mercado se considera típicamente el determinante clave del daño competitivo. Sin embargo, en los mercados digitales, cada vez se tiene más en cuenta el control de los datos como fuente de poder. Asimismo, algunos regímenes también consideran factores políticos y sociales al evaluar los efectos de la fusión.

Los sistemas difieren en su evaluación del probable daño de las fusiones y en su evaluación de las posibles justificaciones para ellas. Por ejemplo, los regímenes que se basan en el análisis económico pueden ser más receptivos a los argumentos de las posibles contribuciones a la competencia de la fusión en el futuro, mientras que aquellos que son particularmente sensibles a los efectos del poder sobre la libertad económica o sobre la protección de las industrias nacionales pueden dar menos peso a estos factores.

2. Fusiones verticales

Las fusiones verticales son más complicadas, porque no eliminan directamente la competencia entre los competidores. Sin embargo, pueden tener efectos anticompetitivos a través de su impacto en los mercados relacionados. Muchos de los problemas aquí son similares a los que identificamos en el contexto de los acuerdos verticales, por lo que no los revisaremos en detalle aquí. La principal preocupación en la mayoría de los regímenes consiste en el potencial de las fusiones verticales para cerrar la competencia en los mercados afectados. Por ejemplo, si una empresa adquiere la propiedad de un proveedor de materias primas para su mercado, puede estar en condiciones

de reducir el suministro del producto a sus rivales y, por lo tanto, ponerlos en una posición de desventaja competitiva. Esto es similar a las preocupaciones en los acuerdos verticales, pero una fusión es más permanente que un acuerdo y, por lo tanto, plantea mayores riesgos.

Existen diferencias importantes entre los regímenes en su evaluación de las fusiones verticales. Cuando un sistema basa su análisis únicamente en efectos económicos identificables y cuantificables, es menos probable que intervenga en fusiones verticales, ya que demostrar sus efectos a menudo es difícil y algo especulativo. Por otro lado, cuando una AC no está sujeta a estos estrictos estándares de evaluación, tiene mayor flexibilidad para considerar otros factores al evaluar la operación. Por ejemplo, puede prestar especial atención a sus efectos en el desarrollo económico del país y, por lo tanto, observar un mayor potencial de daño por la fusión.

Cuando una empresa extranjera de un país exportador de capital adquiere una compañía nacional en un mercado emergente, es probable que la AC doméstica le preste especial atención. En muchos países de mercados emergentes, existe una controversia significativa sobre los efectos de dicha integración vertical. Mientras muchos temen que el control extranjero pueda obstaculizar el desarrollo económico, otros lo ven como una bienvenida inyección de capital. Los abogados y economistas deben estar al tanto de estas preocupaciones.

3. Fusiones de conglomerado

Las fusiones en las que las partes no compiten entre sí ni siquiera en una relación vertical no tienen efectos directos en la competencia, por lo que existe un limitado *enforcement* respecto de estas fusiones. Sin embargo, algunas jurisdicciones prestan atención al potencial de los efectos de "*deep pocket*", cuya idea central consiste en que, cuando una empresa grande adquiere mayores recursos, esto puede desalentar a otras compañías a entrar en el mercado y disciplinar a los rivales que ya están en él. Al igual que con las fusiones verticales, esto a menudo es un tema particularmente delicado en los mercados emergentes.

F. Patrones y dinámicas globales

El control de fusiones juega un papel particularmente prominente en el sistema global por tres razones principales. En primer lugar, las fusiones transfronterizas inevitablemente requieren un contacto directo entre las AC. Una operación importante puede ser revisada por numerosas autoridades, potencialmente involucrando a cada uno de los países que podrían verse afectados por ella, y las decisiones en una jurisdicción a menudo afectarán los intereses de una o más de las otras. Los funcionarios pueden estar en contacto entre sí para coordinar las investigaciones, aclarar el material factual, predecir lo que otros harán o buscar apoyo para sus posiciones sobre la fusión. Aquellos que aceptan la fusión pueden, por ejemplo, tratar de influir en los demás para que hagan lo mismo, o simplemente tratar de predecir lo que otros harán. Esta situación crea espacios de interacción en los que se ponen en juego el poder, la influencia y la habilidad negociadora. Las decisiones resultantes a menudo tienen importantes consecuencias para las empresas involucradas, y a veces para los intereses políticos y económicos nacionales.

Un segundo factor es que los regímenes de fusiones son particularmente vulnerables a las presiones externas, tanto financieras como políticas. Esto introduce una dinámica adicional en las negociaciones, que puede causar sospechas y tensiones. A modo ilustrativo, si una autoridad de competencia (por ejemplo, la Comisión de Comercio Justo de Japón) está sujeta a poca o nula influencia externa, es probable que los funcionarios japoneses se sientan frustrados al tratar con otra AC que aparentemente está influenciada por factores ajenos al derecho.

La importancia económica y social de muchas fusiones comúnmente resalta los puntos ciegos en las visiones de los funcionarios con diferentes antecedentes. Por ejemplo, un funcionario de un país rico y de alta tecnología puede no tener experiencia con las preocupaciones de un funcionario de un país pequeño y menos industrializado, y viceversa. Estas diferencias de experiencias normalmente moldean la interpretación de los datos.

Por último, las diferencias y similitudes entre los regímenes inevitablemente juegan un papel significativo en estas interacciones, por lo que todos son conscientes del valor potencial de reducirlas. Las recomendaciones de la International Competition Network y otras organizaciones transnacionales han llevado a una mayor similitud entre los estados en relación, por ejemplo, con cuestiones procedimentales, tales como la información requerida para la notificación previa a la fusión, y los períodos de tiempo a utilizar en la revisión de las operaciones. Esto ahorra costos para las

empresas involucradas y tiende a facilitar la comunicación y coordinación entre las AC, por lo que tiene un amplio apoyo.

Existe mucha menos estandarización con respecto a los principios sustantivos que se deben aplicar al evaluar las fusiones, y a menudo albergan un gran potencial de malentendidos, tensión y conflicto. Un factor consiste en una marcada diferencia en los conceptos utilizados. Algunos regímenes, como EE.UU., se basan en un estándar de "disminución de la competencia", que se centra en identificar los efectos económicos de la fusión. Otros sistemas utilizan un estándar de tipo europeo de "dominancia". Aquí el análisis se pregunta si la fusión crearía o fortalecería una posición dominante, y usualmente incluye la evaluación de los efectos económicos y otros factores como la libertad económica. El lenguaje y los conceptos difieren, y pueden llevar a resultados diferentes, aunque a menudo son similares. Algunos regímenes (por ejemplo, la UE) combinan los dos estándares.

Los distintos estándares están asociados con diferentes patrones de *enforcement*. Los regímenes que se basan en el análisis económico estándar tienden a enfocarse en las fusiones horizontales, y consideran las fusiones verticales generalmente como menos perjudiciales. Otros sistemas, que consideran los efectos a largo plazo o los factores sociales y políticos, pueden prestar más atención a las fusiones verticales. Por su parte, los regímenes en que las preocupaciones sobre el desarrollo son prominentes, a menudo prestan especial atención a las adquisiciones de empresas domésticas por parte de compañías extranjeras, y a las que pueden tener consecuencias políticas y sociales.

Los sistemas evalúan las fusiones con una magnitud de recursos enormemente diferentes y, por lo tanto, con herramientas bastante distintas. Esto necesariamente dificulta la comunicación entre los funcionarios. Si, por ejemplo, un/a economista de nivel de doctorado en la UE analiza la fusión desde una perspectiva econométrica y quiere discutir la evaluación con un funcionario con poca o ninguna formación en econometría, el/la funcionario/a de la UE no solo puede tener dificultades para explicar la base de la evaluación, sino que también estará inclinado a creer que su experiencia es más valiosa y más defendible que las opiniones de aquellos con menos formación y menos herramientas.

G. Comentario

La concentración de control sobre los recursos económicos aumenta la preocupación sobre las fusiones, particularmente cuando también influyen en otros temas sociales como la privacidad. Así, los gigantes tecnológicos se han convertido en una causa importante de preocupación. El control de fusiones ha crecido rápidamente en importancia desde la década de 1990 en respuesta a estas amenazas, creando incentivos cada vez más fuertes para tratar de influir en las decisiones en esta área del derecho. Comprender la dinámica de la revisión de fusiones y predecir los resultados puede ser desafiante, pero crea oportunidades para aquellos que pueden manejarlo de manera más efectiva.

Parte tres

Regímenes de derecho de la competencia: modelos, patrones y claves

Las instituciones nacionales (y a veces regionales, como la UE) promulgan y hacen cumplir el derecho de la competencia. Son responsables de tomar las decisiones que dan forma a los mercados, y son los actores principales en el sistema global. Por tanto, esta parte de la Guía examina qué hacen, cómo lo hacen y los factores que impulsan y determinan sus decisiones. Cada sistema persigue sus propios fines y utiliza sus respectivos métodos y procedimientos, aunque también existen notables similitudes entre ellos. En esta parte de la Guía, analizamos estos sistemas para ayudar a comprender sus características, identificar lo que es relevante conocer en cada uno, ubicarlos en el sistema global de derecho de la competencia, y destacar las diferencias y similitudes entre ellos.

Existen dos sistemas tan fundamentales para el derecho de la competencia que cada uno tiene su propio capítulo: Estados Unidos (Cap. 8) y la UE (Cap. 9). Ambos tienen una importancia práctica significativa para los abogados y compañías; también influencian a otros regímenes de manera relevante y juegan roles centrales en el sistema global. Necesitamos profundizar en ellos para comprender las dimensiones y dinámicas del derecho de la competencia.

Otros sistemas (Cap. 10) no juegan este tipo de papel central, por lo que la Guía los aborda de manera diferente: identifica los factores que los moldean. Estos elementos proporcionan referencias sobre lo que es crucial conocer acerca de cualquier sistema. Nos permiten reconocer la dinámica del sistema en sí y ver similitudes y diferencias entre los sistemas. Algunos factores forman "familias" de sistemas, por lo que identificarlos puede proporcionar valiosos conocimientos sobre las similitudes y diferencias dentro de estos conjuntos, y las relaciones entre ellos. El Capítulo 10 identifica factores que son esenciales en cada uno de estos contextos.

Capítulo 8
Derecho de Competencia de EE.UU.: Central, pero único

El derecho de competencia o *antitrust* de EE.UU. se ha situado durante mucho tiempo en el centro del sistema de competencia mundial, o cerca de él, y continúa influyendo en todos aquellos que interactúan con esta rama del derecho. Para algunos, es un modelo a seguir, puesto que ofrece soluciones a problemas que enfrentan. Otros buscan aprender de la experiencia estadounidense, y de la abundante y variada literatura al respecto. Otras personas lo observan como un "estándar internacional" que deben perseguir. El tamaño del mercado estadounidense, el peso político del país y la experiencia de sus académicos y funcionarios, lo hacen importante para muchos abogados, funcionarios y líderes empresariales no estadounidenses. También influencia los sistemas de derecho de competencia en todo el escenario global. Curiosamente, también es un sistema altamente único, lo que es una gran ironía.

A. Moldeando el derecho de competencia de EE.UU.

Existen tres factores de fondo que son particularmente útiles para comprender el derecho de competencia estadounidense (las referencias en este capítulo son al nivel federal). En primer lugar, ha evolucionado dentro de una sociedad donde la competencia en sí misma es un valor cultural poderoso. A diferencia de la mayoría de los otros regímenes de competencia, no se ha tenido que crear una "cultura de la competencia". En segundo lugar, EE.UU. es un país grande y políticamente poderoso, con un vasto mercado tecnológicamente avanzado que ha evolucionado en torno y a través del mecanismo de la competencia. Y en tercer lugar, sus instituciones y representantes han promovido agresivamente el derecho de competencia al estilo estadounidense en el mundo durante décadas, a pesar de que el contenido del derecho de EE.UU. ha cambiado dramáticamente.

Las decisiones tomadas en la creación del derecho de la competencia en 1890 establecieron

características centrales del sistema, que han moldeado y controlado su evolución desde entonces. El Congreso de EE.UU. promulgó la Sherman Act, la primera (y todavía básica) ley de competencia, en respuesta a la presión política populista para controlar a las grandes corporaciones (entonces conocidas como "*trusts*")[24]. La idea de una ley general para combatir las conductas anticompetitivas era prácticamente desconocida, por lo que los legisladores no contaban con modelos. Se habían creado algunas normas muy básicas en estados de EE.UU. durante los años previos, pero no habían funcionado de manera significativa, y ningún gobierno nacional había creado un régimen legal de este tipo.

El Congreso encontró una solución sencilla, en la que hizo que dos conceptos, "restricción del comercio" y "monopolización", pudiesen hacerse cumplir ante los tribunales federales, que previamente se habían utilizado para otros fines y en distintos contextos. El lenguaje de la ley es excepcionalmente escueto y general. En esencia, deja a los tribunales la responsabilidad completa de crear y controlar el contenido sustantivo de la ley. Posteriormente, en 1913, la Clayton Act agregó algunos elementos nuevos para situaciones especiales (por ejemplo, fusiones)[25]. Estos dos estatutos han sido textos legales básicos del derecho de competencia de EE.UU. desde entonces.

La decisión de hacer que los tribunales federales sean responsables del desarrollo del derecho de la competencia ha llevado a un sistema que se basa en decisiones de jueces en casos individuales. Como es de esperar, esto no ha generado un marco legal ordenado que pueda ser fácilmente entendido. Las decisiones de los casos varían significativamente, tanto en su razonamiento como en sus conclusiones. También hay muchos casos, y a veces son largos, poco claros e inconsistentes. Los especialistas en derecho de la competencia generalmente saben cómo operar en este sistema denso y aparentemente desordenado, pero los externos a este campo generalmente no tienen el conocimiento necesario para hacerlo. Esto a menudo les entrega imágenes vagas del régimen estadounidense, y los tienta a centrarse y enfatizar aquellos elementos que se adaptan a sus objetivos.

[24] Sherman Antitrust Act, cap. 647, estatuto 26, 209 (codificado y enmendado en 15 U.S.C. §§ 1-7).

[25] Clayton Antitrust Act, Estatuto 38 Stat, 730 (codificado y modificado en 15 U.S.C. §§ 12-27; y 29 U.S.C. §§ 52-53).

B. Fines

Los fines del derecho de la competencia deben ser deducidos de las opiniones judiciales, aunque estos han variado significativamente a lo largo del tiempo, y los cambios a menudo son difíciles de reconocer, especialmente para los observadores externos. Así, antes de la década de 1970, los tribunales estaban mayormente preocupados por el impacto doméstico del derecho de la competencia, a menudo centrándose en cuestiones como la equidad (especialmente para las pequeñas y medianas empresas), la libertad económica y la igualdad de oportunidades entre competidores. La "Revolución del Derecho y la Economía" cambió esto dramáticamente a partir de la década de 1970. Con el aliento de académicos, y respaldados por la necesidad percibida de reducir las cargas sobre las empresas estadounidenses, los tribunales han reducido significativamente los fines, al punto en que actualmente estos son casi exclusivamente económicos, centrados en la eficiencia económica y los beneficios para los consumidores.

Esta transformación fundamental en los fines puede hacer que las decisiones sean particularmente difíciles de entender. Las opiniones judiciales que se basaban en fines anteriores a menudo todavía se citan para una variedad de propósitos, a pesar de que tales objetivos a que servían han cambiado. Esto suele suceder cuando un tribunal quiere respaldar su decisión apelando al valor jurisprudencial de principios generales enunciados en un caso anterior, incluso cuando este puede no seguir el mismo razonamiento de la decisión del caso. Un operador interno puede aprender a reconocer esta mezcla de referencias, pero a menudo desconcierta a los observadores externos.

Los fines más amplios que una vez animaron el derecho de la competencia de EE.UU. han desaparecido casi por completo de las decisiones judiciales, pero no de la sociedad estadounidense. Así, algunas voces continúan pidiendo que al menos algunos de ellos se reintegren en el panorama.

C. Métodos y derecho sustantivo

Los fines económicos del bienestar del consumidor y la eficiencia ponen en primer plano los métodos económicos, pero los jueces no son economistas, y son ellos quienes toman las decisiones acerca de lo que es el derecho. Esto produce una interacción de métodos económicos y legales, pues los métodos de la economía se filtran a través del lenguaje legal y los métodos basados en casos de abogados y jueces. Las instituciones y sus procedimientos moldean esta interacción.

Dado que los estatutos de competencia no brindan una orientación clara a los tribunales, se requiere que los jueces basen sus decisiones en casos anteriores que el sistema legal de EE.UU. designa como "vinculantes" para ellos. Las autoridades de competencia también deben tratar los casos como autoritativos, no solo formalmente, sino también porque los tribunales que revisan las decisiones de las autoridades de competencia los consideran vinculantes. Este razonamiento basado en casos requiere que los tribunales comparen los hechos y el razonamiento de las decisiones previas relevantes con tales elementos del caso ante ellos. La tarea es inevitablemente en parte subjetiva: ¿Qué hechos son relevantes? ¿Cómo se aplica el razonamiento de los casos anteriores al nuevo caso? La densidad fáctica de muchos casos de competencia aumenta aún más la discrecionalidad en hacer esta comparación. Esto hace que las decisiones sean opacas para muchos observadores. En contraste, los métodos económicos son abstractos, universales y se basan principalmente en la suposición de que los agentes actúan racionalmente (con algunas variaciones, véase el Cap. 3). Los economistas de competencia altamente capacitados y costosos pueden usar modelos formales en su aplicación. En un caso de competencia, un tribunal debe integrar la información, suposiciones y predicciones de modelos económicos a menudo altamente complejos en un denso contexto de casos, mientras da prioridad a los actuales fines basados en la economía. Veremos que los procedimientos judiciales de EE.UU. hacen que esta tarea sea tanto más fácil como más difícil de lo que podría parecer.

D. Instituciones y procedimientos

Comprender el vocabulario institucional del sistema nos ofrece una visión sobre la forma en que realiza sus decisiones. Se trata de una mezcla única de tribunales e instituciones administrativas que ha permanecido prácticamente inalterada durante muchas décadas.

1. Las autoridades de competencia: el DoJ y la FTC

Dos autoridades federales independientes son responsables del *enforcement* público del derecho de la competencia, y ambas tienen su sede en Washington D.C. Generalmente acuerdan una división de responsabilidades entre ellas, pero a veces sus acuerdos no son ni "oficiales" ni bien conocidos, por lo que es necesario preguntar a un "conocedor" acerca de qué institución probablemente se encargará de un caso específico. A veces compiten entre sí por el control de ciertos tipos de conductas, o simplemente por prestigio.

Una institución es el Departamento de Justicia de EE.UU. (DoJ), que forma parte del Poder Ejecutivo y está sujeto, por lo tanto, a control político. En general, no puede hacer cumplir el derecho de la competencia por sí solo, sino que debe vencer en un litigio para hacerlo. Puede demandar por remedios civiles o criminales, dependiendo de la gravedad de la conducta y otros factores como la intención subjetiva de los acusados.

La otra agencia es la Comisión Federal de Comercio (FTC). Esta puede realizar el *enforcement* directamente a través de multas y otras órdenes, pero sus resoluciones pueden ser revisadas por los tribunales ordinarios, por lo que también debe seguir los principios establecidos por estos. Es una institución independiente, por lo que está menos influenciada por el sistema político que el DoJ, pero depende del Congreso para su financiamiento, por lo que en la práctica a veces debe lidiar con presiones políticas.

Muchos funcionarios de alto nivel (especialmente en el DoJ) ejercen el derecho de la competencia antes de entrar al gobierno, y vuelven a sus prácticas legales después de dejar sus cargos públicos. Cuando esto ocurre, rara vez permanecen en sus puestos por largos periodos. Como resultado, los intereses, perspectivas y valores de los practicantes a menudo juegan roles centrales en estas instituciones. En contraste, por ejemplo, los funcionarios de la *Bundeskartellamt* de Alemania o la Comisión de Comercio Justo de Japón (JFTC) generalmente pasan toda su carrera en esa institución, acumulan una amplia experiencia allí y gozan de un alto grado de protección frente a presiones externas.

2. Los tribunales

Los tribunales federales son de jurisdicción general y manejan muchos tipos de casos, lo que significa que los jueces no se especializan en ámbitos específicos de procesos. Son nombrados por el Presidente de por vida, generalmente después de décadas de experiencia en la práctica privada. Como grupo, gozan de un alto estatus social y tienen una gran reputación por su independencia. La corrupción es rara. Esto genera confianza dentro de la comunidad antimonopolios de que el derecho de la competencia está protegido de presiones externas, lo que a su vez lleva a muchos a creer que la independencia del derecho de la competencia requiere un papel central de los tribunales. Estos desempeñan roles centrales tanto en el *enforcement* público como privado del derecho de la competencia, y emplean básicamente los mismos procedimientos en ambos contextos.

Los procedimientos en litigios de competencia de EE.UU. son extremadamente importantes para dar forma a la ley. Sus principios subyacentes también difieren significativamente de la mayoría de los otros sistemas procesales, por lo que a menudo son malentendidos. A diferencia de muchos otros regímenes de competencia, los procedimientos no están específicamente adaptados a las necesidades del derecho antimonopolios. Con pocas excepciones, los tribunales utilizan procedimientos generales en casos de competencia. Así, si el DoJ presenta una demanda para hacer cumplir la ley, puede buscar sanciones penales bajo el procedimiento criminal, y el procedimiento civil para multas u otros remedios. Las acciones de la FTC pueden ser revisadas de acuerdo con los estándares y procedimientos para la revisión de acciones administrativas.

Hay tres rasgos procesales generales particularmente significativos para entender el derecho de competencia de EE.UU., y relacionarlo con otros regímenes. En primer lugar, los abogados de las partes realizan muchas tareas que típicamente realizan los jueces en otros sistemas legales. A cada uno se le otorga la autoridad para adquirir material fáctico relevante y configurar una narrativa de los hechos que luego se presenta al tribunal. Así, cada parte presenta su propia historia. Esto difiere de la mayoría de las jurisdicciones, donde el juez es el principal responsable de obtener información y construir su propia narrativa de los hechos. Cuando hay un jurado (sí: puede haber un jurado en litigios civiles de derecho de la competencia), éste toma la decisión final sobre los hechos (sujeto a cierto control por parte del juez), y el juez toma decisiones sobre el derecho. Si no hay jurado, el juez toma las decisiones tanto sobre los hechos

como sobre el derecho. En segundo lugar, el procedimiento está fuertemente orientado a los hechos. Este enfoque merece un particular énfasis, pues promueve doctrinas legales que tienden a ser matizadas y a depender de su persuasión en un análisis fáctico detallado. También tiende a generar litigios complejos y costosos. Esto contrasta fuertemente con los procedimientos en la mayoría de los otros países, donde a menudo solo un tribunal puede requerir información, y únicamente en la medida en que esté directamente relacionada con los requisitos legales para una demanda específica de competencia. En tercer lugar, cuando un tribunal actúa como órgano de apelación, la revisión generalmente se limita a cuestiones de derecho. En muchos regímenes, los tribunales de revisión también pueden revisar las conclusiones de los tribunales inferiores sobre los hechos del caso.

3. *Enforcement* privado

La mayoría de los casos de derecho de competencia en EE.UU. se basan en el *enforcement* privado. En este escenario, los casos se inician y se llevan delante según cálculos privados de costos y beneficios, no por una preocupación por la consistencia de la ley o la política económica gubernamental. Los observadores extranjeros a menudo no reconocen la importancia de este tipo de litigio en el régimen de competencia de EE.UU. Además, el *enforcement* privado es directo, en lugar de secundario ("*piggyback*") como ocurre en la mayoría de las demás jurisdicciones en las que se permite el *enforcement* privado. De esta forma, los posibles demandantes no necesitan esperar la acción de una AC o de otra agencia gubernamental antes de presentar sus acciones privadas. Además, los obstáculos procesales que limitan el uso del *enforcement* privado en otros sistemas generalmente están ausentes.

Un rasgo central del *enforcement* privado merece una mención especial, principalmente porque influye en la forma, el proceso, la regulación legal y los costos del litigio privado. Se trata del llamado procedimiento de "*discovery*", según el cual cada parte en un proceso judicial tiene derecho a solicitar y recibir una amplia gama de información potencialmente relevante de su oponente, que puede usar en el litigio y presentar al tribunal. Este procedimiento puede ser costoso y llevar mucho tiempo, y generalmente implica la entrega de un gran volumen de datos al tomador de decisiones (juez o jurado) y que la base fáctica para las reclamaciones puede ser ampliamente disputada. Las frecuentemente vastas cantidades de datos tienden a dar forma no solo al litigio individual, sino también al contenido del derecho de la competencia.

La ley también entrega incentivos para el litigio privado, y la profesión legal los

aprovecha al máximo. Por ejemplo, se contempla una indemnización triple por las infracciones (es decir, la compensación real se triplica) así como una indemnización por daños punitivos. Otras características del sistema fomentan aún más a los abogados a emprender litigios privados. Los honorarios contingentes (pactos de *cuota litis*) son comunes, y los abogados de competencia de EE.UU. son conocidos por la agresiva persecución de casos privados. Además, los litigios privados de alto costo son comunes y culturalmente aceptados en EE.UU., por lo que los líderes empresariales están acostumbrados a sus elevados valores.

E. Las dinámicas del derecho de la competencia

La interacción de economistas y abogados es la dinámica central del régimen de EE.UU. Los economistas se han vuelto casi indispensables en los litigios. Influyen en el contenido de la ley, ya que los fines del derecho de la competencia se conciben principalmente en términos económicos. Asimismo, muchos economistas ahora se especializan en cuestiones de competencia. Algunos de ellos son miembros de facultades universitarias, pero la creciente importancia de la economía en el derecho de la competencia también ha generado la creación de empresas de consultoría especializadas, que emplean a un número significativo de economistas expertos a tiempo completo.

A su vez, los practicantes del derecho interactúan con los economistas para traducir el conocimiento y las opiniones económicas en acciones y argumentos legales. Presentan argumentos a los encargados de tomar decisiones administrativas y judiciales, gestionan litigios y asesoran a clientes, pero dependen de los economistas para identificar, evaluar e interpretar información económicamente relevante. Trabajan con economistas para construir argumentos que sean consistentes con los criterios económicos establecidos en la literatura económica y en casos previos. Los jueces son formados como

abogados, y casi todos ellos han ejercido la profesión. Como consecuencia, los practicantes y jueces comparten experiencias educativas y profesionales comunes, hablan el mismo lenguaje conceptual y mantienen relaciones personales basadas en esas experiencias. Asimismo, los académicos de derecho a veces influyen en la configuración de esta relación entre abogados y economistas.

F. Objetivos

Es importante realizar una breve mirada a los objetivos del derecho de competencia por dos razones principales. En primer lugar, el alcance mundial del derecho de EE.UU. y el tamaño del mercado estadounidense hacen que la información sea prácticamente valiosa para muchos abogados y sus clientes. En segundo lugar, la experiencia de EE.UU. es ampliamente citada (y a menudo malinterpretada) por aquellos que toman decisiones en otros regímenes de competencia.

1. Acuerdos

El derecho de EE.UU. sobre los acuerdos es importante para entender las discusiones dentro del régimen nacional, pero también juega un papel a nivel global. La Sección 1 de la Sherman Act prohíbe los acuerdos "en restricción del comercio", pero, como se mencionó anteriormente, el estatuto no define ese término, por lo que los tribunales han tenido que darle significado. Así, desarrollaron dos conceptos centrales que a menudo se utilizan (a veces erróneamente) en otros regímenes. Uno es la "regla de la razón", concepto desarrollado por los tribunales para dar un significado más específico a la "restricción del comercio". En general, se refiere en EE.UU. a la ponderación del daño a la competencia de

un acuerdo con sus beneficios, aunque las innumerables decisiones de los tribunales que han interpretado este lenguaje han agregado conceptos relacionados que modifican esta afirmación general. El más importante de estos conceptos es el término de "restricción auxiliar", que establece que un acuerdo que sirve únicamente para apoyar a otro acuerdo (legítimo) puede satisfacer los requisitos de la regla de la razón. En contraste, el término "regla de la razón" se usa a menudo de manera mucho más laxa en otros regímenes, por ejemplo, para referirse a una desviación de una norma legal o a una aplicación "razonable" de la ley. El autor ha escuchado ciertos usos en otros regímenes que tendrían poco sentido en las discusiones de EE.UU.

El segundo término clave es la infracción "per se", desarrollado por los tribunales para designar tipos específicos de conductas que son *inherentemente* irrazonables. Se basa en la idea de que los tribunales han acumulado suficiente experiencia con algún tipo particular de conducta para estar seguros de que es anticompetitiva. Cuando una infracción se cataloga como "per se", un demandante solo necesita demostrar que la conducta ocurrió para obtener una sentencia favorable. No hay necesidad de un análisis de regla de la razón. Esto reduce los costos de litigación para los demandantes y aumenta su probabilidad de éxito. Generalmente es mucho más fácil y menos costoso probar que la conducta se ajusta a una categoría designada que establecer una preponderancia de efectos anticompetitivos a través de una investigación de regla de la razón. Cabe señalar que estos términos son parte del análisis de acuerdos tanto horizontales como verticales.

Acuerdos horizontales: Los carteles son el principal objetivo del derecho de competencia de EE.UU., tal como lo han sido a lo largo de gran parte de su historia. Las decisiones judiciales que tratan de ellos se cuentan por miles. Antes de la Revolución del Derecho y la Economía, esto se debía en gran parte a que un acuerdo entre competidores para reducir la competencia entre ellos parecía una restricción anticompetitiva evidente. Más bien, los casos se centraban en asuntos como qué constituye un acuerdo y si los beneficios producidos por tal pacto (políticos u otros) superaban su daño a la competencia. El cambio de los fines del derecho de competencia, hacia los efectos económicos, mantuvo esta importancia, pero cambió el razonamiento. En esta perspectiva, el factor clave ahora consiste en si los acuerdos son económicamente perjudiciales. Además, como vimos en el Capítulo 5, los economistas pueden estar

mucho más seguros al identificar el daño causado por los carteles que al analizar otras formas de conductas.

El alcance y el costo de emplear un análisis completo mediante la regla de la razón han llevado a los tribunales a acortar el análisis para algunas categorías de casos. Uno de ellos es el llamado procedimiento de "quick look", que emplea una variedad de criterios para determinar si un acuerdo debe recibir un análisis más completo. Otra forma consiste en otorgar a los jueces una amplia discreción para limitar el alcance del procedimiento de búsqueda de hechos ("*discovery*").

Acuerdos verticales: Antes de los cambios basados en la economía en los fines del derecho de competencia, muchos tipos de acuerdos verticales se consideraban infracciones per se, pero los economistas han demostrado los peligros potenciales de aplicar el análisis per se a ellos. Los efectos de un acuerdo vertical dependen de muchos factores (ver Cap. 4), por lo que existe un riesgo significativo de que el tratamiento "per se" resulte en la prohibición de acuerdos que en realidad no son perjudiciales para la competencia. Esto ha llevado a los tribunales a eliminar el estatus de "per se" de casi todos los acuerdos verticales y, por lo tanto, a una disminución dramática en el *enforcement* contra ellos. Esto hace que los resultados sean más difíciles de prever y los litigios mucho más costosos. La necesidad de analizar los efectos de la conducta exige una extensa recolección de datos en dos o más mercados, lo que hace que el proceso sea potencialmente muy caro.

Conductas unilaterales (monopolización): Como hemos visto, la sección 2 de la Sherman Act usa el concepto de monopolización para identificar las conductas de una sola empresa que perjudican la competencia. El término en sí es poco claro, y más de un siglo de experiencia ha hecho poco para darle un significado más cristalino. El uso de un análisis mayormente basado en los efectos ha disminuido aún más su utilidad. Así, los tribunales han identificado varias formas de monopolización, como la fijación de precios predatorios, negativas a tratar, y uso de derechos de propiedad intelectual para prevenir o impedir la competencia, pero demostrar que una conducta específica ha llevado a efectos específicos usualmente ha resultado esquivo.

Fusiones y adquisiciones: El impacto del análisis basado en la economía en los acuerdos (también conocido como análisis basado en los efectos) se extiende al contexto de las fusiones: ha existido un mayor enfoque en las fusiones horizontales y relativamente poca atención a otras áreas.

G. Leyes de competencia estatales

Cada uno de los Estados de EE.UU. tiene sus propios derechos de competencia. Todos son básicamente similares al derecho federal, aunque a menudo son significativamente más detallados, y existen algunas diferencias importantes en sus detalles. Rara vez se aplican a conductas en mercados nacionales e internacionales, por lo que son de limitada relevancia para la mayoría de los practicantes del derecho de la competencia y observadores extranjeros. En general, también el *enforcement* es más débil. Sin embargo, algunos (por ejemplo, el derecho del Estado de Nueva York) ocasionalmente juegan un papel en estos contextos, por lo que asesorar sobre una conducta específica requiere verificar posibles problemas del derecho de competencia estatal.

H. Estados Unidos en el sistema de competencia global

Como se señaló al principio de este capítulo, el derecho de competencia de EE.UU. desempeña muchas funciones clave en el sistema global: como punto de referencia, fuente de experiencia, *expertise* y apoyo, potencial estándar internacional, y poderoso agente para promover un enfoque basado en los efectos.

Estos roles e imágenes animan a los representantes de EE.UU. a desempeñar un papel agresivo en el sistema global. La mayoría de ellos observan los principios básicos y los enfoques del derecho estadounidense con satisfacción, o al menos como preferibles a sus alternativas. Pocos los considerarían inmaculados, pero la mayoría estima que son básicamente "correctos". Como resultado, a menudo buscan convencer a otros de que la emulen. La evolución única del régimen de EE.UU. y sus relaciones con otros sistemas de competencia se combinan para dar forma a estas actitudes estadounidenses.

El poder económico y político de EE.UU. también respalda la influencia global de su derecho. Así, el peso político del gobierno estadounidense se ha utilizado en ocasiones para influir en el desarrollo de sistemas extranjeros. Además, a veces el gobierno ha utilizado programas de ayuda y asistencia

técnica para inducir a las jurisdicciones extranjeras a orientar las decisiones de derecho de la competencia a los deseos de EE.UU.

El poder e influencia privados desempeñan roles menos obvios, aunque no menos importantes. Por ejemplo, los funcionarios y abogados de EE.UU. a menudo desempeñan roles destacados en organizaciones y reuniones internacionales. Su prominencia e influencia se basan en muchos factores, incluyendo su experiencia en asuntos de competencia internacional, particularmente en el uso de la economía, la riqueza de la academia estadounidense, y la importancia práctica del *enforcement* de su ley en todo el mundo. Los abogados y economistas de EE.UU. también se benefician de la influencia de las empresas, estudios de abogados y otras instituciones privadas con las que están asociados. Estas compañías a menudo comprometen recursos significativos para influir en los tomadores de decisiones extranjeros a favor de los intereses de sus clientes. Esto crea incentivos para que sus contrapartes en otros países busquen contactos con ellos para su propio beneficio, por ejemplo, a través de las potenciales referencias de clientes. Finalmente, la imagen de que el derecho estadounidense representa la "forma correcta" de hacer derecho de la competencia brinda a los miembros de la comunidad *antitrust* de EE.UU. algo que vender y de lo que beneficiarse, pues cuando otros siguen a EE.UU., generalmente recurren a los profesionales estadounidenses para obtener orientación y asesoramiento.

***

El derecho y la experiencia de EE.UU. han estado durante mucho tiempo en el centro de las discusiones sobre el derecho de la competencia, y esto le ha otorgado influencia en muchos regímenes extranjeros. Algunos apoyan este papel central, aunque otros no están tan seguros.

Capítulo 9
El derecho de la Competencia en Europa

El sistema europeo es el otro actor central en el mundo del derecho de la competencia. Prácticamente todas las empresas que operan más allá de sus propias fronteras nacionales deben prestarle atención, muchos regímenes lo utilizan como modelo y punto de referencia, y sus instituciones tienen una influencia amplia y a menudo profunda en muchas otras. Algunos aspectos del derecho sustantivo son similares al *antitrust* estadounidense, pero tales similitudes a veces pueden resultar engañosas, y sus métodos, instituciones y procedimientos a menudo difieren en gran medida de sus homólogos de EE.UU.

Las instituciones nacionales y de la Unión Europea (UE) funcionan conjuntamente para crear, aplicar y hacer cumplir el derecho de la competencia en Europa. En este capítulo, examinaremos este régimen integrado, algunos de los principales principios sustantivos que ha desarrollado, los factores clave que influyen en las decisiones dentro de él y su papel en el sistema global. El sistema es complejo, por lo que el capítulo está organizado para desentrañar su complejidad. Así, comienza con una visión general de la arquitectura básica para proporcionar una idea del conjunto. Luego aclara los roles de los Estados miembros en el sistema, examina las instituciones, métodos y derecho sustantivo de la UE, y muestra cómo sus instituciones interactúan con los sistemas nacionales para generar decisiones.

A. Diseño básico

El sistema europeo entrelaza instituciones y funciones, tanto de los Estados nacionales como de la UE. Las instituciones de la UE, principalmente la Comisión Europea (Comisión), crean y desarrollan las políticas y principios del derecho de la competencia para toda la UE. También orientan la aplicación de la ley por parte de los Estados miembros, aunque las instituciones de estos varían en su disposición para seguir la guía de los organismos de la UE. Los Estados miembros son los principales encargados de hacer cumplir la ley de la UE, que están obligados a aplicar a la mayoría de los casos, pero en algunas situaciones la propia Comisión realiza el *enforcement*, y en ciertos Estados miembros, la Comisión dirige informalmente la aplicación de la ley nacional. Cada miembro también tiene su propio derecho de competencia, que suele ser relevante únicamente cuando la conducta tiene consecuencias que se limitan dentro de las fronteras estatales. Si los efectos de las conductas se extienden más allá del Estado nacional, se debe aplicar el derecho de la UE, por lo que el país miembro rara vez tiene incentivos para aplicar su propia ley a la misma conducta.

B. Funciones de los Estados miembros

Los Estados miembros desempeñan dos principales funciones en el sistema: proporcionan las ideas y experiencias que informan sus principios sustantivos y procesales, y hacen cumplir la ley de la UE a través de sus propias instituciones y procedimientos. Estas instituciones tienen sus propios intereses e incentivos, que no siempre se alinean con los de los organismos de la UE, y reconocer esto puede ser de gran valor para predecir decisiones sobre el *enforcement*.

1. La experiencia de los Estados miembros

Un breve vistazo al desarrollo del derecho de la competencia en Europa entrega una visión sobre los principios e instituciones del sistema. A lo largo de esta evolución, los líderes vieron el derecho de la competencia como una respuesta a problemas económicos y sociales, tales como la industrialización, la desigualdad económica, la reconstrucción en la posguerra y la inflación. Varias de las ideas impulsoras se articularon por primera vez en la década de 1890 en Viena, capital del Imperio Habsburgo, donde los redactores las vieron como una herramienta para mejorar el desempeño económico de Austria (y ponerse al día con Alemania). Desde allí se extendieron a Alemania y a otras partes de Europa. Para finales de la década de

1920, el derecho de la competencia se había convertido en un importante asunto de política económica en Europa, y se había empezado a perfilar un consenso básico sobre el mismo.

Dos ideas predominan en el modelo que evolucionó allí. En primer lugar, que la finalidad principal del derecho de la competencia debería consistir en el control del poder económico privado, porque tal poder podría utilizarse para distorsionar el proceso competitivo y socavar su valor potencial. En segundo lugar, los funcionarios de la administración (en lugar de los tribunales) deberían realizar este control, porque estaban en la mejor posición para ejercer el poder del Estado contra las empresas poderosas. Los tribunales no se consideraban adecuados para la tarea. Estos principios se arraigaron profundamente en el pensamiento sobre el derecho de la competencia, y continúan teniendo influencia.

Las leyes de competencia se aplicaron de manera débil (si es que se aplicaban) durante décadas. Los estados europeos tenían asuntos mucho más importantes en sus agendas, tales como las depresiones económicas y las guerras. Las normas eran vagas, las decisiones administrativas rara vez estaban libres de presiones políticas, y solo podían ser revisadas por los tribunales administrativos por alguna infracción de principios procesales.

Esto comenzó a cambiar a finales de la década de 1950, primero en Alemania y luego en muchos otros Estados europeos. El apoyo alemán a una ley de competencia fue una respuesta a sus desastrosas experiencias durante la primera mitad del siglo, y a la creencia de muchos de que la excesiva concentración de poder económico había facilitado la toma del poder por parte de los nazis. Un grupo de abogados y economistas conocidos como "ordoliberales" (una derivación de "libertad dentro del orden") creían en la necesidad de leyes para proteger el proceso competitivo de las interferencias *tanto del Estado como de la empresa privada*. Así, consideraban que el derecho de la competencia podría ser un medio para lograr ese fin, pero solo si se materializaba en una ley propiamente tal, y si las decisiones eran producidas por instituciones relativamente independientes, utilizando métodos *judiciales* y procedimientos legales. Según esta perspectiva, el derecho de la competencia no podía ser efectivo si era simplemente una "política" hecha principalmente por funcionarios administrativos, y fácilmente cambiada y subvertida.

Los ordoliberales estaban apasionadamente comprometidos con este objetivo, y cuando

ocuparon posiciones importantes en la Alemania de la posguerra, impulsaron la promulgación de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia (GWB) en 1957, la primera ley de competencia "moderna" en Europa[26]. En ella, una autoridad independiente aplicaría la ley, y sus decisiones podrían ser apeladas *tanto por* motivos procesales como sustantivos ante los tribunales ordinarios y, por lo tanto, ser sometidas al *razonamiento y los requisitos judiciales*. Esta ley se aplicó con vigor y compromiso, y muchos la vieron como un factor importante en el éxito de la economía social de mercado alemana.

Durante las siguientes décadas, otros Estados europeos promulgaron nuevas leyes de competencia, y se introdujeron más "elementos legales" en las existentes. Protegieron cada vez más a los tomadores de decisiones de las presiones políticas y económicas externas, se basaron en métodos y procedimientos jurídicos, enfatizaron la necesidad de un tratamiento consistente de conjuntos de casos, aumentaron el nivel de transparencia del proceso de toma de decisiones más transparente, y mejoraron la capacidad de las AC para investigar e imponer sanciones a los infractores.

Estas experiencias nacionales dieron forma al derecho de la competencia tal como se fue configurando en las instituciones de la UE después de su creación en 1957[27]. Contribuyeron con ideas, valores y experiencias que fueron adoptados y adaptados a las necesidades de la integración europea. En ocasiones, la experiencia del derecho de competencia de Estados Unidos también jugó un papel en esta evolución.

2. Los Estados miembros como los *enforcers* principales del derecho de la competencia de la UE

En 2004, la relación entre los Estados miembros y la UE cambió abruptamente, principalmente en respuesta a un aumento en el número de los primeros[28]. En esta nueva situación, las AC de los Estados miembros se convirtieron en los principales *enforcers* de la ley de la UE en la mayoría de las funciones. Ahora se les exigía que aplicaran el derecho de competencia comunitario a conductas que tuvieran consecuencias más allá de sus propias fronteras. Esto significaba que tenían que

[26] Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) de Alemania, cap. 2 § 20, Ley del 27 de julio de 1957, modificada en 1965, 1973, 1976, 1980, 1989, 1998, 2005, 2013, 2017, 2021 y 2023, disponible en inglés en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

[27] Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma) de 1957.

[28] Reglamento (CE) N°1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

aplicar la ley de la UE a prácticamente todas las conductas de relevancia. Como consecuencia, los Estados miembros básicamente han alineado sus leyes de competencia domésticas con el derecho de la UE. Sin embargo, es importante enfatizar que a veces los Estados varían en sus interpretaciones de la ley.

A su vez, la Comisión "dirige" el *enforcement* por parte de los Estados miembros. Así, supervisa las decisiones de las AC para asegurar que la ley se interprete de manera consistente en toda la UE. Se puede esperar que una decisión de una AC que se desvíe demasiado de los principios y políticas de la UE lleve a los funcionarios comunitarios a solicitar que se ajuste a estos parámetros. La European Competition Network (ECN), una organización de las AC, tiene el mismo objetivo básico[29]. Patrocina el diálogo y la cooperación entre las AC con el objetivo de generar una mayor uniformidad y efectividad dentro de la UE. Sin estas formas de control, el *enforcement* de la ley podría divergir, y socavar la integración.

Sin embargo, las autoridades de la UE tienen mucha menos influencia sobre los tribunales de los Estados miembros. Por lo tanto, sus decisiones son más propensas a desviarse significativamente de las directrices de la UE, por lo que es necesario verificar tanto las decisiones administrativas como las judiciales al evaluar la situación legal en un Estado miembro.

[29] Comisión Europea, "Overview – European Competition Network", disponible en: https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html (último acceso el 21 de julio de 2023).

C. Instituciones de la UE: actores y voces

Reconocer qué hacen las instituciones de la UE, cómo lo hacen y qué incentivos tienen es clave para interpretar y predecir sus decisiones.

1. La Comisión y sus funciones

La Comisión es la institución administrativa central de la UE, y el punto focal del derecho de la competencia en la comunidad. Sus funcionarios están obligados a fomentar los intereses de la UE en su conjunto, y no a representar los intereses nacionales. En el derecho de la competencia, generalmente están protegidos de las presiones políticas externas directas.

Las cuestiones de competencia son manejadas por la Dirección General de Competencia (DG Comp), que tiene tres responsabilidades principales. Una de ellas consiste en crear y desarrollar políticas. Así, redacta directrices y declaraciones de políticas con respecto a sus puntos de vista y prácticas. Una segunda es aplicar el derecho de la competencia en situaciones específicas que están reservadas para el *enforcement* a nivel de la UE. La tercera potestad es guiar el *enforcement* por parte de los Estados miembros. El Director General de esta oficina dirige sus operaciones, y a menudo juega un papel importante en la configuración de la política y las relaciones con otros componentes de la administración.

El Comisario de Competencia es responsable ante la Comisión por el manejo de los asuntos de competencia. Su influencia sobre la DG Comp suele ser extensa, pues debe dar su aprobación sobre sus recomendaciones antes de presentarlas a la Comisión para su decisión. Las decisiones importantes deben ser aprobadas por la Comisión, aunque en la práctica (y por necesidad) normalmente respalda las recomendaciones de la DG Comp. Como resultado, el Comisario comúnmente es un centro de atracción para los medios de comunicación, y el principal portavoz del derecho de la competencia de la UE.

El Servicio Jurídico es un componente de la Comisión que a menudo juega un papel importante en el derecho de la competencia. Revisa las decisiones propuestas de la DG Comp para su conformidad con los tratados y las leyes de la UE. Si considera que una decisión propuesta por este órgano es una infracción, negocia para realizarle modificaciones, y puede forzar cambios en las decisiones propuestas.

2. Los Tribunales de la UE y el Parlamento Europeo

Los dos tribunales de la UE desarrollan

principios y reglas a la hora de revisar las decisiones de *enforcement* de la Comisión, y la mayoría de los casos que conocen son presentados por las empresas que han sido multadas por la Comisión. El Tribunal General (anteriormente, el Tribunal de Primera Instancia) trata la mayoría de los casos de competencia. Sus decisiones a veces pueden ser apeladas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque por razones prácticas esto no es común. Los jueces de los dos tribunales son propuestos por sus respectivos Estados miembros, y normalmente son aprobados por consenso después de la negociación entre aquellos.

El Parlamento Europeo normalmente juega un papel marginal en el derecho de la competencia. Sin embargo, la Comisión debe informar sus actividades al Parlamento, y los miembros del órgano tienen oportunidades para cuestionar las decisiones de la Comisión, y para pronunciarse sobre los que consideran sus errores y debilidades. Los debates del Parlamento pueden proporcionar una perspectiva útil de los factores que están influyendo en las decisiones de la Comisión.

D. Fines

El derecho de la competencia de la UE persigue una mezcla de fines, a veces enfatizando uno o un grupo de ellos, mientras que en otras ocasiones persigue otros. Dos de estos fines han sido fundamentales a lo largo de la evolución del régimen de competencia. Cada uno ha cambiado con el tiempo, y ambos han ido fusionándose gradualmente en un conjunto interrelacionado y no siempre fácilmente predecible de fines.

Un asunto ha consistido en el apoyo de la integración europea, que resultó central para la UE durante su período formativo. El éxito de la integración europea fue incierto durante décadas tras la creación de la UE, y el derecho de la competencia se utilizó frecuentemente como una herramienta para eliminar las barreras privadas al comercio entre los Estados miembros, y centrar la atención en los beneficios de un mercado europeo más grande y unificado. Por ejemplo, en un importante caso durante la fase temprana, el derecho de la competencia se aplicó para prohibir el uso privado de los derechos de propiedad intelectual para segmentar el mercado de la UE en mercados nacionales. Un componente del tema de la integración fue la creencia de que, si la competencia proporcionaba beneficios a amplios segmentos de la población, estos serían más propensos a apoyar la integración continua. Este uso del derecho de la

competencia generalmente se consideraba eficaz, y fue un foco de sus esfuerzos hasta la década de 1990.

El otro fin central ha consistido en proteger el proceso competitivo de los daños, es decir, hacer los mercados más efectivos. Las concepciones del daño han evolucionado con el tiempo, pero un hilo conductor ha sido la preocupación por el uso del poder económico para "distorsionar" la competencia. Este es un fin genérico del derecho de la competencia que no necesariamente está relacionado con el proceso de integración.

Estos dos fines básicos comenzaron a fusionarse en la década de 1990, cuando los desarrollos en el derecho de competencia de EE.UU. se vieron como elementos que contribuyeron al éxito de su economía. Esto impulsó a los responsables de la toma de decisiones hacia un "enfoque más económico", es decir, una mayor atención a la eficiencia y al bienestar del consumidor. Los funcionarios de la UE han visto este enfoque basado en la economía como un aporte en sí mismo a la integración europea, al proporcionar un marco común para su uso en todo el sistema de la UE. En esta perspectiva, los fines de integración ya no están separados de los fines económicos.

La relación entre los fines económicos y de integración inevitablemente seguirá evolucionando, formando un conjunto de fines que las autoridades de la UE pueden extraer al tomar decisiones. El resultado implica flexibilidad y adaptabilidad, pero también grados de incertidumbre. En general, sin embargo, una revisión cuidadosa de las decisiones administrativas y judiciales recientes revela los fines que son favorecidos por la Comisión y los tribunales en un momento particular, y esto puede reducir significativamente tal incertidumbre.

E. Métodos y objetivos del derecho sustantivo

1. Estructura básica

A diferencia del derecho de competencia de EE.UU., basado en los precedentes, el derecho sustantivo de la UE se basa principalmente en el Tratado que establece sus normas principales, y las interpretaciones de sus disposiciones por parte de los tribunales y la Comisión. El Tratado de Roma, que creó las primeras versiones de la UE en 1957, contiene dos disposiciones básicas, que se han mantenido más recientemente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de 2004[30]. Una de ellas trata sobre los acuerdos, la otra incluye el abuso de posición dominante, y existen disposiciones separadas para las fusiones.

El artículo 101(1) prohíbe los acuerdos que restrinjan la competencia, ya sea que esta restricción sea "por objeto" o "por efectos". Esto crea una categoría muy amplia de posibles infracciones, pero el parágrafo (3) del mismo artículo crea un conjunto de cuatro exenciones que reducen significativamente esta categoría. Ellas son la versión de la UE de la función de ponderación descrita en el Capítulo 5, pero están más estructuradas que su homóloga estadounidense. En resumen, los acuerdos están exentos de la prohibición si: (1) contribuyen a mejorar la producción o distribución de bienes o al progreso técnico o económico; (2) permiten que una parte equitativa de los beneficios vaya a los consumidores; (3) no imponen restricciones que no sean indispensables para alcanzar esos objetivos; y (4) no crean la posibilidad de que las empresas eliminen la competencia en un mercado relevante. El alcance de estas exenciones es generalmente el foco de atención del derecho de la competencia.

Los tribunales de la UE han producido un extenso conjunto de decisiones judiciales que todas las instituciones que aplican el derecho comunitario deben seguir. Sus métodos de interpretación combinan tres hilos principales. Uno es la tradición jurídica continental europea, que presta mucha atención al proceso de interpretación de textos legales fijos. La mayoría de los jueces han sido entrenados en esta tradición del "derecho continental". Un segundo aspecto es el carácter jurídico único de la UE y el alto valor de la existencia de la integración. Finalmente, cobra relevancia la necesidad de considerar los efectos económicos de la conducta en la aplicación de las disposiciones legales.

[30] Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT (último acceso el 21 de julio de 2023).

La Comisión está obligada a seguir las interpretaciones judiciales, pero sus decisiones no siempre son completamente consistentes entre sí a lo largo del tiempo. A veces esto está relacionado con las diferencias en la formación y experiencia de los funcionarios: algunos tienen formación legal, mientras que otros la tienen en áreas como la economía. Sin embargo, la Comisión proporciona numerosas directrices e información sobre sus prácticas de decisión actuales. Al tratar casos individuales, es necesario prestar mucha atención a esta información, que la Comisión dispone de manera fácilmente accesible en su sitio web.

2. Objetivos

Acuerdos horizontales: La importancia percibida de identificar el daño económico conduce a un enfoque en los acuerdos horizontales. La economía juega un papel central en la evaluación de estos acuerdos, pero, a diferencia del *antitrust* de EE.UU., no se le entrega un papel normativo independiente. En su lugar, esta se utiliza para aplicar las exenciones del Art. 101 (3), por lo que el análisis es significativamente más estructurado que como comúnmente sucede en EE.UU. En él, las condiciones individuales de exención son el foco, y la Comisión utiliza presunciones para aumentar la estructuración del análisis.

Acuerdos verticales: Para evaluar los acuerdos verticales, se utilizan los mismos criterios básicos que se utilizan para los acuerdos de carteles, pero la aplicación de los criterios es más complicada por tres razones principales. En primer lugar, como se señaló en el Capítulo 5, el análisis económico en sí es más complicado en el caso de los acuerdos verticales, porque se involucra más de un mercado, por lo que las relaciones que pueden causar daño son más difíciles de discernir. En segundo lugar, el análisis económico se aplica dentro de las disposiciones del Tratado, en vez de como un estándar legal independiente. Si un acuerdo no encaja dentro de una de las exenciones, infringe el Tratado. Y, en tercer lugar, los mercados europeos a menudo están altamente concentrados, lo que aumenta la probabilidad de que el poder en un mercado pueda ser utilizado para causar daño en otra industria. La concentración de los mercados también aumenta la sensibilidad al uso del poder, particularmente a nivel político, por lo que también crece el impulso para perseguir estas conductas.

Abuso de dominancia: Algunos de estos factores también influyen en el tratamiento de las conductas unilaterales (abuso de una posición dominante). La ley está más estructurada que en algunos países. Los mercados deben estar claramente definidos;

se debe establecer la dominancia; y se deben cumplir criterios relativamente específicos de abuso. Sin embargo, el enfoque en el poder (que ha sido central en la evolución del derecho de la competencia en Europa a lo largo de su desarrollo) entrega una apertura para considerar nuevas formas de poder. Lo más notable aquí es la disposición para considerar el control de los datos y el tamaño de las empresas que controlan grandes cantidades de datos (por ejemplo, Google y Facebook) en la evaluación del abuso de dominancia. Además, los altos niveles de participación del gobierno en la economía se han combinado con el tamaño relativamente pequeño de la mayoría de las economías nacionales europeas para crear empresas dominantes en muchos mercados, y algunas de ellas son apoyadas por los gobiernos domésticos como "campeones nacionales". El resultado es que las conductas de las empresas dominantes es un enfoque principal del pensamiento y *enforcement* del derecho de competencia.

Fusiones: El elemento de control de fusiones del derecho de la competencia se introdujo mucho después del Tratado de Roma, debido a que fue resistido durante mucho tiempo por algunos Estados miembros. La resistencia a la aplicación del derecho de fusiones no ha desaparecido, aunque ha disminuido significativamente. La Comisión evalúa las concentraciones bajo un Reglamento de Fusiones que está autorizado por el Tratado, pero no está incluido en él[31]. En esta área, el principal factor a considerar es el daño económico, pero la apertura a otros elementos de poder mencionados anteriormente, como el control sobre los datos, también es evidente aquí. Las fusiones horizontales tienden a recibir la mayor atención, y en estos casos la economía juega un papel similar al que tiene en EE.UU., por lo que los niveles de concentración son una parte clave del análisis. Sin embargo, una concepción más amplia del poder, que incluye el poder sobre los datos, conduce a una mayor atención a estos problemas, no solo al evaluar las fusiones horizontales, sino también en las materias de fusiones verticales y de conglomerado.

[31] Reglamento (CEE) N°4064/89, sustituido por el Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo, de fecha 20 de enero de 2003, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

F. Roles globales

El derecho de la competencia de la UE desempeña roles globales similares a los que desempeña el antitrust estadounidense. Cada uno tiene influencia política y económica que usa para influir en otros sistemas de competencia, y cada uno aplica su derecho extraterritorialmente, asegurando que los abogados, las empresas y los encargados del *enforcement* en todas partes deben prestar atención a lo que dicen y hacen. El papel global de la UE está configurado por tres elementos adicionales.

Uno de ellos son las relaciones legales, culturales e históricas de Europa con otros sistemas legales. La mayoría de los regímenes de competencia extranjeros en América Latina, África y el sur de Asia forman parte de sistemas legales basados en tradiciones y patrones europeos (es decir, del "Derecho continental"). Como resultado, a menudo tienen instituciones que son similares a las europeas, siguen procedimientos que son parecidos a los europeos, y utilizan conceptos y suposiciones que provienen de los sistemas legales de Europa. Esto facilita la comprensión, haciendo los mensajes más fáciles de comprender y reduciendo la probabilidad de malentendidos. En general, esto tiende a apoyar la influencia del derecho de la competencia europeo en estos regímenes.

En segundo lugar, el derecho de la competencia en Europa ha enfrentado problemas similares a los que afrontan muchos regímenes de competencia más nuevos. Durante el siglo XX, muchos países europeos pasaron de economías centralizadas económicamente débiles con importantes elementos de control estatal a economías de mercado, y utilizaron el derecho de la competencia en diferentes grados como herramienta para construir la cultura de la competencia que respaldaba la economía de mercado. A lo largo de esta evolución, el derecho de la competencia europeo ha tenido que competir por legitimidad y apoyo con actitudes arraigadas que favorecen un papel activo del Estado en la economía. A diferencia de Estados Unidos, no podía simplemente "aplicar la ley", sino que tenía que generar aceptación para ella. En el siglo XXI, muchos países enfrentan los mismos desafíos, por lo que la experiencia europea puede ser muy valiosa para ellos.

Y, en tercer lugar, el derecho de la competencia de la UE influye directamente en varios otros regímenes de competencia en varias situaciones específicas. Por ejemplo, Suiza, Noruega y el Reino Unido no forman parte de la UE, pero han alineado sus leyes de competencia con las de la UE para minimizar la interrupción en el comercio y la inversión entre sus regímenes de competencia y el comunitario. Además, la UE debe aprobar el derecho de la competencia de cualquier Estado que busque ingresar, y un

requisito de admisión es que el derecho de la competencia de un solicitante se alinee con el de la Unión. Esto significa que todos los Estados que han solicitado la membresía, o esperen hacerlo en el futuro, deben seguir el modelo de la UE.

La importancia y la influencia del derecho de la competencia de la UE han crecido significativamente, y es probable que los contrastes y perspectivas que aporta continúen creciendo en importancia.

Capítulo 10
Otros sistemas de competencia: Los factores determinantes

Más de un centenar de regímenes son parte del sistema global de derecho de la competencia, algunos como actores principales, otros más en las periferias. Antes de los años 90, la mayoría de ellos ni siquiera existían, o desempeñaban una función marginal en las esferas jurídica y empresarial. Sin embargo, la extensión y profundización de la globalización desde entonces han cambiado drásticamente el panorama. Un resultado de ello es que la mayoría de los regímenes son relativamente recientes, por lo que todavía están definiendo fines, métodos y prácticas que sirvan a sus propios objetivos.

Este capítulo no presenta información detallada sobre regímenes individuales de derecho de la competencia. Son demasiados para eso. Además, estos regímenes no ejercen las formas de liderazgo en el entorno global que desempeñan los sistemas de competencia de EE.UU. y Europa. En cambio, el capítulo identifica elementos que moldean todos los regímenes de competencia. Estos "factores determinantes" sirven como guías que resaltan la información relevante sobre un sistema ("aquí es donde debes buscar") y nos conducen a las preguntas más valiosas y útiles para entenderlo mejor, por lo que traspasan la maraña de datos para llegar a lo que necesitamos saber. ¡Observar estos factores y su influencia puede ser de gran valor al examinar cualquier sistema! Así, el objetivo no consiste en proporcionar detalles, sino penetrar en ellos, darles sentido y guiar la entrada a través de ellos.

A menudo, elementos específicos moldean un grupo completo (o familia) de regímenes. Estos "factores de configuración compartidos" nos ayudan a reconocer similitudes y diferencias entre regímenes dentro del grupo, y a ver cómo se relacionan entre sí. La guía discute tres ejemplos: Asia Oriental, América Latina y países de mercados emergentes.

A. Factores determinantes

Los elementos legales, económicos, políticos y sociales inevitablemente dan forma a las leyes de competencia. Proporcionan los presupuestos e incentivos que enmarcan y motivan las decisiones, por lo que a menudo son indispensables para entender las decisiones pasadas y predecir las futuras.

1. La economía doméstica

Los líderes políticos promulgan una ley de competencia para beneficiar a su propia sociedad (o también, ocasionalmente, a sí mismos), por lo que las características de la economía interna inevitablemente influyen en su contenido. ¿Qué tamaño tiene la economía? ¿Qué tan abierta está al comercio y la inversión? ¿Qué produce y qué compra? Las respuestas a tales preguntas a menudo iluminan las decisiones sobre el derecho de la competencia.

Tamaño: Este factor influye en la estructura y la intensidad de la competencia. Por ejemplo, una economía mayor generalmente soporta mercados más grandes con más competidores potenciales, y puede crear más oportunidades para la expansión y la diversificación. Los opositores al derecho de la competencia a veces afirman que este tiene poco valor en ese tipo de economías, particularmente donde el mercado está abierto, porque las fuerzas del mercado eventualmente eliminarán cualquier restricción a la competencia que pueda existir. Por ejemplo, esta postura no es extraña en EE.UU. En contraste, los mercados más pequeños son comúnmente más susceptibles al dominio y la manipulación, lo que crea un mayor potencial para la conducta abusiva.

Niveles de ingreso: Cuando los niveles de ingresos son relativamente altos, existe una mayor disponibilidad para que los consumidores gasten, e individuos y empresas inviertan. Esto influye en los tipos y cantidades de bienes y servicios que los consumidores adquieren, y tiende a generar nuevas empresas y a agudizar la competencia. Por otro lado, los niveles de ingresos bajos se asocian a menudo con una competencia más débil en muchos sectores de la economía, y una mayor preocupación por proteger a los productores domésticos.

Apertura: La apertura de una economía al comercio exterior y a la inversión tiende a incrementar la intensidad de la competencia en sus mercados. Esto puede reducir la necesidad percibida de una ley de competencia para protegerse contra conductas anticompetitivas, pero a veces también crea incentivos para utilizar el

derecho de la competencia para controlar la influencia extranjera en la economía. Estos incentivos pueden ser significativos, particularmente en un país más pequeño y menos desarrollado económicamente que desea apoyar a sus productores domésticos.

Desarrollo tecnológico: Es probable que una economía con muchas empresas tecnológicas exitosas tenga mayores niveles de inversión e innovación, pues normalmente son necesarios para alcanzar el liderazgo tecnológico. Esto se asocia con mercados más competitivos, y mejores posiciones competitivas en los mercados internacionales. Por lo tanto, las preocupaciones sobre la competencia del país a menudo se centran en los carteles entre las grandes empresas y su potencial perjuicio para los consumidores. En contraste, los funcionarios de una economía menos desarrollada tecnológicamente a menudo tienen incentivos para proteger a sus propios productores, por lo que pueden prestar menos atención a los carteles (especialmente aquellos celebrados entre empresas nacionales) y prestar mayor atención a los abusos de poder, particularmente por parte de empresas extranjeras.

Factores económicos como estos influyen no solamente en los fines y prioridades de *enforcement*, sino también en las instituciones y métodos de un sistema. Una economía más grande puede proporcionar recursos más extensos para su agencia de *enforcement* que una economía pequeña o débil, lo que le permite adquirir herramientas de *enforcement* más efectivas, así como funcionarios mejor capacitados y más experimentados para utilizarlas.

2. Sociedad

¿Cuál es la estructura social? ¿Quiénes son las elites políticas y económicas? ¿Qué tan cerradas son? ¿Quién habla con quién? ¿Quién tiene estatus? ¿Cómo se alían los grupos entre sí? Las respuestas a tales preguntas pueden ayudarnos a entender cómo funciona realmente un régimen de derecho de la competencia. Por ejemplo, cuando el poder político, la influencia social y la riqueza en una sociedad están firmemente incrustados en una pequeña elite, los intereses de ese grupo influirán en la elección de los objetivos y la intensidad con la que se persiguen. Así, puede que los tomadores de decisiones de ese sector de elite tengan escasos incentivos para perseguir agresivamente a las empresas controladas por otros miembros del grupo.

A veces, estos incentivos se ven compensados por otras consideraciones. Por ejemplo, los miembros de la elite pueden ver sus propias posiciones amenazadas por disturbios sociales, y creer que sería de su

propio interés remarcar el papel del derecho de la competencia en la promoción de la equidad y la protección de las oportunidades competitivas de las pequeñas y medianas empresas nacionales. Los factores sociales rara vez se discuten en presentaciones formales del derecho de la competencia, pero usualmente es muy valioso identificarlos.

3. Cultura y religión

Los valores culturales y religiosos dan forma a las actitudes, tanto hacia la competencia como hacia el derecho, y conocer (aunque sea un poco) sobre cualquiera de ellos puede ser esclarecedor. Por ejemplo, las instituciones religiosas suelen buscar el fomento de los valores de "comunidad" y, por lo tanto, ven la competencia como una amenaza para sus fines. Esto puede inhibir el apoyo al derecho de la competencia y/o generar respaldo a fines como la equidad. Aunque tales influencias tienden a ser marginales en las sociedades más industrializadas, especialmente en Occidente, a menudo son un factor significativo en las economías de los mercados emergentes.

Los valores culturales generales pueden desempeñar papeles similares. Por ejemplo, muchas personas desconfían de los mercados en lugares con una historia de dominación extranjera o de clase, pues temen que estos sean manipulados por grupos con poder económico o político, particularmente los extranjeros. Como resultado, tienden a ver escaso valor en los esfuerzos del gobierno para proteger un proceso en que desconfían. En contraste, el alto valor cultural asignado al proceso de competencia en Estados Unidos es clave para entender el apoyo político que normalmente ha disfrutado allí el derecho *antitrust*.

4. Contexto político

Los niveles, formas y direcciones del apoyo interno al derecho de la competencia pueden ser fundamentales para la elección de fines y prioridades de *enforcement* estatales. Así, hay varias que pueden ser particularmente útiles para evaluar el contexto político: (1) ¿Qué tan estable es la situación política? Los regímenes volátiles tienden a centrarse en cuestiones a corto plazo, como mantenerse en el poder, y rara vez brindan un apoyo serio a herramientas como el derecho de la competencia, cuyos beneficios probablemente se materializarán (si es que lo hacen) en un período más largo. Sin embargo, en algunos casos un grupo gobernante puede usar el derecho de la competencia para promover sus fines políticos a corto plazo (por ejemplo, para castigar a sus rivales). (2) ¿Qué tan corruptos son la administración y los tribunales? ¿Y es conocida ampliamente la corrupción en la sociedad? Este es un problema importante en muchos sistemas. Es poco probable que

una AC en la que los funcionarios reciben beneficios de las empresas tomen medidas de *enforcement* serias contra sus benefactores. De manera similar, un número no despreciable de AC han visto frustrados sus procesos en los tribunales de revisión a causa de la corrupción. Cuando dicha corrupción es bien conocida o sospechada en la sociedad, el apoyo público al derecho de la competencia se ve perjudicado. (3) "¿Qué instituciones políticas pueden influir (e influyen) en el derecho de la competencia?" En una democracia, se espera que la voluntad "del pueblo" (típicamente, como es expresada por un poder legislativo elegido de manera justa) sea la influencia primordial. Sin embargo, en un régimen autoritario los gobernantes pueden controlar el derecho para sus propios objetivos, convirtiéndolo en un instrumento de poder. Esto tiende a subvertir el funcionamiento del derecho de la competencia. A veces, el grado de influencia autoritaria no es fácil de ver, pero merece una cuidadosa atención.

5. El sistema legal doméstico

Cada régimen de competencia funciona de acuerdo con los principios básicos del sistema legal doméstico del cual forma parte, por lo que reconocer estos principios a menudo nos dice mucho sobre cómo funciona el derecho de competencia en sí.

Percepción del derecho: Las percepciones básicas del derecho a menudo influyen profundamente en el derecho de la competencia. En algunas sociedades, por ejemplo, el derecho funciona como un espacio de toma de decisiones distinto e independiente, en el que se aplican principios legales por instituciones autónomas que siguen métodos legales establecidos. Aquí, por lo tanto, las decisiones de las instituciones de competencia tienden a ser relativamente predecibles. Sin embargo, en muchos otros países el derecho se entiende básicamente como una herramienta mediante la cual el gobierno busca sus objetivos, en lugar de un espacio independiente y basado en principios, lo que hace que las decisiones sean más difíciles de evaluar y predecir. Estas características de fondo son cruciales para el funcionamiento del derecho de competencia, pero a menudo se pasan por alto, porque no son específicas para este ámbito del derecho.

Las voces del derecho: El derecho puede hablar con muchas voces, por lo que es importante saber cuáles probablemente influirán en las instituciones de competencia y sus decisiones. Por ejemplo, en algunos sistemas legales, los tribunales tienen un estatus particularmente alto y una discrecionalidad significativa para interpretar, aplicar y a veces crear el derecho.

Por lo tanto, las "voces" judiciales son particularmente importantes para el derecho de competencia. En otros regímenes, la voz del poder legislativo tiene el estatus más destacado, y los tribunales cuentan con un espacio limitado para la interpretación. A veces, las instituciones administrativas (por ejemplo, en Japón) gozan de un estatus particularmente alto, por lo que aquí uno puede esperar que la AC sea la "voz" dominante en el derecho de la competencia.

6. Roles globales y relaciones

Las relaciones entre un régimen de competencia y otros sistemas a menudo influyen en sus decisiones. Examinaremos estas relaciones globales en detalle más adelante, pero algunos factores merecen ser mencionados aquí:

Uno de ellos es el grado en que un gobierno y/o su AC dependen de fuentes extranjeras para ayudas u otro tipo de apoyo. Cuando el gobierno depende de la inversión extranjera, por ejemplo, esto inevitablemente afecta las elecciones que hace para el derecho de competencia. Así, puede promulgar leyes diseñadas para asegurar a los inversores extranjeros que será "acogedor" con ellos. También puede dirigir esfuerzos de *enforcement* hacia ciertos objetivos (o alejándose de ellos) que puedan disuadir tales inversiones. Del mismo modo, el gobierno puede necesitar apoyo económico en forma de ayudas o apoyo político, y esto puede entregar influencia a los representantes de los potenciales países donantes sobre las decisiones de la AC del país.

Estas relaciones también pueden tener resultados menos obvios. Por ejemplo, los regímenes "receptores" pueden rendir homenajes a los modelos occidentales en sus declaraciones oficiales, pero dar más peso a las necesidades e intereses domésticos cuando toman decisiones. Esto tiende a aumentar la brecha entre el derecho "en los libros" y el derecho "en la práctica", oscureciendo lo que realmente está influyendo en las decisiones en ese sistema. A veces, esto se puede observar mediante la comparación del sitio web en inglés de una AC con su versión en el idioma local. Puede que, en el sitio web en inglés, una AC o gobierno afirme una serie de cuestiones sobre los fines y prácticas del país, mientras que haga afirmaciones bastante diferentes en el sitio en el idioma local. Por lo tanto, un observador externo debe ser cauteloso sobre el valor de las declaraciones públicas destinadas a audiencias extranjeras, y verificarlo con aquellos que saben lo que realmente está sucediendo en tal régimen.

B. Elementos de configuración compartidos

Identificar elementos que son centrales para un grupo de regímenes puede ser particularmente útil. Apuntan a lo que es significativo e influyente en ese conjunto, y nos permiten usar lo que sabemos sobre un régimen para saber qué buscar en otros. Tanto las similitudes como las diferencias merecen atención, y llevan a preguntarnos sobre por qué existen. Tres ejemplos demuestran cómo podemos usar esta idea para obtener una visión de los regímenes individuales y las relaciones entre ellos.

1. Asia oriental: administración arraigada y respaldada políticamente

La burocracia juega un papel central en los sistemas de competencia de Asia Oriental (China, Japón y Corea). La administración o burocracias son importantes en la mayoría de las leyes de competencia, pero son especialmente influyentes en este grupo, porque las burocracias son tanto "*arraigadas*" como "*respaldadas políticamente*". Son "respaldadas políticamente" en el sentido de que cuentan con el apoyo de la dirección política, cualquiera sea su ideología y características. Y están "arraigadas", porque están profundamente incrustadas en la sociedad y la cultura, y su estatus se ha reforzado durante un período de tiempo significativo. Muchas burocracias presentan una u otra de estas características, pero fuera de Asia Oriental, pocas tienen ambas.

El conjunto de ideas que respalda e incrusta la administración en Asia Oriental a menudo se denomina "confuciano", aunque debemos usar el término con cautela. El concepto incluye las siguientes ideas: (1) la sociedad es orgánica, es decir, cada parte o grupo dentro de ella está inherentemente relacionado con todos los demás; (2) la administración juega un papel principal en la sociedad, y los burócratas tienen un estatus social correspondientemente alto; (3) la armonía social se valora mucho en relación con la libertad individual; (4) la armonía se mantiene a través de obligaciones y deberes mutuos estructurados; y (5) la educación goza de un alto estatus y refuerza las estructuras jerárquicas.

Estas ideas han animado las culturas de Asia Oriental durante unos dos milenios. Tomaron forma en China, y su influencia se mantuvo poderosa en toda la región, a veces hasta bien entrado el siglo XIX. Aunque esa influencia ha disminuido desde entonces, sigue siendo considerable en algunas áreas de la vida política y legal incluso en el siglo XXI. Los países dentro del grupo difieren en formas importantes, pero lo que podemos llamar "centralismo burocrático del Este de Asia" sigue siendo un elemento principal de cada uno de ellos.

a. China

Contextos: Después de más de un siglo de alteración causada por debilidad militar, estancamiento tecnológico y convulsiones políticas violentas, la burocracia china resurgió después de 1949, ahora como la institución central del comunismo chino. Mantiene características de la tradición burocrática anterior, pero ha agregado una administración paralela: el Partido (es decir, el Partido Comunista Chino). Las dos burocracias están entrelazadas, y los funcionarios del Partido a menudo desempeñan roles que se asemejan a los de sus homólogos gubernamentales. Así, los burócratas superiores y jueces también deben ser miembros del Partido.

Esta burocracia entrelazada está interrelacionada con grandes segmentos de la economía de formas complejas. Los ministerios en Beijing, así como las administraciones locales y provinciales, a menudo participan en grandes empresas, creando incentivos para proteger las posiciones de mercado y el bienestar de esas compañías. En consecuencia, los gerentes y funcionarios a veces ven el derecho de competencia como una amenaza potencial para su capacidad de control de los mercados. La influencia de estos vínculos con la economía en las decisiones de competencia es difícil de ver, y hay pocos incentivos para que los burócratas las revelen.

Sin embargo, este marco de valores crea riesgos para la administración. La tradición cultural pide obligaciones "recíprocas": el pueblo debe obediencia, pero los gobernantes (es decir, el Partido) le deben protección a cambio. Para los tomadores de decisiones chinos, se encuentra acechando en el trasfondo la idea de que la población espera que la burocracia proporcione crecimiento económico y alto empleo y que, en última instancia, su destino depende del apoyo de la población. Este contexto da forma al derecho de competencia, y los forasteros a menudo no reconocen su influencia.

La ley antimonopolios (AML): China promulgó su primera ley de competencia en 2007, después de una década de discusiones dentro de la administración[32]. Se basó principalmente en modelos europeos, pero la interpretación y *enforcement* también han sido influenciados por el derecho de competencia de EE.UU.

Fines: Los fines formales de la AML representan mensajes de la burocracia, tanto para audiencias externas como internas. Le dicen a los gobiernos extranjeros e

[32] Ley Antimonopolios de la República Popular China, promulgada por el Comité Permanente del Décimo Congreso Nacional del Pueblo el 30 de agosto de 2007, y entrada en vigencia el 1 de agosto de 2008. Disponible en inglés en: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471587.htm (último acceso el 21 de julio de 2023).

instituciones internacionales que China busca básicamente los mismos fines que ellos persiguen, pero tranquilizan a las audiencias internas asegurando que el Partido y la burocracia buscan mejorar el bienestar del pueblo, al crear crecimiento económico y avanzar en la "economía de mercado socialista". La AC toma en serio ambos fines al implementar la AML, pero el Partido puede cambiar de dirección a voluntad, por lo que es importante prestar atención a los cambios recientes en la formulación de sus fines.

Instituciones y métodos: La AC es parte de la administración, lo que significa que el Partido puede controlarla. Sin embargo, esto no significa que el Partido *de hecho* controle todas las decisiones. Muchas decisiones tienen poca o nula relevancia política, por lo que, en consecuencia, el Partido presta poca atención a ellas. Además, la burocracia sabe que permitir que el derecho de competencia funcione principalmente "como derecho" (en el sentido occidental) puede traer beneficios para China. Tiende a legitimar la ley china a los ojos de los demás, y esto ayuda a generar un mayor estatus para el derecho de competencia y una mayor confianza entre los inversores extranjeros.

La AC utiliza métodos principalmente provenientes de Estados Unidos y Europa. Sus formas de interpretación de los textos están basadas en gran medida en modelos europeos, aunque no siempre se aplican con la misma rigurosidad que en países como Alemania, y los fines de la "economía de mercado socialista" pueden proporcionar un elemento ideológico ausente en Occidente. Por otra parte, los funcionarios suelen ser altamente competentes en el análisis económico. Sin embargo, en términos generales, la AC ofrece poca información acerca de su razonamiento, por lo que es importante que los que están fuera del sistema busquen consejo de aquellos con "perspectivas internas". Los tribunales pueden revisar las decisiones de la AC, pero también están sujetos al control del Partido, por lo que es poco probable que generen conflictos significativos con la Autoridad.

Derecho sustantivo y objetivos: El derecho sustantivo se basa en fuentes europeas, particularmente alemanas, pero (una vez más) la incorporación de la AC en la burocracia central y sus principios de economía de mercado socialista causan variaciones en su aplicación. Esto también implica que los cambios en la política económica general pueden llevar a modificaciones en la interpretación de la ley y en los objetivos de *enforcement*, y a menudo esos cambios pasan desapercibidos en el exterior. Examinar las prácticas actuales

de la AC en el contexto de la política gubernamental general puede ser valioso. En particular, la administración suele prestar mucha atención a la protección y apoyo a las empresas chinas, por lo que la adquisición extranjera de empresas chinas a menudo se somete a escrutinio. Del mismo modo, los lazos de la burocracia con las empresas dominantes tienden a limitar el *enforcement* contra las compañías dominantes chinas, e incrementar los incentivos para aplicarlo contra sus competidores extranjeros. En algunas áreas, las interpretaciones del Tribunal Supremo chino también son influyentes, especialmente en la esfera altamente circunscrita del *enforcement* privado.

Roles globales: El peso político y económico de China otorga a la burocracia una influencia potencialmente significativa en las leyes de competencia extranjeras, particularmente en Asia y los mercados emergentes.

b. Japón y Corea

Japón y Corea del Sur sitúan el centralismo burocrático en sistemas políticos más abiertos y democráticamente disputados. Los regímenes de competencia difieren entre sí en muchos aspectos importantes, pero los tratamos juntos aquí para agudizar nuestras perspectivas sobre sus similitudes y las diferencias.

Contextos: Tanto Japón como Corea son países de alto ingreso, altamente industrializados y tecnológicamente avanzados. Las economías dependen en gran medida de las exportaciones y las inversiones en el extranjero por parte de sus empresas. A nivel interno, las estructuras de *"wheel and spokes"* (*keiretsu* en Japón; *chaebol* en Corea) juegan roles significativos, aunque están disminuyendo. En esta estructura, un banco y una o más empresas industriales importantes suelen estar en el centro de una red de compañías más pequeñas, que proporcionan suministros y apoyo a la empresa industrial a cambio de obligaciones de apoyo por parte del centro. Este sistema entrega estabilidad económica y respalda el crecimiento de las exportaciones de alta tecnología, pero también otorga a las empresas centrales una amplia influencia sobre las dependientes. Estas relaciones reflejan patrones de larga data de jerarquía y obligación recíproca.

Ambos sistemas políticos son democráticos y cuentan con poderosas burocracias centrales y tribunales independientes. Sin embargo, a diferencia de China, el poder de la administración no es monolítico, pues está limitado por otras instituciones y por un sistema político que requiere que la burocracia explique y justifique sus decisiones.

Derecho de la Competencia: Los respectivos derechos de la competencia son activos y respetados internacionalmente. Cada uno de ellos está profundamente arraigado en una burocracia poderosa y sólidamente establecida. Como resultado, están influenciados por las políticas económicas generales de la administración, pero principalmente operan según los principios y procedimientos legales. Los contextos políticos crean presiones sobre las AC que difieren de las de China.

Para Japón, un poco de historia resalta el papel de la burocracia. Las fuerzas de ocupación de Estados Unidos impusieron el derecho de la competencia allí después de la Segunda Guerra Mundial, pero durante muchas décadas la administración hizo muy poco para hacerlo cumplir. La razón es que estaba siguiendo una estrategia económica que era antagónica a los fines del derecho de la competencia, centrándose en cambio en un papel central para la burocracia (MITI) en la orientación del desarrollo económico. La AC (Comisión de Comercio Justo de Japón, o JFTC) recibió poco apoyo, tanto financiero como político. Sin embargo, la globalización de los años 90 provocó un cambio fundamental. El gobierno ahora empleó el derecho de competencia *al servicio del* desarrollo económico y la convirtió en una característica importante de su política económica[33]. El gobierno aumentó significativamente el apoyo para la AC, y esto llevó a un mayor *enforcement*, multas más altas y un papel más central en la economía. En efecto, el papel central y arraigo de la burocracia permitieron modificar significativamente el derecho de la competencia, a medida que cambiaba su comprensión de los intereses japoneses.

La experiencia del derecho de la competencia de Corea presenta similitudes, pero también diferencias. Desde el fin del gobierno militar en la década de 1980, el sistema político se ha vuelto fuertemente democrático, con gobiernos inspirados por la socialdemocracia alternándose con gobiernos conservadores y no intervencionistas. El papel y el poder de los *chaebols* a menudo ha sido un tema central en el ámbito político, y gran parte del debate se ha centrado en el papel del derecho de competencia en el control su poder. La alternancia en el liderazgo político entre aquellos que se declaran abiertamente favorables a los negocios con quienes están más dispuestos a controlarlos a menudo crea un terreno peligroso para la AC de Corea (Comisión de Mercado Justo de Corea, KFTC). Al

[33] Ministerio de Asuntos Exteriores de Japón, "The Deregulation Action Program" (31 de marzo de 1995), https://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/1996/recent/program.html (último acceso el 21 de julio de 2023).

igual que en Japón, existe respeto por las instituciones y métodos legales ("el estado de derecho"). En Corea, la AC debe lidiar con tribunales que están bastante dispuestos a revertir sus decisiones. En particular, debe operar dentro de una tensión entre los poderosos *chaebols* y el resentimiento popular hacia su poder. Además, debe responder a la percepción de injusticia en su control de las pequeñas empresas dependientes, pero está bajo presión política para no tomar medidas que pudieran impedir la capacidad de los *chaebols* para competir internacionalmente. Desde la década de 1990, el poder legislativo ha fortalecido significativamente el derecho de la competencia y las instituciones legales que lo implementan.

A su vez, las leyes de competencia en los dos regímenes también difieren significativamente. La Ley Antimonopolios Japonesa (AML) se basa en los principios *antitrust* de Estados Unidos dictados por las autoridades de ocupación de la posguerra, pero el sistema legal se basa esencialmente en principios europeos[34]. Esto ha llevado a mucha complejidad en la interpretación y aplicación de la ley. También ha subrayado el papel de la burocracia como fuente de consistencia y un depósito de conocimiento, así como la importancia de los académicos en descifrar su complejidad.

Por su parte, la Ley coreana es más reciente y se basa más firmemente en modelos europeos (básicamente alemanes)[35]. Fue producida a través de un proceso democrático y adaptada al contexto de Corea. Las instituciones de la administración han sido fundamentales en la interpretación y aplicación de la ley, pero los tribunales y los académicos también juegan roles importantes en su interpretación. El *enforcement* privado está disponible en ambos sistemas, pero los incentivos para demandar son comparativamente limitados, particularmente en Japón, donde los obstáculos procesales y los factores culturales tienden a inhibir la litigación privada.

Las consideraciones económicas, tanto domésticas como globales, influyen en los objetivos de *enforcement*. La dependencia de las exportaciones por parte de los grandes productores tiende a desalentar a ambas AC de tomar acciones de *enforcement* significativas contra las empresas nacionales dominantes, cuando dichas acciones podrían

[34] Ley de Prohibición de Monopolización Privada y Mantenimiento del Comercio Justo de Japón (originalmente promulgada por la Ley N°54 del 14 de abril de 1947), disponible en inglés en https://www.jftc.go.jp/en/policy_enforcement/21041301.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

[35] Ley N°3320 de Regulación de Monopolios y Comercio Justo de Corea, que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1980, disponible en inglés en: https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=41658&type=part&key=19 (último acceso el 21 de julio de 2023).

perjudicar su capacidad para competir internacionalmente. Esta dependencia también tiende a dar un papel más central a la burocracia en temas de competencia, con la suposición de que está en la mejor posición para evaluar las consecuencias de las decisiones de competencia en el ámbito, y para negociar con gobiernos y empresas extranjeras respecto a los intereses japoneses.

El poder moldeador de la administración central es evidente en cada uno de estos regímenes, y compararlos revela cómo los diferentes contextos políticos, sociales y económicos diseñan sus funciones.

2. Poder socialmente concentrado: América latina

La concentración de poder económico y político en un pequeño grupo social representa un segundo factor central de configuración. Ha sido una característica destacada en las sociedades latinoamericanas, y reconocer su influencia resalta patrones en la región.

Poder socialmente concentrado: La concentración de riqueza, poder político, estatus social y control económico en América Latina tiene raíces profundas. Los españoles y portugueses que conquistaron el continente en el siglo XVI dividieron la tierra entre ellos, otorgando grandes extensiones a unos pocos individuos que la utilizaron en la agricultura a gran escala y en la extracción de materias primas. Estas pequeñas élites controlaban el poder político, y dominaban tanto la sociedad como la educación. Cuando el colonialismo finalizó a principios del siglo XIX, este patrón básico a menudo continuó. Otros grupos han adquirido propiedad e influencia solo en forma gradual. Normalmente, la clase media ha permanecido relativamente pequeña en muchos países, principalmente porque la actividad económica se ha centrado en la agricultura y las industrias extractivas, en lugar del comercio y el emprendimiento. Esta centralización de la riqueza y el poder usualmente genera resentimiento entre otros miembros de la sociedad, y a veces fomenta el conflicto.

Esta estructura social y económica generalmente ha causado que el papel de la competencia sea marginal, aunque eso está cambiando rápidamente en algunos países. Esta organización fue posteriormente sumergida en el proceso de industrialización por ideologías basadas en el control gubernamental de la economía. Así, durante la segunda mitad del siglo XX, los principales gobiernos latinoamericanos persiguieron una política de *dependencia*. La idea central era que el gobierno tenía que proteger a los productores nacionales

de competidores más grandes y avanzados de Estados Unidos y Europa, por lo que deberían reemplazar las importaciones con producción doméstica. Esta política benefició a los que estaban en el poder, y preservó un grado de independencia económica por un tiempo, pero finalmente también condujo a tasas de inflación muy altas y un creciente estancamiento económico, lo que alimentó dictaduras militares periódicas e inestabilidad política.

Derecho de la competencia: Los elementos explicados oscurecieron el valor del derecho de competencia hasta la década de 1990. Sin embargo, desde entonces la globalización económica y el auge de regímenes políticos más democráticos ha causado un aumento significativo en el interés en muchos países. El derecho de competencia era visto cada vez más por los miembros de la élite como una herramienta que podían usar para su propio interés y el beneficio de sus sociedades, pues podría ayudar a integrar sus economías domésticas en el sistema global. Esta óptica vincula al derecho de la competencia con la capacidad de las empresas nacionales para competir en los mercados globales, y puede entregar a sus gobiernos un papel mayor en las relaciones económicas mundiales.

Generalizar sobre los regímenes de competencia de América Latina es arriesgado, porque difieren significativamente entre sí, y pueden cambiar con frecuencia. Sin embargo, dos patrones son dignos de mención. En primer lugar, las tensiones e interacciones entre las élites tradicionales, las clases medias cada vez más significativas, y los grupos más débiles que buscan mayores beneficios económicos, así como más participación económica y política, son fundamentales para la evolución de la mayoría de los regímenes. En segundo lugar, las relaciones complejas con Estados Unidos y Europa a veces juegan una función central en esta historia. Los regímenes legales se basan en modelos y prácticas europeas, y los lazos sociales y económicos con Europa a menudo han sido fuertes, pero la influencia de la ley antimonopolio de Estados Unidos ha crecido desde la década de 1990, especialmente en algunos países líderes. Sin embargo, esta influencia a veces se ve teñida por la historia de la participación de Estados Unidos en América Latina, que a veces ha involucrado intervenciones políticas e incluso militares directas para disuadir a los países latinoamericanos de desviarse demasiado de las agendas políticas y económicas estadounidenses. Esto a menudo ha llevado a un resentimiento y resistencia significativos en grupos de las poblaciones latinoamericanas.

Fines: Los países que buscan desempeñar roles más importantes en la economía y sistema de competencia globales, como Chile, Colombia, Brasil, Perú y Argentina, tienen incentivos para seguir los modelos de la OCDE que se centran en los fines económicos, principalmente el bienestar del consumidor y fines de eficiencia. Esto envía un mensaje a los gobiernos e instituciones extranjeras sobre sus intenciones y aspiraciones amigables con la inversión. Sin embargo, es común que los grupos nacionales demanden una mayor atención a la equidad y otros fines políticos y sociales, y algunos regímenes hacen esfuerzos para responder a estas demandas.

Métodos e instituciones: Los sistemas que se centran en los fines económicos necesariamente utilizan métodos de análisis económico, pero en muchos países las AC son nuevas y cuentan con recursos insuficientes, lo que dificulta atraer y mantener personal de alto nivel, e impide el uso completo de métodos económicos avanzados. En consecuencia, muchas AC no pueden perseguir el análisis económico tan rigurosamente como se realiza en Estados Unidos y Europa. Asimismo, muchos jueces tienden a resistirse al énfasis en el análisis económico, y confían en cambio en el análisis jurídico tradicional.

Varios factores tienden a limitar el apoyo a las instituciones de competencia. En primer lugar, la corrupción es común y asumida en algunos países, inhibiendo la confianza en las instituciones gubernamentales. En segundo lugar, muchos son escépticos de la competencia en sí, en parte porque relativamente pocos participan en mercados competitivos o ven cómo podrían beneficiarse de la competencia. Y, en tercer lugar, muchos sectores asumen que la élite controla los mercados, ya sea sola o en conjunto con intereses extranjeros.

Derecho sustantivo y enforcement: Las leyes están generalmente basadas en modelos europeos, pero a veces se puede ver la influencia estadounidense en la interpretación y *enforcement*. En los sistemas donde predominan los fines económicos, el enfoque suele estar puesto en los acuerdos horizontales, especialmente los carteles transnacionales. Muchos regímenes prestan atención al abuso de posición dominante, principalmente porque se ve como un medio para combatir la inflación, que usualmente es una preocupación importante en la región. En general, el derecho de competencia tiende a ser aplicado de manera ligera, pero el *enforcement* puede aumentar rápidamente cuando los intereses de la élite y de la clase media lo apoyan.

Roles globales: La mayoría de los países latinoamericanos todavía tienen un papel relativamente marginal en el sistema global de competencia. Pocos otros países buscan su orientación, y como regímenes individuales tienen una influencia política y económica limitada. Sin embargo, algunos regímenes, como Brasil y Chile, se han convertido en actores respetados en el sistema global de derecho de la competencia.

El poder socialmente concentrado ha moldeado la evolución del derecho de la competencia en estos países, y proporciona valiosas perspectivas sobre sus dinámicas.

3. Mercados emergentes: El imperativo del desarrollo

El desarrollo económico es central para el derecho de la competencia en los países de mercados emergentes (EMC, por sus siglas en inglés). Cada régimen se enfrenta a dos desafíos importantes. Uno consiste en decidir cómo el derecho de la competencia puede servir a ese fin. El otro es la necesidad de equilibrar el deseo de desarrollo económico a largo plazo con los beneficios a corto plazo de satisfacer las demandas de empresas e instituciones extranjeras. El desarrollo es un proyecto a largo plazo en el que los productores nacionales inevitablemente juegan un papel importante, pero proteger a tales productores entra en conflicto con los modelos de derecho de la competencia basados en el bienestar del consumidor que favorecen los países exportadores de capital.

Control colonial y desarrollo obstaculizado: La mayoría de los países de mercados emergentes fueron colonias europeas, y las relaciones coloniales tendían a obstaculizar el desarrollo. En muchos de ellos, el dominio colonial duró hasta los años 60 e incluso más tarde, particularmente en África. Dejó un legado de desarrollo atrofiado, porque las potencias coloniales habían extraído recursos para sí mismas, pero a menudo prestaban poca atención a la población local. Hicieron poco para brindar educación, y a menudo eliminaban las tradiciones e instituciones jurídicas indígenas. En África, incluso los Estados y sus fronteras fueron creados por europeos.

El legado ha dejado a muchas sociedades con bajos niveles de ingresos, infraestructuras ineficientes y una capacidad limitada para competir fuera de su propio territorio. Muchos han seguido dependiendo de la exportación de productos agrícolas primarios y minerales, porque no han estado en condiciones de desarrollar industrias a gran escala o basadas en tecnología. El legado del colonialismo también ha socavado el desarrollo de instituciones

políticas fuertes y estables. Las deficiencias en el "estado de derecho" son comunes.

Apoyo vacilante al derecho de la competencia: Estos y otros factores han obstaculizado el desarrollo del derecho de la competencia. Muchas personas en estas sociedades han tenido una experiencia limitada de la competencia más allá de los mercados locales, y las percepciones del control extranjero y de clase de los mercados llevan a algunos a ser escépticos de su valor y a preferir la intervención gubernamental, como los controles de precios. Al observar poco valor en la competencia, ven poco sentido en protegerla, especialmente si se espera que los intereses extranjeros la manipulen.

Asimismo, otros elementos tienden a aumentar el escepticismo acerca del derecho de la competencia. Muchas leyes de competencia han sido promulgadas bajo presión extranjera, o incluso redactadas por ex gobernantes coloniales. Algunas fueron promulgadas poco después de la independencia siguiendo el modelo del antiguo poder colonial, y hay pocas pruebas de que hubiera una intención seria de implementarlas. Otras leyes fueron promulgadas como condición para recibir préstamos del Banco Mundial u otra agencia de préstamos internacionales. Estos factores sugieren a muchos que las leyes no están destinadas a servir las necesidades de la población local. Como resultado, usualmente existe poco entendimiento y apoyo popular para el derecho de la competencia, la implementación a menudo es limitada, y las normas pueden aplicarse de maneras que tienen poco que ver con el texto de la ley.

Fines: Las declaraciones formales de fines deben ser vistas con precaución, pues no siempre son guías confiables para las decisiones. Además de los factores mencionados anteriormente que pueden inhibir una implementación seria, los países a menudo tienen fuertes incentivos para usar las leyes de competencia como mensajes a los gobiernos e inversores extranjeros de que el país está comprometido con una economía de mercado y el "estado de derecho". Esto puede llevarlos a adoptar declaraciones de fines "occidentales" sin la intención seria de perseguirlos. Especialmente donde los líderes gubernamentales están aliados o directamente son los productores nacionales, las instituciones tienden a prestar mayor atención a sus intereses de lo que es normal en otros regímenes. Sin embargo, algunas leyes, como en Sudáfrica, sí enfatizan los fines de equidad y reconocen el objetivo de proteger a las pequeñas y medianas empresas [36].

[36] Ley de Competencia de Sudáfrica, N°89 de 1998, artículo 2 (e), disponible en inglés en: https://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2021/03/Competition-Act-A6.pdf

Instituciones y métodos: Las AC suelen tener recursos limitados y bajos niveles de apoyo político, social e intelectual. A menudo emplean métodos similares a los utilizados en los regímenes occidentales, pero sus recursos limitados causan que los métodos pueden ser utilizados de formas impredecibles. Los funcionarios a menudo están mal pagados y, por lo tanto, son potencialmente susceptibles a la corrupción, y usualmente tienen una limitada formación. Esto no solo contribuye al uso a veces cuestionable de los procedimientos, sino que también significa que un gobierno puede no estar en posición de hacer cumplir su derecho de competencia contra intereses económicos poderosos, especialmente cuando necesita inversión extranjera.

Objetivos: Las necesidades de desarrollo se reflejan comúnmente en las decisiones sobre los objetivos del derecho de la competencia.

Acuerdos horizontales: Estos son objetivos comunes, pero usualmente se contemplan excepciones significativas para la cooperación entre empresas domésticas, en especial las más pequeñas. Se les ve como motores potenciales de desarrollo económico, por lo que los carteles de pequeñas y medianas empresas a veces reciben un estatus especial, ya sea de manera formal o en la práctica.

Acuerdos verticales: En las EMC, a menudo involucran a empresas extranjeras que utilizan empresas locales para distribuir sus productos. En estos casos, las AC deben sopesar los beneficios para los distribuidores y consumidores nacionales de tener acceso a los bienes extranjeros, con el daño potencial de las disposiciones en los acuerdos que limitan los beneficios del desarrollo, por ejemplo, al requerir que un distribuidor siga las indicaciones del fabricante respecto a los precios, territorios y clientes, o conceder al fabricante derechos sobre cualquier mejora que el distribuidor doméstico pueda hacer en los productos. Cuando un régimen da prioridad a los fines de desarrollo, es probable que apunte y persiga estos acuerdos.

Conductas unilaterales: Con frecuencia existe preocupación por los efectos de las empresas extranjeras dominantes, pero ha ocurrido un *enforcement* relativamente limitado en su contra, excepto cuando una empresa extranjera dominante parece estar obstaculizando claramente el desarrollo económico doméstico. Así, el *enforcement* puede ser moderado por la necesidad de inversión extranjera. Típicamente, una AC doméstica será muy cautelosa acerca de tomar medidas significativas de *enforcement* contra tales empresas, y es más probable que negocie con ellas para mitigar los daños al desarrollo.

Fusiones: Las necesidades de desarrollo, el escaso apalancamiento económico, la falta de recursos para analizar los efectos y la necesidad percibida de inversión extranjera, generalmente inhiben a las AC de bloquear las fusiones. Las fusiones entre empresas nacionales a menudo se ven como valiosas para el desarrollo económico, y bloquear una adquisición por parte de una empresa extranjera elimina los beneficios de desarrollo nacional que dicha operación puede traer. Sin embargo, cuando el mercado doméstico es lo suficientemente atractivo para los inversores extranjeros, la AC tendrá algún peso en las negociaciones con estos actores.

La evolución del derecho de la competencia: A pesar de estos obstáculos, el siglo XXI ha visto una notable actividad del derecho de la competencia en algunos países (como Sudáfrica y Kenia), particularmente donde los líderes lo han llegado a ver como una herramienta de desarrollo económico que puede beneficiarlos a ellos mismos, así como apoyar el progreso económico y social de sus sociedades. El interés ha aumentado en muchos otros países, y se está estableciendo la infraestructura educativa para apoyar un mayor progreso.

Roles globales: Los regímenes de los mercados emergentes rara vez tienen por sí mismos un suficiente apalancamiento económico y político para desempeñar papeles importantes en el sistema global. Sus mercados suelen ser pequeños, al menos en términos de poder adquisitivo, lo que les da pocas oportunidades de aplicar sus leyes extraterritorialmente. Además, su falta de experiencia con el derecho de competencia y los aun relativamente bajos niveles de apoyo para ella, generalmente significan que dependen de las AC extranjeras y las organizaciones internacionales para recibir asesoramiento y apoyo. Cada vez se ve más la cooperación regional como una base potencial para aumentar este papel, como lo demuestra la creciente importancia del Mercado Común de África Oriental y Austral (COMESA)[37].

Esta sección ha analizado los regímenes individuales de competencia, destacando los factores que impulsan las decisiones en ellos, y algunas de las formas en que interactúan entre sí. También ha identificado los tipos de preguntas que se deben hacer para comprenderlos mejor. Finalmente, ha entregado herramientas para ver similitudes y diferencias entre los sistemas de derecho de la competencia, e identificar factores de configuración compartidos. La última parte se basa en esta información y en estas percepciones, a medida que analizamos cómo se relacionan los regímenes de competencia en el mundo.

[37] COMESA, "Company overview", https://www.comesa.int/company-overview-2/ (último acceso el 21 de julio de 2023).

Parte cuatro

Dinámicas globales y fuerzas de cambio

Esta última sección se enfoca en las dimensiones globales del derecho de la competencia y en las fuerzas que desafían tanto a los regímenes individuales como al sistema mundial. El Capítulo 11 muestra cómo los regímenes domésticos, las instituciones internacionales y los grupos de interés privados interactúan para dar forma al derecho de la competencia. Forman parte de un sistema global con sus propios patrones y dinámicas, y reconocer cómo funciona este sistema ayuda a entender, interpretar y predecir dichas decisiones. Por su parte, el Capítulo 12 desentraña las formas en que la globalización y la economía digital desafían al derecho de la competencia, y destaca las respuestas a esos desafíos.

Capítulo 11
El sistema global: Interacción y adaptación

Los capítulos anteriores han identificado numerosos ejemplos en los que las influencias e interacciones transfronterizas afectan las decisiones sobre el derecho de la competencia. Hemos visto cómo los argumentos, métodos, reclamaciones y decisiones en un régimen a menudo influyen en lo que los demás en otros sistemas piensan, dicen y hacen. Si queremos entender esta maraña de interacciones, tenemos que ver cómo las piezas encajan y se relacionan entre sí. Este capítulo proporciona una especie de mapa del territorio que nos muestra los caminos a través del laberinto. Presenta las interacciones e influencias individuales como partes de un todo. Esto hace que las decisiones de competencia en todas partes sean más comprensibles y predecibles, por lo que puede ser extraordinariamente útil.

La clave para hacer esto es reconocer que la red de interacciones constituye un "sistema adaptativo". Veremos lo que eso significa. El término "sistema global" se utiliza típicamente de manera vaga para referirse a lo que está sucediendo "fuera de nuestras fronteras". Hasta hace poco, eso pudo haber sido apropiado, pero ahora omite u oscurece gran parte de lo que necesitamos saber, es decir, ¡cómo encajan las piezas! ¡En este capítulo usamos "sistema" de una manera más específica! La globalización profunda y la reestructuración digital de la comunicación y el transporte han generado un sistema interactivo y adaptativo que tiene patrones, reglas y estructuras propias. ¡Tener conciencia de este sistema y de cómo funciona nos permite ver lo que antes no veíamos! Nos entrega una mayor perspicacia sobre lo que ha ocurrido en el pasado y una mejor base para predecir lo que probablemente sucederá en el futuro.

Primero esbozaremos el marco formal del sistema, es decir, las reglas básicas que guían y limitan a los Estados en la aplicación de sus leyes a las conductas fuera de sus fronteras. Luego, observaremos el sistema en movimiento, es decir, cómo las ideas, incentivos y presiones cruzan las fronteras de los regímenes para determinar e impulsar decisiones.

A. Jurisdicción: El marco del sistema

El concepto de jurisdicción es central para el marco formal dentro del cual los derechos de competencia se relacionan entre sí. "Jurisdicción" se refiere a *autoridad legítima*. Es un principio de "sí o no": o la tienes o no la tienes. Nuestra preocupación aquí es con la autoridad de un Estado para regular la conducta privada. Los principios utilizados para definir esta autoridad han sido desarrollados durante siglos por los propios Estados para distribuir la autoridad y reducir conflictos. A menudo se les menciona como parte del "derecho internacional consuetudinario". Los Estados casi siempre los siguen, principalmente porque sin tales principios uno de ellos podría hacer lo que quisiera, a menos que se le desafiara con fuerza o presión para no hacerlo. Los actores más poderosos controlarían las conductas, no lo haría el derecho. Pero pocos desean ese resultado. Algunos prefieren no pensar en estos principios como "derecho" porque no son "ejecutables" por ejércitos o fuerzas policiales. Sin embargo, lo que importa en la práctica es que los Estados generalmente los siguen.

1. Principios jurisdiccionales

La idea básica detrás de la jurisdicción en este contexto es que se autoriza a un Estado a aplicar sus leyes a aquellos con los que tiene una conexión suficientemente estrecha (esta es su "base" jurisdiccional). Una conexión es el territorio: un Estado tiene autoridad para controlar la conducta en su propio espacio geográfico. El territorio no puede ser replicado, por lo que es improbable que este principio conduzca a reclamaciones superpuestas o cree incertidumbre y conflicto. Una segunda conexión es la nacionalidad: un Estado está autorizado a aplicar sus leyes a sus propios nacionales (incluidas las corporaciones). Estos dos principios pueden crear conflictos jurisdiccionales (por ejemplo, el Estado A reclama jurisdicción en base al territorio y el Estado B reclama jurisdicción basada en la nacionalidad de una empresa), pero tales superposiciones son raras. Estos fueron básicamente los únicos dos principios seguidos hasta luego de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, en las décadas posteriores a tal guerra, se aceptó gradualmente un tercer principio para acomodar el creciente comercio internacional, cambiando drásticamente este panorama. Este principio, llamado principio de "efectos", establece que un Estado puede aplicar su derecho a la conducta fuera de su territorio, si la *conducta tiene efectos significativos y al menos previsibles dentro de su territorio.* Esto aumenta enormemente la probabilidad de jurisdicciones superpuestas ("concurrentes"), lo que puede causar incertidumbre, costos y

conflictos. Un cartel global (como el cartel del petróleo, OPEP) puede, por ejemplo, causar daño en muchos Estados, ¡y el principio de efectos puede otorgar a cada uno la autoridad para aplicar su derecho de competencia a la conducta!

Estos principios se aplican a dos formas distintas de acción estatal, aunque a menudo se confunden. Nos interesamos en solo una de ellas, pero debemos tener en cuenta también la otra. Aquí, nuestra preocupación es con la autoridad de un Estado para aplicar su derecho a un actor privado, es decir, para afirmar válidamente que una persona ha infringido su ley, y está sujeta a una pena por hacerlo. Esta es la jurisdicción prescriptiva (o legislativa), y juega un papel central en el derecho de la competencia. El otro tipo de jurisdicción se refiere a la autoridad de un Estado para el *enforcement* con respecto a sus acciones. Los Estados muy raramente toman medidas, como el uso de la policía o el ejército, para hacer cumplir sus leyes de competencia fuera de su propio territorio, por lo que no es nuestra preocupación aquí.

Es importante también no confundir dos usos muy diferentes de "jurisdicción internacional". Lo utilizaremos para referirnos a la autoridad de un Estado *bajo el derecho internacional* para realizar ciertos tipos de acciones, pero el término también puede usarse para referirse a la autoridad que un Estado otorga a sus propias instituciones para aplicar sus leyes a las conductas extranjeras. Ese uso del término se refiere al *derecho interno*. Por ejemplo, cuando una ley de EE.UU. especifica que el derecho de competencia estadounidense se aplica a conductas que tienen un efecto "directo, sustancial y previsible" dentro del país, está dando instrucciones a las instituciones estadounidenses. El término "jurisdicción internacional" se utiliza en ambos contextos, pero difieren entre sí fundamentalmente. Uno es derecho interno; el otro es derecho internacional público.

2. Ciertas consecuencias del marco jurisdiccional

Este marco tiene consecuencias importantes que a menudo se malinterpretan o se pasan por alto.

Igualdad formal, pero impacto dispar: Formalmente, el marco es justo, pues todos los Estados tienen la misma autoridad jurisdiccional. Sin embargo, en la práctica la *capacidad de un Estado para utilizar* su autoridad depende en gran medida de su influencia económica y política (principalmente, el tamaño e importancia de su mercado). Por ejemplo, si la UE aplica su derecho de competencia a conductas fuera de su territorio y multa a un infractor

extranjero, este generalmente cumple, porque el acceso al mercado de la UE es valioso, y no cumplir impediría o limitaría dicho acceso. En contraste, un pequeño país africano puede desear aplicar su ley al mismo tipo de conducta, pero es probable que su mercado sea demasiado pequeño para darle la influencia económica necesaria: le costaría poco (si acaso algo) a un infractor evitar el país.

Incertidumbre: El principio de efectos también puede crear incertidumbre. Puede autorizar a numerosos Estados a aplicar sus leyes a la misma conducta, como un acuerdo de licencia de patentes que involucre mercados emergentes. Es probable que las leyes y prácticas de *enforcement* de los Estados varíen en relación con el acuerdo, por lo que una empresa debe tomar decisiones frente a una incertidumbre significativa sobre lo que puede hacer y cuáles son los riesgos. Así, podría pagar por asesoramiento empresarial y legal para reducir la incertidumbre, pero eso podría ser muy costoso. Alternativamente, podría participar en la conducta y esperar que ninguna ley de ningún Estado se aplique, o que los costos de cumplimiento sean bajos. La incertidumbre puede tener consecuencias importantes. Por ejemplo, a veces lleva a las empresas a no licenciar tecnología que podría haber beneficiado no solo a la compañía, sino también a los consumidores y a terceros.

Costos: Esta incertidumbre impone costos directos e indirectos a las empresas. Los costos directos son aquellos que una empresa paga por asesoramiento sobre los riesgos. A su vez, los costos indirectos surgen cuando una empresa cambia sus planes para evitar los riesgos y, por lo tanto, renuncia a los posibles beneficios de una conducta que tiene sentido desde una perspectiva económica.

Conflictos: Las acciones jurisdiccionales superpuestas también pueden conducir a conflictos. Cuando más de un Estado reclama la autoridad para controlar la misma conducta, las dos reclamaciones pueden chocar. Por ejemplo, el Estado A puede aplicar su derecho de competencia para prohibir la conducta de un cartel en el territorio del Estado B porque eleva los precios en el mercado interno de A, pero B puede fomentar la misma conducta como medio para coordinar la actividad económica en apoyo al desarrollo económico. A menudo, estos conflictos se resuelven mediante negociaciones, pero a veces interrumpen las relaciones comerciales o incluso diplomáticas entre las partes, por lo que pueden ser muy perjudiciales. A medida que crecen los mercados internacionales y aumenta el número de regímenes de competencia activos, también lo hace el potencial de tales conflictos.

B. El sistema en movimiento: Adaptación e interacción

Las presiones, ideas e influencias fluyen a través y alrededor de este marco formal, incidiendo en las decisiones en todo el sistema. Son el sistema en movimiento. La mayor comunicación e interacción entre funcionarios, legisladores y académicos de muchos regímenes proporcionan canales cada vez más amplios para estos flujos.

Es un sistema adaptativo, y reconocer esto nos permite ver los propios canales y las formas en que fluyen juntos para influir en las decisiones. Esto es lo que nos permite ver lo que de otra manera no podemos ver. Esta perspectiva ha recompensado a aquellos que miran al mundo natural y social. La Guía se adapta y la utiliza aquí para obtener beneficios similares para comprender los regímenes de derecho de la competencia y las decisiones tomadas en ellos.

Un sistema adaptativo tiene tres elementos básicos: Un campo o arena en el que se producen las interacciones; los actores (o "agentes") que interactúan en este campo; y las interacciones entre ellos. Cuando miramos cuidadosamente cada elemento, comenzamos a dar sentido a lo que parece ser un montón de datos enmarañados sobre eventos e instituciones aparentemente no relacionados.

1. El campo de interacción

Nos enfocamos aquí en el derecho de la competencia, por lo que el campo de interacción incluye las decisiones tomadas para combatir las restricciones a la competencia. Esto incluye decisiones tomadas por funcionarios de competencia, Estados, tribunales y otras instituciones para ese fin, así como acciones de otros (como lobbistas, empresas, abogados y economistas) que buscan influir en estas decisiones estatales. Especificar el campo de interacción nos obliga a identificar claramente lo que de verdad queremos saber, y a evitar la acumulación de datos que pueden no ser relevantes.

2. Actores

Los actores incluyen Estados que toman estas decisiones y también instituciones internacionales, organizaciones privadas e individuos que buscan influir en ellas. Cada uno persigue sus propios fines, a veces cooperando con otros agentes, y a veces compitiendo. Los actores operan de forma independiente, pero sus decisiones están interconectadas por sus lazos con una economía globalizante y una red de comunicaciones que es en sí misma un elemento clave en la competencia transnacional, así como un canal a través del cual fluyen las influencias. Las acciones de cada uno dependen en cierta medida de su conocimiento de lo que otros hacen o se espera que hagan.

a. Estados

Los actores principales son los regímenes individuales de competencia, porque ejercen el poder del Estado para influir directamente en la conducta de las empresas.

Fines: Los Estados persiguen fines domésticos e internacionales. El Capítulo 3 revisó los fines domésticos; aquí los observamos desde una perspectiva transnacional. Estos varían de manera amplia, dependiendo principalmente de las posiciones y prioridades económicas y políticas del Estado. Algunos ejemplos son los siguientes: (1) Ciertos Estados buscan estabilidad en los mercados internacionales y en las condiciones políticas que los rodean. Esto beneficia a las empresas transnacionales, que generalmente buscan previsibilidad para una planificación más efectiva. (2) Otros gobiernos buscan proteger a sus empresas domésticas de la competencia extranjera que puede sofocar su desarrollo. (3) Un tercer fin consiste en asegurar recursos (a menudo materias primas) para las empresas nacionales. (4) A veces un Estado se enfoca en adquirir aliados y establecer acuerdos de cooperación que pueda usar para alcanzar sus fines económicos y políticos. A menudo, los Estados combinan estos fines. Reconocer los fines transfronterizos de un Estado nos ayuda a interpretar y predecir lo que este hará al tomar decisiones sobre derecho de la competencia.

Capacidades: Algunos Estados están en una mejor posición que otros para perseguir efectivamente sus fines. Así, uno de ellos puede usar el apalancamiento económico. Por ejemplo, si los mercados del país A son atractivos para las empresas del país B, el gobierno de A puede usar el acceso a sus mercados como medio para inducir al país B a aceptar sus decisiones, acceder a sus solicitudes o seguir su liderazgo. Un Estado también puede usar cualquier poder político (o incluso militar) que pueda tener para lograr estos fines. Si bien puede estar en condiciones de usar estas herramientas a escala global, a menudo las utiliza principalmente en una región en particular (por ejemplo, África del sur) o dentro de contextos específicos de dependencia económica o política, como los lazos económicos postcoloniales entre Estados (por ejemplo, la influencia de Francia en algunas de sus colonias en África occidental).

Acciones formales: Un Estado puede perseguir sus fines mediante acciones tanto formales como informales. Ambas pueden influir en otros Estados y regímenes de competencia, y obtener respuestas de ellos.

Enforcement del derecho doméstico: El *enforcement* del derecho de la competencia juega un papel importante en estas interacciones. Los principios jurisdiccionales autorizan a todos los Estados a aplicar sus

leyes a conductas fuera de sus fronteras en ciertas circunstancias, pero cada uno debe decidir si y en qué medida usa esa autoridad. Si aplica su derecho de competencia fuera de su propio territorio, necesariamente afecta los intereses de uno o más terceros Estados que deben decidir si responder y cómo hacerlo, a menudo desencadenando una cadena de reacciones adicionales. Seguir esta cadena puede ser un elemento de análisis muy valioso en sí mismo.

Medidas de evitación de conflictos: Los Estados utilizan varios tipos de estrategias para reducir la probabilidad y la extensión de los conflictos con otras naciones.

Una de ellas es el derecho internacional privado ("conflictos de leyes" en EE.UU.). La mayoría de los sistemas legales autorizan a algunas instituciones domésticas (generalmente los tribunales) a aplicar el derecho extranjero en lugar del nacional bajo ciertas circunstancias. La idea subyacente es que cuando un tribunal en el país A debe resolver una disputa que involucra conductas o intereses en el país B, aplicar la ley de B en lugar de la propia a la conducta puede servir a los intereses de ambos litigantes y a los Estados involucrados. Así, puede ser más eficiente y preciso para los litigantes, y puede evitar conflictos entre Estados. A veces estos principios de derecho internacional privado están contenidos en estatutos legales detallados y elaborados (como es común en Europa), y a veces son relativamente vagos, flexibles y basados en casos (como en EE.UU.).

Medidas de autolimitación: Algunos Estados, incluyendo a EE.UU., autorizan a los tribunales a no aplicar el derecho nacional extraterritorialmente bajo circunstancias específicas, como cuando el *enforcement* puede perjudicar los intereses de un Estado extranjero. Este principio, a menudo llamado en EE.UU. el "principio de *comity*", puede entregarles mucha discrecionalidad a las instituciones domésticas, y no se usa ampliamente.

Medidas defensivas: Los Estados ocasionalmente promulgan leyes con el fin de disuadir el ejercicio de la jurisdicción por parte de otro país. Por ejemplo, el Reino Unido promulgó una ley que autorizaba a una empresa británica a acudir a los tribunales internos para "recuperar" las multas impuestas en un tribunal extranjero, como resultado de la aplicación de la ley de competencia del Estado extranjero a conductas en el Reino Unido por parte de nacionales británicos[38]. Tales leyes son pocas, y rara vez se aplican.

[38] Protection of Trading Interests Act 1980 de Reino Unido, Cap. 11, sección 6, disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11 (último acceso el 21 de julio de 2023).

Coordinación: Las acciones formales pueden ser cooperativas en lugar de unilaterales. Los Estados a menudo hacen acuerdos con otros respecto al derecho de la competencia, y a menudo participan en organizaciones internacionales que tratan asuntos de competencia. Algunos acuerdos crean un conjunto separado de principios legales para ser aplicados a las relaciones económicas entre las partes. Usualmente establecen el derecho de competencia de qué país se aplicará en determinadas situaciones. Algunos incluso especifican las reglas de competencia que se aplicarán en estas relaciones. ¡Esto hace extremadamente importante verificar la existencia de tales acuerdos! ¡Si bien cambian las reglas generales, se pasan por alto fácilmente!

Los acuerdos regionales regulan el comercio entre Estados en un área geográfica particular, y a menudo incluyen disposiciones de derecho de la competencia para prevenir que los países eludan las disposiciones comerciales. Por ejemplo, la UE evolucionó a partir de un acuerdo de este tipo, y estos se han vuelto más numerosos en otras regiones. En África, COMESA tiene planes de desarrollar el derecho de competencia en esta zona, y se han dado algunos primeros pasos impresionantes[39]. La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) tiene planes similares[40]. A su vez, en América Latina han existido varios intentos de desarrollar tales acuerdos entre Estados específicos, y algunos continúan moviéndose en esa dirección. En América del Norte, el acuerdo del NAFTA es bien conocido[41]. Algunos de estos acuerdos regionales tienen disposiciones de derecho de competencia elaborados, e incluso crean instituciones para aplicarlas al comercio entre los Estados miembros (como en el caso de COMESA).

Los acuerdos bilaterales (dos partes) a menudo se centran en materias particulares de comercio entre los signatarios, como productos y problemas específicos, a veces incluyendo asuntos sociales en uno o ambos Estados (como el caso del narcotráfico en el acuerdo EE.UU.-Colombia)[42]. Estos

[39] COMESA, "Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa" (8 de diciembre de 1994), https://www.comesa.int/wp-content/uploads/2019/02/comesa-treaty-revised-20092012_with-zaire_final.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

[40] ASEAN, "The ASEAN Declaration (Bangkok Declaration)", 8 de agosto de 1967, https://agreement.asean.org/media/download/20140117154159.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

[41] Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre Estados Unidos, Canadá y México, del 8 de diciembre de 1993, disponible en: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1687/4/images/43_%20Tratado_de_Libre_Comercio_de_America_del_Norte-TLCAN.pdf (último acceso el 21 de julio de 2023).

[42] Office of the United States Trade Representative, "United States-Colombia Trade Promotion Agreement" firmado el 22 de noviembre de 2006, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-tpa/final-text (último acceso el 21 de julio de 2023).

acuerdos suelen ser entre un país más rico, más avanzado económicamente, y una nación de mercado emergente. Algunos básicamente permiten a la parte más fuerte utilizar su peso económico para obtener beneficios de la más débil, incluyendo, por ejemplo, un tratamiento beneficioso de sus empresas bajo el derecho de competencia de este último. A su vez, el fin de la parte más débil en estos acuerdos a menudo consiste en obtener acceso a un mercado más grande y rico.

Algunos acuerdos bilaterales se orientan a la cooperación en el *enforcement* de las leyes de competencia. Fomentados por comunicaciones más rápidas, estos acuerdos toman varias formas. Normalmente están incorporados en documentos simples (por ejemplo, un memorando de entendimiento o MOU) que proporcionan un marco de cooperación. Algunos son generales y crean una obligación para cada AC de cooperar con la otra en los esfuerzos de *enforcement*. Otros requieren específicamente que las AC entreguen información entre sí que pueda llevar a la detección de conductas anticompetitivas, como variaciones sospechosas de precios. Estos suelen ser bastante limitados en su alcance, es decir, no requieren que una AC infrinja su derecho doméstico o los derechos de los involucrados. Algunos incluyen la exigencia más amplia de que cada Estado persiga el daño a la competencia que se cause efectivamente en el otro país o hacia este (*comity* positivo), aunque estos acuerdos no son comunes, e incluso donde existen raramente se utilizan. Los acuerdos de asistencia en el *enforcement* no son muy publicitados, pero deben estudiarse cuidadosamente, porque pueden tener efectos prácticos importantes.

La esfera informal: Los regímenes de competencia también interactúan a nivel informal, por ejemplo, a través de encuentros personales, correos electrónicos y mensajes en las redes sociales.

Los avances tecnológicos en el transporte y las comunicaciones han incrementado considerablemente la velocidad, frecuencia e influencia de estas interacciones informales. Reducir el marco de tiempo en el que los actores responden a las acciones y mensajes de los demás ha hecho que el sistema sea adaptable e interactivo. Los contextos de velocidad, reactividad y fácil difusión moldean la forma en que los actores se conectan y responden entre sí. Reconocer esto nos permite ver cómo funciona el sistema.

Conociendo a los otros actores: En estas interacciones, resulta central la pregunta: "¿Qué están haciendo ahora los otros actores o qué es probable que hagan pronto?". Todos están jugando en la misma cancha, es decir, desarrollando y aplicando derecho

de la competencia, y cada uno puede afectar significativamente y ser afectado por lo que los demás hacen y dicen. Como resultado, cada uno quiere saber qué están haciendo los demás o qué es probable que hagan pronto. Mientras algunos ejercen presión, otros buscan persuadir o convencer. A menudo, la efectividad de estas medidas requiere conocer lo más posible sobre los factores que influyen en estas decisiones. Este conocimiento es particularmente valioso para aquellos que se ven más afectados por las decisiones y acciones de los demás. A su vez, este tipo de conocimiento requiere una cuidadosa atención a los factores sociales y políticos, y no solo un análisis jurídico formal. En este contexto, las herramientas de comparación desarrolladas en el derecho comparado y en otros ámbitos también pueden ser muy valiosas.

Presión: Los Estados y las AC que poseen alguna forma de poder o influencia pueden usarla para ejercer presión sobre los demás. Por ejemplo, el Estado A puede presionar al Estado B para que adopte fines o métodos particulares, o para que tome acciones específicas. Si tiene suficiente influencia económica sobre B (quizás por el hecho de ser un mercado atractivo), B se sentirá inducido a prestar atención a estas solicitudes. La presión puede ser agresiva ("No te metas con la empresa de mi hermano o patrocinador político") o más suave ("Si haces este cambio, encontraremos una forma de recompensarte"). Esta presión puede ser incluso más sutil: "Por favor, considera el valor potencial de la fusión para tu economía".

Persuasión: La persuasión es necesaria cuando el gobierno receptor de ella es suficientemente poderoso como para que la presión pueda ser ineficaz o incluso contraproducente (por ejemplo, los esfuerzos para influir en China). Los intentos de persuasión pueden ser directos y específicos, como un argumento a un gobierno extranjero o AC de que una política o medida particular es "mejor" en general o que servirá a los intereses de ese gobierno. Pero también pueden ser menos directos y más generales. Por ejemplo, una AC bien financiada puede invitar a funcionarios de una autoridad extranjera a visitarla, o enviar a funcionarios jóvenes para recibir formación.

b. Organizaciones internacionales

Las organizaciones internacionales son elementos importantes del sistema. No influyen directamente en la conducta de las empresas, pero sí lo hacen en las instituciones que ejercen tal influencia en las compañías. Ellas facilitan y dirigen el flujo de información, ideas e influencias entre los actores, tanto los tomadores de decisiones como aquellos que buscan inclinar sus decisiones. Sin embargo, también proporcionan plataformas para el ejercicio de

presiones. Cada organización internacional tiene sus propios objetivos e incentivos, y la identificación de estas influencias puede revelar mucho sobre cómo ejerce la propia. Hablaremos de tres organizaciones que son particularmente influyentes.

ICN ***(International Competition Network):*** Esta organización solo se ocupa del derecho de la competencia[43], y fue creada por funcionarios de competencia de EE.UU., Canadá y otros países como un foro para intercambiar información, experiencia e ideas. Sus miembros son agencias de competencia, y no los Estados en sí. Esta estructura tenía la intención de reducir la influencia de la política y los lobbistas en el desarrollo del derecho de la competencia, pero solo ha tenido éxito en esta materia hasta cierto punto. Por otra parte, es una organización virtual, es decir, no tiene una ubicación física. Las reuniones anuales se celebran en varias partes del mundo, pero generalmente no entrega financiamiento para que sus miembros asistan, por lo que es más probable que las AC más ricas concurran a las reuniones. Además, las AC pueden invitar a individuos del mundo privado a participar (usualmente se invita a abogados y economistas), quienes tienen agendas propias. Gran parte de la labor de la ICN se realiza en grupos de trabajo que tratan temas específicos a través de canales electrónicos. Cada miembro puede invitar a "especialistas" (abogados y economistas) a asistir y participar, y a menudo ellos influyen en las discusiones. Ciertos grupos de trabajo publican "prácticas recomendadas", y algunas de estas han sido ampliamente aceptadas, principalmente las que involucran la estandarización de procedimientos. Sin embargo, es importante reconocer que tales recomendaciones generan distintos niveles de apoyo entre los miembros.

OCDE ***(Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos):*** Esta organización con sede en París es muy influyente en muchas áreas de la política económica[44]. Los miembros son Estados, y su membresía a menudo se aprecia como un hito de logro, consistente en la entrada a un círculo elitista que puede traer recompensas tanto a los países como a sus representantes. Entre los miembros generalmente se cuentan los Estados más ricos, estables y democráticos, y la organización inevitablemente tiende a representar sus intereses. La influencia de un Estado dentro de la organización refleja su influencia política y económica, así como sus contribuciones financieras a la organización. El estatus

[43] Office of the United States Trade Representative, "United States-Colombia Trade Promotion Agreement" firmado el 22 de noviembre de 2006, https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-tpa/final-text (último acceso el 21 de julio de 2023).

[44] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, "Acerca de la OCDE", https://www.oecd.org/acerca/ (último acceso el 21 de julio de 2023).

general y la importancia de la OCDE también respaldan su papel e influencia en el sistema global de derecho de la competencia.

La organización contiene una división de competencia grande y activa, cuyo personal incluye economistas altamente reputados, quienes de forma esperable tienden a promover el papel de la economía en el derecho de la competencia. La división a menudo alberga conferencias y debates, algunos de los cuales incluyen participantes que no son miembros. Sus representantes participan e influyen en las discusiones de derecho de la competencia en todo el mundo. Así, la división brinda una plataforma que canaliza el flujo de presiones, información e ideas entre los funcionarios de competencia y los académicos de los Estados miembros y no miembros.

UNCTAD *(Comisión de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo):* El órgano de competencia de la ONU refleja la estructura de su membresía, por lo que presta especial atención a los intereses de los Estados de mercados emergentes[45]. Esto produce un enfoque en los fines de desarrollo que son importantes en esos países (ver Cap. 10), incluyendo fines sociales y políticos. La oficina es más pequeña que la división de competencia de la OCDE, y puede verse obstaculizada por la engorrosa burocracia de la ONU, aunque las figuras prominentes en ella a veces son altamente influyentes entre las AC en los mercados emergentes y otros.

CUTS International (Consumer Union and Trust Society): Es una organización internacional que se enfoca en asuntos de comercio, derecho de la competencia y desarrollo de los países de mercados emergentes[46]. Con sede en India, también tiene oficinas en EE.UU. y en otros lugares. Realiza recomendaciones de política de competencia, particularmente en relación con asuntos de comercio y desarrollo económico. También es muy prominente *online*, pues a menudo presenta información y opiniones sobre temas de comercio y derecho de la competencia. Por último, organiza conferencias sobre derecho de la competencia global, a las que cada vez asisten más representantes de economías de mercados emergentes y aquellos que quieren entender más sobre la forma de tomar decisiones en dichos países.

c. Actores secundarios

Los lobbistas, abogados, economistas, contadores y consultores de gestión influyen en las decisiones del derecho de la competencia,

[45] Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, "Topics", https://unctad.org/topics (último acceso el 21 de julio de 2023).

[46] Consumer Unity & Trust Society, "Who we are", https://cuts-international.org/who-we-are/, último acceso el 21 de julio de 2023).

a veces con fuerza, por lo que sus funciones son una parte integral del sistema global. Por ejemplo, grandes estudios de abogados y empresas de consultoría de gestión operan en variados países, y difunden sus mensajes en las áreas en las que operan. De esta forma, crean redes de relaciones en las que a menudo se incluyen funcionarios de competencia de múltiples Estados.

Sus principales objetivos consisten en influir en las AC (y a veces en tribunales y parlamentos) para que tomen decisiones que favorezcan a sus clientes. Así, se les paga para hacer lobby en nombre de sus clientes (o para realizar otros servicios para ellos), por lo que su objetivo principal es asegurar los resultados que ellos buscan al contratarlos. Sin embargo, también pueden tener objetivos intra-profesionales que vale la pena señalar. Todos los profesionales tienen razones para promover el papel de su especialidad y, por lo tanto, aumentar su propio estatus y potencial de ingresos. Por ejemplo, los economistas tienen incentivos para fomentar el uso de la economía en el derecho de la competencia, porque cuanto más ella se utilice, más alto estatus tienen los economistas y mayor puede ser su potencial de ganancias. Por su parte, los abogados de países con experiencia relevante en el uso de la economía para estos fines tienen incentivos similares para promover su uso. Sin embargo, los abogados que no tienen tal experiencia generalmente promueven la dependencia de métodos y objetivos más tradicionales.

En algunos regímenes, los "expertos" académicos legales y económicos juegan un rol importante, pues entregan opiniones a las AC, parlamentos y a veces tribunales. Algunas instituciones les pagan directamente, lo que les entrega incentivos para permanecer (o al menos parecer) imparciales y objetivos. En otros sistemas, los clientes les pagan para servir a sus intereses. Algunos de los expertos son profesores universitarios que pueden influir en otros miembros de sus respectivas profesiones, así como en los tomadores de decisiones gubernamentales. Otros han logrado experiencia en la práctica y pueden estar impulsados por incentivos más particulares. A menudo es útil prestar cuidadosa atención a cómo se eligen y compensan a los expertos, y a sus incentivos al entregar sus opiniones a los funcionarios públicos.

Flujos de influencia generales: El vasto río de información, ideas y opiniones que circulan en internet sobre el derecho de la competencia, y en torno a él, también influyen en las decisiones sobre esta materia. ¿Pero cómo? Básicamente, cada individuo e institución presta atención a algunos elementos y descuida otros, valorando algunos más que otros en función de sus propios incentivos y

objetivos. Los factores domésticos son inevitablemente importantes en estas evaluaciones, porque a menudo entregan los beneficios más reconocibles e inmediatos para los tomadores de decisiones, aunque el sistema global en sí también organiza y moldea las percepciones e incentivos.

Las redes de relaciones suelen ser particularmente influyentes en la determinación sobre los elementos a que presta atención un individuo o institución en internet. Estas redes suelen basarse en percepciones e intereses compartidos de beneficios. Aquellos que comparten preocupaciones, intereses o ideologías particulares tienden a mirar la misma información e interpretarla de maneras similares. Por ejemplo, aquellos que buscan convertirse en miembros de la OCDE podrán prestar especial atención a la información que esta presenta en su sitio web, a lo que dicen y escriben sus representantes, a lo que otros escriben y dicen sobre su ingreso en la organización, y así sucesivamente. Como se señaló anteriormente, la membresía en la OCDE entrega muchos beneficios, y tiende a ser muy codiciada. Por su parte, las ideologías pueden tener una influencia similar en la formación y operación de redes, porque a menudo se comparten ampliamente. Saber cómo ellas se comparten entre las instituciones y los tomadores de decisiones en el sistema global entrega información y factores que de otro modo podríamos no observar.

Estos factores de redes también nos ayudan a entender los problemas de convergencia, que han sido un tema central en las discusiones sobre derecho de la competencia desde la década de 1990. Durante la mayor parte de ese período, las leyes de competencia en todo el mundo parecían estar convergiendo hacia un modelo más basado en la economía, como se promovía en EE.UU.[47]. Esto presionó a los tomadores de decisiones para que se ajustaran a ese modelo, que algunos han visto como un "estándar internacional". Sin embargo, reconocer el desarrollo de un sistema adaptativo global revela que esta visión de la convergencia es demasiado simple. Así, las relaciones transversales dentro de ese sistema influyen en las decisiones de muchas formas. Esto puede llevar a la convergencia en algunas áreas y a la divergencia en otras, pero ambas son susceptibles de cambiar a medida que nuevos factores influyen en el sistema. El auge de los Big Data que discutiremos en el próximo capítulo entrega buenos ejemplos al respecto.

[47] David J. Gerber, *Global Competition: Law, Market and Globalization* (Oxford: OUP, 2010), Cap. 8.

Este capítulo ha destacado las interacciones entre los actores del derecho de la competencia, y el sistema global que los moldea y es moldeado por ellos. Ha mostrado cómo las instituciones particulares e influencias discutidas en capítulos anteriores fluyen juntas en corrientes dentro de este sistema. Reconocer cómo funciona el sistema proporciona un poderoso lente para penetrar la masa de detalles sobre el derecho de la competencia en todo el mundo, y entrega ideas sobre las decisiones en todo el sistema.

El próximo y último capítulo identifica dos de los principales cambios que enfrenta el derecho de la competencia, examina los desafíos que representan para los funcionarios públicos y los profesionales, y señala algunas de las respuestas a tales retos.

Capítulo 12
Desafíos y evolución

La tarea del derecho de la competencia consiste en disminuir las restricciones a ella, por lo que quienes lo operan deben comprender *el tipo de competencia* al que lo están aplicando. Como hemos visto, esta área del derecho se ha centrado en las últimas décadas en la competencia basada en precios (y los factores que influyen en ellos), pero la digitalización y la globalización han creado nuevas formas y dimensiones de competencia económica, y las instituciones del derecho de la competencia deben abordar y responder a estos cambios. Cuando no lo hacen, los tomadores de decisiones malinterpretan las consecuencias de las conductas, los asesores brindan una orientación deficiente, y los abogados, economistas y otros profesionales no protegen adecuadamente los intereses de sus clientes. Este capítulo identifica los cambios mencionados y los desafíos que plantean para el derecho de la competencia, explica algunas de sus consecuencias, y esboza algunas respuestas a ellos. Como siempre, la Guía se centra en los aspectos esenciales de estos asuntos, para que puedas reconocer lo que necesitas saber sin estar sobrecargado con información engañosa e inútil.

Este capítulo se centra en dos cambios profundos y duraderos en la competencia. Uno de ellos es la profundización y ampliación de la globalización, que altera *las dimensiones de los mercados*; el otro consiste en la economía digital, que *crea nuevas formas de competencia*. Juntos, desafían tanto a los regímenes domésticos como al sistema global.

El capítulo tiene tres objetivos principales: (1) identificar los desafíos y algunos de sus impactos; (2) señalar cómo los regímenes individuales están respondiendo a estos cambios; y (3) lograr identificar los elementos clave que determinan sus respuestas.

A. Globalización profunda: Cambiando las dimensiones de la competencia

La profundización y expansión de la globalización económica altera las dimensiones de la competencia al reducir las barreras geográficas a la competencia. Este proceso básico no es nuevo, ¡pero su alcance y profundidad sí lo son! La competencia involucra ahora a un mayor número de tomadores de decisiones que deben elegir entre un amplio rango de alternativas, y tales elecciones pueden tener efectos más grandes y complejos en la sociedad. En pocas palabras, crea entornos internacionales más complejos e interrelacionados para la competencia. Esta es la "globalización profunda".

A continuación, se presentan algunas de las transformaciones claves que son relevantes para el derecho de la competencia:

1) La globalización profunda expande más mercados, más allá de las fronteras estatales, alterando usualmente en el proceso las funciones económicas que realizan y los intereses que afectan.

2) A su vez, entrelaza los mercados y las sociedades transfronterizas de más formas y más estrechamente. El aumento dramático en el número y la extensión de las cadenas de suministro globales es un ejemplo destacado. Estos arreglos suelen relacionar numerosas empresas a través de muchas fronteras nacionales. Así, los numerosos vínculos contractuales y gerenciales entre las partes tienen consecuencias para los intereses económicos, políticos y sociales en cada uno. Del mismo modo, suelen generar disputas por el poder que traspasan fronteras dentro de las propias cadenas de suministro.

3) Los mercados en expansión a menudo aumentan la concentración de la riqueza y poder en manos de aquellos que cuentan con los recursos y oportunidades para aprovechar las oportunidades que tales mercados crean.

4) Estos mercados más grandes pueden facilitar el desarrollo en las economías emergentes, creando nuevas oportunidades para aquellos que de otro modo tendrían menos chances para vender sus bienes y servicios o promover sus intereses. Sin embargo, también pueden sesgar el desarrollo económico para servir a los intereses de las empresas más grandes y ricas que tienen su sede fuera de los países de mercados emergentes.

5) Esta fase de la globalización también tiende a expandir los roles de los actores extranjeros en las decisiones económicas

domésticas. El número creciente de relaciones contractuales y de propiedad a través de las fronteras crean oportunidades para múltiples actores económicos, legales y políticos, fuera de un país para ejercer influencias dentro de él. La creciente complejidad de las relaciones entre empresas y gobiernos magnifica estos efectos.

6) La ampliación de las dimensiones de la competencia aumenta la incertidumbre de las relaciones en los mercados. ¿Quién posee qué? ¿Quién está involucrado en qué? ¿Quién tiene poder dónde, cómo y sobre qué? ¿Quién está ejerciendo influencia en qué decisiones?

7) Las dimensiones políticas de estos cambios pueden azotar el derecho de la competencia. Por ejemplo, en muchas economías emergentes se intensifican la conciencia doméstica del grado en que las empresas y los gobiernos extranjeros controlan sus destinos, lo que lleva a resentimientos y presiones sobre el derecho de la competencia para controlar su influencia. Así, algunos ven las transformaciones como una razón para exigir una mayor preocupación por la equidad en el derecho de la competencia.

B. La economía digital: nuevas formas de competencia

La tecnología digital modifica las formas existentes de competencia y crea nuevas. En los mercados tradicionales, las empresas generalmente compiten fabricando mejores productos o brindando servicios más valiosos a precios más atractivos. En este contexto, una empresa o grupo de empresas puede subvertir la competencia al adquirir suficiente poder sobre el precio (o variables relacionadas), para poder actuar sin tener en cuenta las limitaciones de otras compañías. Este poder ha estado en el foco del derecho de la competencia durante décadas. Sin embargo, en la economía digital las ventajas competitivas no siempre se basan en este tipo de poder, sino en otras formas de influjos que pueden tener consecuencias similares para la competencia, por lo que los tomadores de decisiones deben saber cómo responder a las amenazas que esta plantea. Este capítulo ofrece una visión de estos nuevos desarrollos.

La fuente primordial del cambio proviene de la capacidad de los computadores para adquirir, agregar, codificar, manipular y desplegar estratégicamente grandes cantidades de información, y realizar estas funciones de manera muy rápida. Así, permite a quienes emplean la tecnología encontrar nuevas formas de ventajas en el mercado, y a menudo

los lleva *a competir con datos y por ellos.* Este es el mundo de los Big Data (BD) y la economía digital global (GDE).

1. Nuevas tecnologías en formas tradicionales de competencia

Las empresas pueden utilizar estas nuevas tecnologías para competir de formas clásicas en mercados tradicionales. Por ejemplo, pueden usarlas para aprender más sobre los clientes actuales y potenciales al agregar grandes cantidades de datos e identificar patrones en el comportamiento del consumidor, que de otro modo serían difíciles (si no imposibles) de reconocer. En este caso, la tecnología no cambia la naturaleza básica de la competencia, sino que entrega herramientas adicionales a ser utilizadas por las empresas competidoras, por ejemplo, para aumentar la demanda de los productos o servicios de una compañía.

Las empresas también pueden extender el alcance de las estrategias tradicionales utilizando algoritmos para codificar y disfrazar acuerdos y conductas anticompetitivas. En principio, la tecnología incluso puede usarse para ir más allá y emplear inteligencia artificial (IA) para identificar formas de crear colusiones y camuflar las conductas, aunque este uso de la IA es incierto y controversial. Estos usos de la tecnología crean nuevos y difíciles problemas para el derecho de la competencia, pero son esencialmente elaboraciones del patrón básico de competencia en los mercados tradicionales.

2. Nuevas formas de competencia

¡Sin embargo, el gran cambio consiste en el uso de la tecnología para crear *nuevas formas de competencia*! Muchas de estas prácticas y estrategias no eran ni siquiera imaginables antes del advenimiento de la economía digital. El elemento central de ellas consiste en el control de los datos. Así, a diferencia de la competencia a través del precio o la calidad, esta variable se basa en la adquisición y manipulación de datos, y desafía y a menudo socava los presupuestos en los que opera el derecho de la competencia tradicional.

Una empresa que controla grandes cantidades de datos y los utiliza de manera más hábil y estratégica que los rivales que controlan menos datos y/o los usan con menos habilidad, tiene una ventaja competitiva significativa frente a ellos. En este contexto, la habilidad se basa principalmente en la calidad de los algoritmos que emplea la empresa, y la competencia y sofisticación de quienes los crean y usan.

Una característica central de esta forma de competencia es el papel de las plataformas

informáticas. Los compradores dispuestos adquieren a través de una plataforma que agrega sus solicitudes y dirige información sobre ellos a los vendedores. Del otro lado de la plataforma, los vendedores entregan sus ofertas y a menudo pagan a los propietarios de la plataforma (por ejemplo, Google) por el privilegio de utilizarla. Cualquier transacción resultante fluye a través de la plataforma. La información pasa esencialmente a través de ella, que mediante algoritmos moldea la presentación de datos tanto a los compradores como a los vendedores. Como saben los usuarios de Amazon y Google, esto puede ser una influencia poderosa en las decisiones, porque permite que sea la plataforma, en lugar del vendedor, la que presente la información relevante a los posibles compradores.

En esta forma de competencia, los datos sobre los compradores se vuelven valiosos por sí mismos, y el control de ellos se convierte en una fuente de ventaja competitiva y poder. Así, empresas como Amazon obtienen beneficios económicos y poder que se basan en el número de compradores y vendedores que utilizan la plataforma. Los actores compiten con sus datos y por ellos, por lo que las empresas entregan servicios de plataforma a los compradores sin costo para obtener sus datos. Esto permite al propietario de la plataforma cobrar precios más altos por la publicidad y otras formas de acceso a los compradores representados en los datos. En general, entre más usuarios tenga una plataforma, mayor será su valor. Por otro lado, los propietarios de plataformas también pueden utilizar estos datos para vender sus propios productos o servicios de manera más efectiva, y pueden vender los datos a terceros.

3. El contexto del Big Data

Estos usos de la tecnología digital presentan importantes problemas de detección y análisis para las instituciones de derecho de la competencia, pero el "Big" en BD intensifica los desafíos. Esta forma de competencia requiere una inversión significativa para adquirir y codificar datos, pero una vez adquiridos, esta información no es costosa de usar, manipular y distribuir. Esta estructura de costos con una alta inversión inicial fomenta la "magnitud". De esta forma, en pocos años, empresas como Google y Amazon se convirtieron en "gigantes" que dominan su escenario competitivo. Ejercen un poder excepcional no solo en términos económicos, sino también en muchos otros contextos sociales, como en los derechos humanos.

Además, estas empresas dominantes están geográficamente concentradas, pues la mayoría tiene su sede en EE.UU. Esto entrega a los funcionarios y abogados estadounidenses ciertas experiencias y

perspectivas en el derecho de la competencia que difieren de las de la mayoría de los otros regímenes. Tales perspectivas están asociadas con quienes son *dueños de las plataformas*. Todos los demás *dependen de* las plataformas, por lo que a menudo tienen incentivos e intereses muy diferentes. Es probable que esto cambie con el tiempo, a medida que empresas como Alibaba de China mejoren su posición competitiva, pero la ventaja del primer movimiento de las empresas de BD existentes puede ser difícil de erosionar.

C. Impactos y respuestas: Regímenes individuales

Estas nuevas formas y dimensiones de la competencia desafían muchas suposiciones y métodos del derecho de la competencia. Esta sección examina algunos de los impactos. Reconocerlos es esencial para entender dónde está el derecho de la competencia, así como hacia dónde se dirige.

1. Fines

La GDE dificulta saber qué significa "disuadir restricciones a la competencia", que es el papel central del derecho de la competencia. Las ideas sobre lo que constituye una infracción en los mercados tradicionales no siempre son aplicables en la GDE. Como respuesta, algunas legislaciones y AC modifican sus fines declarados, mientras que otras se basan en la reinterpretación de los existentes. La incertidumbre acerca de los fines tiende a ser mayor cuando estos son específicos (por ejemplo, metas de eficiencia), mientras que los fines políticos y sociales más amplios pueden acomodar el cambio con mayor facilidad.

Bienestar del consumidor: Como se señaló en el Capítulo 3, el "bienestar del consumidor" se utiliza de varias maneras en el derecho de la competencia. En su forma más amplia, indica que esta área del derecho sólo se preocupa por

los efectos sobre los consumidores y, por lo tanto, excluye los factores políticos y sociales como fines. Cuando se usa de esta manera, se puede aplicar a la GDE con algunos ajustes. Sin embargo, como hemos señalado, los regímenes a menudo lo utilizan de una manera más estrecha, utilizando el efecto sobre los precios como la única o la principal medición del bienestar del consumidor, es decir, consideran que la conducta es anticompetitiva cuando aumenta el precio por encima de un nivel competitivo. No obstante, dado que los precios en los mercados digitales no suelen tener la misma función que en los tradicionales, este enfoque puede no ser útil para identificar el daño a la competencia. Por ejemplo, es común que el precio para realizar compras a través de una plataforma sea igual a cero, por lo que no hay competencia de precios.

Eficiencia económica y estructura del mercado: El rol modificado del precio en la GDE también oscurece el valor de los fines de eficiencia económica y estructura de mercado que se basan en los efectos del precio.

Los ***fines de innovación y desarrollo económico*** no necesariamente se basan en estos efectos de precios, por lo que puede que la GDE no los socave. El desarrollo económico depende de factores sociales y políticos más amplios, como la educación y el papel del gobierno, por lo que el impacto de la GDE es menos claro. La economía del desarrollo en sí misma es más discutida y menos precisa que la economía neoclásica, que respalda los fines basados en los efectos sobre el precio.

Del mismo modo, las fuentes de innovación son variadas y altamente contextuales. Existen diversas aproximaciones a estos fines, y cada una se basa en suposiciones sobre cómo se pueden lograr tales metas, y, por lo tanto, sobre el tipo de conductas perjudiciales. Esto hace que las predicciones sobre su papel en la GDE sean arriesgadas.

Fines sociales/políticos: Fines como la justicia y la igualdad son inherentemente más amplios que los económicos, por lo que normalmente se ven menos afectados de forma directa por la GDE. Sin embargo, el BD inyecta nuevos elementos en estos fines, lo que los hace aún más difíciles de aplicar de manera consistente. Por ejemplo, el poder e influencia de los "gigantes" tecnológicos como Google puede ser un elemento crítico en la evaluación de la equidad, y la amplia preocupación pública sobre este poder también tiende a convertirlos en objetivos políticos atractivos.

¿La privacidad como una meta? La GDE genera demandas para que el derecho de la competencia incluya la privacidad como uno de sus fines. Las empresas de BD a menudo compiten con los datos personales, y por ellos.

Como resultado, pueden exponer los datos personales a riesgos que son difíciles no solo de controlar, sino incluso de identificar. Algunos argumentan que el derecho de la competencia debe incluir estos fines, principalmente porque están ligados de manera intrínseca a cuestiones de competencia. Otros responden que, aunque los problemas de privacidad son importantes, no pertenecen al derecho de la competencia y deben ser abordados en otras áreas del derecho, como el derecho de la privacidad o del consumidor, que están diseñados específicamente para tratar ese tipo de asuntos. Para esta corriente, incluir la privacidad en el derecho de la competencia socavaría la efectividad del mismo, sin abordar adecuadamente las preocupaciones específicas de la privacidad. La perspectiva más amplia del derecho de la competencia europeo generalmente ha otorgado mayor peso a los fines de privacidad que la perspectiva más estrecha del análisis económico que anima el *antitrust* estadounidense. No obstante, muchos regímenes de competencia no tienen los recursos para considerar cuidadosamente los problemas, por lo que buscan orientación en los principales actores.

2. Métodos

El BD también desafía algunos métodos del derecho de la competencia. Los métodos solo pueden brindar un camino confiable hacia los fines si quienes los aplican tienen una base sólida para predecir las consecuencias de su aplicación. Sin embargo, como hemos visto, la GDE hace que las consecuencias de las conductas sean más difíciles de evaluar. ¿La división de las grandes empresas tecnológicas o la limitación de su capacidad de expansión, tendrían efectos positivos en la competencia? Nadie puede estar seguro de la respuesta.

El poder de mercado es central en el análisis del derecho de la competencia, ya que *permite a las empresas restringir la competencia.* El poder en la economía digital a menudo depende de cuántos datos controla una empresa, y todavía no se han desarrollado herramientas para analizar dicho poder o evaluar su impacto.

Métodos económicos: Los métodos económicos han evolucionado para evaluar el poder de mercado en relación con el precio, y se han vuelto convincentes al hacerlo. Sin embargo, confiar en esta métrica para identificar el poder de mercado cuando la competencia no se basa en el precio, puede ser engañoso y dañino. Como hemos visto, el poder en los mercados digitales a menudo se basa en el control de los datos, y pocos afirmarían que la ciencia económica ha desarrollado una comprensión clara de sus contornos y de las formas en que puede utilizarse. La economía eventualmente evolucionará para analizar esta nueva forma de poder de manera efectiva, pero esto puede

llevar décadas mientras estas teorías se desarrollan y prueban. Asimismo, los métodos resultantes pueden ser más complejos y, por lo tanto, menos adecuados para su uso por parte de las instituciones legales.

Métodos legales estándar: La GDE también presenta obstáculos para el uso efectivo de métodos legales estándar, como la interpretación de estatutos y el análisis de casos. Por ejemplo, la interpretación de textos fijos, como leyes y directrices, solo es convincente cuando se basa en un sentido compartido del significado del lenguaje utilizado en la normativa. El lenguaje destinado a aplicarse a la competencia en mercados tradicionales (por ejemplo, la fijación de precios predatorios, consistente en reducir los precios para expulsar a los competidores) tiene poco sentido si se aplica a mercados digitales en los que los precios son iguales a cero. Esto produce incertidumbre al aplicar el lenguaje a un contexto digital.

La economía digital plantea problemas similares para los métodos basados en casos. En estos, los tomadores de decisiones se orientan en casos anteriores que implican situaciones de hecho similares. Así, se enfocan en la comparación de casos. El valor de este mecanismo se basa en la suposición de que las lecciones aprendidas de una situación de hecho se pueden aplicar a otras. Sin embargo, si un caso relativo a un mercado tradicional se aplica a uno digital, esta suposición puede ser perjudicial, ya que las premisas sobre los efectos de la conducta en uno pueden carecer de sentido cuando se aplican al otro. Podemos usar nuevamente el papel del precio como ejemplo: el análisis tradicional del derecho de la competencia se centra en los precios, pero en los mercados basados en plataformas de la economía digital los precios suelen ser iguales a cero, lo que hace que las lecciones de los casos anteriores sean menos relevantes. Además, la comparación se valora en parte porque puede crear consistencia en la aplicación de la ley, pero si los casos comparados se refieren a formas esencialmente diferentes de competencia, la comparación puede conducir a lo opuesto: inconsistencia e incoherencia.

3. Instituciones

La GDE no solo desafía la capacidad de las instituciones para identificar y evaluar las restricciones a la competencia, sino que también hace más precarios y más costosos sus esfuerzos para aplicar y hacer cumplir las leyes de competencia. Esto es especialmente probable cuando las propias instituciones no pueden confiar en los métodos que utilizan para respaldar sus decisiones.

Parlamentos: La redacción de la legislación (y otros textos, como directrices) se vuelve más difícil. Los textos fijos utilizan un lenguaje

general para categorizar y describir conductas que los redactores consideran dañinas, pero si el comportamiento descrito en el texto no es perjudicial en un nuevo contexto como la economía digital, el lenguaje creará confusión y posibles daños. Esto puede llevar a los parlamentos a utilizar un lenguaje vago, y dejar los aspectos problemáticos a los tribunales y a las AC.

Tribunales: Al tomar decisiones que involucran la GDE, los jueces deben interpretar y aplicar estatutos y casos sin la seguridad de que entienden las conductas involucradas, o si reconocen sus probables consecuencias. Por lo general, tienen poca formación en economía y, por lo tanto, cuentan con una capacidad limitada para evaluar las premisas económicas que se aplican a los mercados digitales. Muchos admiten que incluso en contextos tradicionales, los problemas de competencia son particularmente difíciles, y las complejidades y novedades de la GDE aumentan este efecto. Esto les da incentivos para resolver casos en base a motivos procesales, en lugar de fundamentos sustantivos.

Los incentivos para realizar esto son particularmente altos cuando los tribunales revisan decisiones administrativas. Los jueces son conscientes de que una AC suele tener una mayor capacidad que ellos para adquirir y analizar materiales relativos a los hechos. Esto tiende a inhibir a los tribunales de anular las decisiones de la AC.

Cuando los tribunales tratan con el *enforcement* privado de la ley, dos factores adicionales entran en juego. Uno de ellos es la necesidad de gestionar la adquisición y presentación de datos por las partes al tribunal. Las incertidumbres en torno a los efectos de la conducta en la GDE incentivan a las partes a presentar todo el material potencialmente relevante posible, e influir en su interpretación de cualquier manera que puedan. Cuando el *enforcement* privado depende principalmente de pruebas recopiladas por autoridades públicas, estos incentivos pueden controlarse más fácilmente que en regímenes que otorgan a los litigantes amplios derechos para demandar material probatorio fáctico de otros y controlar su presentación al tribunal. Un segundo factor se refiere a las disparidades en la capacidad de las partes para perseguir reclamaciones. Las megaempresas que dominan la industria tecnológica pueden desplegar generalmente muchos más recursos y aprovechar mucha más experiencia digital que las contrapartes en litigios que no disponen de tales recursos, intensificando las percepciones de injusticia.

Autoridades de competencia: Las agencias de *enforcement* a menudo enfrentan los mayores desafíos. Deben formular y articular políticas y decisiones de *enforcement*, a veces sin confiar mucho de que entienden completamente cómo clasificar la conducta o qué significa el daño competitivo en el entorno de la GDE. Esto dificulta la realización de un *enforcement* efectivo y defendible. Además, las dinámicas de los mercados digitales pueden cambiar rápidamente. Las conductas basadas en una posición de poder particular pueden ser dañinas en un mes, pero inofensivas cuando el poder se erosiona en los meses siguientes. Los funcionarios de competencia pueden no conocer estos efectos hasta después de que el poder dominante se ha erosionado y la conducta ha cesado. Como resultado, los esfuerzos de *enforcement* pueden tener poco valor o efecto.

La GDE también aumenta la complejidad, incertidumbre, riesgos y costos que enfrentan las AC. A continuación, se presentan algunos ejemplos:

Recolección de información: Aunque la tecnología hace que la información sea mucho más abundante y accesible que en el pasado, identificar qué vale la pena mirar en la densa maraña de datos puede ser costoso y llevar mucho tiempo. Además, las herramientas que entregan datos también pueden usarse para manipular y camuflar esa información, permitiendo a los operadores tecnológicos sofisticados la creación de obstáculos para la investigación de una AC sobre lo que realmente está sucediendo.

Apoyo y cumplimiento: La GDE puede afectar el apoyo a las actividades de la AC. Por ejemplo, puede erosionar el apoyo doméstico al derecho de competencia. En muchos países, existe una voluntad limitada de invertir sus escasos recursos en el derecho de la competencia, porque existe poca confianza de que proporcionará beneficios que justifiquen sus costos. Cuando la GDE aumenta la incertidumbre sobre la naturaleza y los efectos de la competencia, también aumenta ese escepticismo. Esto puede reducir el apoyo político y financiero para una AC y socavar su efectividad en la investigación y evaluación de conductas, y en la retención de funcionarios de alta calidad. Además, las grandes compañías que dominan la industria tecnológica cuentan con grandes recursos e importantes conexiones políticas, y tienen fuertes incentivos para utilizarlos al máximo para combatir los esfuerzos de *enforcement*. Por ejemplo, los funcionarios de muchas AC más nuevas tienen salarios relativamente bajos, por lo que es probable que la perspectiva de recompensas externas (que posiblemente incluyan sobornos) sea atractiva. Esto puede

inhibir el *enforcement* contra las compañías que entregan estas recompensas.

Sin embargo, la tecnología digital también puede ayudar para el *enforcement* a aquellas AC que pueden permitirse utilizarla. Por ejemplo, pueden usarla para detectar conductas potencialmente anticompetitivas al identificar patrones en los movimientos de precios que podrían evidenciar conductas coordinadas, y que de otra manera podrían no ser notados. También pueden usarla para monitorear las acciones de empresas específicas con el fin de desarrollar una imagen más clara de cuáles son los objetivos de su administración, así como de los efectos de la conducta.

4. Objetivos

Estos factores influyen en los objetivos del derecho de la competencia. A continuación, se explicarán algunos ejemplos:

Acuerdos horizontales: La GDE puede dificultar la detección de carteles. Por ejemplo, la globalización facilita la colusión en lugares difíciles de monitorear. Así, los acuerdos organizados en un campo de golf en Myanmar no se detectan fácilmente, y la tecnología proporciona nuevas formas de coordinación de conductas entre competidores que son más difíciles de detectar. La información de *signaling* puede codificarse en sitios web e intercambios digitales de numerosas maneras, y una AC puede tener poca o nula capacidad para reconocer o seguir estas señales. Por otro lado, la tecnología también entrega herramientas más avanzadas para detectar la colusión, aunque no todas las AC pueden permitírselas. Además, las empresas que buscan eludir el alcance de la ley suelen ser más hábiles en su uso que los funcionarios gubernamentales, y sus incentivos para hacerlo pueden ser muy fuertes.

Acuerdos verticales: Evaluar el impacto de los acuerdos verticales en la competencia es difícil incluso en los mercados tradicionales, como hemos visto, pero la GDE añade complejidad e incertidumbre. El mayor alcance geográfico, la complejidad y sofisticación tecnológica de las relaciones de suministro y comercialización, pueden aumentar significativamente la dificultad y los costos de identificar los efectos anticompetitivos. Además, el énfasis de la economía digital en la rapidez de la innovación refuerza las afirmaciones de que "demasiada intervención" puede obstaculizar el desarrollo económico y perjudicar no solo a las industrias, sino también a las comunidades y a las economías nacionales. Por último, la capacidad de la tecnología digital para adaptar la comercialización y la personalización de precios a los

consumidores aumenta los posibles daños de los efectos anticompetitivos de la discriminación entre compradores.

Conductas unilaterales: Como hemos visto (Cap. 6), identificar el daño de las conductas unilaterales resulta a menudo desafiante, principalmente porque no hay un suceso específico como un acuerdo que llame la atención sobre él. Asimismo, las conductas están incrustadas en el plan de negocios de una empresa, lo que las hace difícil de aislar de otros elementos del esquema. La complejidad y amplitud de los mercados de la GDE hacen que ambos obstáculos sean más formidables. Además, la sensibilidad política aumentada hacia el poder de las grandes empresas tecnológicas generalmente se traduce en demandas crecientes para aumentar el *enforcement* en esta área, a pesar de la dificultad de encontrar o desarrollar principios legales para apoyar las decisiones al respecto. Esto tiende a socavar la confianza en la base legal para el *enforcement*. Las AC más pequeñas en mercados emergentes a menudo enfrentan una sensibilidad política particularmente fuerte al poder de las empresas tecnológicas extranjeras. Sin embargo, las habilidades técnicas y recursos limitados pueden dificultar su capacidad para responder a estas compañías.

Fusiones: Estos factores pesan mucho en el control de concentraciones, principalmente porque *requiere predecir los efectos probables de una fusión*. La rápida evolución de las relaciones económicas globales hace que la definición de mercados sea más precaria, y los cambios frecuentemente tectónicos en la tecnología hacen que predecir los efectos de las fusiones en esos mercados sea una tarea desalentadora e incierta.

D. Impactos y respuestas: El sistema global

La GDE impacta no solo en los regímenes individuales, sino también en el sistema global: en su composición y su dinámica. Recordemos que el sistema es adaptable e interactivo. Responde a factores externos como la globalización profunda, que aumenta el número y la diversidad de actores, así como la tecnología, que reconfigura lo que los actores hacen y cómo lo hacen.

1. Actores

Estados: Los nuevos participantes en el escenario global son más diversos en sus intereses, recursos y capacidades que el pequeño círculo de países industrializados que ha sido el centro del universo del derecho de la competencia desde sus inicios. A menudo soportan obstáculos que rara vez (si acaso alguna vez) se enfrentaron en Europa, EE.UU. o Japón; por ejemplo, corrupción arraigada y extensa, falta de recursos y bajos niveles de sofisticación económica, entre muchos otros. La tecnología digital añade nuevas presiones e incentivos a estos obstáculos. Quizás el más poderoso de estos es el hecho de que los líderes del mundo tecnológico se encuentran en un pequeño número de países, principalmente EE.UU. Estos países e instituciones se benefician del poder y la influencia de las empresas ubicadas allí. Todos los demás países utilizan sus servicios, pero a menudo son cautelosos de depender de ellos.

Organizaciones internacionales: La GDE también impacta en el papel de ellas. Por ejemplo, la creciente complejidad del entorno del derecho de la competencia aumenta el valor potencial de las organizaciones como plataformas para compartir experiencias y conocimientos. También tiende a desplazar la atención hacia las preocupaciones en torno a la tecnología, lo que puede ser particularmente valioso para aquellos en instituciones más nuevas o con recursos limitados, que quizás no tengan las herramientas para evaluar estos factores por sí mismos. Por otro lado, esa complejidad puede hacer más difícil que una organización internacional haga que sus políticas y sugerencias sean claras y convincentes. Además, la creciente diversidad de intereses y circunstancias entre los actores del derecho de la competencia dificulta afirmar que una política en particular se ajusta a todas las necesidades. En ese sentido, las organizaciones pueden tener más obstáculos para desempeñar el papel de "portadores de la verdad".

Actores secundarios: La globalización aumenta el número y la variedad de grupos e instituciones privadas que pueden influir en las decisiones del derecho de la competencia, y la

tecnología genera nuevos roles y capacidades para tales actores. Esta combinación inevitablemente trae cargas adicionales para las AC, quienes deben responder a estos esfuerzos. Sin embargo, también puede beneficiarlos al entregarles información adicional y más conexiones internacionales que pueden ayudar en sus esfuerzos de detección y cumplimiento.

Para este desarrollo, es esencial el crecimiento en número e influencia de estudios de abogados muy grandes e institucionalmente poderosos, consultores de gestión, economistas y otros. Muchos de ellos operan en todo el mundo del derecho de la competencia. Sus servicios son valorados por empresas que operan a escala internacional, porque internalizan, organizan y comparten información sobre muchos países, instituciones y mercados. Por supuesto, estas empresas tienen sus propias agendas y objetivos, y a menudo dedican extensos recursos para influir en las decisiones de competencia. Además, pueden usar sus contactos en muchas partes del mundo para coordinar sus esfuerzos y aumentar su influencia. Los esfuerzos para convencer a un conjunto de tomadores de decisiones (por ejemplo, en Japón, Brasil o Chile) pueden verse potenciados por los éxitos a la hora de convencer a otros (por ejemplo, en Bruselas).

Los grandes estudios globales de abogados están en el centro de esta evolución. Ofrecen servicios legales integrados a nivel mundial que pueden ser de gran valor, especialmente para las grandes empresas multinacionales. Esta integración global de servicios legales tiene paralelismos entre los consultores de gestión y los contadores, y ha contribuido a la mezcla de estos grupos profesionales anteriormente independientes. En muchos países, las reglas y costumbres jurídicas y profesionales mantienen separadas las dos profesiones, pero generalmente se entrelazan para operaciones globales.

Los economistas han seguido la tendencia, aunque rara vez producen operaciones a tal escala. Estos tienen herramientas únicas de gran valor para comprender el impacto de los mercados globales, por lo que se vuelven cada vez más influyentes y poderosos a medida que la competencia global se expande y se vuelve más compleja. Además, muchos regímenes de competencia le confieren cada vez más peso a la economía, tanto en la política como en el *enforcement*. Finalmente, la economía digital crea un nuevo grupo profesional de especialistas en tecnología cibernética (a menudo altamente influyentes) que usualmente trabajan con economistas. Estos son indispensables para las AC que intentan desarrollar herramientas para su uso en los mercados digitales. Sin

embargo, los beneficios que entregan estas organizaciones suelen estar disponibles a precios que solo las grandes empresas pueden permitirse.

Otros grupos de presión también influyen en las decisiones dentro del sistema. Estos incluyen, por ejemplo, organizaciones que representan los intereses de industrias específicas (como la producción de acero o de automóviles). Del mismo modo, los grupos de trabajadores tienen voces influyentes en algunos países y grupos de ellos. La globalización tecnológica permite a estos grupos cooperar entre sí más allá de las fronteras, y así potenciar su influencia.

2. Interacciones

La GDE también reconfigura las relaciones e interacciones entre los regímenes del derecho de la competencia.

Conocimiento de los otros actores: La GDE aumenta la disponibilidad de ciertos tipos de información sobre otros regímenes, aunque estos antecedentes no siempre son tan útiles como podría parecer. Por ejemplo, a menudo incluyen extensos datos sobre acciones específicas de una AC o el número de sus empleados, pero rara vez brindan información sobre las acciones informales de la agencia y otros factores que influyen en las decisiones (ver Cap. 10). A veces, conocer estas influencias tiene más importancia práctica que los resultados de casos específicos, que pueden tener un valor limitado para interpretar decisiones pasadas o predecir las probables acciones futuras de una AC en el entorno de la GDE. Además, la tecnología también se puede utilizar para manipular información y así distorsionar las imágenes de los actores.

Contenido compartido: La tecnología digital potencia la importancia del contenido compartido en el ámbito del derecho de la competencia. Por ejemplo, pone a disposición modelos de derecho de la competencia, como los desarrollados por la OCDE y otras organizaciones internacionales. Estos se utilizan como puntos de referencia comunes por todas las organizaciones e individuos, promoviendo el diálogo y facilitando la comunicación entre ellos. Sin embargo, otras formas de contenido compartido pueden tener el efecto contrario. La cantidad casi ilimitada de información disponible sobre acciones específicas y la abundancia de reclamaciones por diversos grupos e instituciones pueden conducir con facilidad a la incertidumbre y la confusión, y, por lo tanto, a una base más débil para el consenso y el entendimiento.

Comunicación: Los problemas comunes a la comunicación digital en general

(como conexiones rápidas, vulnerabilidad a la manipulación, etc.) tienen efectos más específicos en el contexto de la comunicación acerca del derecho de la competencia. Por ejemplo, la comunicación generalmente debe ser en inglés, pero los participantes difieren significativamente en sus capacidades con este idioma. Un hablante no nativo puede, por ejemplo, usar un término del derecho *antitrust* de EE.UU. para referirse a un concepto o institución legal que le parece apropiado, pero podría utilizarlo de una manera que difiere relevantemente de la forma en que se usa en ese país, y los demás pueden no estar conscientes de la discrepancia. Un ejemplo podría ser el "*discovery*", que a menudo es utilizado por observadores extranjeros para referirse simplemente a la adquisición de pruebas por parte de un tribunal, pero en el uso jurídico de EE.UU. se refiere a un mecanismo procesal muy específico en el que los abogados adquieren información y al que se le asocian muchas reglas e interpretaciones. Este tipo de malentendidos puede llevar a graves errores y socavar la confianza en la comunicación. Además, como hemos señalado, el derecho de la competencia no es una forma "natural" de derecho (a diferencia del derecho penal o de los contratos, por ejemplo). Debe ser construido por leyes o estatutos, y desarrollado y aplicado por instituciones domésticas. Esto aumenta la probabilidad de que otras personas, provenientes de otros regímenes, no estén al tanto de los significados adjuntos a las palabras utilizadas, o las funciones y roles de las instituciones que las utilizan. Finalmente, la comunicación digital está muy comprimida. La falta de contexto puede dificultar el descubrimiento y la aclaración de las diferencias subyacentes.

¿Convergiendo? ¿Divergiendo? ¿Coordinando?

La GDE también impacta en cuestiones de convergencia. Por un lado, la información y modelos compartidos expanden el potencial para ella. Los modelos pueden enmarcar y concentrar los esfuerzos de convergencia, y la mayor información sobre las acciones y declaraciones de otros actores permite a los tomadores de decisiones identificar a aquellos que pueden tener intereses similares en un área o problema particular, apoyando aún más la convergencia. Estos factores han generado una amplia convergencia en algunas áreas, notablemente en cuestiones procesales, como los requisitos para las notificaciones de fusiones. También han aumentado las similitudes en el uso de métodos, particularmente los económicos. Sin embargo, como hemos visto, la GDE puede llevar a incrementos en lugar de disminuciones en las diferencias entre los sistemas. Aquellos que dominan la GDE, como grandes empresas de

tecnología y los gobiernos que las albergan, pueden perseguir fines y métodos que difieren de aquellos que tienen menos poder e influencia en ese ámbito.

Los esfuerzos para incrementar la coordinación y cooperación entre los sistemas de derecho de la competencia enfrentan efectos similares. El aumento en el número de participantes en el sistema, así como la diversidad de sus intereses y los contextos en los que operan, incrementan el valor potencial de la coordinación, pero también dificultan su implementación.

***

La globalización profunda y la economía digital se combinan para desafiar el derecho de la competencia: no solo con respecto a la capacidad intelectual y práctica de las instituciones para comprender y responder eficazmente a los desafíos que presentan, sino también sobre el apoyo político para esos esfuerzos. La pregunta clave para el futuro es: ¿Estamos frente a un audaz nuevo mundo[48] o simplemente necesitamos refinar las herramientas? ¡Manténganse atentos!

[48] Traducción del concepto en inglés *"brave new world"*.

Notas para el uso de esta guía

Este es un nuevo tipo de guía, por lo que a continuación ofrezco algunas sugerencias para su utilización.

Fines: ¡Recuerda siempre los fines de la Guía! Ellos explican por qué se incluye o excluye información, y por qué los materiales se presentan de la manera en que lo hacen. La finalidad central es abrir puertas al derecho de la competencia en las dimensiones doméstica y global, tanto para aquellos que son nuevos en él, como para los que quieren saber más sobre algún aspecto del mismo. Esto requiere una visión amplia que destaque las relaciones entre las dimensiones domésticas y globales del derecho de la competencia. Reconocer cómo lo nacional se relaciona con lo global es fundamental para comprender y operar en el derecho de la competencia en la era digital.

Contexto: La Guía está diseñada para un nuevo contexto, y eso determina lo que hace la Guía y cómo lo hace. Las características esenciales de este contexto son: (1) el alcance cada vez más internacional de los mercados y la complejidad de la competencia en ellos; (2) el alto y creciente número de individuos e instituciones diversas que están involucrados con el derecho de la competencia, o que influyen en las decisiones sobre este; (3) la extensa y casi instantánea conexión de estos participantes a través de la tecnología digital; y (4) el hecho de que la información potencialmente relevante sea masiva, densa, inmediata y altamente manipulable.

Habilidades: La Guía enfatiza varias habilidades como claves para operar en este nuevo entorno.

1. Comprender lo que está sucediendo: La habilidad más fundamental es la capacidad para dar sentido a lo que está sucediendo, es decir, interpretar eficazmente los textos, decisiones y declaraciones que son tan abundantes en el ámbito del derecho de la competencia, y ver cómo se relacionan y afectan entre sí.

2. Predecir decisiones futuras: Los tomadores de decisiones en el derecho casi siempre usan el pasado para predecir el

futuro. ¿Utilizará su autoridad de la forma que quiero o de la forma que temo? Esta es la tarea para la que los clientes pagan a los abogados, consultores y economistas, y generalmente es lo que quieren saber los analistas dentro y fuera del gobierno. Sin embargo, la GDE añade una nueva complejidad a la realización de estas predicciones. La Guía está diseñada específicamente para mejorar la capacidad de hacer las proyecciones necesarias.

3. Comunicar: La habilidad para comunicarse con otros en el sistema global es fundamental para comprender y predecir. La capacidad para entender lo que está sucediendo depende de la habilidad para adquirir y evaluar información de otros; la capacidad para predecir lo que pueda probablemente suceder depende de la habilidad para captar los mensajes que a menudo pasan desapercibidos en los materiales disponibles; y la capacidad de influir en los resultados depende de la habilidad para reconocer lo que otros ven, quieren decir, desean y esperan.

Herramientas y estrategias: La Guía utiliza tres herramientas principales para respaldar y desarrollar estas habilidades.

1. Enfoque en las decisiones: Cada una de las habilidades depende de la capacidad para reconocer los factores que probablemente influirán en las decisiones, por lo que la Guía se centra en las decisiones y las influencias que las moldean. Cada decisión tiene una ubicación específica dentro del sistema global. Un individuo o institución toma una decisión, ya sea formal, informal o encubierta, en un contexto específico. Enfocarse en la decisión requiere que nos preguntemos quién la está tomando y dónde se encuentra el individuo o la institución en el sistema global. Esto ayuda a identificar las influencias en ella, y es una herramienta poderosa para separar información valiosa del abundante resto de la información disponible. Así, agudiza nuestra capacidad para interpretar lo que ha sucedido, para predecir lo que probablemente sucederá, y para comunicarnos eficazmente sobre temas de derecho de la competencia.

2. Enfoque en el sistema: Las decisiones son moldeadas por las instituciones y las personas que las toman, por lo que necesitamos reconocer cómo estas instituciones y personas se relacionan entre sí. La Guía explica cómo los tomadores de decisiones en el derecho de la competencia interactúan para formar este sistema global, y muestra cómo funciona ese sistema y ejerce su influencia.

3. Agrupamiento: La técnica de condensar o "agrupar" información es particularmente valiosa para utilizar estas herramientas. Las grandes cantidades de información brindan el material para realizar las tareas que queremos, pero pueden sobrepasar nuestra capacidad para entender lo que es relevante. Esto requiere un enfoque más ajustado de la información que el utilizado en tiempos predigitales, por lo que la Guía aclara la imagen al reconocer patrones en los datos, identificar elementos centrales que son ampliamente compartidos, y notar variaciones en esos temas.

Marco: Tener en cuenta la estructura general de la Guía ayuda a aclarar las formas en que la información y las perspectivas están relacionadas. La Guía proporciona primero una *definición central* del derecho de la competencia que puede ser utilizada en cualquier régimen, junto con una revisión preliminar de cómo varían los sistemas. Esta es una base necesaria para cualquier discusión sobre el derecho de la competencia. Luego, identifica el espectro de *fines* que los regímenes utilizan en la toma de decisiones y los diversos *métodos* que llevan de los fines a las decisiones. Las instituciones utilizan estos métodos, por lo que la Guía examina cómo los utilizan y los factores que moldean sus esfuerzos. Los métodos, las instituciones y los *fines* determinan los objetivos del derecho de la competencia, por lo que los Capítulos 5-7 examinan cuáles son estos *objetivos*, por qué se ven como dañinos, y los factores que influyen en el *enforcement* contra ellos. Para entender cómo funciona el sistema global e identificar influencias importantes a nivel doméstico y mundial, la Guía dedica capítulos individuales a los regímenes de competencia de *Estados Unidos y la Unión Europea*, y luego resalta los *elementos que moldean todos los sistemas de competencia* y que por lo tanto pueden ser utilizados para entender mejor cualquier régimen. A continuación, el siguiente capítulo une muchos de estos elementos al mostrar cómo las instituciones, los actores y los intereses funcionan juntos para crear un *sistema global*. El último capítulo examina los *desafíos* que enfrenta el derecho de la competencia, en particular la globalización y los mercados digitales.

La Guía está diseñada para ser utilizada por cualquier persona que desee entender mejor el derecho de la competencia, ya sea estudiante, abogado practicante, funcionario gubernamental, empresario, académico o cualquier otro lector interesado en los desarrollos económicos globales. Cada uno puede utilizarla para alcanzar sus objetivos deseados. Estoy seguro de que todos pueden beneficiarse de ella.

Lista de lecturas

Capítulo 2: ¿Qué es? La identidad velada del derecho de la competencia

- Phillip E. Areeda y Herbert Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust Law (4th ed., 2011)

- Jonathan B. Baker, The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy (2019)

- Daniel A. Crane y Herbert Hovenkamp, The Making of Competition Policy: Legal and Economic Resources (2013)

- Vinod Dhall, Competition Law Today: Concepts, Issues and the Law in Practice (2nd ed., 2019)

- David J. Gerber, "Comparative Antitrust Law" en Mathias Reimann y Reinhard Zimmerman (eds.), Oxford Handbook of Comparative Law (3° ed., 2019)

- John E. Kwoka Jr. y Lawrence J. White, The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy (5° ed., 2009)

- Massimo Motta, Competition Policy: Theory and Practice (2004)

- Richard A. Posner, Antitrust Law (2° ed., 2019)

- Edwin Rockefeller, The Antitrust Religion (2007)

- Richard Whish y David Bailey, Competition Law (9° ed., 2018)

Capítulo 3: Los fines y usos del Derecho de la Competencia

- Jonathan B. Baker, "Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust," Fordham Law Review Vol. 81, p. 2175 (2013)

- Robert Bork, The Antitrust Paradox (1978)

- Daniel Crane, "The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy," Antitrust Law Journal Vol. 79, p. 835 (2014)
- Josef Drexl et al., Competition Policy and the Economic Approach (2001)

- Josef Drexl, Laurence Idot, y Joel Moneger, Economic Theory and Competition Law (2001)

- Ariel Ezrachi, "'Sponge,'" Journal of Antitrust Enforcement Vol. 5, p. 49 (2017)

- William Kovacic y Ben van Rompuy, Economic Efficiency: The Sole Concern of Modern Antitrust Policy?: Non-Efficiency Considerations under Article 101 TFEU (2012)

- Robert H. Lande, "A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice," Fordham Law Review Vol. 81, p. 2349 (2013)

- George K. Lipimile, "Competition Policy as Stimulus for Enterprise Development" en UNCTAD, Competition, Competitiveness and Development: Lessons from Developing Countries (UNCTAD/DITC/CLP/2004/I, Ginebra, 2004) <https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclp20041_en.pdf>

- Maurice E. Stucke, "Reconsidering Antitrust's Goals," Boston College Law Review Vol. 53, p. 551 (2012)

- Daniel Zimmer (ed.), The Goals of Competition Law (2012)

Capítulo 4: Instituciones y métodos: Implementando los fines del Derecho de la Competencia

- Oliver Budzinski, "International Antitrust Institutions," en Roger D. Blair y D. Daniel Sokol (eds.), The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Vol. I, pp. 119-146 (2015)

- Daniel A. Crane, The Institutional Structure of Antitrust Enforcement (2011)

- Eleanor M. Fox, "Antitrust and Institutions: Design and Change," Loyola University of Chicago Law Journal Vol. 41, p. 473 (2010)

- Eleanor M. Fox y Michael J. Trebilcock, The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices (2013)

- David J. Gerber, "Competition Law and the Institutional Embeddedness of Economics," en Josef Drexl et al. (eds.), Economic Theory and Competition Law, pp 20-45 (2009)

- William E. Kovacic, "Achieving Better Practices in the Design of Competition Policy Institutions," Antitrust Bulletin Vol. 50, p.511 (2005)

- D. Daniel Sokol, "Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age," Berkeley Business Law Journal Vol. 4, p. 37 (2007)

- Javier Tapia y Santiago Montt, "Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits on Antitrust," en Ioannis Lianos y D. Daniel Sokol (eds.), The Global Limits of Competition Law pp. 141-157 (2012)

- Michael J. Trebilcock y Edward M. Iacobucci, "Designing Competition Law Institutions," World Competition Vol. 25, p. 361 (2002)

Capítulo 5: Acuerdos anticompetitivos

- Sandra Marco Colino, Vertical Agreements and Competition Law: A Comparative Study of the EU and US Regimes (2010)

- Doris Hildebrand, Economic Analyses of Vertical Agreements: A Self-assessment (2005)

- Louis Kaplow, "On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law," California Law Review Vol. 99, p. 683 (2011)

- Valentine Korah, "From Legal Form Toward Economic Efficiency Article 85(1) of the EEC Treaty in Contrast to U.S. Antitrust," Antitrust Bulletin Vol. 35, p. 1009 (1990)

- Ioannis Lianos y Damien Geradin, "Vertical Agreements," en Handbook on Buropean Competition Law: Substantive Aspects (2013)

- Csongor Istvan Nagy, EU and US Competition Law: Divided in Unity?: The Rule on Restrictive Agreements and Vertical Intra-brand Restraints (2013)

- Richard Posner, "Vertical Restraints and Antitrust Policy," University of Chicago Law Review Vol. 72, p.229 (2005)

- Richard Whish y David Bailey, "Horizontal Agreements - Oligopoly, Tacit Collusion and Collective Dominance," en Competition Law (7° ed., 2012)

- Frank Wijckmans and Filip Tuytschaever, "Horizontal Agreements and Cartels" en EU Competition Law (2015)

Capítulo 6: Conductas unilaterales de empresas dominantes: Monopolización y abuso de posición dominante

- Alden F. Abbott, "A Tale of Two Cities: Brussels, Washington, and the Assessment of Unilateral Conduct," Antitrust Bulletin Vol. 56, p. 103 (2011)

- Mor Bakhoum, "Abuse Without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and its Interface with Abuse of Dominance" (Max Planck Institute for Innovation & Competition Research No. 15-15, 2015) https://ssrn.com/abstract=2703809

- Einar Elhauge, "Defining Better Monopolization Standards," Stanford Law Review Vol. 56, p. 253 (2003)

- Eleanor M. Fox, "Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide" Utah Law Review Vol. 2006, page 725 (2006)

- Eleanor M. Fox, "Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe is Different," Antitrust Bulletin Vol. 59, p. 129 (2014)

- Michael S. Gal, "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly," Antitrust Bulletin Vol. 49, p. 343 (2004)

- Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, y Mark A. Lemley, "Unilateral Refusal to License," Journal of Competition Law & Economics Vol. 1, p. 13 (2006)

- Chiara Fumagalli et al., Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance (2018)

- Mark Furse, "Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition," European Competition Journal Vol. 4, p. 59 (2008)

- David J. Gerber, "The Future of Article 82: Dissecting the Conflict," en Claus Dieter Ehlermann y Mel Marquis (eds.), European Competition Law Annual 2007 (2008)

- Thomas Krattenmaker y Steven C. Salop, "Anticompetitive Exclusion: Rising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price," Yale Law Journal Vol. 96, p. 209 (1986)

- William E. Kovacic, "The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix," Columbia Business Law Review Vol. 1, p.1 (2007)

- Mark-Oliver Mackenrodt, Beatriz Conde Gallego, y Stefan Enchelmaier, Abuse of Dominant Position: New Interpretations, New Enforcement Mechanisms? (2008)

- Tadashi Shiraishi, "A Baseline for Analyzing Exploitative Abuse of a Dominant/Superior Position" (1 de marzo, 2013), https://ssrn.com/abstract=2246558

- Sayako Takizawa y Koki Arai, "Abuse of Superior Bargaining Position: the Japanese Experience," Journal of European Competition Law & Practice Vol. 5, p. 8 (2014)

- David J. Teece and Mary Coleman, "The Meaning of Monopoly: Antitrust Analysis in High Technology Industries," Antitrust Bulletin Vol. 43, p. 801 (1998)

Capítulo 7: Fusiones y adquisiciones

- Oliver Budzinski, "Toward an International Governance of Transborder Mergers? Competition Networks and Institutions Between Centralism and Decentralism," New York University Journal of International Law and Politics Vol. 36, N° 1, p. 36 (2003)

- Herbert Hovenkamp y Robert Bork, "Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency," Antitrust Law Journal Vol. 79, p. 983 (2014)

- Michael L. Katz y Howard A. Shelanski, "Mergers and Innovation" Antitrust Law Journal Vol. 74, N° 1, p. 537 (2007)

- William E. Kovacic, Petros C. Mavroidis, y Damien Neven, Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of the EU and US Practice (2014)

- John Kwoka, Mergers, Merger Control, and Remedies: A Retrospective Analysis of U.S. Policy (2015)

- Michael Porter, "Competition and Antitrust: Towards a Productive- Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures," en Perspectives on Fundamental Antitrust Theory (2001)

- Michael H. Riordan and Steven C. Salop, "Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach," Antitrust Law Journal Vol. 63, p. 513 (1995)

- Stephen Salop, "Invigorating Vertical Merger Enforcement," Yale Law Journal Vol. 127, p. 1962 (2018)

Capítulo 8: Derecho de competencia de EE.UU.: Central, pero único

- Marc A. Eisner, Antitrust and the Triumph of Economics (1991)

- Eleanor M. Fox, "The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium," Cornell Law Review Volume 66, page 1140 (1991)

- Andrew I. Gavil and Harry First, The Microsoft Antitrust Cases (2014)

- David J. Gerber, "U.S. Antitrust Law and the Convergence of Competition Laws," reimpreso en Jurgen Basedow (ed.), Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization (2003)

- Herbert Hovenkamp, Enterprise and American Law, 1836-1937 (1991)

- Herbert Hovenkamp, The Antitrust Enterprise: Principle and Execution (2005)

- Robert A. Katzmann, Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy (1980)

- William E. Kovacic, Evolution of U.S. Antitrust Enforcement (2011)

- Mark A. Lemley y Christopher R. Leslie, "Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence," Iowa Law Review Vol. 93, p. 1207 (2008)

- William Letwin, Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act (1981)

- William H. Page, "Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust," Emory Law Journal Vol. 44, N° 1, p. 51 (1995)

- Rudolph Peritz, Competition Policy in America 1888-1992 (1996)

Capítulo 9: El Derecho de la Competencia en Europa

- Oles Andriychuk, The Normative Foundations of European Competition Law (2017)

- David Bailey y Laura Elizabeth John, Bellamy & Child: European Union Law of Competition (2019)

- Pablo Ibáñez Colomo, The Shaping of EU Competition Law (2018)

- Alison Jones y Brenda Sufrin, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials (6° ed., 2016)

- Ariel Ezrachi, EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases (6th ed., 2018)

- Ian Forrester, "Modernization of EC Competition Law," Fordham International Law Journal Vol. 23, p. 1028 (2000)

- David J. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus (1998)

- David J. Gerber, "Two Forms of Modernization in European Competition Law," Fordham International Law Journal Vol. 31, p. 1235 (2008)

- Kai Hiischelrath y Heike Schweitzer, Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe: Legal and Economic Perspectives (2014)

- Ioannis Lianos, Valentine Korah, y Paolo Siciliani, Competition Law: Analysis, Cases, & Materials (2019)

- Thomas Mollers y Andreas Heinemann (eds.), The Enforcement of Competition Law in Europe (2008)

- Giorgio Monti, EC Competition Law (2007)

- Robert O'Donoghue y Jorge Padilla, The Law and Economics of Article 102 TFEU (2° ed., 2013)

- Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti, y Marco Botta (eds.), Abuse of Dominance in EU Competition Law: Emerging Trends (2017)

- Weijer VerLoren Van Themaat y Berend Reuder, European Competition Law: A Case Commentary (2° ed., 2018)

- Frank Wijckmans and Filip Tuytschaever, Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law (2015)

Capítulo 10: Otros sistemas de competencia: Los factores determinantes

- Michal Gal, Competition Policy for Small Market Economies (2003)

- David Lewis (ed.), Building New Competition Law Regimes (2013)

- Erlinda M. Medalla, Competition Policy in East Asia (2005)

- Richard Whish and Christopher Townley (eds.), New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions (2012)

China:

- David J. Gerber, "Economics, Law and Institutions: The Development of Competition Law in China," Washington University Journal of Law & Policy Vol. 26, p. 271 (2008)

- Wendy Ng, The Political Economy of Competition Law in China (2018)

- Xiaoye Wang, The Evolution of Chinese Antimonopoly Law (2019)

- Tingting Weinreich-Zhao, Chinese Merger Control Law: An Assessment of its Competition-Policy Orientation after the First Years of Application (2014.)

- Mark Williams, Competition Policy and Law in China, Hong Kong and Taiwan (2005)

Japón:

- Koko Arai, Law and Economics in Japanese Competition Policy (2019)

- Michael L. Beeman, Public Policy and Economic Competition in Japan: Change and Continuity in Antimonopoly Policy, 1973-1995 (2002)

- Harry First y Tadashi Shiraishi, "Japan: The Competition Law System and the Country's Norms," en Eleanor M. Fox y Michael J. Trebilcock (eds.), The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices (2013)

- John O. Haley, Authority Without Power: Law and the Japanese Paradox (1991)

- Etsuko Kameoka, Competition Law and Policy in Japan and the EU (2014)

- Mitsuo Matsushita, International Trade and Competition Law in Japan (1993)

- Tadashi Shiraishi, "Customer Location and the International Reach of National Competition Laws," Japanese Yearbook of International Law Vol. 59, p. 202 (2017)

- Masako Wakui, Antimonopoly Law: Competition Law and Policy in Japan (2° ed., 2019)

Corea:

- Joseph Seon Hur, Competition Law/Policy and Korean Economic Development (2004)

- Jung-Won Hyung y Kyung-min Koh, Competition Law in the Republic of Korea (2011)

- Oh-Seung Kwon, "Retrospect and Prospect on Korean Antitrust Law," Journal of Korean Law Vol. 4, p. 1 (2005)

- Harry H. Lee, Competition Law in Korea (2015)

América latina:

- Claudio Considera y Paulo Correa, "The Political Economy of Antitrust in Brazil: From Price Control to Competition Policy," en Barry E. Hawk (ed.), Fordham Corporate Law Institute, International Antitrust Law and Policy (2001)

- Eleanor M. Fox y D. Daniel Sokol, Competition Law and Policy in Latin America (2009)

- Alexander Galetovic, Competition Policy in Chile (junio de 2007), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1104007

- Ignacio de León, Latin American Competition Law and Policy: A Policy in Search of Identity (2001)

- Ignacio de León, An Institutional Assessment of Antitrust Policy: The Latin American Experience (2009)

- Massimo Motta, Política de Concorrência: Teoria e Prática e sua Aplicação no Brasil (2015)

- Gesner Oliveira and Thomas Fujiwara, "Competition Policy in Developing Economies: The Case of Brazil," Northwestern Journal of International Law & Business Vol. 26, p. 619 (2006)

- Claudia Schatan y Eugenio Rivera Urrutia (eds.), Competition Policies in Emerging Economies: Lessons and Challenges from Central America and Mexico (2008)

- R. Shyam y Ana Carrasco-Martin, "The Investment Climate, Competition Policy, and Economic Development in Latin America," Chicago-Kent Law Review Vol. 83, p. 67 (2008)

- "Symposium: The Brazilian Antitrust Regime" Competition Law International Vol. 1, N° 1 (2005)

Mercados emergentes:

- Josef Drexl et al. (eds.), Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries (2012)

- Eleanor Fox et al., Antitrust in Emerging and Developing Countries: Featuring China, India, Mexico Brazil and South Africa (2015)

- Eleanor M. Fox y Mor Bakhoum, Making Markets Work for Africa: Markets, Development and Competition Law in Suh-Saharan Africa (2019)

- David J. Gerber, "Economic Development and Global Competition Law Convergence," en D. Daniel Sokol et al., Competition Law and Development (2013)

- Raphael Kaplinsky y Claudia Manning, "Concentration, Competition Policy, and the Role of Small and Medium-sized Enterprises in South Africa's Industrial Development" The Journal of Development Studies Vol. 35, p. 139 (1998)

- Luke Kelly et al., Principles of Competition Law in South Africa (2017)

- William E. Kovacic y Marianela Lopez-Galdos, "Lifecycles of Competition Systems: Explaining Variation in the Implementation of New Regimes," Law & Contemporary Problems Vol. 79, p. 85 (2016)

- David Lewis, Thieves at the Dinner Table: Enforcing the (South African) Competition Act (2001)

- Hassan Qaqaya y George Lipimile, The Effects of Anti-Competitive Business Practices on Developing Countries and their Development Prospects (UNCTAD/DITC/CLP/2008/2, Geneva, 2008), https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclp20082_en.pdf

- Simon Roberts, "The Role of Competition Policy and Economic Development: The South African Experience," Development Southern Africa Vol. 21, p. 227 (2004)

- A.E. Rodriguez y Ashok Menon, The Limits of Competition Policy: The Shortcomings of Antitrust in Developing and Reforming Economies (2010)

- Ajit Singh, Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions, UNCTAD Discussion Paper (2002), https://unctad.org/system/files/official-document/gdsmdpbg2418_en.pdf

- D. Daniel Sokol, Thomas K. Cheng, y Iannis Lianos, Competition Law and Development (2013)

Capítulo 11: El sistema global: Interacción y adaptación

- Jurgen Basedow (ed.), Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization (2002)

- Aditya Bhattacharjea, "The Case for a Multilateral Agreement on Competition Policy: A Developing Country Perspective," Journal of International Economic Law Vol. 9, p.293 (2006)

- Anu Bradford, "International Antitrust: Negotiations and the False Hope of the WTO," Harvard Journal of International Law Vol. 48, p. 383 (2007)

- Oliver Budzinski, The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy (2008)

- Sungjoon Cho et al. (eds.), Competition Law on the Global Stage: David Gerber's Global Competition Law in Perspective (2014)

- Maher M. Dabbah, The Internationalization of Antitrust Policy (2003)

- Josef Drexl, The Future of Transnational Antitrust—From Comparative to Common Competition Law (2007)

- Einar Elhauge y Damien Geradin, Global Competition Law and Economics (2nd ed, 2011)

- Eleanor M. Fox, "Toward World Antitrust and Market Access," American Journal of International Law Vol. 91, N° 1, p.1 (Enero de 1997)

- Eleanor Fox y Michael J. Trebilcock, The Design of Competition Law Institutions: Global Norms, Local Choices (2013)

- Eleanor Fox y Daniel Crane, Global Issues in Antitrust and Competition Law (2° ed., 2017)

- Tony Freyer, Antitrust and Global Capitalism, 1930-2004 (2006)

- David J. Gerber, "The European-U.S. Conflict Over the Globalization of Antitrust Law," New England Law Review Vol. 34, p. 123 (1999)

- David J. Gerber, Global Competition: Law, Competition and Globalization (2010)

- Andrew T. Guzman, "The Case for International Antitrust," Berkeley Journal of International Law Vol. 22, p. 355 (2004)

-Bernard Hoekman y Petros C. Mavroidis, "Economic Development, Competition Policy and the World Trade Organization," Journal of World Trade Vol. 37, N°1, p. 1 (2003)

- Kevin C. Kennedy, Competition Law and the World Trade Organization: The Limits of Multilateralism (2001)

- William Kovacic y Paulo Burnier da Silveira, Global Competition Enforcement: New Players, New Challenges (2019)

- John O. McGinnis, "The Political Economy of International Antitrust Harmonization," en Richard Epstein y Michael S. Greve (eds.), Competition Laws in Conflict (2004)

- Ralf Michaels, "Territorial Jurisdiction After Territoriality," en Piet Jan Slot y Mielle Bulterman (eds.), Globalization and Jurisdiction (2004)

- Chris Noonan, The Emerging Principles of International Competition Law (2008)

- Ronald J. Scott Jr., "International Development in a Complex Adaptive System," Public Administration Quarterly Vol. 32, p. 339 (2008)

- Daniel K. Tarullo, "Norms and Institutions in Global Competition Policy," American Journal of International Law Vol. 94, p. 478 (2000)

- Hanns Ulrich (ed.), Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law (1997)

- Spencer Weber Waller y Andre Fiebig, Antitrust and American Business Abroad (4°ed., 2015)

- Wyatt Wells, Antitrust and the Formation of the Postwar World (2002)

- Diane Wood, "Antitrust at the Global Level," University of Chicago Law Review Vol. 72, p.309 (2005)

Capítulo 12: Desafíos y evolución

- Tembinkosi Bonakele, Eleanor M. Fox, y Liberty McClure, Competition Policy for the New Era (2017)

- David P. Cluchey, "Competition in Global Markets: Who Will Police the Giants," Temple International and Comparative Law Journal Vol. 21, p. 59 (2007)

- Ariel Ezrachi y Maurice Stucke, Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy (2016)

- Stan J. Liebowitz y Stephen Margolis, Winners, Losers and Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology (2001)

- Paul Lugard y Lee Roach, "The Era of Big Data and EU/U.S. Divergence for Refusals to Deal," Antitrust Vol. 31, p. 58 (2017)

- Mark R. Patterson, Antitrust Law in the New Economy (2017)

- Greg Sivinski et al., "Is Big Data a Big Deal? A Competition Law Approach to Big Data," European Competition Journal Volume 13, page 199 (2017)

- Maurice E. Stucke y Allen P. Grunes, Big Data and Competition Policy (2016)

Índice

A

Abogados · 11, 17, 79, 86, 88, 89, 90, 92, 95, 102, 129, 131, 134, 137, 145

Abuso de dominancia · 68, 70, 101, 116

Abuso explotativo · 68

Académicos expertos · 131

Accesibilidad, global · 12

Acción administrativa · 36, 42

Acuerdos anticompetitivos · 49

Acuerdos bilaterales · 125, 127

Acuerdos de carteles · 35, 50, 52, 53, 54, 55, 56

Acuerdos horizontales · 50, 51, 53, 55, 56, 58, 61, 91, 100, 116, 118, 143

Acuerdos regionales · 127

Acuerdos verticales · 57, 58, 59, 60, 61, 79, 91, 101, 118, 143

Adquisiciones · 71, 81, 92

África · 116, 117, 125, 127

Alemania · 26, 40, 41, 44, 95, 96

Alemania, derecho de competencia · 70

Alemania, influencia de su derecho · 111, 113

Alemania, ley de competencia (GWB) · 96

Algoritmos · 136, 137

Alibaba · 138

Amazon · 137

América Latina · 68, 70, 102, 104, 114, 115, 116, 127

Análisis “quick look” · 91

Análisis económico · 19, 37, 40, 45, 55, 60, 62, 63, 67, 70, 77, 81, 101, 111, 115, 139

Apalancamiento · 31

Apalancamiento económico · 119, 125

Apalancamiento político · 119

Apoyo político · 22, 28, 30, 68, 70, 106, 108, 118, 142, 147

Aprobación condicional de fusiones · 75

Argentina · 115

Asia Oriental · 70, 104, 109

Australia, autoridad de competencia · 71, 72

Austria, propuestas · 95

Autolimitación, como política · 126

Autoridades de competencia · 36, 37, 38, 39, 40, 41, 71, 86, 138, 141

B

Banco Mundial, políticas · 46, 117

Bienestar del consumidor · 19, 26, 27, 52, 86, 99, 115, 116, 138

Big Data · 136, 137, 139

Boicot de grupo · 51

Brasil · 115, 116

Bundeskartellamt · 41, 87

Burocracias arraigadas · 109

C

Cadena de suministro · 58, 59

Cadena de suministro global · 59

Cadena de valor · 59

Campeones nacionales · 101

Características técnicas · 77

Cartel duro · 52

Caso General Electric/Honeywell · 71

Caso Johnson & Johnson (China) · 57

Centralismo burocrático · 109, 111

Clayton Act · 74, 85

Código operativo · 37

Coerción · 46

Colombia · 115

Colonialismo · 114

COMESA · 37, 41, 119

Comisario de Competencia · 98

Comisión Europea · 41, 63, 71, 94

Common law · 43, 45

Competencia como valor · 84

Competencia intermarca · 58

Competencia intramarca · 58

Competencia, cultura de · 84

Competencia, dimensiones de · 134, 135, 138, 148

Comunicación · 11, 13, 17, 59, 81, 121, 124, 146, 147

Concentración · 74, 78

Concentración económica · 78, 81, 95, 135

Concepciones del daño · 99, 101, 102

Conductas exclusorias · 66, 67, 78

Consistencia · 45, 88, 113

Consultores de gestión · 131, 145

Contactos internos · 37

Contextos políticos · 28, 112, 114

Control colonial · 116

Convergencia · 147

Cooperación · 38

Coordinación · 126, 143, 147

Corea · 111

Corea, Comisión de Mercado Justo · 113

Corrupción · 29, 31, 42, 46, 87, 107, 116, 118, 144

Costos del enforcement · 61

Cultura, como factor moldeador · 106

Cumplimiento · 35, 38, 142

CUTS International · 130

CH

Chaebol · 112, 113

Chile · 115, 116
Chile, derecho de la competencia · 50

China · 109, 110, 111, 112

China, derecho de la competencia · 34, 57

China, Ley Antimonopolios · 110

China, Partido Comunista · 109

D

Daño a la competencia · 128

Daño en fusiones · 79

Definición, central · 19, 20

Delación compensada · 54

Departamento de Justicia de EE.UU. · 87

Dependencia económica · 69

Derecho continental · 100, 102

Derecho internacional público · 123

Derecho privado · 18, 19

Derecho público · 19

Desarrollo económico · 73, 74, 79, 118, 124, 135, 138, 143

Detección · 53

Detonantes del control de operaciones de concentración · 76

Diálogo · 38

Diferencias entre los sistemas de competencia · 83

Dimensiones globales · 56, 120

Dinámica del derecho de competencia · 34

Dirección General de Competencia · 37, 97, 98

Discovery · 89, 91

Dispersión de poder · 30

Distribución de riqueza · 73

Disuasión · 61, 69

E

Economía · 18, 45, 91, 93, 99, 100, 102, 104

Economía digital · 134, 135, 136, 140, 143, 145, 147

Economía doméstica, como factor moldeador · 104

Economía, rol de · 140

Economías más pequeñas · 59

Economistas · 16, 24, 26, 27, 40, 43, 45, 75, 76, 78, 79, 86, 89, 91, 95, 129, 130, 131, 134, 145, 148

Economistas de doctorado · 45

EE.UU., Comisión Federal de Comercio · 87

EE.UU., Congreso · 84, 87

EE.UU., Corte de Apelaciones · 63

EE.UU., derecho de la competencia · 18, 23, 30, 33, 52, 56, 62, 63, 68, 71, 84, 86, 90, 92, 126

EE.UU., métodos · 86

EE.UU., modelo · 84

Efecto vinculante · 23

Efectos anticompetitivos · 76, 79, 90

Efectos de "*deep pocket*" · 80

Efectos económicos · 18, 44, 52, 60, 78, 79, 81, 91, 100

Efectos políticos · 52

Efectos sociales · 52

Eficiencia, fin de · 26, 85, 99, 115, 138

Empresas dominantes · 63, 64, 70, 101, 137

Empresas extranjeras · 23, 30, 34, 61, 81, 105, 114, 118

Empresas globales · 142, 143

Empresas multinacionales · 76, 145

Enfoque "más económico" · 99

Enfoque administrativo · 75

Enfoque en las decisiones · 13, 33

Enforcement · 28, 34, 35, 36, 38, 40, 42, 54, 56, 61, 69, 70, 74, 78

Enforcement privado · 42, 54, 61, 69, 88, 111, 113, 141

Enforcement público · 38, 62, 87

Enforcement, patrones · 81

Enforcement, versión secuencial · 42

Equidad · 30, 85, 106, 115, 118, 135, 139

Escuela de Harvard · 26

Espacio Económico Europeo · 63

Estándar internacional · 84, 92, 132

Estructura del mercado · 25, 60, 66, 138

European Competition Network · 97

Evitación de conflictos como política · 126

Exclusión a competidores · 71, 79

Exenciones · 47, 52, 53, 100

Expertos económicos · 46, 75

Explotación de consumidores · 68

F

Factores de configuración compartidos · 104, 119

Factores determinantes · 104, 119

Fijación de precios · 52, 57

Fines · 21

Fines de funcionamiento del sistema · 25

Fines de libertad económica · 29

Fines de resultados · 28

Fines declarados · 22, 23, 138

Fines del derecho de EE.UU. · 85

fines económicos · 25

Fines económicos · 24, 30, 66, 86, 99, 115, 125

Fines no declarados · 31

Fines sociales y políticos · 29, 54, 139

Fusiones · 71, 74, 76, 77

Fusiones de conglomerado · 78, 80, 102

Fusiones horizontales · 78, 81, 92, 102

Fusiones verticales · 78, 79, 81, 102

Fusiones, regulación · 74, 92, 101

G

GDE (Economía global digital) · 136, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144

Globalización · 59, 64, 74, 104, 112, 114, 134, 143, 144

Globalización profunda · 121, 134, 144, 147

Gobiernos extranjeros · 34, 46, 110, 135

Google · 63, 69, 72, 101, 137, 139

H

Herramientas · 12, 38, 39, 42, 45, 47, 51, 53, 54, 55, 61, 69, 81, 105, 136, 140, 143, 145, 149

Honorarios contingentes · 89

I

Ideas confucianas · 109

Identidad, ¿qué es? · 17, 18

Identificación del daño · 47, 51, 60

Ideologías · 18, 32, 114, 132

Idioma inglés · 146

Igualdad de oportunidades · 85

Igualdad formal · 123

Imágenes distorsionadas · 11, 12

Imperativo del desarrollo · 116

Importancia económica y social · 80

Independencia · 114

Índice de Herfindahl-Hirschman · 78

Información del mercado · 37

Infracción per se · 57, 90, 91

Inspecciones sorpesa (dawn raids) · 38

Instituciones · 21, 23, 31, 33, 122, 124, 126, 129, 131, 137, 140, 144, 146, 147

Instituciones domésticas · 10, 33, 126, 147

Instituciones extranjeras · 12, 34

Instituciones religiosas · 106

Integración europea · 98, 99

Integración por contrato · 59

Integración vertical · 71, 79

Inteligencia artificial · 136

Interacciones · 128

Interacciones globales · 121, 146

Interés público · 64, 74

Interesados domésticos · 34

International Competition Network · 129

Interpretación de las normas · 44

Intervención administrativa · 35

Italia, derecho de la competencia · 38

J

Japón · 111, 112, 113

Japón, Comisión de Comercio Justo · 87, 112

Japón, derecho de la competencia · 40, 42, 44, 46

Jueces federales · 85, 87

Jurados · 88, 89

Jurisdicción · 121, 122, 126

Jurisdicción concurrente · 122

K

Keiretsu · 112

Kenia · 119

L

Legislatura, roles · 33

Legislaturas · 33, 36

Lenguaje · 13, 34, 44

Leyes de competencia estatales · 92

Leyes, características · 34

Leyes, interpretación · 140, 141

Libertad económica · 29, 52, 55, 60, 67, 79, 81, 85

Lobbistas · 36, 124, 129, 131

M

Medición del daño · 54

Medidas defensivas · 126

Mensajes de acción · 33

Mensajes de fines · 33

Mercado, definición · 65, 78

Mercado, división · 51

Mercado, estadísticas · 53

Mercados · 20, 24, 26, 30, 49, 53, 60, 64, 66, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 83, 105, 106, 115, 116, 119, 125, 134, 135, 136, 138, 140, 143, 144

Mercados digitales · 78, 79, 138, 140, 141, 142, 145, 150

Mercados emergentes · 31, 37, 42, 48, 49, 59, 61, 79, 104, 106, 111, 116, 119, 123, 130, 135

Mercados, división · 52

Métodos basados en casos · 140

Métodos económicos · 40, 43, 44, 86, 115, 140

Métodos legales · 21, 43, 44, 61, 107, 140

Microsoft · 63, 67, 72

Mitos · 19

Monopolización · 34, 63, 68, 70, 84, 91

Multas · 35, 39, 55, 61, 69

N

Negociación · 38

Noruega, derecho de la competencia · 103

Notificación previa a la fusión · 75, 76, 81

Novedad del derecho de la competencia · 18

Nueva York, derecho · 92

O

Objetivos · 47, 90, 99, 100, 113, 118, 142

OCDE, modelo · 115, 130, 132, 146

OPEP · 122

Oportunidades económicas · 30

Ordoliberales · 95

Organizaciones internacionales · 129, 144, 146

P

Países de altos ingresos · 60, 62, 64

Países exportadores de capital · 70

Países importadores de capital · 70

Países más débiles · 64

Países más pobres · 64

Parlamento Europeo · 98

Participación de mercado · 64, 66, 78

Patrones globales · 48, 62, 70, 80

Pequeñas y medianas empresas · 30, 53, 85, 106, 118

Perspectivas globales · 70

Persuasión · 129

Perú · 115

Piggyback · 42, 88

Plataformas · 129, 137, 138, 140, 144

Poder · 64, 65, 66

Poder de mercado · 50, 51, 64, 67, 79

Poder económico · 26, 30, 64, 92, 95, 99, 114

Poder económico privado · 64, 92, 95

Poder monopólico · 64, 66, 67

Poder relativo de mercado · 69

Poder socialmente concentrado · 114

Política · 20, 41, 43, 64, 69, 96, 97, 107, 109, 110, 116, 129, 130

Política económica · 62, 88, 95, 111, 130

Ponderación · 52, 53, 100

Posición dominante · 60, 63, 67, 69, 81, 100, 101

Posicionamiento global · 75

Precio competitivo · 26, 27, 69

Precios · 134, 138, 140, 142, 143

Precios predatorios · 67, 91, 140

Predicción de resultados · 82

Presiones · 41, 46, 124, 129, 130, 135, 144

Presiones externas · 42, 80, 87

Procedimientos · 21, 76, 77, 86, 88, 96, 118

Procedimientos penales · 88

Prohibición · 52, 55, 61, 91, 100

Prueba, requisitos · 55, 61

R

Razonamiento jurídico, como restricción · 96

Recursos · 39

Redes · 132

Regla de la razón · 52, 90, 91

Reino Unido, derecho de la competencia · 103, 126

Religión, como factor moldeador · 106

Remedios conductuales · 72

Revolución del Derecho y la Economía · 85, 91

Riesgos anticompetitivos · 71, 72

Riqueza, como factor moldeador · 105

S

Sanciones criminales · 39, 55, 61, 69, 88

Sherman Act · 33, 63, 68, 84, 90, 91

Sistema adaptativo · 121, 124, 132

Sistema global · 104, 115, 116, 119, 121, 130, 131, 132

Sistema interactivo · 128, 144

Sistema legal doméstico, como factor moldeador · 107

Sistemas de competencia desarrollados · 39

Sociedad, como factor moldeador · 106

Sudáfrica · 66, 118, 119

Sudáfrica, derecho de la competencia · 47

Suiza, derecho de la competencia · 103

T

Tratado de Funcionamiento de la UE · 63, 100

Tratado de Roma · 99, 101

Tribunal de Justicia de la Unión Europea · 98

Tribunal General · 98

Tribunal Popular Superior de Shanghai · 57

Tribunales · 23, 36, 39, 41, 42, 43, 44, 84, 85, 87, 90, 95, 98, 100, 107, 111, 112, 126, 131, 141

Tribunales administrativos · 42

Tribunales especializados · 43

Tribunales federales · 34, 84, 85

Tribunales generalistas · 43, 87

Trusts · 84

U

UE, autoridades nacionales · 96

UE, derecho de la competencia · 98, 102, 103

UE, Estados miembros · 94, 95, 96, 97, 99

UE, instituciones · 97

UE, leyes nacionales · 94, 97

UE, modernización · 96

UE, Servicio Jurídico · 98

UE, tribunales · 98, 100

UE, tribunales de Estados Miembros · 97

UNCTAD · 130

Unión Europea · 37, 46, 52, 94

Usuarios · 15

Usuarios, autoridades de competencia y legisladores · 15

Usuarios, economistas · 16

Usuarios, empresarios · 16

Usuarios, estudiantes · 15

Usuarios, funcionarios de competencia · 41, 68, 75, 76, 124, 129, 131

Usuarios, lectores en general · 16

Usuarios, profesionales del derecho · 15

Usuarios, profesionales del derecho de la competencia · 15

V

Variedad entre los sistemas de competencia · 18

CeCo
CentroCompetencia

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ