

Desarrollo económico, pobreza y antimonopolio: El Otro Sendero

Eleanor M. Fox*

“Los tecnócratas pueden estar inclinados a ignorar temas vinculados con la distribución, pero nadie más lo estará.”

Harvard Institute for International Development, 1991.¹

Los países desarrollados suelen sostener que el derecho antimonopólico sólo apunta a la eficiencia y el bienestar de los consumidores, y que cualquier enfoque que sea más general protegerá a los pequeños competidores y sumergirá la economía en la ineficiencia. Los países en vías de desarrollo retrucan que *su* derecho antimonopólico debe también referirse a cuestiones distributivas y de poder. Este artículo desafía el argumento occidental estándar según el cual si no puede demostrarse que una conducta eleva los precios a los consumidores, ella es eficiente y debe quedar exenta de cualquier demanda antimonopólica. También sostiene que los países en vías de desarrollo necesitan un estándar más amplio que el de si una conducta disminuye la riqueza agregada de los consumidores o la riqueza total. El derecho antimonopólico de los países en desarrollo no debería ser empleado para proteger a los David ineficientes contra Goliath, pero puede y debería ser usado para *fortalecer* a los David contra Goliath, al mantener abiertos los canales de movilidad y acceso. De hecho, la movilidad ampliada tiende a producir resultados eficientes en sociedades en las cuales las oportunidades económicas de una enorme cantidad de gente han sido suprimidas. Un derecho antimonopólico para países en desarrollo que valore la movilidad, el acceso y el desarrollo eficiente de la economía, sin proteger al mismo tiempo a las pequeñas firmas a expensas de los consumidores, es El Otro Sendero del título. El artículo desarrolla principios, factores y estrategias que dan contenido a este otro sendero.

I. Introducción

Este artículo se ocupa de la competencia, el derecho antimonopolio, la pobreza y el desarrollo económico. La pregunta que formula es: ¿cuál es la perspectiva fundacional que debería iluminar el derecho de la competencia en países en vías de desarrollo?

* Eleanor Fox es la *Walter J. Derenberg Professor of Trade Regulation* de la New York University School of Law. El texto que publicamos es la versión en español de un artículo que aparecerá en la *South Western Law Review* (2007). Publicado aquí bajo permiso de dicha revista y de la autora. Traducido por María Eugenia Artabe.

Este artículo está dedicado y escrito en recuerdo de mi querido amigo, colega y co-autor, Lawrence A. Sullivan, un gran humanista que siempre se preocupó por las personas menos afortunadas en esta tierra.

La autora agradece a Dennis Davis, John Fingleton, Frederic Jenny, Wolfgang Kerber y D. Daniel Sokol por sus muy útiles comentarios. Agradece también a los miembros del simposio en honor a Lawrence Sullivan organizado por la Southwestern Law School. Asimismo, a Gauri Chhabra y Meredith Laitner, por su asistencia en la investigación, y a la Filomen D'Agostino and Max E. Greenberg Foundation por su generoso apoyo a esta investigación.

1. REFORMING ECONOMIC SYSTEMS IN DEVELOPING COUNTRIES 3 (Dwight H. Perkins & Michael Roemer eds., 1991).

Una doctrina importante argumenta que, para países en vías de desarrollo, el contexto importa en el diseño y la aplicación del derecho de la competencia y de las instituciones que lo sustentan.² Esta literatura comúnmente parte del modelo del derecho antimonopolio de países industrializados, y se pregunta cuáles son los cambios necesarios en contextos de instituciones débiles, falta de presupuesto, altas barreras y mercados de capitales débiles. Este artículo va un paso más allá. Aboga por la necesidad de colocar el derecho antimonopolio de un país en vías de desarrollo en el contexto más amplio de la economía del desarrollo, y destaca la importancia de la adversidad que enfrenta un país en vías de desarrollo ante las tormentas y negociaciones del comercio mundial y la competencia.

Los voceros de los países en vías de desarrollo a menudo expresan la necesidad de un paradigma antimonopolio diferente al del mundo desarrollado.³ Los voceros del mundo desarrollado tienden a abogar por normas universales,⁴ que pueden aplicarse de manera diferente cuando los hechos son diferentes. Además, comúnmente entienden que la justificación del derecho antimonopolio es “la eficiencia”.⁵

Este artículo toma un punto de partida diferente. Pregunta: si usted fuera un diseñador de políticas públicas en un país cuyo principal problema económico fuera una profunda pobreza sistemática, agravada por corrupción, “amiguismo”, estatismo selectivo,

2. Trabajo innovador ha sido realizado por William Kovacic, por ejemplo, en William Kovacic, *Capitalism, Socialism, and Competition Policy in Vietnam*, 13 *ANTITRUST* 57 (1999); William Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 *BROOK. J. INT'L L.* 403 (1997); William Kovacic, *The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries*, 11 *AM. U.J. INT'L L. & POL'Y* 437 (1996); William Kovacic, *Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe*, 44 *DEPAUL L. REV.* 1197 (1995); William Kovacic, *Competition Policy, Economic Development, and the Transition to Free Markets in the Third World: The Case of Zimbabwe*, 61 *ANTITRUST L.J.* 253 (1992); William E. Kovacic & Robert S. Thorpe, *Antitrust and the Evolution of a Market Economy in Mongolia*, en *DE-MONOPOLIZATION AND COMPETITION POLICY IN POST-COMMUNIST ECONOMIES* 89 (Ben Slay ed., 1994).

3. Ver AJIT SINGH, U.N. CONF. ON TRADE & DEV., *COMPETITION AND COMPETITION POLICY IN EMERGING MARKETS: INTERNATIONAL AND DEVELOPMENTAL DIMENSIONS* (2002).

4. Ver, por ejemplo, Makan Delrahim, *The Long and Winding Road: Convergence in the Application of Antitrust to Intellectual Property*, Remarks at George Mason Law Review Symposium (Oct. 6, 2004), en 13 *Geo. Mason L. Rev.* 259 (2005) (“la aplicación de legislación antimonopolio basada en el consenso es crucial para el comercio mundial y el bienestar del consumidor”).

5. Comúnmente se formula como único propósito del antimonopolio a la eficiencia. Una formulación común del estándar de eficiencia es que la ley antimonopolio debería proscribir solamente aquello que afecta negativamente a los consumidores y es ineficiente, en términos de restricciones a la producción. La conducta empresarial, salvo por los cárteles más resistentes, se presume eficiente; se sostiene entonces que, fuera de los cárteles, la ley debería proscribir solamente conductas que tengan como resultado limitaciones a la producción y que no constituyan una respuesta empresarial legítima a los consumidores.

Hay caminos alternativos para velar por la eficiencia y cómo lograrla. Una principal alternativa se centraría en preservar la estructura y fuerzas de la competencia, asumiendo que es altamente probable que el proceso de competencia cree incentivos para la competencia y la invención. Se cree que la diversidad y la apertura promueven el conocimiento y la experimentación, y que funcionan como un mecanismo de retroalimentación que facilita la adaptación y el cambio dinámicos. Ver See Wolfgang Kerber, *Competition, Experimentation, and Legal Rules and Institutional Framework* (Dec. 2, 2006) (manuscrito sin publicar, en poder de la autora); ver también Eleanor Fox, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, 70 *ANTITRUST L.J.* 371 (2002).

instituciones débiles, y a menudo una democracia inestable,⁶ ¿cuál sería la perspectiva fundacional sobre la que construiría el derecho antimonopolio?

En particular, ¿elegiría un principio fundacional que confiara en la liberalización y la libre empresa (“primer modelo”), o en cambio elegiría un principio que tomara principalmente en cuenta la opacidad, la obstrucción y la captura política de sus mercados, y que incluyera alguna medida para ayudar a conferir poder económico a la gente para ayudarse a sí misma (“segundo modelo”)? Existen, por supuesto, otras formulaciones. Hay también formulaciones dentro de las formulaciones.⁷

La respuesta no es fácil. Aun si en abstracto el segundo modelo pudiera parecer más legítimo para una economía en vías de desarrollo, el primer modelo es un camino mucho más recorrido, y reinventar un camino es difícil y costoso. Más aun, el primer modelo ofrece algunas reglas claras y relativamente simples sin arriesgar los costos de demasiada intervención y de excesiva discrecionalidad por parte de los funcionarios.

El artículo concluye sugiriendo que la confianza en los mercados es crítica para el bienestar económico; que los principios neoliberales que inspiran buena parte de la regulación antimonopolio en esta era de “modernización”⁸ no son necesarios para la eficiencia y que pueden ir en contra de ella; y que los países en vía de desarrollo pueden desear explorar un camino que sea más adecuado a su contexto.

Este artículo está escrito en una época en la que la “convergencia” es repetidamente mencionada como un objetivo obligado del derecho antimonopolio en un mundo globalizado. La convergencia implica estándares universales, o al menos normas universales implementadas de manera común. La frase “estándares universales” normalmente se refiere

6. Mark Dutz y R. Shyam Khemani escribieron respecto de la “tiranía de los intereses predatorios”:

Estos factores [alta concentración del mercado, fuertes barreras al ingreso, alta concentración de capitales y débil *governance* empresarial] tienden a reforzarse unos a otros y propiciar estructuras industriales y financieras que no son ni flexibles ni eficientes. Estos factores también poseen impacto negativo no sólo para la promoción de competencia real y competitividad, sino también para la *governance* a nivel del Estado y de las empresas – y para la persistencia de un nexo anticompetitivo entre empresas y gobierno, que refuerza recíprocamente los intereses creados de cada uno, utilizando las empresas parte de sus dividendos para comprar favoritismo gubernamental y así lograr afianzar su poder en el mercado. Dado que las empresas tienden a ser pocas, pero muy grandes, poseen ventajas organizativas y financieras para influir en la legislación y regulación.

Mark Dutz & R. Shyam Khemani, *Competition Law & Policy: Challenges in South Asia* 11 (2007).

7. Por ejemplo, una perspectiva dominante asume que los mercados funcionan bien y que las intervenciones gubernamentales son perjudiciales (presunciones neo-liberales). En la otra punta del espectro, analistas podrían reconocer que las estructuras del mercado pueden ser “manipuladas o alteradas en favor de elites afianzadas, con el resultado de una distribución desigual de la riqueza y estratificación social definida en función de criterios étnicos o raciales”, situación que podría ser exacerbada por las leyes de competencia. TAIMOON STEWART, JULIAN CLARKE & SUSAN JOEKES, *COMPETITION LAW IN ACTION: EXPERIENCES FROM DEVELOPING COUNTRIES IV* (2007), available at http://www.idrc.ca/en/ev-111677-201-1-DO_TOPIC.html.

8. Tanto los Estados Unidos de Norteamérica como la Unión Europea han creado comisiones o proyectos para analizar cómo deberían modernizarse las leyes que regulan la competencia. Más aún, en los Estados Unidos fallos sucesivos de la Corte Suprema de Justicia han restringido la aplicación de la ley antimonopolio de ese país. Ver, por ejemplo, *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, No. 06-480, 2007 WL 1835892 (U.S. June 28, 2007); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); *Volvo Trucks N. Am., Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc.*, 546 U.S. 164 (2006); *Ill. Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28 (2006).

a los estándares de Estados Unidos y/o Europa.⁹ Este artículo sugiere que los países en vía de desarrollo deberían no obstante considerar los beneficios de su propia perspectiva. Aun más, sugiere que una convergencia sustancial puede ser alcanzada y ocurrir naturalmente incluso frente a diferentes perspectivas.

II. La opción

Aproximadamente, cien países en el mundo adoptaron leyes antimonopolio. Un cuarto de estos países posiblemente sea países desarrollados. Otros países en vías de desarrollo, sin embargo, no han adoptado todavía leyes antimonopolio; algunos están considerando hacerlo.

Desde una perspectiva, todos esos países deberían adoptar leyes antimonopolio¹⁰; y todas esas naciones deberían adoptar el marco legal de los países desarrollados: mercados libres y leyes antimonopolio para asegurarlos. De manera similar a los países desarrollados, las economías en vías de desarrollo están plagadas de *cárteles* y otras restricciones que obstruyen sus mercados y dañan a su gente. La globalización ha bajado las barreras y preparado el camino para obtener de los mercados los beneficios de la eficiencia y, se argumenta, la liberalización y el antimonopolio deberían trabajar mano a mano para asegurar estos beneficios.¹¹

Este artículo argumenta que el derecho antimonopolio para países en vías de desarrollo debe ser visto en un contexto más amplio. Este panorama incluye las duras condiciones económicas de los países en vías de desarrollo y el trato que reciben por parte de la comunidad internacional. Los países en vías de desarrollo a menudo ven la retórica de la libertad de mercados, la riqueza agregada o los objetivos de bienestar como inapropiada para su contexto, debido a la tendencia de las políticas de libre mercado de otorgar ventajas desproporcionadas a quienes ya han resultado aventajados en cada juego en que intervinieron.¹²

9. Esto es así aún cuando los estándares de Estados Unidos y Europa están cambiando, instituciones en ambos lugares se embarcan en proyectos de "modernización" y la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos restringe el ámbito de aplicación de la ley. Sin embargo, con el crecimiento económico de China y la India, podrían esperarse cambios imprevisibles en la ubicación del foco de atención actual ubicado en Estados Unidos y Europa.

10. Comparar A.E. Rodriguez and Mark D. Williams, *The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries*, 19 N. C.J. INT'L L. & COM. REG. 209 (1994) (sosteniendo que la ley antimonopolio es en general inapropiada para países en vías de desarrollo y que los efectos "liberales" de la ley serán superados por la acción política de grupos de intereses en búsqueda de protección), con Craig W. Conrath and Barry T. Freeman, *A Response to "The Effectiveness of Proposed Antitrust Programs for Developing Countries,"* 19 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 233 (1994) (sosteniendo que la ley antimonopolio y la acción política en su defensa beneficiarán a los consumidores).

11. La eficiencia es vista usualmente como la medida de los beneficios de la regulación antimonopólica. En este punto, no hago diferencias entre bienestar del consumidor y bienestar total al medir eficiencia. Enfatizo conceptos agregativos, ya sea definidos en términos de todos los consumidores o de todos los consumidores más los productores: ¿Ganan los ganadores más de lo que pierden los perdedores? Y, en ese caso, ¿no deberíamos prestar atención a las consecuencias en términos de distribución?

12. Ver Nancy Birdsall, *Inequality Matters: Why Globalization Doesn't Lift All Boats*, BOSTON REV., Mar.-Apr. 2007, at 7; Francis Fukuyama, *Keeping Up with the Chavezes*, WALL ST. J., Feb. 1, 2007, en A17; Peter Sutherland, *The Doha Development Agenda: Political Challenges to the World Trading System—A Cosmopolitan Perspective*, 8 J. INT'L ECON. L. 363 (2005).

Esto no implica que el derecho antimonopolio para países en vías de desarrollo deba ser dramáticamente diferente del de los países desarrollados. Existen razones a favor de que sea más o menos similar, como las que desarrollo más abajo; pero también hay razones sobre por qué la perspectiva podría diferir de la neo-liberal que actualmente subyace a muchas leyes antimonopolio en países desarrollados, una perspectiva que encuentre “relativamente poca resonancia en la gran mayoría de la población que es pobre.”¹³

III. Acomodando las Barajas: Algunos símbolos

A mediados de los noventa, el concepto y epíteto “Consenso de Washington” se convirtió en el símbolo de la globalización.¹⁴ El Consenso de Washington prescribía desregulación, privatización, liberalización, claros derechos de propiedad y disciplina fiscal. Predecía que cumplir con esta prescripción generaría mayor crecimiento para las economías de los países en vías de desarrollo.¹⁵

Los ciudadanos y defensores del mundo en vías de desarrollo observaron rápidamente el otro lado de la moneda. La globalización también tendía a aumentar la disparidad de la riqueza y las oportunidades, dañando a algunas de las personas más pobres.¹⁶ En algunos

13. Fukuyama, *supra* nota nro. 12.

14. John Williamson es el autor de *THE PROGRESS OF POLICY REFORM IN LATIN AMERICA*, el libro que dio origen a la frase “Consenso de Washington”. El libro enfatiza que es importante para los países latinoamericanos descansar en las fuerzas del mercado y en políticas fiscales y monetarias sólidas. Esta frase se convirtió en una generalizada receta neoconservadora. JOHN WILLIAMSON, *THE PROGRESS OF POLICY REFORM IN LATIN AMERICA* (1990).

15. Ver JOSEPH E. STIGLITZ & ANDREW CHARLTON, *FAIR TRADE FOR ALL: HOW TRADE CAN PROMOTE DEVELOPMENT*, 2 (2005); ver también Dani Rodrik, *Feasible Globalizations*, en *GLOBALIZATION: WHAT'S NEW?* 196 (Michael W. Weinstein ed., 2005); Jeffrey D. Sachs, *Globalization and Patterns of Economic Growth*, en *GLOBALIZATION: WHAT'S NEW?* 214 (Michael W. Weinstein ed., 2005). Estas tres fuentes atacan o modifican las premisas y la eficacia del Consenso de Washington.

16. Ver Anna Bernasek, *Income Inequality and its Cost*, N.Y. TIMES, June 25, 2006; cf. David Dollar, *Globalization, Poverty and Equality*, in *GLOBALIZATION: WHAT'S NEW*, *supra* nota nro. 15, en 96 (sugiriendo que abrir el comercio “ha sido una buena estrategia” para países como China, México y Uganda); *id.* en 97; para una opinión divergente, ver Birdsall, *supra* nota nro. 12 (distinguiendo buena desigualdad, que incentiva a las personas que son capaces de responder a incentivos y que “es consistente con la distribución eficiente de recursos” de la “desigualdad destructiva [que] deriva privilegios a aquellos que ya son ricos y obstruye la posibilidad de que aquellos menos adinerados realicen contribuciones productivas.”). Birdsall nota que mientras la globalización ha producido un rápido crecimiento económico en India y China, sacando a millones de personas de la pobreza, ha dejado también a millones de los más pobres, incluso en India y China, en la misma condición o en peores condiciones y ha causado un aumento de la desigualdad.

India se encuentra en un estado de pobreza persistente: “[L]a cada vez más común visión de India centrada en el comercio esconde más datos de los que revela. Los recientes reportes sobre el supuesto crecimiento de la India prácticamente no mencionan el hecho de que el producto bruto interno per cápita de \$728 es apenas superior al del África subsahariana. La malnutrición afecta a más de la mitad del total de niños y niñas en India y hay pocas señales de que estén siendo ayudados por las reformas de mercado del país, que se han enfocado en la creación de riqueza privada Han surgido insurrecciones comunistas en algunos de los más pobres y densamente poblados sectores del norte y centro de India [en distritos donde el gobierno ya no posee controles efectivos+, alimentadas por el resentimiento de aquellos que han sido dejados atrás por el crecimiento económico centrado en las urbes].” Pankaj Mishra, *The Myth of the New India*, N.Y. TIMES, Julio 6, 2006, en A1. Ver también Pascal Lamy, Dir. Gen., WTO, *Making Trade Work for Development: Time for a “Geneva Consensus”* Emil Noel Lecture, New York University School of Law (Oct. 30, 2006) (disponible en <http://www.nyulawglobal.com/events/documents/emilenoellecturefall06.pdf>). Pascal Lamy relata el prejuicio contra países en vías de desarrollo que hubo en la anterior ronda de comercio. Nota

de los países menos desarrollados empeoró la situación de muchos productores ya que los *commodities* que exportaban enfrentaron una mayor competencia en mercados mundiales, sus exportaciones de valor agregado enfrentaron altos aranceles¹⁷, y los precios exigidos para las importaciones de valor agregado fueron a menudo supra-competitivamente altos.

Asimismo, al mismo tiempo que hablan el lenguaje de la liberalización, los países desarrollados a menudo se liberalizaron en áreas en las que encontraron conveniente hacerlo y resistieron la liberalización cuando les resultó inconveniente. Esto ha sido particularmente cierto en el caso de la agricultura, un área en la cual los países en vías de desarrollo muchas veces tienen una ventaja comparativa significativa. Los países industrializados inundaron los mercados africanos con algodón fuertemente subsidiado, desplazando y amenazando el sustento de los granjeros africanos que producían algodón a un costo equivalente a las dos terceras partes del costo de los importadores.¹⁸ Así, incluso cuando aportaron millones de dólares para el desarrollo¹⁹ e insistieron que los pobres deben trabajar para ayudarse a sí mismos, los países desarrollados continuaron bloqueando las oportunidades para los productores extranjeros eficientes pero pobres que intentaron ayudarse a sí mismos compitiendo sobre la base del mérito de sus productos.²⁰ El periodista Martin Wolf denomina a este fenómeno la “Hipocresía del Rico.”²¹

Persistentes estrategias de juego mundial tienden a mantener a los más aventajados en lo más alto y a los desaventajados en el fondo²². Existen varios símbolos para ello. Uno de ellos es “Seattle.”²³ Seattle evoca el recuerdo de los disturbios en oposición a las perspectivas de un libre comercio todavía más ampliado bajo el patrocinio de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”) sin darles a los usuales perdedores una voz significativa; los perdedores son aquellos que consistentemente obtienen una injusta y exigua parte de las ganancias del comercio generado por la globalización y la liberalización.

la persistencia de “colonización económica” y el trago amargado de los países en vías de desarrollo por “insuperables problemas de ajuste”. Los problemas de ajuste en los países en vías de desarrollo a la embestida del libre comercio son especialmente serios “porque [las aperturas del mercado] usualmente impactan a grandes porciones de la población y porque estos países tienen poca capacidad para implementar las necesarias políticas públicas que asistan a las víctimas de la globalización.” *Id.* pág. 6, 7, 10. Más aún, los países en vías de desarrollo suelen carecer de redes de seguridad, lo que significa que la pérdida de trabajo resulta en severas dificultades. Lo que es más, los prometidos beneficios de la apertura del mercado son difíciles de alcanzar: el tiempo y los costos de la comercialización (por ejemplo, transporte de los productos a un puerto) pueden superar los beneficios.

17. Ralph Kaplinsky, *Globalization, Poverty and Inequality: Between a Rock and a Hard Place* 57 (2005).

18. Ver MARTIN WOLF, *WHY GLOBALIZATION WORKS* 212-218 (2005).

19. Ver William Easterly, *THE WHITE MAN'S BURDEN: WHY THE WEST'S EFFORTS TO AID THE REST HAVE DONE SO MUCH ILL AND SO LITTLE GOOD* (2006).

20. La competencia en base a mérito es competencia basada en costos y calidad.

21. Ver WOLF, *supra* note 18; Ver también Dani Rodrik, *Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World Bank's Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform*, 44 J. ECON. LITERATURE 973 (2006) [hereinafter *Goodbye Washington Consensus*].

22. Ver Birdsall, citado en nota 12

23. Ver, por ejemplo, JOSEPH STIGLITZ, *THE ROARING NINETIES: WHY WE'RE PAYING THE PRICE FOR THE GREEDIEST DECADE IN HISTORY* 238 (2003) (identificando la reunión de Seattle como la ocasión para “la reacción contra la globalización” y como una “protesta civil de una magnitud que no había sido vista en un cuarto de siglo”).

A raíz de Seattle y sus subsecuentes relampagueos, el mayor problema económico del mundo –la profunda pobreza sistémica y su relación con la desigualdad– no pudo seguir siendo dejado a un lado. Cerca del veinte por ciento de la población mundial vive con menos de un dólar al día, y en el África sub-sahariana estas proporciones aumentan a más del cuarenta por ciento²⁴. La pobreza persistente reduce las capacidades físicas y mentales de grandes poblaciones.²⁵ Esto mina la fuerza de trabajo y la productividad de las naciones más pobres, socavando su promesa de eficiencia (y no en menor medida, de humanidad). Además incrementa el gasto en salud, lo que disminuye los ahorros y las inversiones.²⁶ Más aun, la desigualdad del ingreso alimenta la corrupción.²⁷ Activa un espiral que conduce a una mayor desigualdad económica y política.²⁸

En el año 2000, la creciente preocupación mundial acerca del problema de la pobreza hizo que la ONU produjera los “Objetivos de Desarrollo del Milenio” (en adelante ODM). Los ODM aspiraban a reducir a la mitad el porcentaje de las personas severamente pobres del mundo para el año 2015. Estamos a mitad de camino en término de años pero no de objetivos alcanzados, aunque las tasas de extrema pobreza están cayendo, especialmente en Asia.²⁹

La mayor parte de las estrategias específicas para alcanzar la meta de combatir la pobreza giran en torno a beneficios y servicios públicos: salud, comidas en las escuelas, educación, infraestructura y perdón de deudas.³⁰ Este trabajo, sin embargo se enfoca en los ODM en su relación con los mercados³¹. Los “ODM” son un símbolo poderoso.

Es justo entonces preguntar: ¿hemos llegado a un choque de símbolos?

Este trabajo sostiene dos puntos principales.

24. Un dólar al día es la traducción de niveles de ingreso basados en una medida llamada “paridad de poder de adquisición”. Ver KAPLINSKY, *supra* nota nro. 17, pág. 27-30.

25. Ver A Better Way to Cure Poverty, editorial, NY Times, Mayo 5, 2005, A34.

26. Bernasek, *supra* nota nro. 16.

27. Ver Charles W. Calomiris, Capital Flows, Financial Crises, and Public Policy, y William Easterly, The Rich – Have Markets the Poor have Bureaucrats, ambos en Weinstein, *supra* nota nro. 14, p. 36 y p. 170, respectivamente.

28. Como observara uno de los profesores de economía de la Universidad de Harvard, a mayor riqueza, mayor influencia política: “Si los ricos pueden influenciar el resultado político mediante actividades de *lobby* o participación en ciertos grupos de interés, más desigualdad podría resultar en una menor redistribución, en lugar de una mayor redistribución.” Bernasek, *supra* nota nro. 16 (citando a Edmond Glaeser).

29. Ver UN Millenium Development Goals Report 2006 (UN 2006)

30. Ver Secretario General de la ONU en *Report of the Secretary-General: Road Map Towards the Implementation of the United Nations Millennium Declaration*, U.N. GAOR, 56th Sess., U.N. Doc. A/56/326 (Sept. 6, 2001).

Ver SIMON J. EVENETT, COMPETITION AND THE MILLENNIUM DEVELOPMENT GOALS: NEW “EVIDENCE” FROM OFFICIAL SOURCES (2006) (sosteniendo que los creadores de políticas públicas no ven una correlación entre la competencia y los Objetivos de Desarrollo del Milenio [en adelante “ODM”] y otros indicadores de desarrollo, aún cuando esta correlación existe), *disponible en* <http://www.evenett.com/working/CompanMDGs200206.pdf>.

31. No sostengo que el antimonopolio deba convertirse en la ley de la pobreza. En cambio, considero que si el antimonopolio en vías de desarrollo ignora la pobreza y la mala distribución de recursos, corre el riesgo 1) de convertirse en una ley hostil que no merece legitimidad y que no se arraiga en la práctica del país, o 2) de generar, una ley de defensa de la competencia, para llenar el vacío, que no tiene como guía al conocimiento del mercado .

1. Las herramientas del mercado son una parte muy importantes del abanico de herramientas necesarias para combatir la pobreza en el mundo, y deberían ser utilizadas generosamente. Estas herramientas del mercado incluyen medidas liberalizadoras del mercado que reducen precios, y la fijación de prioridades en cuestiones antimonopólicas que ataquen a las maniobras conspirativas que suben el precio de productos básicos como la leche, el pan, el transporte y los servicios públicos, beneficiando a los pobres³² tanto como a aquellos mejor situados. Mas aun, como observa el profesor Simon Evenett, “los argumentos conceptuales y la evidencia empírica disponible apoyan ampliamente... la visión que indica que promover la rivalidad entre las empresas aumenta el dinámico desempeño económico de las economías en vías de desarrollo.”³³
2. Al mismo tiempo, fuera del área de los *cárteles*, existen límites al esquema de antimonopolio de Occidente, especialmente cuando se lo aplica a países en vías de desarrollo y poblaciones sumidas en la pobreza. Para la macroeconomía, los límites de la perspectiva neo-liberal han quedado bien documentados³⁴.

Las barajas terminan en manos de aquellos que están situados en los peldaños altos de la escalera en términos de habilidad, educación, capital y movilidad; aquellos que viven en una economía con una infraestructura de apoyo, compuesta por instituciones no corruptas y con fondos³⁵. Más aun, ciertas versiones modernas del derecho antimonopolio de los países industrializados, e inclusive versiones modificadas que reconocen la debilidad de las estructuras institucionales y los mercados, se centran solamente en la asignación de recursos y en el tamaño de la torta. La preocupación guía es que las prácticas anticompetitivas ineficientes pueden hacer que la torta se encoja, incluso cuando se postula que los actos distintos a la cartelización casi nunca producen una disminución del tamaño de la torta. Los que proponen esta perspectiva de eficiencia o riqueza agregada no se ocupan de las cuestiones deontológicas vinculadas al poder y a cómo se distribuyen las oportunidades. Normalmente presumen que una perspectiva antimonopolio basada en la distribución de las oportunidades y

32. Ver World Bank, World Development Report 2000/2001: Attacking Poverty 61 (2000), *disponible en* www.worldbank.org/prem/poverty/wdrpoverty/report/ch4.pdf.

Bajos precios en la agricultura pueden por supuesto dañar a los granjeros pobres. Este es un precio de los mercados y la competencia. Es un precio de relativo corto plazo que aún las sociedades pobres debieran escoger pagar para lograr un futuro mejor, pero les puede resultar difícil; y el poder político de los granjeros puede prevalecer por encima de la elección de los consumidores.

33. Simon J. Evenett, U.K.'s Dep't for Int'l Dev., *Links between Development and Competition Law in Developing Countries* (2003), *disponible en* <http://www.evenett.com/reports/dfidpaper.pdf>; ver también Ana Maria Alvarez, Simon J. Evenett & Laurence Wilse-Samson, *Anti-Competitive Practices and the Attainment of the Millennium Development Goals: Implications for Competition Law Enforcement and Inter-Agency Cooperation*, en *Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Is It Possible to Obtain Development Gains?* 60 (2007).

34. Ver, por ejemplo, STIGLITZ, *supra* nota nro. 23, pág. 228-240; Rodrik, *Goodbye Washington Consensus*, *supra* nota nro. 21.

35. See Lamy, *supra* note 16; Birdsall, *supra* nota nro. 12.

la riqueza contraerá el tamaño de la torta³⁶ y empeorará incluso la situación del más pobre. Los países en vías de desarrollo, sin embargo, podrían no estar de acuerdo³⁷.

En contraste, los ODM tratan centralmente *sobre* distribución³⁸. La consecución de las metas se percibe como algo central para el bienestar del mundo en desarrollo, e indirectamente, de todo el mundo. Es este artículo argumenta que si la política debe ser favorable para el desarrollo económico, debe mirar a la extrema pobreza a los ojos³⁹. Esto significa no sólo utilizar las fuerzas del mercado para mantener precios competitivos, sino también construir una escalera de movilidad desde el escalón mas bajo hacia arriba, incentivando emprendimientos⁴⁰ y estimulando la inventiva⁴¹. Implica una preocupación sobre no ampliar la brecha entre ricos y pobres, entre quienes tienen poder y los privados de él. El imperativo de la movilidad⁴² se aplica a la política económica. Particularmente, se aplica al derecho y a la política de la competencia. Si el derecho de la competencia en países en vías de desarrollo amenaza con ensanchar o preservar la brecha de desigualdad en lugar de construir la escalera de movilidad, podríamos preguntarnos seriamente si el derecho de la competencia en el libre mercado, más allá de la legislación contra los cárteles,⁴³ es aconsejable para el mundo en desarrollo.

IV. El desafío de la competencia

A. Introducción

Ya colocamos la pobreza en el centro de nuestras preocupaciones. Relacionado con ello está el problema del “dejado atrás” o el problema de la marginalización. Presuponemos

36. Ver *Verizon Commc’ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* (“Trinko”), 540 U.S. 398 (2004); *Bus. Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 727 (1988). En *Trinko* la Corte dijo: “La mera posesión de poder monopólico, y concomitantemente el cobro de precios monopólicos, es no solamente lícito; es un elemento importante del sistema de libre mercado. La oportunidad de cobrar precios monopólicos – aún por un breve período de tiempo – es lo que atrae la “astucia empresarial” en primer lugar; induce a correr aquellos riesgos que resultan en innovaciones y crecimiento económico.” *Id.* pág. 407.

37. Ver Ajit Singh, *Multilateral Competition Policy and Economic Development: A Developing Country Perspective on the European Community Proposals* (trabajo presentado en la quinta reunión del Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy, Genova, Julio 2-4, 2004), *disponible en* <http://www.networkideas.org/feathm/aug2003/MCP.pdf>; Stewart et al., *supra* nota nro. 7.

38. Esto es así aún cuando es muy posible que medidas de distribución de recursos tengan un impacto positivo en la situación de aquellos extremadamente pobres, al reducir el precio de bienes de primera necesidad provistos por actores del mercado.

39. Este fue el principio de la debilitada Ronda de Desarrollo de Doha. Ver Lamy, *supra* nota nro. 16.

40. Ver Mark Dutz, Janusz Ordovery & Robert Willig, *Entrepreneurship, Access Policy and Economic Development: Lessons from Industrial Organization*, 44 *European Econ. Rev.* 739 (2000).

41. La metáfora de la escalera es también utilizada en Jeffrey D. Sachs, *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time* 73 (2005).

42. Ver Dutz & Khemani, *supra* nota nro. 6, pág 6 (“Al ayudar desactivando barreras públicas y privadas a la entrada y [removiendo] restricciones al comercio, las leyes reguladoras de la competencia y las políticas públicas pueden ayudar a crear oportunidades para una más amplia participación en la economía.”).

43. La legislación anti-cárteles responde a ideales de los pensamientos neo-liberal y liberal: al neo-liberal porque remueve obstáculos a la eficiencia; liberal porque responde a los ideales de justicia y reglas justas de *governance*; es decir, que los mercados deben ser regulados por fuerzas impersonales y no por unos pocos poderosos.

que los países en vías de desarrollo, en general, desean formar parte de una cada vez más integrada economía mundial, con la esperanza de incrementar sus oportunidades económicas, generar tasas más altas de ganancias y crecimiento, e inducir tasas más altas de inversiones en sus países.

¿Desean todos los países seguir este camino de globalización e integración? Convertirse en parte del sistema del mercado mundial puede suponer un cambio dramático, conllevando temor a la homogenización y la pérdida del sentido de comunidad⁴⁴. Este ensayo está enfocado en aquellos países que -como la mayoría de países hoy- eligieron esa mayor integración.

Es difícil para los aventajados poner la pobreza y la inequidad en el centro de nuestras preocupaciones. Es difícil no porque resistamos el desafío sino porque inevitablemente nos guiamos por los modelos de leyes que conocemos; estamos inclinados a imaginar que nuestro sol es el centro del universo. De esto se sigue que todo lo que tenemos que hacer para crear leyes de competencia más amigables y adecuadas para los países en vías de desarrollo es efectuar pequeñas modificaciones en el modelo que conocemos, para tomar nota, por ejemplo, de la existencia de mercados de capitales deficientes. A menudo se adopta este enfoque, y esto constituye un problema que merece nuestra atención.

Suponiendo que los países en vías de desarrollo eligen aumentar la interconexión económica, debemos preguntarnos: primero, ¿hasta qué punto la competencia y el mercado ayudarán a los países en vías de desarrollo a desarrollarse eficientemente en beneficio de su población? Segundo, ¿en qué medida ayudará el derecho antimonopolio? Tercero, ¿si tenemos derecho antimonopolio, que tipo de derecho antimonopolio sería?

B. ¿En qué medida la competencia y el mercado ayudarán?

La liberalización de los mercados ha demostrado traer grandes beneficios económicos para los países en vías de desarrollo y en transición. El modelo opuesto, el comando y control de los mercados, trajo tantos problemas a Rusia y Europa oriental que cayó por su propio peso⁴⁵.

44. Ver Chinua Achebe, *Things Fall Apart* (1962).

45. Una tercera opción – entre varias a lo largo del espectro – es combinar la competencia con la política industrial. Algunos autores argumentan que la política industrial en Japón y Corea colocó a estos países con una base sólida antes de exponer sus economías a los vientos de la competencia. Otros, sin embargo, observan que la fuerte competencia dentro de esos dos países coexistió con competencia externa regulada por el gobierno, y estos autores atribuyen el éxito de estos países al mercado y no a la supresión del mercado. Ver Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, *Study of Issues Relating to a Possible Multilateral Framework on Competition Policy*, ¶¶ 168-257, WT/WGTCP/W/228 (May 19, 2003), disponible en http://www.jmcti.org/2000round/com/doha/wg/wt_wgtcp_w_228.pdf; ver también Singh, *supra* nota nro. 37 (países en vías de desarrollo muchas veces se cuestionan si deben seguir el modelo de Japón y Corea).

La política de libre mercado es vista con cierto escepticismo por la nueva izquierda en varios países de Sudamérica, donde el pueblo se queja de no haber visto los beneficios de la liberalización de la economía. Las reformas económicas, sociales y políticas que comenzaron en los años 80 en Latinoamérica no han cumplido con su promesa de crecimiento económico, y se generó resentimiento en el pueblo porque las reformas no redujeron la pobreza y la desigualdad. Esto produjo un giro populista hacia el socialismo, devolviendo poder al Estado y volviendo hacia atrás en lo que hace a los logros realizados. Ver Jorge Castañeda, *Latin America's Left Turn*, FOREIGN AFFAIRS, May-June 2006, at 28.

Hernando de Soto, en *El Otro Sendero*, demuestra elocuentemente los beneficios de tirar abajo las barreras para liberar la participación en el mercado. Este autor enumeró y estudió las barreras, como la gran cantidad de exigencias para obtener una licencia, que mantienen a los peruanos más pobres fuera del sistema de mercado de ese país, relegándolos a su propia economía informal. Alienados por la exclusión y sus poco esperanzadoras perspectivas de vida, muchos se unieron al grupo terrorista Sendero Luminoso. Justamente para contrarrestar a Sendero Luminoso y sus fuerzas destructivas en la sociedad, de Soto propuso otro camino (“el otro sendero”): tirar abajo las barreras para participar en la economía formal, darle a la gente esperanza y oportunidad, y permitirle a los pobres participar en el mercado según sus méritos. *El Otro Sendero*⁴⁶ es un proyecto para construir una escalera de movilidad. Contempla una sociedad que valora la movilidad, que abra la puerta a la inclusión, desde los más pobres hacia arriba, y propone hacerlo basándose en razones pragmáticas, para construir una sociedad mejor.

La perspectiva opuesta –hospitalidad al control gubernamental e indiferencia a la situación apremiante de los excluidos– genera obstrucciones del mercado no sólo debido a una excesiva regulación sino también por la existencia de privilegios y “amiguismo”. Los poderosos de adentro protegen a sus amigos a expensas de la gente en general y a menudo a expensas de los pobres en particular. Esta fue la historia de Telmex en México. Propiedad de un “amigo” de varios presidentes, Telmex vio garantizado un precio monopólico para las comunicaciones telefónicas internacionales entrantes, en perjuicio de los mexicanos pobres que emigraron a los Estados Unidos para trabajar, y que dependen de la conexión telefónica con México⁴⁷. El sistema consagrado también afecta a las pequeñas nuevas compañías telefónicas, a las que se les priva del derecho a competir en las tarifas contra Telmex por esas llamadas⁴⁸.

De esta manera, la globalización no sólo tiende a acomodar las cartas en contra de los países en vías de desarrollo y aquellos que son los menos capaces (los menos educados, habilidosos y aventajados económicamente, y los más carentes de infraestructura) de subirse a la ola de oportunidades que ofrece la globalización⁴⁹; sino que la globalización también permite que los gobiernos basados en el “amiguismo” bloqueen la movilización ascendente y perpetúen la situación de los pobres.

El derecho antimonopolio puede ayudar. Pero ¿qué clase de derecho antimonopolio?

46. HERNANDO DE SOTO, *THE OTHER PATH: THE INVISIBLE REVOLUTION IN THE THIRD WORLD* (1989).

47. Los pobres no sólo sufren de precios demasiado altos, sino que sufren por crecimiento suprimido. “[E]l resto del país sufrió por su posición privilegiada [de Telmex]. En una era moderna, cuando las empresas necesitan comunicaciones de alta calidad a bajo precio para competir en una economía global, el crecimiento de México ha soportado el costo de los privilegios del Sr. Slim. Cualquier esfuerzo genuino de ayudar a los pobres requiere necesariamente de una competencia sana, por empezar, en el mercado de las telecomunicaciones” Ver Mary Anastasia O’Grady, *A Telecom Monopoly Cripples Mexico*, Wall St. J., Feb. 10, 2006, at A19.

48. Ver Eleanor Fox, *The WTO’s First Antitrust Case – Mexican Telecoms: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, 9 J. OF INT’L ECON. LAW 271 (2006).

49. Ver Lamy, *supra* nota nro. 16

C. Antimonopolio

1. ¿Qué clase de derecho antimonopolio?

El derecho antimonopolio es una especie del género constituido por las políticas de la competencia. La liberalización ayuda a abrir los mercados para que puedan funcionar. En la perspectiva de de Soto, la liberalización derriba las barreras, especialmente aquellas que enfrentan quienes peor situados están, invitándolos a ingresar al sistema económico, dándoles esperanza, dignidad y autoestima.

El derecho antimonopolio remedia las obstrucciones artificiales que los participantes del mercado crean. Pero las naciones difieren en cuanto a los *tipos de actos* que constituyen una obstrucción artificial. ¿Son sólo los actos que encogen el tamaño de la torta, reducen la riqueza total y son ineficientes en términos de asignación de recursos?⁵⁰ ¿O son también los actos que bloquean los canales de movilidad, y que mantienen las brechas amplias y a valiosos actores en el nivel más bajo?⁵¹ Si es también esto último, las obstrucciones pueden ser vistas en términos más humanos, y tal vez las políticas antimonopolio, incluyendo el discurso antimonopolio, puedan estar más en línea con la idea de un desarrollo eficiente.⁵²

Existen buenas razones por las cuales los factores de movilidad deben jugar un papel en el derecho antimonopolio de los países en vías de desarrollo. El mercado debe darle a las empresas, incluyendo a las más pequeñas y nuevas, una oportunidad justa de competir en base a los méritos de sus productos, libres de innecesarias restricciones artificiales por parte de las firmas poderosas. Otorgar poder para operar en mercados libres de innecesarias restricciones comerciales es la contrapartida de la perspectiva de de Soto de otorgar poder para involucrarse en mercados libres de restricciones gubernamentales innecesarias. Ya sean públicas o privadas, las restricciones indebidas del mercado retrasan el desarrollo eficiente. También pueden dañar la eficiencia en la asignación de recursos, o al menos es seguro que no la mejoran. En la medida en que la “eficiencia” implique una despreocupación por los valores distributivos, ella podría no ser el eje que los países en vías de desarrollo elegirían.

2. Evaluar los Problemas Locales Antes de Adoptar una Ley

La elaboración de las normas jurídicas debería surgir desde adentro, no desde afuera. La legislación debería responder a los problemas relacionados con un contexto

50. Es importante que una agencia antimonopolio identifique y ataque actos anti-competitivos que reducen el tamaño de la torta. No estoy sugiriendo lo contrario.

51. Ver Eleanor Fox, *What is Harm to Competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, 70 *ANTITRUST L.J.* 371 (2002).

52. Proteger la movilidad social y la oportunidad basada en méritos no requiere ni significa proteger a competidores ineficientes de la libre competencia ni dañar empresas eficientes. Ver Eleanor Fox, *We Protect Competition, You Protect Competitors*, 26 *WORLD COMPETITION* 149 (2003); ver también DUTZ & KHEMANI, *supra* nota nro. 6.

Ver Michael Boudin, *Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor*, 75 *Geo. L.J.* 395 (1986), para ver la discusión sobre el poder de la metáfora.

específico que requieren solución. Idealmente, el derecho no debería ser generado por unos extranjeros que dicen: “tenemos esta ley y ustedes deberían tenerla también”⁵³. Por lo tanto, es importante hacer una pausa y reunir información sobre los hechos: ¿quién resulta afectado dentro del país y por qué prácticas? ¿Cómo pueden ser prevenidos los daños? ¿A qué costo?

Los profesores Jenny y Evenett, y el *Consumers Unity & Trust Society* bajo el liderazgo de Pradeep Mehta, han hecho un notable trabajo para construir las bases de datos que responden esas preguntas. Los datos muestran lo siguiente:

Los cárteles de vendedores hacen blanco en las necesidades básicas, incluyendo productos de primera necesidad en una dieta. En Perú, los granjeros agrícolas y su sindicato conspiraron para eliminar competidores e impedir que ingresen otros nuevos. En Zambia, el productor dominante de pequeños pollos le exigió al mayor comprador que permanezca fuera del mercado de producción y el comprador aceptó esa exigencia.

La evidencia de cárteles de compradores es muy abundante. Esto incluye cárteles que explotan a los pequeños granjeros y productores, como los productores de café en Kenya y América Latina, así como los de algodón, los cosechadores de té y tabaco en Malawi, los lecheros en Chile, y los procesadores de pescado cerca del Lago Victoria.

Cárteles, *boycots*, y acuerdos para no competir han sido detectados y llevados a juicio en sectores como la molienda, la leche y el azúcar. Fusiones de compañías productoras de cerveza en mercados cerveceros altamente concentrados amenazaron con explotar a los compradores en Namibia, Turquía, Malawi, Kenya y Tanzania.

En Kenya, los dueños de camionetas buscaron monopolios sobre rutas lucrativas y se aliaron con pandillas de delincuentes, no sólo cobrando de más sino también aterrorizando a la población. También en Kenya, los fabricantes de fertilizantes organizaron un cártel secreto de ofertas para pujar en licitaciones gubernamentales, empobreciendo a los granjeros que necesitaban un suministro cada vez mayor.

En muchos países, una gran cantidad de acuerdos verticales han cerrado los escasos canales de distribución.

En Turquía, las dos empresas dominantes en telecomunicaciones accedieron al control exclusivo de la infraestructura necesaria para proveer el servicio de *roaming* para *GSM* a nivel nacional en servicios de teléfonos móviles, y negaron el acceso de potenciales nuevos participantes. Típicamente, las empresas dominantes deniegan el

53. Las dos partes de la oración precisan de un conector. ¿Argumenta el extranjero que la ley es necesaria para solucionar un problema que lo afecta, como en el caso de la contaminación: vuestras emisiones nos contaminan a nosotros? ¿Argumenta el extranjero que sus empresas pagan un costo y que en aras de ser justos, las empresas nacionales deberían pagar los mismos costos? Dice el extranjero: si sólo Uds. tuvieran leyes como las nuestras, a nuestras empresas se les facilitaría hacer más dinero en vuestro país. O es este extranjero altruista, un buen sanmaritano paternalista: nosotros sabemos lo que es bueno para Uds.; se los “ofrecemos”.

Ver Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean Francois Richard, *Economic Development, Legality, and the Transplant Effect*, 47 Eur. L. Rev. 165 (2003), para una discusión sobre los problemas de “transplantes” de leyes cuando la ley no es adaptada a las condiciones del país destinatario.

acceso de empresas más pequeñas a servicios esenciales como la infraestructura en telefonía y electricidad⁵⁴.

Los relatos periodísticos agregan cotidianamente información. En México, la mitad de la gente vive con 4 dólares o incluso menos por día, y muchos sobreviven a base de tortillas y frijoles. En diciembre de 2006 y enero de 2007, el precio del maíz subió estrepitosamente, y el precio de la tortilla subió 35 centavos por libra. El *New York Times* informó: “La crisis ha golpeado más fuertemente a los mexicanos más pobres, que gastan mas de un cuarto de su salario diario en tortillas.”⁵⁵ Esto desplazó a los fabricantes de tortillas más pobres, que han perdido más del cuarenta por ciento de sus ganancias, dado que la gente se vio obligada a comprar y comer menos. A pesar de que el aumento de precios provino en primer término de causas no relacionadas con los productores, los gigantes productores mexicanos de tortilla aprovecharon la situación “aprovisionando mercaderías para llevar los precios aun más arriba,” según funcionarios mexicanos.⁵⁶

Los monopolios mexicanos crecieron con fuerza incluso bajo el régimen de libre mercado del presidente Calderón. Jorge Castañeda, el ex-ministro de relaciones exteriores, escribió: “hoy existe un control monopólico de prácticamente cada paso de la vida mejicana ...” El país está dominado por monopolios enormes que excluyen y explotan, en áreas como el aceite, la electricidad, la telefonía fija y móvil, la televisión, el cemento, los bancos, el pan y la producción de tortillas.⁵⁷

El caso de México no es único en el mundo en vías de desarrollo. Es un caso típico.

En resumen, la gente en los países en vías de desarrollo se ve afectada por *cárteles* y prácticas monopólicas que elevan los precios de consumo y los de los insumos para sus negocios, que excluyen o construyen vallas a sus producciones, y que vedan el acceso a los proveedores locales. Hacen esto de varias maneras: mediante prácticas coercitivas como *boycotts*, pactos de no competencia, manipulación de precios y prácticas predatorias. Ellos apuntalan su poder para hacer eso a través de fusiones. Las prácticas

54. Ver Frederic Jenny, *Anticompetitive Practices in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence* (May 23-24, 2005) (trabajo no publicado presentado en el First National Competition Seminar, Amman, Jordan) (en poder de la autora); Frederic Jenny, *Anti-Competitive Agreements: Meaning and Examples*, CARIBBEAN DIALOGUE, July-Sept. 2004, at 1 (prácticas anticompetitivas en Trinidad y Tobago, Kenya, Líbano, Indonesia y otras pequeñas economías; Kovacic, *supra* nota nro. 2; Alvarez, Evenett and Wilse-Samson, *supra* nota nro. 33. Este último capítulo documenta otras numerosas y específicas restricciones en salud, educación, servicios financieros para personas de bajos ingresos, infraestructura y vivienda, y alimentos. *Id.* pág. 65-77. Ver también *Pulling Up Our Socks* (Consumer Unity and Trust Society Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, Rajasthan, India), Feb. 2003 (informe basado en el proyecto 7-Up que analiza problemas de competencia en siete países en vías de desarrollo – Kenia, Tanzania, Zambia, Sudáfrica, Sri Lanka, Pakistan y la India); PRADEEP S. MEHTA & NITYA NANDA, *COMPETITION POLICY, GROWTH AND POVERTY REDUCTION IN DEVELOPING COUNTRIES*, <http://www.competition-regulation.org.uk/conferences/southafrica04/mehta&nanda.pdf> (última visita Junio 30, 2007). Para ver ejemplos de violaciones por abuso de posición dominante en países latinoamericanos, ver Russell W. Pittman y Maria Coppola Tineo, *Abuse of Dominance Enforcement under Latin American Competition Laws*, marzo 2006, disponible en SSRN <http://ssrn.com-abstract=888186>.

55. James C. McKinley Jr., *Cost of Corn Soars, Forcing Mexico to Set Price Limits*, N.Y. TIMES, Enero. 19, 2007, at A12.

56. *Id.*

57. Jorge Castañeda, *Mexico Needs to be Freed from Unhealthy Monopolies*, FIN. TIMES, Feb. 5, 2007, pág. 13.

anti-competitivas prevalecen en áreas de necesidades materiales y de comercio, en productos como leche, gaseosas, cervezas, pollo, azúcar, algodón, papel, aluminio, acero, químicos (para fertilizantes), telecomunicaciones (incluyendo servicios de telefonía celular), cemento y otros materiales de construcción, transportes (incluyendo camiones, barcos, y accesos a puertos), gases industriales, bancos, seguros, carbón y electricidad. Muchas de estas prácticas son locales, muchas son facilitadas por el gobierno y muchas otras provienen de fuera del país y terminan generando restricciones internas.

3. Una perspectiva

Supongamos que somos diseñadores de políticas públicas, que vivimos y trabajamos en un país en vías de desarrollo y tenemos nuestro corazón puesto en el bienestar de la ciudadanía. La mitad de nuestros conciudadanos vive sumida en una pobreza abyecta. Un tercio de los ciudadanos son granjeros. Disponemos de recursos naturales extraíbles. Tenemos una pequeña industria manufacturera con potencial de crecimiento. Tenemos algodón y madera. Nuestra población tiene artesanos extraordinarios. La mayor parte de la población no tiene suficiente comida. Los monopolios estatales dominan las industrias vinculadas a la infraestructura. El sistema educativo es pobre. Las enfermedades y la corrupción son rampantes. Una década atrás, en una economía en expansión, vislumbramos la oportunidad de ascender en la escalera para que al menos nuestros hijos tuvieran una vida mejor. Después de abrir nuestros mercados, el dos por ciento más rico tiene hoy una vida aun mejor. Afortunadamente, una pequeña proporción de otros ciudadanos que habían accedido a una educación y capacitación suficiente, ahora participan de las oportunidades abiertas por la globalización, incluyendo oportunidades de tercerización. Pero la aplastante mayoría de nuestra gente no ha visto ninguna ganancia. Al contrario, ven una brecha aun mayor en el reparto de la riqueza y ninguna escalera.⁵⁸

¿Qué queremos?

Por supuesto que queremos más comida, medicamentos, bienes imprescindibles a precios más bajos, educación y capacitación e infraestructura. Queremos una mejor oportunidad para salir adelante por nosotros mismos, para participar en la economía de empresa; la oportunidad de generar nuestros propios ingresos para poder vivir. ¿Necesitamos el derecho antimonopolio? Si así fuera, ¿qué tipo de antimonopolio? Queremos explorar qué es lo que el antimonopolio puede hacer por nosotros, presuponiendo que tenemos suficiente dinero y gente capacitada para equipar una oficina y hacer cumplir la ley.

Concluimos que una ley antimonopolio puede ayudar si podemos obtener suficientes fondos y acceso a la información necesaria para encontrar y sancionar los casos; si podemos tener competencia sobre los infractores, que pueden estar radicados en otros países; si tenemos en términos prácticos y jurídicos suficiente poder para hacer cumplir las normas, y si las decisiones fundadas de la agencia son confirmadas por los tribunales

58. Ver Lamy, *supra* nota nro. 16. Puede haber ganancias, pero no son percibidas por la mayoría de los pobres, y dichas ganancias son distribuidas en forma desigual a los ricos o a los que poseen algún otro tipo de ventaja (por ejemplo, mayor educación).

en un período razonable de tiempo. El derecho antimonopolio puede impedir las prácticas descriptas más arriba, y al hacerlo puede otorgar poder a la gente para participar en el mercado de acuerdo a sus méritos.

Suponiendo que queremos tener una regulación antimonopolio, ¿de qué clase queremos que sea?

Hemos revisado la ley anti-cárteles de los países industrializados. La encontramos teóricamente fuerte y atractiva, aunque nos preocupa nuestra habilidad para acreditar la existencia de acuerdos de *cárteles* aun cuando sepamos que existen.

En punto a la monopolización y el abuso de posición dominante, miraremos los casos recientes de monopolización en los Estados Unidos⁵⁹. Vemos que el derecho de Estados Unidos tiene un alcance limitado para las violaciones por parte de firmas dominantes: no se preocupa por los competidores excluidos; en teoría se preocupa por los consumidores a los que se les cobra de más. Sin embargo, tiende a volcar la balanza en favor de la libertad para las firmas dominantes, de acuerdo con la teoría de que los incentivos de las firmas dominantes están alineados con los intereses de los consumidores, y que las restricciones antimonopolio desalientan los incentivos de las compañías para inventar e invertir.⁶⁰

El caso *Verizon v. Trinko*⁶¹ ilumina esta perspectiva de que la no intervención contra la firma dominante es la mejor receta económica para alcanzar el bienestar. Verizon era la proveedora del servicio local de telefonía en la región noreste de los Estados Unidos, y era propietaria de la antena local de teléfonos, que conectaba las llamadas de larga distancia con el área local. Cuando la competencia entre los proveedores de servicios telefónicos locales se tornó tecnológicamente viable y económica, los Estados Unidos desregularon el mercado e invitaron a competir dentro de cada área geográfica. Ingresaron competidores, que necesitan tener acceso a la antena local. Una ley federal le exigía al proveedor brindar tal acceso). Verizon, sin embargo, quiso mantener a sus clientes para que no huyeran hacia los nuevos proveedores. Por lo tanto se aseguró de brindar un mejor servicio interrumpiendo el acceso de los rivales a la antena local⁶². La Corte Suprema sostuvo que esa conducta no violaba las leyes antimonopolio.⁶³

En parte, el caso giraba en torno a si Verizon había violado las leyes antimonopolio al utilizar la situación ventajosa (*leverage*) que tenía sobre el circuito local para ganar ventajas sobre sus nuevos competidores. Era improbable que Verizon llegase a re-monopolizar el mercado local, que había sido recién abierto a la competencia. En nombre de los demandantes se sostuvo que la manipulación estratégica de Verizon por medio de

59. Ver *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

60. Ver R. Hewitt Pate, *The Common Law Approach and Improving Standards for Analyzing Single Firm Conduct*, in *INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY: FORDHAM CORPORATE LAW 2003* 195 (Barry Hawk ed., 2004) (apoyando el enfoque minimalista).

61. 540 U.S. 398 (2004).

62. La Corte asumió que estos hechos eran ciertos dado que el caso llegó a dicha instancia por una petición de Verizon de rechazar la demanda (*motion to dismiss*).

63. La Corte hubiera preferido dejar el problema al ente regulador y a la normativa regulatoria (que prohibía la conducta), pero la misma normativa declaraba que no impedía la aplicación del derecho antimonopolio. En consecuencia, el fallo de la Corte debió ir necesariamente más allá del contexto de la regulación de la industria. La Corte sentó un principio general de no interferencia con la libertad de acción del monopolista.

“pequeños” actos, como la interrupción de las conexiones a la antena local, “amenazaba [a los rivales] con ‘la muerte a través de miles de cortes’”⁶⁴. Esta es una metáfora empleada con frecuencia en casos de derechos civiles para describir aquellos pequeños actos que, por repetirse de miles por día, mantienen a los marginados simplemente marginados.

A la invocación de esta metáfora, la Corte Suprema de los Estados Unidos replicó:

“...Identificar los [miles de cortes] puede seguramente implicar una enorme tarea para tribunales antimonopolio generalistas. El control judicial bajo la Ley [antimonopolio] Sherman parecería destinado a distorsionar las inversiones y llevaría a una nueva etapa de litigio interminable...”⁶⁵

Así, la Corte sostuvo que no era una violación a la ley antimonopolio el uso por parte de las firmas dominantes de su posición ventajosa para obtener ventajas en el mercado local de telefonía, si con ello no se monopolizaba ese mercado. El “mero” uso de su posición aventajada por parte de un monopolista no forma parte de la preocupación que inspira la ley antimonopolio de los Estados Unidos, en tanto ello no lleve a un nuevo monopolio.

Pero para los países en vías de desarrollo la respuesta puede ser diferente. La muerte a causa de miles de cortes podría ser una razón *a favor* de la obligación de responder (*accountability*) en materia de antimonopolio, no contra de ésta. La metáfora de los “miles de cortes” del poderoso contra el que no tiene poder describe el destino constante de las personas en los países en vías de desarrollo.

En la formulación de la ley antimonopolio en nuestro país en vías de desarrollo, entonces, podríamos no querer una regulación similar a aquella convalidada en *Trinko*. Queremos una ley contra los cárteles, las prácticas monopólicas y el abuso de la posición dominante que eviten que las compañías dominantes usen su poder y sus posición ventajosa para mantener afuera a las compañías menos poderosas. Queremos una ley contra las fusiones que crean o refuerzan el poder para explotar y excluir (si tenemos suficientes recursos para ello y nuestra potestad de hacer cumplir la ley se aplica a las fusiones que causan daño). Más aun, queremos una ley fuerte que alcance a los actos de las empresas del estado que restrinjan y bloqueen el mercado, y a las prácticas anticompetitivas patrocinadas o facilitadas por el estado (problemas que son exponencialmente más serios en países en vías de desarrollo que, por ejemplo, en los Estados Unidos).

¿No nos preocupa que nuestra ley pueda disminuir la eficiencia de las empresas dominantes y de este modo dañar a nuestros consumidores? Este no era el problema que teníamos principalmente en mente. La inclusión como valor puede incrementar la eficiencia. Principios que fijen límites pueden ser utilizados como protección contra una aplicación de la ley que pueda tender a socavar la eficiencia.⁶⁶

64. Brief for the State of New York et al. as Amici Curiae, in Support of Respondent at 10, *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) (No. 02-682).

65. *Trinko*, 540 U.S. pág. 414.

66. Por ejemplo, podríamos elegir un principio que no deba dañar a los consumidores con la aplicación de la ley antimonopolio.

La ley que protege la apertura del mercado y el acceso de actores del mercado en base a méritos no necesariamente protege la ineficiencia; y una ley que ignore los valores de la apertura y el acceso puede proteger el poder de las empresas dominantes. Ver Eleanor Fox, *Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide*, 2006 UTAH L. REV. 799 (2006).

V. Observaciones sobre el diseño de la ley apropiada

Los países en vías de desarrollo enfrentan numerosos dilemas y oportunidades en la formulación de sus principios sustantivos. Algunos fueron mencionados arriba. Analizo acá seis:

1. Los países en vías de desarrollo se enfrentan a mercados que son mucho menos dinámicos y abiertos que los mercados en los países desarrollados. Más aun, los mercados están fuertemente marcados por la intervención y el control estatal. Ya sea que la intervención se produzca por medio de regulaciones estatales, empresas estatales, o empresas a las que el estado les concede una licitación o privilegio, esas empresas son propensas a operar en base a criterios de privilegio, preferencia, y amiguismo.⁶⁷ Estos factores tienen enormes implicancias en lo que respecta a los costos en materia de error. Si la agencia de defensa de la competencia es relativamente independiente, con recursos y capacitada, una mayor intervención, especialmente contra el bloqueo del mercado y las acciones discriminatorias⁶⁸ por parte de empresas del estado o privilegiadas por éste, puede prometer mayores beneficios y menores costos que el tipo de intervención contra el abuso de posición dominante típico de las economías desarrolladas.⁶⁹
2. La mayoría de los países en vías de desarrollo tienen recursos insuficientes para manejar sus oficinas de defensa de la competencia. Poseen poco personal, fundamentalmente pocos expertos en materia económica. Esto implica que podría ser necesario desarrollar reglas más claras, sea que vayan en la dirección de un control más o menos agresivo del cumplimiento de la ley. El tipo de análisis sugerido, por ejemplo, por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *California Dental Association*⁷⁰, puede ser muy complejo y de aplicación incierta. La perspectiva más particularizada sugerida por el juez Breyer en su disidencia en el caso (que las reglas en contra de la publicidad de descuentos presuntamente aumentan los precios) podría ser más apropiada.⁷¹
3. Aparte de las observaciones formuladas más arriba, cada país debe tomar decisiones importantes acerca del nivel de intervención antimonopólica. Se enfrentan a varios interrogantes. Por ejemplo, los precios excesivos, especialmente luego de que los controles de precios sean removidos, pueden

67. Ver DUTZ & KHEMANI, *supra* nota nro. 6.

68. Me refiero a discriminación en favor de "amigos" y en contra de extraños.

69. Ver John Fingleton, *De-Monopolizing Ireland*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS ABUSE OF DOMINANT POSITION? 53, 65 (Claus Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu eds., 2006); ver también John Vickers, *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, The 10th Burrell Competition Lecture (Mar. 19, 2007) (explicando que las economías históricamente monopólicas y con débiles "mecanismos de autocorrección" pueden requerir de políticas más intervencionistas contra el abuso de poder).

70. *Cal. Dental Ass'n v. F.T.C.*, 526 U.S. 756 (1999) (sosteniendo que la regulación de la profesión odontológica que prohíbe la publicidad sobre descuentos y calidad no produce como consecuencia necesaria una disminución en el volumen de servicios odontológicos prestados, y que la probabilidad de que se restrinja la producción debe ser objeto de un detallado análisis).

71. *Id.* Pág. 782.

ser un problema apremiante, especialmente con los precios de los productos básicos. Pero una intervención antimonopólica demasiado frecuente podría conducir a un control de precios (bajo otro nombre) y minar el esfuerzo de perfeccionar mercados. Los precios bajos, especialmente cuando se sitúan por debajo de los costos, pueden amenazar seriamente a las empresas locales y minar sus chances de echar raíces. Pero la intervención contra los precios bajos priva a la gente de uno de los más importantes beneficios de la competencia. Además, definir si un precio bajo está verdaderamente por debajo del costo puede ser difícil o imposible. El país podría querer evitar intervenir contra los precios bajos.

4. Una ley legítima sobre abuso de posición dominante debería ser lo suficientemente amplia para prohibir injustificadas restricciones al acceso al mercado, sin necesidad de que los demandantes deban probar los efectos en cuanto al volumen de producción en todo el mercado. Pero como corolario, la ley que seriamente respete el derecho del más débil para competir sobre los méritos debe también respetar seriamente el derecho del presunto violador a probar que su conducta favoreció a los consumidores y sirvió para mejorar el funcionamiento del mercado.
5. Mientras es muy valioso que un país pueda formular su propia ley, los países también apreciarán los beneficios de seguir un camino ya recorrido. Anclar una nueva ley en la jurisprudencia existente promete una mayor seguridad jurídica y otros resultados eficientes. Si uno adopta la ley “dominante” no necesita reinventar la rueda. Uno puede tomar nota de las normas internacionales, al tiempo que facilita las inversiones extranjeras. El desafío consiste en entender cuándo la ley extranjera es apropiada y cuándo no.⁷²
6. En cuanto a la eficiencia y el crecimiento, los países en vías de desarrollo siempre necesitan ajustarse a las dinámicas cambiantes de los mercados y la competencia. Todos los principios y las reglas deben ser coherentes con el imperativo de flexibilidad y adaptación y deben evitar la tentación de intentar “detener la marea”.

72. Este es un desafío que la ley sudafricana acepta explícitamente. Ver *Mondi Ltd. & Kohler Cores and Tubes v. Competition Tribunal, Competition Appeal Court*, 2003 (I) CPLR 25(CAC) (S. Afr.). Gesner Oliveira y Cinthia Konichi Paulo agregan las siguientes diferencias y preocupaciones que los países en vías de desarrollo deben tomar en cuenta al implementar la regulación de la competencia: 1) la existencia de un gran sector informal, que no cumple con la ley y puede llevar a una sobreestimación del poder del mercado; 2) el tamaño del mercado, que en Brasil es el de una economía mediana con varias importantes empresas multinacionales; 3) la magnitud de la ganancia esperada en términos de eficiencia, que muchas veces es mayor para países transicionales que para países desarrollados; 4) la precariedad de la infraestructura; 5) el mayor costo de las transacciones, que puede impedir a nuevos actores entrar a competir con cuasi-monopolios; y 6) un fracaso más severo del mercado por causas políticas. “En suma, los países en vías de desarrollo tienen mayores problemas de competencia y menos recursos.” Gesner Oliveira & Cinthia Konichi Paulo, *The Implementation of Competition Policy in Developing Countries: The Case of Brazil* (May 2006) (preparado para el taller, *The Development Dimension of Competition Law and Policy: Economic Perspectives en Ciudad del Cabo, Sudáfrica*).

VI. Correlativos

La perspectiva sugerida antes se refiere al derecho antimonopolio *per se*, es decir a las normas sustantivas y los principios. Es necesario agregar una serie de consideraciones y condiciones adicionales para hacer que la ley sea útil y tenga sentido.⁷³

Primero, las excepciones no deben ser demasiado amplias. El derecho antimonopolio solamente opera dentro del área escogida a tal efecto. Las excepciones e inmunidades, incluyendo la categorización de ciertos actores del mercado (que pueden ser beneficiados por el estado) como intocables, podrían encoger esa área tanto que llegarían a borrarse casi todos los beneficios prometidos por el derecho antimonopolio. En este sentido, es probable que sea significativamente ventajoso para los países en vías de desarrollo que se incluyan dentro del ámbito de la ley a las industrias reguladas y a las empresas estatales que operen con capacidad comercial. A menudo, las industrias más importantes para la gente (como las industrias de infraestructura, incluyendo a la energía, las comunicaciones y el transporte) están reguladas y cada una de ellas está dominada por monopolios estatales. La exclusión de actores del mercado del ámbito que cubre la ley antimonopolio es no sólo una receta para el amiguismo y la explotación⁷⁴; es la receta para que aquel ámbito sea muy reducido.⁷⁵

Segundo, la agencia de defensa de la competencia debe ser tan independiente como sea posible, libre de interferencias políticas, por el temor de que el gobierno y sus políticos se apropien del derecho antimonopolio y lo confinen a un ámbito de actuación sin demasiado sentido.

En tercer lugar están las instituciones. Idealmente, la agencia debe estar bien financiada y suficientemente dotada de personal capacitado y entrenado. Los líderes y el personal deben estar libres de cualquier sospecha de corrupción. Deben preverse canales de apelación de sus actos, y las instituciones a cargo de las apelaciones deben también contar con personal bien calificado y no corrupto. Se debe asegurar el respeto del debido proceso en todos los procedimientos. El funcionamiento de las instituciones debe ser transparente y sus agentes sometidos a control. En realidad, contar con instituciones que funcionen bien es más importante para el comercio y la competencia que lograr una convergencia en la regulación de varios países.⁷⁶

73. Estas consideraciones y condiciones han sido bien descritas por otros. Ver, por ejemplo, William Kovacic, *Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies*, 23 Brooklyn J. Int'l L. 403 (1997); William Kovacic, *Designing and Implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe*, 44 DePaul L. Rev. 1197 (1995); Clive S. Gray, *Antitrust as a Component of Policy Reform: What Relevance for Economic Development?*, en *Reforming Economic Systems in Developing Countries* 404 (Dwight H. Perkins & Michael Roemer eds., 1991); R. Shyam Khemani, *Competition Policy and Economic Development*, Policy Options, Oct. 1997, pág. 23, disponible en <http://www.irpp.org/po/archive/oct97/khemani.pdf>.

74. Ver Fox, *supra* nota nro. 48.

75. Del mismo modo, la regulación antimonopolio no debería estar abarrotada de medidas proteccionistas que sólo sirven ciertos intereses creados. Ver Dennis Davis & Eleanor Fox, *Industrial Policy and Competition – Developing Countries As Victims and Users*, en *INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY: FORDHAM CORPORATE LAW* 2003 195 (Barry Hawk ed., a publicarse en el 2007)

76. See Roumeen Islam & Ariell Reshef, *Trade and Harmonization: If Your Institutions Are Good, Does it Matter If They Are Different?* (World Bank, Policy Research Working Paper No. 3907, 2006).

La opción en países en vías de desarrollo, sin embargo, es usualmente preocupante. No puede esperarse que la calidad de las instituciones se acerque al ideal.

Cuarto, activismo: el activismo público en la promoción de la competencia constituye una herramienta crítica. Comúnmente, las restricciones más serias son producidas por medidas gubernamentales, a menudo tomadas para defender los intereses de ciertos grupos. Asimismo, “las elites empresariales... [tienden a] resistir las reformas de políticas...”⁷⁷ La agencia de defensa de la competencia puede jugar un rol importante llamando la atención sobre aquellas medidas estatales anticompetitivas e improductivas que acarreen costos para la sociedad. Probablemente debería ser “la voz pública más fuerte dentro del país a la hora de promover la competencia y articular la perspectiva de la competencia.”⁷⁸

Más generalmente, la educación y una atención adecuada en salud son condiciones *sine qua non* para una efectiva participación en el sistema económico.

Estos requisitos son difíciles de satisfacer. Si los elementos cruciales están ausentes, podría ser que el país prefiera no adoptar ningún tipo de ley antimonopolio.

VII. La obligación de cooperación de los países desarrollados

Los países en vías de desarrollo son dañados por *cárteles* y prácticas internacionales, y son vulnerables a ellos. Los infractores saben que los países en vías de desarrollo tienen pocos recursos para dedicar al antimonopolio (si es que tiene algún recurso luego de satisfacer otras prioridades humanas). Las empresas radicadas en el exterior dirigen sus prácticas de explotación en dirección de los países en vías de desarrollo, a menudo a través de acuerdos y otros actos llevados a cabo en sus propios países.⁷⁹

Estas prácticas anticompetitivas lanzadas desde costas distantes probablemente estén en la práctica fuera del alcance de los países en vías de desarrollo. Para solucionar este problema, la Unión Europea (UE) ha propuesto un marco útil⁸⁰, que podría ser (o podría haber sido) implementado en el contexto de la OMC, pero que también podría ser implementado como proyecto autónomo.

En el espíritu de la propuesta de la UE, los países desarrollados que cuenten con leyes antimonopolio maduras pueden y deben ayudar a los países en vías de desarrollo,

77. DUTZ & KHEMANI, *Competition Law & Policy*, *supra* nota nro. 6, pág. 12.

78. *Id.* Pág. 28.

Dutz y Khemani indicaron:

El activismo por una real competencia puede ayudar a crear un ambiente donde, con el tiempo, la aplicación de la ley fortalezca el rol de los mercados al reducirse las intervenciones gubernamentales, y sus consiguientes cargas regulatorias. Por ende, el activismo puede que no sea tan sólo un complemento de la aplicación de la ley, sino que constituya un primer paso necesario para alcanzar una competencia total y real. Dado que las autoridades que regulan la competencia suelen carecer de la reputación y el capital político suficientes en sus primeros años, y que los obstáculos que generan las políticas regulatorias a la competencia suelen ser sostenidos con el apoyo de poderosos intereses creados, el activismo inicial debería centrarse en abogar por la remoción de restricciones públicas, lo cual está sujeto a menor debate o [en proyectos] que beneficien directamente a emprendedores, exportadores y otros interesados con los que se cuente para un fuerte apoyo. Debería prestarse especial atención a iniciativas que, directa o indirectamente, beneficien a la mayor cantidad de sujetos. *Id.* Pág. 28-29.

79. Ver Frederic Jenny, *Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*, in *TOWARDS WTO COMPETITION RULES 3* (Roger Zäch, ed., 1999).

80. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, World Trade Organization, *Communication from the European Community and Its Member States*, WT/WGTCP/W/184 (Abril 22, 2002).

especialmente cuando los propios nacionales de los países desarrollados infrinjan principios claros y compartidos sobre antimonopolio⁸¹. Los países desarrollados pueden y deben revisar sus leyes, extendiendo su competencia para poder ilegalizar a los cárteles para la exportación.⁸²

Una convención de medio ambiente provee un modelo. Se trata de la “Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su tratamiento”⁸³, que Estados Unidos ha suscripto. Bajo la Convención de Basilea, si un país signatario prohíbe la importación de desechos peligrosos, todos los otros países signatarios deben convertir en ilegal el transporte de residuos peligrosos a ese país. Los Estados Unidos y otros países desarrollados pueden y deben adoptar este modelo para los cárteles exportadores más fuertes, que representan los desechos peligrosos del antimonopolio.

Si eso no fuera posible, los Estados Unidos y los otros países desarrollados deberían modificar sus leyes antimonopolio para proporcionar competencia para la recolección de documentos y testimonios de gente reconocida, incluyendo la posibilidad de hacerlos comparecer forzosamente, cuando los ciudadanos de los países desarrollados sean los presuntos victimarios de la gente en los países en vías de desarrollo.⁸⁴

En materia de ley antimonopolio y su cumplimiento, en la ausencia de ley internacional, el mundo demanda una visión cosmopolita y la voluntad de parte de las naciones desarrolladas de aceptar la responsabilidad por los daños que causan. La jurisprudencia en desarrollo en los Estados Unidos no demuestra esta visión y no refleja tal espíritu de generosidad. De hecho, muestra un retroceso, y pone a los Estados Unidos en un camino hacia el solipsismo y la balcanización.⁸⁵

VIII. Redes de Trabajo

El funcionamiento en red (*networking*) constituye el nuevo orden mundial.⁸⁶ Las redes del antimonopolio existen.⁸⁷ Tienden a estar dominadas por naciones desarrolladas porque

81. Se ha estimado que en 19 productos seleccionados, el valor de las importaciones afectadas por cárteles en países en vías de desarrollo en 1997 fue de \$51.1 miles de millones, y que el precio de dichas importaciones fue elevado por lo menos en un 10% debido al sobreprecio resultante de la fijación de precio por el cártel. Margaret Levenstein & Valerie Y. Suslow, *Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy*, 71 *Antitrust L.J.* 801, 813-16 (2004).

82. Ver Eleanor Fox, *Walter J. Derenberg Professor of Trade Regulation* de la New York University School of Law, testimonio ante la Antitrust Modernization Commission, Hearing on International Issues in Washington, D.C. (Feb. 15, 2006), disponible en www.AMC.gov; ver también Special Committee on International Antitrust, ABA Antitrust Section, *The Special Committee's Report* 83-90 (Sept. 1, 1991).

83. Marzo 22, 1989, 1673 U.N.T.S. 125

84. Fox, *supra* nota nro. 82.

85. Ver *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran*, 124 S. Ct. 2359 (2004) (sosteniendo que compradores extranjeros en una conspiración internacional no pueden invocar las leyes antimonopólicas de Estados Unidos, salvo que sufran un daño causado por efectos que la conspiración tiene en los Estados Unidos); *Intel Corp. Microprocessor Antitrust Litigation*, 452 F. Supp. 2d 555 (D. Del. 2007) (sosteniendo que un demandante de Estados Unidos que reclama por estrategias mundiales anticompetitivas de un demandado estadounidense no puede invocar los actos en el extranjero del demandado).

86. Anne-Marie Slaughter, *The Real New World Order*, *FOREIGN AFFAIRS* 183 (Sept.-Oct. 1997).

87. Ver D. Daniel Sokol, *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, 4 *Berkeley Bus. L.J.* 41 (forthcoming 2007), también disponible como trabajo en curso, Univ. of Wis. Legal Studies Research Paper No. 1034. Ver notas nro. 178-94, 287-92.

tienen una experiencia más profunda y extensa, porque es probable que sean fuertes usuarios de esa red⁸⁸, y porque tienen más recursos –gente y dinero– para dedicar a ese proyecto. Como consecuencia, su orden del día tienden predominantemente a reflejar los intereses de los países desarrollados.⁸⁹ Las naciones en vías de desarrollo necesitan sus propias redes para explorar más centralmente sus propios intereses. Los grupos regionales de comercio pueden servir como plataforma para este objetivo.⁹⁰ También sería útil contar con una red mundial para países en vías de desarrollo sobre regulación en materia de defensa de la competencia.⁹¹

Las propias naciones en vías de desarrollo son diversas entre sí. Comparten algunas características pero no otras. La situación y las características de la India no son las mismas que las de Benin. Las comunicaciones y el intercambio productivo a través del trabajo en redes pueden empezar a determinar las diferencias y a cristalizar los atributos comunes.

IX. Conclusión

Los países en vías de desarrollo merecen una ley antimonopolio que se adecue a las realidades de sus mercados y responda a sus condiciones y necesidades. Merecen una ley diseñada y caracterizada de manera tal que sus pueblos la adopten como legítima en vez de rechazarla como un objeto foráneo.

Si existe un símbolo apropiado para la regulación antimonopolio en un país en vías de desarrollo, no es el neo-liberalismo, que puede implicar ensanchar la brecha. Es la escalera ascendente. El antimonopolio puede ser visto como el complemento de *The Other Path*, de Hernando de Soto.

La regulación antimonopolio de los países en vías de desarrollo probablemente deba incorporar los mejores principios de la regulación de los países desarrollados, al tiempo que plasme una serie diferente de presuposiciones sobre qué tan bien funcionan los mercados e incorpore también una exigencia y una perspectiva de inclusión. Los países en vías de desarrollo tienen una opción.

88. *Id.*, notas nro. 226-29

89. Por ejemplo, el primer proyecto de la Red Internacional de la Competencia fue la convergencia de procedimientos para la notificación previa de una fusión – una cuestión de interés para corporaciones multinacionales. Proyectos subsiguientes han hecho hincapié en estándares sustanciales para fusiones y en la coordinación de procedimientos contra los cárteles. También en la agenda se encuentra la asistencia técnica a países en vías de desarrollo. Ver International Competition Network Home Page, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org> (última visita, Junio 30, 2007).

90. Ver U.N., *Implementing Competition-Related Provisions in Regional Trade Agreements: is it possible to obtain development gains?* (2007).

91. UNCTAD, que no es una red, presta especial atención a los intereses de países en vías de desarrollo, y la regulación de la competencia es uno de sus muchos objetivos.

