

EL DERECHO FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA: UNA VISIÓN RETROSPECTIVA

Manuel Pesqueira Banderas

Abogado, Universidad Católica de Chile.

Master en Economía y Gestión para Abogados,
Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile.

Ex Profesor de "Derecho de la Competencia" en el
"Master Business of Law" de la Universidad Adolfo Ibáñez.

Cuando un país asume al mercado como principal instrumento asignador de sus recursos, implícitamente reconoce que la economía se comporta más eficientemente bajo tal esquema.

En este sentido, la aplicación de políticas de libre mercado exige frecuentemente la implementación de transformaciones institucionales de cierta magnitud, en diversos ámbitos del quehacer económico^{1 2}. Por ello, la adopción o perfeccionamiento de una legislación relativa a la Protección a la Libre Competencia resulta fundamental, transformándose ésta en un instrumento esencial para la preservación de la libertad económica en los distintos mercados³.

¹ No es extraño que en dichos países a nivel constitucional se establezca como garantía individual el derecho a realizar cualquier actividad económica y/o se reconozca el derecho a la libre empresa.

² En México, por ejemplo, la Ley Federal de Competencia Económica es una "ley reglamentaria" del Artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su inciso primero establece que: "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria".

³ Al respecto, José A. Gómez Segade señala que el Derecho de la Competencia es el núcleo inderogable de la libertad de empresa. Ver Prólogo del libro de Hernández Rodríguez, Francisco; "Precios Predatorios y Derecho Antitrust", Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

En las páginas que siguen intentaremos reseñar, en la medida de lo posible, la forma en que el Derecho ha enfrentado la problemática de la Libre Competencia, centrándonos en uno de sus principales puntos de atención: la concentración de los mercados. Ello nos obligará a hacer una pequeña reseña histórica sobre el problema, para luego analizar las causas que motivan y explican la concentración de los mercados, y la forma en que la legislación de los Estados Unidos, pionera en este tema en el Derecho moderno, como también la de Europa, han enfrentado estos asuntos, desde antaño y hasta nuestros días.

Finalmente, esperamos que el presente trabajo permita al lector visualizar la evolución que ha sufrido el Derecho de la Competencia, tanto en la forma de asumir algunos de los problemas que con el correr del tiempo han ido surgiendo en su ámbito de competencia específica, como respecto de la aplicación que de sus normas han hecho los Tribunales de Justicia. Pero también pretendemos, a través de estas líneas, dejar de manifiesto un hecho de la mayor relevancia, cual es la íntima relación e influencia existente entre los valores y principios políticos, filosóficos y económicos imperantes en la sociedad en un momento determinado, y la interpretación y consiguiente aplicación que los Tribunales hacen de las normas sobre Libre Competencia.

1. DERECHO DE LA COMPETENCIA, FUNCIÓN EMPRESARIAL Y CONSUMIDORES

El Derecho de la Competencia es una rama jurídica bastante nueva por estas latitudes, y sin duda sigue siendo una disciplina polémica que aún levanta resquemores entre los juristas, economistas y sectores empresariales⁴. A este respecto, hay que tener presente que las empresas tienden naturalmente a "acomodarse" con sus eventuales competidores y, por ello, suelen ver en las normas sobre

⁴ Dentro de ésta polémica, *Richard A. Posner* señala, por ejemplo que: "...las ganancias sociales potenciales de una política antimonopólica efectiva son probablemente sustanciales (el hecho que sean más grandes que los costos de dicha política es asunto aparte). Este punto se ha confundido en la mente de muchas personas a raíz de una serie de estudios que intentan medir el costo social del monopolio en la economía norteamericana y encontrar que es muy leve, quizás no más de 0,1 del 1 por ciento del PNB. *Posner, Richard A; "Antitrust Law An Economic Perspective"*. The University of Chicago Press, Chicago and London, 1976.

Ver asimismo a *Arnold C., Harberger*; "Monopoly and Resource Allocation", 44 *Am. Rev. Papers & Proceedings*, 1954, pag 77.

libre competencia una valla que les incomoda y, por cierto, perciben en los poderes públicos encargados de velar por la vigencia de la Competencia, un peligro constante de intromisión en el libre desarrollo de su actividad económica.

La función empresarial conlleva necesariamente el interés de la empresa por captar clientes o una mayor participación de mercado. Para ello, debe esforzarse por colocar en él productos o servicios cada vez más innovadores a precios y/o condiciones contractuales más convenientes para sus clientes. Esta es la "lucha" que caracteriza a la Competencia, y como toda disputa, suele generar vencedores y vencidos.

Entre el público en general suele considerarse que la legislación sobre protección de la Libre Competencia tiene por finalidad, entre otras, proteger a los consumidores y/o a los competidores, de aquellos que restringen tal Competencia. Sin embargo, existe ya consenso entre la mayoría de los especialistas en el sentido que el Derecho de la Competencia no protege ni puede pretender proteger sólo a los consumidores ni tampoco a los competidores, sino a la Libre Competencia a secas⁵. Esta conclusión, en todo caso, no puede llevarnos a sobre valorar el papel o la importancia en solitario de la Libre Competencia en la economía. Los tiempos de las defensas a ultranza y sin limitaciones de la Competencia han pasado y, salvo los últimos estertores de algunos románticos, existe conciencia que el mundo real de la economía presenta ciertos desequilibrios que no pueden ser corregidos por la mera actuación de las fuerzas del mercado competitivo. En ese sentido, en la actualidad se comprende

⁵ *Gómez Segade* señala que el Derecho de la Competencia "se desdobra en dos ramas fundamentales: el derecho contra las limitaciones de la competencia o *derecho antitrust*, y el *derecho contra la competencia desleal*. Mientras el primero trata de garantizar prioritariamente la existencia y la libertad de la competencia el segundo tiene como objetivo central preservar la calidad de la competencia...". En Prólogo del libro de *Hernández Rodríguez, Francisco*; "Precios Predatorios y Derecho Antitrust" Madrid 1997, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. En sentido contrario, *Arturo Yrarrázaval Covarrubias* señala "Algunos autores sostienen que ambos sistemas, el de la libre competencia y la protección del consumidor, al ser parte del Orden Público Económico, se relacionan estrechamente e incluso podrían llegar a formar parte de un solo sistema a través de los tribunales económicos. No podría estar más en desacuerdo con dichos autores...". Ahondando sobre el tema, el profesor Yrarrázaval agrega "deseo postular que los objetivos de ambas legislaciones son absolutamente diferentes, los órganos de aplicación deben ser fundamentalmente distintos y las sanciones también difieren totalmente... Así lo ha ido entendiendo lentamente el derecho chileno y en el derecho comparado la cuestión no admite hoy en día demasiada discusión". *Yrarrázaval Covarrubias, Arturo*; "Protección al Consumidor y Libre Competencia" en "*Derecho del Consumo y Protección al Consumidor*", Cuadernos de Extensión, Facultad de Derecho Universidad de Los Andes, Santiago de Chile 1999.

casi unánimemente que una sabia y siempre moderada política de regulaciones puede hacer mucho bien a la economía. Por ello, compartimos la opinión mayoritaria que postula que el mercado no puede transformarse en un bosque virgen de toda intervención pues, en tal caso, muy probablemente acabaríamos sepultando la libertad que pretendemos proteger⁶. En este contexto, debe entonces comprenderse que las normas sobre Libre Competencia debieran pretender, precisamente, evitar (incluso antes que sólo sancionar) los abusos de la libertad de empresa y de la libertad contractual, en cuanto estos afecten la Libre Competencia. En consecuencia resulta claro, y así se ha entendido hace más de un siglo, que al Derecho le cabe una particularísima función en la defensa de éste bien jurídico. Ello explica que con el correr del tiempo en casi todo el mundo se haya reaccionado legislativamente frente a este fenómeno denominado Libre Competencia, generándose un conjunto normativo en el que se entrelazan e interactúan principios jurídicos y económico-sociales que hacen particularmente interesante su interpretación y aplicación a una realidad concreta⁷. Existe aquí todo un proceso evolutivo que se explica fundamentalmente por la íntima relación, a veces aceptada con mayor facilidad y a veces casi rechazada íntegramente, entre el Derecho de la Competencia y la Economía. Los avances que han podido percibirse en el último siglo en la metodología de análisis de los mercados han repercutido enormemente en ésta rama del Derecho, y de ello dan cuenta, como veremos en las próximas páginas, los múltiples procesos sobre concentración de mercados, tan presentes hoy en día en las economías desarrolladas como emergentes.

Sin embargo, ha de tenerse presente que la temática de la concentración es sólo una de las varias aristas que debe abordar y enfrentar el Derecho de la Competencia pues, en el mundo real de todos los días, las restantes prácticas restrictivas de la Competencia ocupan, sin duda, aunque quizás con menor espectacularidad, un campo tan o más fecundo que los procesos de concentración de los mercados.

⁶ Desde luego compartimos la opinión, hoy bastante generalizada, en el sentido que las "externalidades negativas" generadas por las actividades económicas requieren ser abordadas por la regulación estatal. Al respecto, para una explicación sencilla pero adecuada, ver *Larroulet, Cristián y Mochón, Francisco; "Economía", McGraw-Hill Interamericana de España S.A., Madrid 1995.*

⁷ A este respecto, por ejemplo, véanse en este trabajo lo expuesto tanto por el juez Hand, en el asunto denominado *Alcoa*, como lo señalado por el juez Douglas, en el caso denominado *Columbia Steel Co.*

2. PRIMERAS RELACIONES DEL DERECHO Y LA LIBRE COMPETENCIA

Desde una perspectiva histórica, el Derecho ha pasado por varias fases o estadios frente a la Competencia en la vida económica.

Podría decirse que en una primera fase la reglamentación del mercado era tan extensa y minuciosa que difícilmente podía hablarse de actividades o mercados competitivos. Como se sabe, durante la Edad Media y parte de la Edad Moderna, el dirigismo estatal y el monopolio, estatal o privado, caracterizaron la actividad económica de Europa. Los mercados libres no existían y, para ejercer una industria o comercio, era necesario estar matriculado en las *Corporaciones de Artes y Oficios a las que el Municipio o el Estado otorgaban privilegios especiales para acceder al mercado*. De esta forma, las citadas Corporaciones, los Municipios y el Estado regulaban la Competencia, pero no para protegerla sino más bien para limitarla o controlarla⁸. Por su parte, los grandes mercaderes, al estilo de los Médici o los Fugger, pactaban entre sí o con el Rey o con la autoridad eclesiástica para asegurarse una porción del mercado y excluir a los competidores del mismo. Aquí está el origen de las actuales distribuciones de mercado por zona geográfica y/o por productos.

Posteriormente, durante la época absolutista, los príncipes "administraron" los monopolios, vendiéndolos a los mercaderes a objeto de financiar el gasto público, destinado casi exclusivamente a solventar las actividades bélicas de la época⁹.

La existencia y expansión de los monopolios sin embargo, no fue pacífica. Los abusos, ignorados por la autoridad, fueron minando la tolerancia que respecto de ellos manifestaron tanto los juristas como la ciudadanía. Una primera manifestación jurídica de la repulsa hacia los monopolios la vemos en Francia bajo el reinado de Jaime I, en el denominado Estatuto de los Monopolios de 1623. Sin embargo, ello no significó la liberalización de la economía. Por el contrario, ella fue

⁸ Sabemos que durante la Edad Media se dictaron diversos Decretos a objeto de evitar el acaparamiento de víveres realizado para efectuar reventas provechosas, las que eran consideradas prácticas monopólicas. Ver Spiegel, H.W; *"El Desarrollo del pensamiento económico. Historia del pensamiento económico desde los tiempos bíblicos hasta nuestros días"*. Ed. Omega, Barcelona, 1990, p. 72-73.

⁹ Como dice Galbraith, en este período "... Los grandes mercaderes no sólo influían en el gobierno, sino que ellos mismos eran el gobierno." Galbraith, J.K; *"Historia de la Economía"*, 6ª Edición, Ariel, Barcelona, 1992.

paulatinamente estatificándose. Un ejemplo de ello son las Ordenanzas del Comercio Terrestre y Marítimo dictadas por Luis XIV para controlar prolijamente la actividad mercantil.

Finalizaba así el siglo XVIII, sin mayores problemas vinculados a la regulación de la Competencia pues, dados los límites legales y corporativos impuestos al ejercicio de las actividades comerciales e industriales, tal Competencia era inexistente. Pero la situación cambia al proclamarse la libertad de industria y comercio a finales del citado siglo XVIII, pasando a partir de entonces el Derecho a un segundo estadio en su postura frente a la Competencia¹⁰.

La Revolución Francesa liberalizó la economía del Antiguo Régimen, comenzando de alguna forma los problemas sobre Competencia. En todo caso, esta liberalización se debió más a problemas políticos que económicos; más como represalia a los gremios y sus abusos que como búsqueda de mayor eficiencia en la asignación de los recursos. De esta forma, la libertad para desarrollar o emprender actividades económicas pasó a figurar en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 27 de agosto de 1789. Asimismo, una ley del 2 de marzo de 1791 estableció la libertad para emprender actividades económicas y ejercer cualquier profesión arte u oficio. Finalmente, la conocida ley de Le Chapelier, de junio de 1791, terminó de raíz con las corporaciones.

Durante el Siglo XIX, el proceso de liberalización prosiguió en toda o casi toda Europa. En España se dicta el 8 de julio de 1813 un Decreto que facultó a los españoles el libre ejercicio de cualquier industria u oficio sin necesidad de examen ni de título, ni de incorporación a los gremios existentes¹¹.

¹⁰ Viciano Pastor señala al respecto que "los excesos del mercantilismo... producen evoluciones en los pensadores de la época en la que ya se empiezan a defender los principios que cien años más tarde triunfarán en Europa... El siglo XVIII dio lugar al nacimiento de dos de las doctrinas económicas más importantes de la historia de la economía. La escuela fisiocrática, de gran implantación en Francia, y la clásica, cuyos máximos exponentes son de origen anglosajón, impulsaron definitivamente la desaparición del mercantilismo." Viciano Pastor Javier; *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1995.

¹¹ Por su parte, la Real Orden del 29 de junio de 1815 restableció los gremios, pero sometiéndolos a la obligación de anular todo aquello que pudiere causar monopolio o impedir la libertad de industria de los ciudadanos. Posteriormente, una ley del 6 de diciembre de 1836 restableció la vigencia del Decreto del 8 de julio de 1813.

El advenimiento de la Revolución Industrial requería necesariamente otra revolución, ahora en el ámbito jurídico, pues el Derecho era incapaz, hasta esos entonces, de comprender en sus disposiciones una serie de fenómenos económicos.

La libertad de comercio tuvo consecuencias inesperadas. En efecto, una vez suprimidas las disposiciones corporativas provenientes de la Edad Media, los diversos agentes económicos se valieron de todas las armas imaginables para obtener la finalidad perseguida: la maximización de sus utilidades. Se habían eliminado los gremios y los controles administrativos que impedían el surgimiento de mercados competitivos, pero se había dejado, asimismo, el camino despejado para el fortalecimiento de los monopolios privados (tan o más dañinos que los estatales) y para la materialización de prácticas o acuerdos restrictivos de la Competencia, o que lisa y llanamente la eliminaban. La lucha por la Libre Competencia se perdía nuevamente, resucitando la amenaza de los monopolios.

A finales del Siglo XIX, la situación, desde la perspectiva de la Competencia, era insostenible. La libertad de iniciativa, obtenida un Siglo antes, parecía perdida y se levantan las voces requiriendo la intervención estatal para reencauzar el proceso¹². Así, llegamos a una nueva etapa en la cronología que pretendemos formular respecto de la percepción que el Derecho ha tenido de la Competencia. Y en esta última época se ubican las leyes especiales que van surgiendo por doquier para reprimir las prácticas restrictivas. A partir de entonces, mediante limitaciones legales se pretendió impedir la aplicación de restricciones a la Libre Competencia contractualmente convenidas. En otros términos, a través de la protección estatal se buscó defender la libertad obtenida en el Siglo XVIII, limitando por vía legislativa la libertad contractual.

La primera nación en reaccionar en este sentido fue Estados Unidos de Norteamérica, convirtiéndose en el país pionero del Derecho de la Competencia. Sin embargo, hemos de decir que, si bien el moderno Derecho de la Competencia proviene de América del Norte, la verdad es que nace conceptualmente en Canadá y no en EE.UU., pues su primera legislación *antitrust* se anticipó unos meses a la norteamericana, aunque no tuvo, bien se sabe, la extraordinaria influencia de su homólogo del sur.

¹² Viciano Pastor grafica muy bien esta situación: "Dado que el monopolio es uno de las causas (sic) de la quiebra del sistema clásico los propios defensores de este sistema tuvieron que aceptar intervenciones estatales para combatir la tendencia natural de las empresas hacia el monopolio" Viciano Pastor, Javier; ob. cit. p. 47. En el mismo sentido, Galbraith, J.K; "Historia de la Economía", ob. cit pag. 178

En Europa el tránsito desde el corporativismo a la libertad de emprender fue necesariamente mucho más lento que en Estados Unidos. Ello se debe, muy probablemente al hecho que, desde su nacimiento, los Estados Unidos siguieron la tesis libertaria y, por ende, desregulatoria, abrazada por la Revolución Francesa.

En nuestro concepto, las razones de por qué el Derecho de la Competencia se desarrolla tan rápidamente en los Estados Unidos, debemos buscarlas en su economía y en la idiosincrasia de su pueblo. Desde luego, el sistema económico norteamericano descansaba en la libertad de emprender. Nunca existieron en el país del Norte corporaciones gremiales al estilo de las conocidas en Europa, y el pensamiento individualista decimonónico que impregnaba a la sociedad estadounidense aborrecía casi visceralmente de la intervención pública en la economía y de las limitaciones a las libertades que la concentración del poder económico podía acarrear.

3. EL FENÓMENO DE LA CONCENTRACIÓN: LA INTEGRACIÓN VERTICAL Y HORIZONTAL DE LOS MERCADOS

El crecimiento de la actividad económica de la segunda mitad del siglo XIX en los Estados Unidos, trajo consigo un proceso de concentración económica de real envergadura, frente a la cual el Derecho reaccionó. ¿Pero qué es la “concentración” económica? ¿Cómo se manifestó y se manifiesta en la realidad? Para responder estas preguntas debemos necesariamente adentrarnos en las formas que tienen o han utilizado las empresas para llevar a cabo sus procesos de crecimiento.

Uno de los rasgos distintivos de la evolución económica de fines del siglo XIX y XX fue el aumento en el tamaño de las empresas. Muchas razones explican esta evolución. Sin embargo hay una fundamental que está en la médula del problema. Los avances tecnológicos habidos desde fines del siglo XIX, permitieron como nunca ir obteniendo, gradualmente, una adecuada combinación de los factores productivos la que, idealmente, se logra a escalas muy grandes. Al respecto cabe tener presente que el funcionamiento a gran escala es el que mejor se aviene con la existencia de mercados progresivamente más globalizados.

Sabemos que las empresas pueden crecer de diversas formas. La más obvia es mediante un simple aumento de su capacidad para producir el o los bienes y servicios que formen parte de su giro habitual, por medio de nuevas inversiones y/o la contratación de nuevos factores productivos, según si la empresa está o no utilizando completamente su capacidad productiva.

Pero las compañías también pueden crecer absorbiendo actividades ajenas a las propias, que constituyen el objeto de empresas independientes, como podría ser el caso de una empresa productora de petróleo que decide adquirir aquella que le provee de ciertos insumos. También podría darse el caso que una empresa crezca mediante la asociación con otra empresa, lo que conlleva el surgimiento de una nueva estructura administrativa, perdiendo más o menos íntegramente su autonomía las empresas "asociadas". Estas formas de crecimiento de las empresas son lo que suele denominarse procesos de "concentración" de empresas. Como resulta obvio, la concentración puede resultar contrario a la Libre Competencia, pero ello no es así per-se. Para llegar a tal conclusión deberá primero analizarse el efecto específico de un proceso de concentración en la formación del precio de los bienes y servicios de que se trate, en el mercado relevante que se analice¹³.

La concentración de empresas puede revestir diversas modalidades, siendo las más comunes o conocidas la concentración horizontal y la concentración vertical, también denominadas "integraciones".

La integración horizontal aparece cuando una empresa extiende la variedad de los productos que obtiene de un mismo insumo, siempre que adicionalmente todos esos productos se encuentren en etapas homogéneas de elaboración. Una empresa productora de acero se integra horizontalmente cuando, partiendo de la producción del acero, que es su producto "base", elabora también máquinas y perfiles de ventanas. En ambos casos se trata de "nuevos productos", ya terminados en su fase de elaboración. Lo importante y distintivo a resaltar es que la producción de máquinas y perfiles de ventanas podría haber sido el giro de dos empresas diversas e independientes que, en virtud de la concentración horizontal, quedan integradas en el giro de una sola empresa y, por tanto, sujeta a una dirección única.

¹³ Richard Posner señala por ejemplo que "no creo que en el estado presente de nuestro conocimiento, la creación de carteles monopólicos o incluso la monopolización de una sola firma pueda ser condenada en virtud de que la falta de competencia en los precios retarde la invención o genera relajamiento con respecto a los costos". Posner, Richard A; "Antitrust Law. An Economic Perspective". The University of Chicago Press, Chicago and London, 1976.

Pero esa misma empresa no estaría integrada horizontalmente si, mas allá de producir acero, amplía su giro a la producción de alambre corriente y alambre de púa pues esos productos, provenientes del acero, se obtienen en etapas sucesivas de elaboración y, por tanto, lógicamente pueden formar parte del giro de una misma y única empresa¹⁴.

¿Qué explica la tendencia a la integración horizontal? La respuesta suele ser siempre la misma: el aprovechamiento de las ventajas derivadas de la producción a gran escala.

Partamos del hecho que una empresa de mayor tamaño tendrá, de ordinario, un mejor acceso tanto a las fuentes de financiamiento, por suponer menores riesgos para el financista, como respecto de los proveedores, obteniendo de éstos descuentos considerables dado el volumen en la adquisición de insumos.

Desde la perspectiva de los costos, las grandes empresas también se encuentran en una situación más favorable que una empresa mediana o pequeña. Si bien sus costos fijos aumentan, como consecuencia de su mayor tamaño relativo, sus costos medios descienden y, en general, éstos son más importantes para el empresario que aquellos¹⁵.

Pero, como en todas las cosas, las ventajas de la concentración horizontal *no pueden extenderse indefinidamente*. Los rendimientos de todos los factores productivos son decrecientes por lo que, salvo que se modifiquen con cierta frecuencia las escalas de producción, y de los factores productivos involucrados, las empresas logran una dimensión óptima que no es fácil modificar¹⁶.

¹⁴ Hoy en día también suele hablarse de integración horizontal, cuando una empresa integra a otra de su mismo giro, como ocurre en el caso de una fusión acordada entre dos bancos.

¹⁵ La disminución progresiva de los costos medios de las grandes empresas se debe a varias razones. Bástenos señalar la más obvia: el aumento progresivo en el número de unidades producidas conlleva que los costos fijos pueden dividirse o repartirse entre una mayor cantidad de unidades, lo que acarrea el descenso de los costos medios de producción. Asimismo, las grandes empresas se encuentran en una mejor posición para aplicar una política comercial de menores ganancias por unidad vendida, pues el beneficio total de la empresa, en último término dependerá del volumen global producido y vendido.

¹⁶ A este respecto es necesario tener siempre presente que el factor dirección de una empresa no puede crecer *pari-passu* con los demás factores productivos y ello, en cierta medida, puede restringir el crecimiento constante de las empresas.

Otra forma de crecimiento de las empresas, muy en boga en estos días, es la llamada "integración vertical" de las actividades productivas. Suele decirse que hay *integración vertical* cuando una empresa reúne en sí misma todas o varias de las diversas operaciones sucesivas del proceso productivo, desde el comienzo del mismo, hasta la entrega del producto terminado para su consumo. Así, podemos decir que una empresa está integrada verticalmente cuando, siendo dueña de pozos petroleros, también lo es de aquella empresa que obtiene el gas natural proveniente de la extracción del petróleo y, asimismo, lo es de la empresa transportista del gas natural la que, a su vez, lo transportará y entregará a la empresa eléctrica que utilizará ese gas para la generación de energía. La integración vertical aquí descrita sería completa si nuestra empresa petrolera fuere también dueña, directa o indirectamente, de la compañía dedicada a la generación eléctrica y, asimismo, de la empresa transmisora de electricidad que tiene por finalidad evacuar desde la central eléctrica la energía producida para, finalmente, entregarla a la empresa distribuidora, en la que también tendría participación, la que tiene por objeto entregar la electricidad al consumidor final. El ejemplo anterior nos describe una integración "descendente", pues la empresa petrolera, a través de la integración vertical de sus actividades se va "acercando" al mercado donde finalmente ofrecerá su producto final: la energía eléctrica. Pero puede darse también una integración vertical "ascendente". Ella ocurre cuando la empresa, a través de la integración vertical, se aproxima en mayor o menor medida a la fuente de producción de los insumos que requiere. Ello supone que la empresa realice, directa o indirectamente actividades económica-productivas que son anteriores a las que constituyen su giro principal o habitual^{17 18}.

¿Por qué se integran verticalmente las empresas? Obviaremos la respuesta más fácil en orden a señalar que las Compañías se integran mayoritariamente para evadir, en todo lo posible, la ley del mercado (lo que no implica no reconocer que existe algo de verdad

¹⁷ En el ejemplo analizado anteriormente, imaginemos que es la empresa distribuidora de electricidad la que tiene el control de la empresa transmisora de energía, de la generadora de electricidad, de la transportista de gas natural, de la empresa petrolera. Así la distribuidora, a través del control de otras empresas, se "acercó" a la fuente de producción primaria del insumo que requiere para desarrollar sus actividades comerciales. En consecuencia, se integró verticalmente en forma ascendente.

¹⁸ Como es natural, la integración vertical de una actividad puede darse de manera menos obvia, como cuando las diversas actividades productivas se desarrollan a través de contratos que incluyen restricciones de exclusividad de compra o venta de los productos, sin que exista necesariamente relación de propiedad entre las empresas así vinculadas.

en ello.) La integración vertical definida en los términos precedentes, tiene sentido como forma de organización de un proceso productivo, en la medida que, como veremos, sirva para disminuir riesgos o costos asociados a dicho proceso productivo. En efecto, en el caso que, por ejemplo, existan activos muy específicos en el proceso de distribución de un producto, suele ser rentable para la Compañía obtener la propiedad de ese activo. Ello permite a la empresa no correr riesgos respecto de la disponibilidad del activo en cuestión. La misma solución suele aplicarse cuando la empresa debe contratar servicios especializados de ciertos profesionales.

Otra razón que puede inducir a una empresa para integrarse verticalmente dice relación con la obtención de una mayor eficiencia en el proceso productivo. Como hemos dicho, pueden existir economías de escala en la producción y distribución de un producto que incentiven a que una misma empresa realice ambas actividades. Adicionalmente, y también muy importante, es que una empresa puede decidir incorporarse a actividades relacionadas a su giro principal, a objeto de aprovechar el "know how" que ha obtenido luego de años de permanencia en su giro, a saber, el conocimiento del negocio, del mercado, de la regulación aplicable al sector etc. etc.¹⁹.

Los grandes movimientos de integración de empresas habidos a finales del siglo XX nos demuestran, sin lugar a dudas, que las principales motivaciones tras los procesos de integración son el ahorro por el lado de los costos y el aprovechamiento de las economías de escala que se generan tras estos procesos. Pero existen otras razones, muy importantes también, que permiten explicar el por qué las empresas desde hace décadas, tienden a la integración. Tratándose de integraciones ascendentes, la empresa integrada puede, por lo general, controlar de buena manera la calidad, precio y regularidad en el aprovisionamiento de sus insumos más importantes. En cambio, cuando la integración se da en forma descendente, lo que suele buscar la empresa es eliminar o minimizar en lo posible a los intermediarios, como asimismo conocer las tendencias del mercado en que participa la empresa, prever los cambios que puede haber en la demanda y reducir costos significativos que afecten a la compañía.

Con todo, en ocasiones la integración de las empresas acarrea serios problemas para la Libre Competencia, ya sea por el control que del mercado logra una compañía, lo que le permite influir directamente en

¹⁹ "La Integración Vertical en el Sector Eléctrico", en Temas Públicos N° 279, Marzo de 1996, del Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Chile.

el precio de mercado, o por fomentar conductas colusorias que, también, llevan aparejadas influencias ilegítimas en la formación de los precios²⁰.

4. LOS "TRUSTS" EN ESTADOS UNIDOS

La concentración de las actividades económicas, fuente primerísima del Derecho de la Competencia, ha adoptado a lo largo del tiempo muchas formas o estructuras jurídicas. Sin embargo, los llamados "trusts" son quizás los más conocidos y, por cierto, los primeros en ser sistemáticamente perseguidos dando origen a lo que aún se denomina en EE.UU. la legislación antitrust o antimonopolio²¹.

El "trustee" es una persona que detenta la propiedad por cuenta de otra, permitiendo de esta forma controlar, a bajos costos, distintas empresas que de esta forma unifican su anterior autonomía jurídica y técnica.

Los primeros trusts surgen en EE.UU. después de la Guerra Civil en ese país, durante la segunda mitad del Siglo XIX²². La aplicación de esta figura jurídica suponía que los accionistas de la o las empresas que se deseaba controlar cedieran sus acciones a un reducido número de "trustees". A cambio, los accionistas recibían certificados de trusts por un valor igual al de las acciones que entregaban. De esta forma, los trustees adquirirían el derecho a voto de las acciones conservando los accionistas el derecho a participación en las ganancias. Generalmente los accionistas recibían, adicionalmente, una prima por la realización de la operación y, además, percibían la posibilidad de ver incrementados sus dividendos por la mejor administración que, aparentemente, tendrían sus empresas gracias a

²⁰ Una de las pocas conductas que a lo largo del tiempo han sido consideradas per-se contrarias a la libre competencia son aquellas que dicen relación con acuerdos entre empresas competitivas para fijar los precios. Ni siquiera los críticos más duros de las políticas antimonopolios pueden encontrar méritos compensatorios en la fijación de los precios.

²¹ En economía, la palabra trust se utilizó quizás por una mera casualidad. En 1918, en Inglaterra se creó una Comisión para investigar las formas en que se estaban organizando y relacionando las empresas. Dicha comisión recibió el nombre de Comité sobre los trusts. Desde luego, hoy dicho término tiene un significado distinto al que tenía en el vocabulario jurídico anglosajón desde donde se le tomó.

²² Hay conciencia que el fin de la Guerra de Secesión en EE.UU. aceleró notablemente su progreso económico y, por sobre todo, su progreso industrial, rama en la que florecerían particularmente los trusts.

la participación de los trustees en el gerenciamiento de las Compañías.

Este sistema permitía, en apariencia, mantener la autonomía de las empresas pero, en los hechos, el derecho a voto que mantenían los trustees respecto de las acciones adquiridas, les facultaba para controlar la administración de las sociedades pudiendo imprimirles una conducta uniforme. Así fueron surgiendo el trust del petróleo en 1872 y más tarde el del azúcar el acero y el whisky.

Es importante tener presente que los trusts no se crean para constituir monopolios puros respecto de la actividad de que se trate. El monopolio no es de la esencia del trusts (como sí lo es del cartel). Lo que se pretendía con los trusts era controlar una parte significativa de la oferta total, para por esta vía influir en el precio de mercado. Esta aspiración sí está en la esencia del trust.

El trust, como forma de organización económica de la época presentaba a los empresarios diversas ventajas. Desde luego la más obvia dice relación con el hecho que, dado que las empresas controladas se encontraban bajo una misma dirección, podían sometérselas a un plan de conjunto que generase mayor racionalidad administrativa, economías y eficiencia

Para fines del Siglo XIX, la concentración económica en los EE.UU. había crecido en forma importante. Los *trusts* se multiplicaban y florecían en las principales actividades de la pujante economía norteamericana²³. La reacción social, antesala de casi toda reacción legal, no se hizo esperar. Los Estados de Maine, Tennessee, Michigan, Dakota del Sur, Mississippi, Kansas, Carolina del Norte y Kentucky dictaron leyes para prevenir y sancionar el actuar de los trusts. Pero la mayoría de ellos realizaban sus actividades a lo largo de varios Estados, por lo que la eficacia de tales legislaciones fue escasa. Se requería una legislación federal que abordase el problema de los trusts y de la aparente excesiva concentración económica que ellos generaban. La primera respuesta legislativa en el ámbito federal, de que tenemos conocimiento, data de 1887 y se materializó a través de la dictación de la *Inter State Commerce Act*. En virtud de esta ley,

²³ En 1938 se crea por ley el comité denominado "The Temporary National Economic Committee" cuyo trabajo es posteriormente analizado por David Lynch en su obra de 1946 denominada "The concentration of economic power". Conforme a este trabajo, en EE.UU., a esa fecha el 0,1% de las empresas industriales controlaba el 32% de los capitales invertidos, proporcionaba el 40% del mercado para la mano de obra existente y recibía el 50% de los beneficios. Y si se ampliaba algo más los parámetros de análisis podía concluirse que el 82% de las utilidades eran percibidas por el 4% de las empresas.

se permitió que los ferrocarriles operasen normalmente como monopolios. A su vez, la normativa en cuestión estableció un organismo denominado Inter State Commerce Commission encargado de la supervigilancia y reglamentación de los ferrocarriles.

5. DICTACIÓN DE LA SHERMAN ACT

Posteriormente, el 2 de julio de 1890, a través de la Sherman Act, se da el principal paso en el control de los trusts, reglamentándose federalmente (en realidad se prohíbe o limita), la libertad de convenir pactos entre competidores, declarándose ilegal todo contrato, asociación en forma de trust o de otra índole, o conjura que restrinja el tráfico mercantil o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras. Esta norma de la Sherman Act no vino sino a explicitar elementos del Derecho Consuetudinario que ya operaban en los Estados Unidos. En virtud de tales principios consuetudinarios se consideraban al margen del Derecho las diversas conductas constitutivas de conspiraciones para monopolizar los mercados y las que tuvieren por finalidad restringir el comercio. Adicionalmente, la Sherman Act consideró delitos las conductas antes mencionadas, haciéndolas merecedoras tanto de penas restrictivas de libertad como de penas pecuniarias.

En su texto, la Sherman Act parecía clara y concluyente. Sin embargo, adolecía de algunas imprecisiones que permitieron a los trusts seguir operando con cierta tranquilidad²⁴. Como han dicho Samuelson y Nordhaus: "fueron los sentimientos populistas los que llevaron a la aprobación de la ley Sherman... pero a parte de su

²⁴ Un buen ejemplo de las imprecisiones de que adolecía la Sherman Act se puede apreciar en 1895 cuando la Corte Suprema debió aplicarla por primera vez. Se trataba de un caso en que un productor de azúcar, la American Sugar Refining, que controlaba el 70% de la producción nacional de azúcar refinada, tomó el control de cuatro empresas refinadoras ubicadas en Filadelfia, cuyo ámbito de operación era sólo el de ese Estado. En virtud de esta operación, la Compañía pasó a controlar el 98% de la producción. El Gobierno intentó impugnar la operación de toma de control aduciendo la existencia de una restricción al comercio. La Corte, al rechazar la impugnación, distinguió entre industria y comercio, señalando que éste último es independiente y posterior a la producción. Sobre esta base, la Corte argumentó que las operaciones impugnadas se referían a la toma de control de empresas industriales, que sólo desarrollaban su giro en el territorio de un Estado, sin que tengan relación directa con el **comercio** entre Estados o de éstos con naciones extranjeras. De esta forma, la Corte restringió la aplicación de la Sherman Act señalando que el ámbito de aplicación de la misma se refería al comercio entre Estados o al de estos con naciones extranjeras, por lo que era inaplicable a operaciones de concentración industrial.

aversión (*la de la ley*) a la “monopolización”, no existen pruebas que nadie tuviere ideas claras sobre los actos que debían considerarse legales o ilegales²⁵.

La llegada de Teodoro Roosevelt a la Presidencia de los EE.UU. implicó un nuevo hito en la implementación y aplicación de la normativa antitrust norteamericana. Así, en 1903, el Congreso norteamericano, por iniciativa del Presidente de la República, aprobó la creación de una oficina, dependiente del Ministerio de Comercio y Trabajo, encargada de investigar las actividades de las grandes Corporaciones²⁶.

Bajo la Administración Roosevelt comienza asimismo a visualizarse un cambio fundamental en la concepción que de los trusts tenían las autoridades regulatorias y judiciales. La finalidad de la política antitrust, según la nueva Administración, no debía ser prohibirlos ni eliminarlos, sino aprovechar las ventajas que podía ofrecer la existencia de grandes empresas concentradas, pero previniendo y evitando la comisión de actos restrictivos de la Competencia. Hasta cierto punto, esta nueva doctrina inspira la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1911, en el proceso contra Standard Oil y American Tobacco. Conforme con lo resuelto en esa ocasión, la concentración de empresas no podía considerarse per-se ilegal. Sólo tendría tal carácter en la medida que, no siendo razonable o justificable, persiguiese o intentase restringir o monopolizar el comercio y, en ambos casos, conforme lo señalado en la Sherman Act, siempre y cuando se tratase del comercio entre Estados de la Unión o de éstos con el exterior²⁷. Volveremos sobre este punto algo más adelante.

²⁵ Samuelson, Paul A; y Nordhaus William D; “Economía”, Décimo Tercera Edición, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1992.

²⁶ Esta Oficina de Corporaciones será el antecedente de la Federal Trade Commission, que se crearía años después, en 1914.

²⁷ La doctrina de la Corte Suprema de Justicia se reiteró posteriormente, con matices, en los casos de United Shoe Machinery, que controlaba aproximadamente el 96% de la producción de maquinaria para el calzado y de United Steel Corporation que controlaba el 65% de la producción de acero. En el primer caso se dejó sentada la idea que el gran tamaño de la empresa no podía considerarse ilegal cuando tal magnitud era resultado de la eficiencia de la Compañía, sin que existiesen pruebas que se hubieren ejercido actos restrictivos a la Competencia. En el segundo caso, se dejó establecido que la Sherman Act no pretendía transformar en delito la mera gran dimensión de las empresas, salvo que, adicionalmente, restringiesen la competencia en los mercados.

Se comprenderá en todo caso que el alcance de esta resolución no fue menor. A partir de entonces la Jurisprudencia comenzó a considerar que, para dar o no por configurados actos restrictivos o monopolizadores del comercio, era necesario analizar los antecedentes de hecho involucrados en cada caso, incluyendo entre ellos los que se refieren a la constitución del trust, su política comercial y de producción etc. etc.

Es éste el inicio de la llamada doctrina de la "regla de la razón" (rule of reason en inglés), a la que nos referiremos con algo más de profundidad dentro de un momento. Bástenos ahora señalar que a virtud de ella comenzó a distinguirse entre los pactos restrictivos de la competencia aceptables e inaceptables, a objeto de permitir los primeros. *Son considerados inaceptables los pactos restrictivos que no producen ventajas o beneficios, o que van más allá en la restricción de la competencia de lo necesario para obtener los fines deseables y benéficos que persiguen, como asimismo son censurados los pactos que lisa y llanamente eliminan la competencia.* Respecto de esta doctrina Koontz y Gamble han señalado que "...aun cuando la introducción de una regla de razón puede ser justificable por cuanto da a la ley una interpretación práctica, pone en las leyes antitrust palabras que no estaban en ellas. Hace de la determinación de restricciones razonables o no razonables un elemento de incertidumbre en virtualmente todos los casos. Si una combinación cae en la prohibición de las leyes antitrust se ha convertido en materia a determinar por los tribunales a la vista de los hechos en determinados casos individuales. Esta interpretación ha obligado a los tribunales a encontrar normas de razonabilidad..."²⁸.

La siguiente Administración norteamericana, encabezada por Woodrow Wilson daría un nuevo impulso a la política anti-trusts de los EE.UU. El 15 de octubre de 1914 ve la luz la Clayton Act, mediante la cual se pretendió complementar los vagos propósitos de la Sherman Act y determinar condiciones para su aplicación. La nueva normativa pasó también a regular otras prácticas restrictivas de la Libre Competencia no comprendidas en la Sherman Act. En primer lugar, la Clayton Act abordó el tema de los actos discriminatorios con relación a los precios. Asimismo, se preocupó de regular ciertos aspectos relativos a las concentraciones²⁹ y algunas prácticas

²⁸ Koontz, Harold y Gamble, Richard; "La intervención política en la empresa". Editorial Bosch, Barcelona, España, 1961.

²⁹ De esta forma, se prohíbe en general la adquisición de participación en el capital de otra empresa cuando de ello pueda resultar una disminución de la Competencia.

desleales restrictivas, como podría ser aquella que establece como condición para la venta de un producto, el que el comprador no comercie productos de empresas que compiten con la vendedora. Asimismo, a objeto de mantener una mayor transparencia en los mercados e impedir ciertas conductas contrarias a la Competencia, la Clayton Act también prohibió a las empresas bancarias e industriales mantener directorios comunes o entrelazados³⁰⁻³¹.

Complementando todo el esquema que el legislador ya había comenzado a crear para enfrentar las conductas contrarias a la Libre Competencia, el mismo año 1914 se dicta la Federal Trade Commission Act, que crea la agencia federal independiente denominada Federal Trade Commission (FTC). La Federal Trade Commission vino a reemplazar a la Oficina de Corporaciones creada en 1903, asumiendo sus atribuciones y ejerciendo otras nuevas conferidas por la ley. Este organismo, una de las bases fundamentales del aparataje represivo antimonopólico de los Estados Unidos, ha tenido a su cargo desde entonces y en el interés público, la investigación y castigo de las prácticas restrictivas de la competencia³². El papel de la FTC, según hemos dicho, ha sido fundamental en la aplicación y divulgación del Derecho Antitrust Norteamericano, no sólo por la labor represiva desempeñada sino por haber fijado a lo largo de los años las líneas generales de la política sobre Competencia en materias tan importantes como las Integraciones Verticales, Adquisiciones y Fusiones y operaciones de carácter internacional³³⁻³⁴.

³⁰ Finalmente, en un punto no menor, la Clayton Act también prohibió a las empresas que tuvieran interés en empresas de transporte, contratar fletes a precios superiores al más bajo que se les hubiere ofrecido.

³¹ La Clayton Act ha sufrido una serie de modificaciones a lo largo del tiempo, particularmente en lo relativo al tema de las regulaciones aplicables a las fusiones y adquisiciones, uno de los grandes problemas del Derecho de la Competencia de nuestros días. El año 1976 se incorporó la sección 7ª al cuerpo normativo, a través de la denominada "Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act". En razón de ella, se comenzó a exigir la notificación previa a la realización de una fusión, en los casos que se cumplieren ciertos requisitos.

³² En 1938 la FTC asumió otra de sus funciones más importantes en protección de la competencia: la fiscalización y represión de la publicidad falsa y/o engañosa.

³³ Entre 1914, fecha de su creación y 1920, la FTC logró que 379 empresas modificasen o dejasen de lado prácticas restrictivas a la Libre Competencia

³⁴ A pesar de todos estos esfuerzos realizados por el legislador norteamericano en orden a favorecer la Libre Competencia, la verdad es que su visión era, sin duda, bastante particular a ese respecto y no siempre muy consecuente. Así, por ejemplo, en 1918 se promulgó la denominada Webb-Pomerene Act en virtud de la cual se

Junto a la FTC, otro organismo administrativo ha sido fundamental en la fijación de la normativa sobre Competencia en los Estados Unidos. Nos referimos a la División Antitrust del Departamento de Justicia, una de cuyas labores fundamentales ha sido a lo largo del tiempo la persecución penal de las infracciones a la Sherman Act. La coexistencia de estos dos organismos no ha sido fácil y, en muchos casos, han surgido problemas de competencia y/o atribuciones entre ambos. Sin embargo, al final de los días, los amplios recursos de que disponen y la esfera de atribuciones entregadas por ley a ambos entes, han permitido a lo largo de los años el funcionamiento de uno de los sistemas de protección de la Competencia más eficientes del mundo.

A fines de la década del treinta, y luego de una relativa paz durante los atribulados años veinte, la política antimonopólica norteamericana sufre un nuevo impulso, esta vez de la mano de Thurman Arnold. Bajo su supervigilancia, se inician acciones en contra de empresas de los más diversos rubros productivos: el vidrio, tabaco, cemento, la construcción etc. El caso Alcoa representó, en 1945, la culminación de esta lucha, fijándose nuevos e importantes parámetros jurisprudenciales, de vastas connotaciones económicas y jurídicas, como veremos al analizar con detenimiento la "regla de la razón" impuesta por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU., para interpretar y aplicar la legislación antimonopolio de dicho país.

Junto a la existencia de organismos de carácter administrativos dotados de fuertes atribuciones investigativas y presupuestos acordes a la importancia de la labor que desarrollan, el otro factor que ha resultado determinante en la vasta aplicación del Derecho Antitrust en los Estados Unidos ha sido la forma en que se ha reglamentado la facultad de los eventuales litigantes de reclamar indemnizaciones por perjuicios sufridos a virtud de practicas restrictivas ilegales. En efecto, la legislación estadounidense se caracteriza por permitir a los perjudicados por tales acciones, recuperar de parte de los infractores hasta tres veces el importe de los daños que puedan acreditar.

De esta forma, el Derecho sobre Libre Competencia de los Estados Unidos posee la característica de ser, además de un Derecho Administrativo sancionador, como también ocurre en Europa, un verdadero Derecho Civil y Penal, aplicado por Tribunales Ordinarios. Desde luego, bajo la legislación in comento, no es necesario pasar por autoridad administrativa alguna para demandar resarcimiento de eventuales perjuicios. Este aspecto permite diferenciar claramente a

excluyó de la aplicación de la Sherman Act, y por tanto se les legitimó, a los trusts que tuvieron por exclusivo objeto el comercio de exportación.

los Estados Unidos de muchos países desarrollados donde, a pesar de existir acciones idóneas directas, ellas suelen estar insertas en procedimientos inadecuados lo que restringe enormemente su efectividad.

6. LA “REGLA DE LA RAZÓN”, LA “REGLA PER SE” Y EL “ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO” COMO CATEGORÍAS CONCEPTUALES EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Desde la promulgación de la Sherman Act y hasta fines de la década de los treinta, la jurisprudencia norteamericana interpreta y aplica la mencionada ley intentando lograr una perfecta armonía entre los fines económicos que inspiraron la ley y aquellas finalidades extra económicas que sustentaron su promulgación³⁵.

El fallo recaído en el asunto *Standard Oil Co. of New Jersey vs United States*, en 1911, es un claro ejemplo de lo señalado. En este fallo, se hacen numerosas referencias a las finalidades económicas y sociales que dieron origen a la Sherman Act, destacándose nítidamente los peligros que conllevaría la concentración del poder económico en pocos individuos o sociedades.

Sobre la base de estas remisiones a los objetivos económicos y sociales de la Sherman Act, la Jurisprudencia se debatió por años entre diversas tendencias, intentando determinar con cierta claridad si el objeto de la legislación anti trusts era evitar la eliminación de la competencia, proteger a los consumidores finales, a los pequeños empresarios de los grandes grupos económicos o lisa y llanamente la eliminación de los monopolios³⁶.

³⁵ Entre las primeras cabe destacar la intención de lograr una mayor eficiencia del sistema productivo, a través de una adecuada asignación de los recursos; el incentivo a la producción, la investigación y la innovación que se creían amenazados por la existencia de los trusts. Entre las segundas podemos mencionar la descentralización del poder económico; el incentivo a los individuos para que ejercieran actividades empresariales y la estructuración de la economía en unidades más pequeñas y cercanas a los deseos y necesidades individuales.

³⁶ Nótese en todo caso que, mientras la Inter State Commerce Act de 1887 permitió y reguló el monopolio en la actividad de los ferrocarriles, tres años más tarde el Legislador optó por un enfoque diametralmente opuesto al dictar la Sherman Act, prohibiendo el monopolio en sí mismo.

Dentro de este contexto evolutivo, la Suprema Corte de Justicia, en el ya mencionado fallo de *Standard Oil Co.*, sienta las bases o normas de análisis para la aplicación de la Sherman Act, a través de lo que se ha denominado la “Regla de la Razón” o “Rule of Reason” y la “Regla Per Se”.

A decir de algunos autores, estas reglas surgieron “al advertirse que, frente a la ley, a los juzgadores lo único que les interesa es definir un solo problema respecto de los casos sometidos a su juicio: determinada conducta o práctica, considerada estrictamente dentro de su respectivo marco comercial o consuetudinario, ¿constituye por sí misma una importante limitación cuantitativa a la competencia? En caso que la respuesta sea positiva, debería entenderse entonces que se trata de una restricción *indebida* y por lo tanto *irracional* al comercio”³⁷. Bajo esta perspectiva y en la medida que ésta sea la posición adoptada, entonces debería entenderse “que si la conducta o práctica en consideración, desde el plano comercial puede considerarse abiertamente anticompetitiva en sus propósitos, en su naturaleza o en sus efectos reales o necesarios, en tal caso se le podría considerar SIEMPRE, con antelación como sustancialmente ilegal, es decir, se le puede considerar ilegal *per se*, aun cuando los demandados no tengan poder de monopolio u otro poder semejante...”³⁸.

Como puede apreciarse, tras la “regla per se” existe una forma de análisis de una práctica o conducta anticompetitiva que implica reconocer o establecer una verdadera presunción de derecho en el sentido que tal práctica o conducta es ilegal, sin que sea necesario analizar ni sus causas, ni sus consecuencias en el mercado, ni el poder de mercado de quien la ejecuta. La conducta es en sí misma ilegal o anticompetitiva. Y ello bastaría para sancionarla.

Por el contrario, la “regla de la razón” supone una forma de análisis de las conductas aparentemente anticompetitivas totalmente diferente. En efecto, bajo este prisma, el juzgador siempre deberá considerar si la práctica o conducta aparentemente restrictiva de la competencia resulta *razonable* conforme a las circunstancias imperantes en un momento determinado, en el mercado específico de que se trata. Por lo tanto, una misma conducta o práctica restrictiva,

³⁷ Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson Gerardo; “Derecho de la Competencia. Abuso de Posición Dominante, Competencia Desleal, Uso Indebido de Información Privilegiada”. Legis Editores S.A., Bogotá, Colombia, 1998, pág. 105.

³⁸ Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson Gerardo; *Ibid*, ob. Cit pág. 105-106.

en determinadas circunstancias históricas y en un mercado específico podrá ser *razonable* mientras que en otras circunstancias, históricas y de mercado, podrá ser *irrazonable*, lo que determinará su legalidad o ilegalidad.

La adopción de una u otra forma de análisis determina grados de competencia del juzgador diametralmente distintas. En efecto, mientras la utilización de la regla "*per se*" impone al juez sólo la determinación de la realización de una conducta restrictiva de la Competencia, en los términos ya vistos, el análisis de la misma conducta bajo la "*regla de la razón*" obligará al juez a analizar al menos tres aspectos de su razonabilidad: el propósito de la conducta, su naturaleza y su efecto sobre la libre competencia, todo ello en un mercado relevante determinado.

Si estas formas de análisis de la legislación conllevan diversos grados de competencia para el juzgador, a su vez implican que los acusados también deben necesariamente adoptar distintas formas de defensa. Frente a la *regla per se* la empresa acusada deberá fundamentalmente demostrar que nunca realizó la práctica restrictiva que se le imputa. En cambio, frente a un juzgamiento fundado en la *regla de la razón*, la misma empresa podría estructurar su defensa alegando la *razonabilidad* de la conducta ejecutada, en función de justificantes económicas aplicables al mercado específico de que se trata, existentes en el momento histórico en que se ejecuta la conducta analizada, y todo ello a pesar de la aparente anticompetitividad del acto reprochado.

En consecuencia, la línea jurisprudencial adoptada en el fallo de Standard Oil Co. dio como resultado la configuración de una tesis esencialmente económica para la interpretación y aplicación de la Sherman Act, condenándose toda monopolización de los mercados y las conductas restrictivas que afectasen de un modo notorio la competencia, siempre que tales prácticas no tuviesen un sustento de razonabilidad económica³⁹.

³⁹ La aplicación por parte de los Tribunales de Justicia de la "rule of reason" conllevó la casi destrucción de la política antimonopólica que pretendieron inicialmente imponer el Legislativo y la Administración a través de la Sherman Act. A través de esta norma de análisis, la Corte suprema dejó en claro que el cuestionamiento antimonopólico no podía centrarse, como se pretendía, en la estructura o concentración del mercado, sino en otros aspectos que pudiesen o no justificar la conducta cuestionada. Desde luego, esta postura jurisprudencial implicaba un fuerte cambio respecto de la finalidad que existió en el legislador norteamericano que apoyó la dictación de la Sherman Act, quien pretendió sancionar a los trusts por el solo hecho de concentrar los mercados, considerando esa conducta *per se* contraria a la Libre Competencia.

Años más tarde, en 1919, la Suprema Corte vuelve a reafirmar su línea jurisprudencial en otro conocido fallo, esta vez referido a la *United States Steel Corporation*. En este asunto, los sentenciadores reiteran la idea que el solo tamaño de una empresa, la sola estructura aparentemente monopólica no puede ser considerada per se ilegal. Para sancionar tal poder de mercado es necesario que la estructura incurra efectivamente en prácticas restrictivas de la competencia, calificándose luego la licitud de éstas conforme a las reglas de análisis ya conocidas: la norma per se o la regla de la razón. A este respecto, nada más ilustrativo que el siguiente párrafo del fallo en cuestión:

“No cabe duda que la compañía tiene un volumen impresionante y de que la resolución de no dejarse afectar por él o su influencia requiere un esfuerzo de voluntad. Pero no debemos apartarnos de la ley y ésta *no considera delito al mero volumen o a la existencia de un poder no ejercido*. Repetimos, la ley requiere actos abiertos y confía en la prohibición de dichos actos y en su poder para reprimirlos o castigarlos. No obliga a la competencia, ni requiere toda la que es posible...”.

Como señaláramos anteriormente, desde fines de los años treinta y durante casi tres décadas, se desarrollará una activa política antitrust en los EE.UU. Durante este extenso período la orientación en la interpretación y aplicación de la Sherman Act sufre un cambio manifiesto, dando lugar a una preferencia marcada hacia las que hemos denominado las finalidades extra económicas de la ley. Ello implicó pasar a considerar al monopolio o a las grandes estructuras económicas como ilegales per se, ilegales en sí mismas. El caso Alcoa, fallado en 1945, es uno de los más representativos de esta nueva tendencia jurisprudencial.

La firma Aluminium Co. of America (Alcoa), había conseguido una participación de mercado muy importante, cercana al 90%. Pero esta participación de mercado fue lograda utilizando mecanismos comerciales en sí mismos no reprochables: había instalado más fábricas e incrementado su producción adelantándose a la demanda de mercado; mantenía bajos los precios para generar por esta vía verdaderas barreras de entrada etc. etc. Aun así, a pesar de esta aparente legalidad en el proceder comercial de Alcoa, la Suprema Corte condenó a Alcoa razonando en el sentido que el poder monopólico es en sí mismo ilegal, aún cuando se hubiere obtenido

por medios legales o legítimos⁴⁰. En términos prácticos y económicos ello significaba que la obtención de un “poder monopólico”, logrado por un actuar más eficiente en el quehacer de la empresa, podía igualmente ser constitutivo de un ilícito monopólico. Sobre el particular, el Juez Hand, en el referido fallo de Alcoa señaló lo siguiente:

“Hemos estado hablando de las razones económicas que llevan a prohibir el monopolio; pero, como ya hemos sugerido, existen otras, basadas en la creencia que las grandes concentraciones industriales son propiamente indeseables, independientemente de sus resultados económicos... ..a lo largo de la historia de estas leyes ha sido constante presupuesto que uno de sus propósitos fue el perpetuar y preservar, como un fin en sí mismo y no obstante su posible costo, la organización de la industria en unidades pequeñas que puedan efectivamente competir entre sí”.

En 1948 el juez Douglas nos da otro ejemplo de esta tendencia interpretativa de la Ley Sherman, imperante para este periodo histórico. En su fallo relativo al asunto Columbia Steel Co., haciendo claras referencias a las finalidades extra económicas de la ley, sentencia lo siguiente:

“Nos encontramos aquí con el problema del tamaño. La lección debió ya haber sido grabada a fuego en nuestra memoria por (el juez) Brandeis. La maldición de ser grande nos muestra que el tamaño puede convertirse en una amenaza, tanto industrial como social. Puede ser una amenaza industrial por que crea grandes desigualdades contra competidores existentes o potenciales. Puede ser una amenaza social, por su control sobre los precios... En un análisis final, ese tamaño es la medida del poder de un puñado de hombres sobre la economía. Ese poder puede ser utilizado con la velocidad del rayo. Puede ser benigno o peligroso. La filosofía de la Ley Sherman es que no debe existir...”

A partir de la década de los años ochenta, la política antitrust norteamericana se verá fuertemente influenciada por las ideas

⁴⁰ De hecho, el poder monopólico debía ser considerado per se contrario a la Sherman Act pues dicho poder permitía al monopolio fijar los precios con cierta libertad y, desde siempre, se había considerado que toda práctica que implicase una alteración o fijación de los precios, excluyendo al mercado de tal función, era per se ilegal.

provenientes de la Universidad de Chicago. De esta forma, con el correr de los años, y hasta nuestros días, se ha ido imponiendo la visión de los denominados "lawyer-economist", quienes postulan todo un nuevo método de investigación, interpretación y aplicación del derecho conocido ya universalmente con la denominación de "análisis económico del derecho". El objetivo fundamental de esta nueva escuela es acercar y hacer interactuar al Derecho y la Economía, explicando, elaborando y aplicando el Derecho recurriendo a las categorías, métodos, técnicas y modelos creados y desarrollados por la ciencia Económica.

Sobre esta base operativa, se postula que el juicio monopólico ya no debiera centrarse en las finalidades económicas o extraeconómicas analizadas. Por el contrario, la legalidad o ilegalidad de una prácticas eventualmente restrictivas de la Competencia debieran ser abordadas y calificada en función de su racionalidad económica, en razón de sus consecuencias respecto de la eficiencia económica. Por tanto el juzgador, frente a una eventual concentración del mercado o una práctica restrictiva de otra índole, ya no debe centrarse en consideraciones de estructura o de índole político sociales, como se aprecian en los fallos de Alcoa y Columbia Steel Co., sino que debe enfrentarse al monopolio o a la práctica restrictiva de que se trate, desde la perspectiva de las eventuales ineficiencias que pueden generarse o, lo que es lo mismo, intentando determinar si existe o no una justificación económica racional de tal acto restrictivo de la Competencia.

7. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA EUROPA DE POST GUERRA. LA INFLUENCIA AMERICANA

En Europa el Derecho de la Competencia y concretamente su figura contemporánea más importante, la "explotación abusiva" de una posición dominante, aparece primeramente en Alemania, sirviendo de "contrapunto" a la figura norteamericana de "monopolización"⁴¹ Como veremos, la evolución del Derecho de la Competencia en Alemania será fundamental y sus principios y normas se irradiarán posteriormente a toda Europa.

⁴¹ Decimos que el concepto de "explotación abusiva" es sólo un "contrapunto" a la idea de "monopolización" imperante en la legislación americana toda vez que conceptualmente no es posible homologar ambas ideas. En efecto, el "abuso de una posición dominante" es una figura inexistente en la legislación norteamericana.

La normativa alemana, como ocurrió anteriormente en EE.UU., es fruto de la reacción social frente a lo que se visualizaba como prácticas abusivas de parte de los conglomerados empresariales en épocas de crisis económica. En este contexto histórico, el 2 de Noviembre del año 1923 se dicta la "*Ordenanza contra el Abuso de las Posiciones de Poder Económico*", para contrarrestar las conductas contrarias a la Competencia que luego de la Primera Guerra Mundial se habían extendido por Alemania.

Frente al principio americano de la "*prohibición*" contenido en la Sherman Act, la Ordenanza nos opone el concepto de las conductas "abusivas", que luego se desarrollará latamente en Europa. Por ello, la Ordenanza no contenía normas prohibitivas de los carteles, como la disposición norteamericana, sino más bien fijaba un control estatal de las conductas abusivas. Bajo este esquema, la autoridad reguladora alemana tenía la posibilidad de solicitar, ante un Tribunal Especial, la declaración de nulidad de los acuerdos y prácticas que, a su juicio, restringían la Competencia, cuando dichos acuerdos o prácticas fueren contrarios al interés público o perjudicasen el desenvolvimiento económico del país⁴².

Sin embargo, el término de la Segunda Guerra Mundial conllevaría un cambio manifiesto en el sistema normativo europeo de Defensa de la Competencia. En efecto, el fin del conflicto bélico trajo consigo el nacimiento de una nueva Europa al amparo de los Estados Unidos y de su denominado "Plan Marshall"⁴³.

Hoy nadie discute que las prohibiciones a los carteles y a los monopolios surgidas primeramente en Alemania Federal, y luego en el naciente mercado común del carbón y del acero, se impusieron en virtud de las presiones venidas desde Estados Unidos que los consideraba, en parte, responsables del rearme habido en la Alemania de entre guerras. Estas son las razones fundamentales que permiten explicar el por qué en la Europa de aquellos días puede percibirse un claro cambio en los principios que ilustraban la protección de la Libre Competencia, transcurriéndose desde la idea del "*abuso*" como elemento rector del Derecho de la Competencia, al

⁴² Pérez Bustamante, Rogelio; "*Fundamentos Históricos y Jurídicos del Derecho de la Competencia en la Unión Europea y en España.*" en obra Colectiva "*Derecho de la Competencia Europeo y Español*" del Centro de Estudios Europeos Emile Noël, Edit. Dykinson S.L., Madrid 1999, pág. 21.

⁴³ Joaquín Garrigues, para graficar la influencia norteamericana en el sistema normativo europeo, dice que "los principios americanos de la legislación antitrust penetran en Europa en la mochila de los soldados de los ejércitos de ocupación de Alemania". Citado por Pérez Bustamante, Rogelio; *ob. cit.*, pág. 22.

de la “prohibición”, tan típicamente norteamericano según se ha señalado anteriormente.

En efecto, tras la ocupación por parte de los Aliados, se impone la idea que es necesario desconcentrar y, por sobre todo, de descartelizar la economía alemana⁴⁴. Estos postulados se materializan fundamentalmente en las Ordenanzas 56 del gobierno Americano y Ordenanza 78 del gobierno Británico, ambas del año 1947. A virtud de ambas Ordenanzas, se prohibieron los carteles, las comunidades de intereses, los trusts etc. Asimismo, las empresas que contaban con más de diez mil empleados debieron someterse a un proceso de desconcentración⁴⁵.

El primer intento en Alemania por establecer una normativa de índole legal destinada a la fiscalización de los carteles y las conductas contrarias a la Libre Competencia se remonta al año 1949 a través de lo que se denominó el Proyecto Josten. Con clara influencia en la legislación norteamericana, este Proyecto contenía no sólo una prohibición general a los carteles y acuerdos análogos sino también la posibilidad de impedir o limitar los vínculos entre empresas jurídicamente independientes entre sí. El Proyecto contemplaba también la creación de un organismo encargado de investigar y prever la formación de uniones empresariales prohibidas por la ley, con facultades suficientes para proceder a la desconcentración de las empresas que hubieren vulnerado la normativa en cuestión. El Proyecto topó con una fuerte oposición empresarial que veía en el control de las concentraciones y en las facultades de investigación y de desconcentración, una injerencia indebida del Estado en las actividades económicas. Condenado al fracaso el Proyecto Josten, en 1952 el Gobierno Federal presentó un nuevo Proyecto de Protección a la Libre Competencia. En sus principales lineamientos, el Proyecto contenía una prohibición general a la formación de carteles, con escasas excepciones. Asimismo, para poder concretar uniones de empresas que conllevaran la obtención de una posición dominante en el mercado respecto de un bien o servicio, se exigía la autorización previa de las autoridades.

El Proyecto de 1952, promulgado en 1957, señalaba que “puede tenerse por una segura y científica realidad el hecho que la

⁴⁴ A diferencia de lo que ocurría en los Estados Unidos al dictarse la Sherman Act, los problemas que aquejaban a la Europa de post guerra se vinculaban más con la existencia de carteles que con la operatoria de trusts en su economía.

⁴⁵ Reich, Norbert; “Mercado y Derecho”, Editorial Ariel S.A., Barcelona 1985, pág 215-216.

organización económica de la libre competencia con base al mercado tiene como presupuesto previo la existencia de un modelo de competencia perfecta, es decir, el número de operadores a ambos lados del mismo debe ser tan elevado, que el precio de mercado constituya siempre para el empresario una magnitud esencialmente independiente. Siempre que se cumpla o pueda realizarse esa condición, el legislador debe preocuparse que la competencia perfecta no se vea perjudicada como consecuencia de medidas restrictivas o prácticas limitativas... La función del legislador debe ser la siguiente: a) excluir los factores de distorsión que existan en los procesos de mercado, de tal manera que se obtenga un modelo de competencia perfecta en su máxima dimensión posible; b) evitar que se utilice abusivamente la posición de dominio en el mercado en aquellos casos en que no sea posible restablecer el modelo de competencia perfecta; c) crear un órgano estatal de supervisión y, si fuera necesario, de dirección del acontecer del mercado⁴⁶.

8. LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Y LA LIBRE COMPETENCIA. LA IDEA DE "COMPETENCIA EFECTIVA"

Ahora bien, si nos centramos en lo ocurrido con la normativa sobre Libre Competencia que fue surgiendo de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, podemos nuevamente percibir la influencia norteamericana, que se traduce, a nivel normativo, en la consagración de la figura de la "prohibición" en relación con los acuerdos colusorios. Mas también se dio cabida a la tradición europea, a través de la consagración de la protección contra las conductas constitutivas de abusos monopólicos o las denominadas "explotaciones abusivas". Todo ello en un marco interpretativo y de praxis judicial que analizaremos más adelante.

En este contexto histórico, el Tratado de París de 1951, también conocido como el Tratado CECA, es el primer cuerpo normativo comunitario en contener normas relativas a la protección de la Libre Competencia, dictadas con ocasión de la creación del Mercado Común para el acero y el carbón⁴⁷.

⁴⁶ Citado por Reich, Norbert; ob. cit., pág. 217.

⁴⁷ Recordemos que la Comunidad Europea nace como un imperativo para evitar una Tercera Guerra en Europa. Tras varios intentos fallidos, políticos como Jean Monnet impulsan la idea que los Estados miembros de la futura Comunidad deben poner en común, bajo la supervigilancia de la que después sería la Comisión Europea, su producción de carbón y acero que por esos entonces eran considerados

Como hemos señalado, a los carteles de entre guerras que operaban en Alemania les cupo un cierto grado de culpa en el rearme de dicho país luego del conflicto bélico del año 1914. Ellos surgieron particularmente en la industria pesada al amparo y bajo el estímulo del Estado Alemán de tal modo que, posteriormente, fueron ampliamente utilizados por el régimen nazi para la producción masiva de su aparataje de guerra. Por ello no es un error señalar que los redactores del Tratado CECA de 1951 tuvieron en mente, sin lugar a dudas, la experiencia anterior a la guerra al plasmar en el Tratado su lucha decidida contra los carteles y los monopolios en el sector del carbón y el acero. Sin embargo, frente a esta razón mas bien "emotiva", también es necesario reconocer que los mercados del acero y del carbón se caracterizaban por presentar una estructura anómala, abiertamente oligopolística. Por ello, no puede sorprendernos que la preocupación frente a la estructura de mercado, importante característica de la legislación antitrust americana, fuere trasladada al Tratado CECA, pues ello se avenía muy bien con las necesidades de fiscalización y control respecto de dichos mercados.

En 1957 nace formalmente la Comunidad Económica Europea tras 6 años de aplicación del Tratado Comunitario respecto del Carbón y el Acero. Y el esquema de protección a la Competencia se repite casi de la misma forma que en 1951. Claro está que, como el Tratado de 1957 era de aplicación general, las prohibiciones respecto de los acuerdos restrictivos y de los abusos de posición dominante se hacen extensivos a todos los sectores de la economía. Sin embargo, como veremos más adelante, es factible distinguir en la interpretación y aplicación de la nueva normativa europea una clara evolución.

En general, podríamos decir que las normas sobre protección de la Competencia en la Comunidad regulan la actividad económica con varios fines:⁴⁸

los elementos esenciales que podrían permitir el rearme de Francia y, particularmente, de Alemania.

⁴⁸ La "finalidad" perseguida por las Normas sobre Protección de la Libre Competencia no es un tema pacífico y aún se discute mucho sobre el particular. Al respecto ver *Viciano Pastor, Javier*; ob. cit, pags 62-79. Interesantes resultan también los trabajos que, desde una perspectiva jurídica y respecto del sistema alemán han realizado *Galán Corona* y el profesor *Market*. Ver *Galán Corona, E*; "La reforma de la ley alemana contra las restricciones de la competencia de 4 de agosto de 1973", *Revista de Derecho Mercantil*, N°132-133, España 1974 y *Market, K*; "Las nuevas tendencias de desarrollo en el Derecho Alemán de la Competencia", *Revista de Derecho Mercantil*, N°112, España 1969. Asimismo, para una visión antagónica a las anteriores, ver *Reich, Norbert*, "Mercado y Derecho", Editorial Ariel S.A., Barcelona 1985. Respecto de los EE.UU., ver *Vélez Cabrera, Luis Guillermo*; "Los

- ◆ Controlar el accionar de los grandes conglomerados económicos, evitando que puedan abusar de su poder monopólico o su posición dominante en el mercado comunitario.
- ◆ Luchar contra los pactos entre empresas que produzcan o tengan por finalidad el reparto de los mercados de los Estados miembros de la Comunidad.
- ◆ Racionalizar la producción, mejorar la distribución y favorecer la adaptación al progreso tecnológico de manera que las empresas europeas aumentasen su competitividad.
- ◆ Controlar la ayuda de los Estados miembros de la Comunidad a sus empresas nacionales, de tal manera que no se falsease la Competencia en el Mercado Común.

Uno de los principales problemas que ha enfrentado y enfrenta el Derecho de la Competencia en Europa y en el mundo en general, dice relación con la determinación del objeto protegido por esta rama del Derecho. Desde luego, como hemos señalado precedentemente, ha debido recorrerse un largo trecho antes que existiese una relativa unanimidad en torno a la idea que es la "Competencia" el objeto de esta rama del Derecho⁴⁹. Sin embargo, respecto de la naturaleza jurídica del concepto "Competencia" también ha existido un arduo debate. A este respecto, el Tratado de Roma contiene una serie de normas que directa o indirectamente se relacionan con la Competencia. Pero, como era de esperar para esa etapa del desarrollo del Derecho de la Competencia, el Tratado optó por no definir qué debía entenderse por "Competencia". Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tampoco ha sido muy explícito a ese respecto, optando por una postura muy pragmática probablemente a la espera que el concepto mismo, desde una perspectiva jurídica, cuando no económica, fuere algo menos difuso y controvertible. Con todo, podemos decir que el Tribunal sí ha ido fijando, en varias de sus principales sentencias, principios generales que nos permiten, en lo sustancial, desentrañar este concepto de "Competencia" desde la perspectiva que nos interesa. De esta

objetivos del Derecho Antimonopólico: planteamientos para un debate", en Revista de Derecho Privado N°10, Universidad de Los Andes, Bogotá 1992.

⁴⁹ En nuestro país, no existe tal consenso. En el Mensaje de fecha 17 de mayo del 2002, del Proyecto de Ley modificatorio del DL 211, mediante el cual se pretende crear el Tribunal de Defensa de la Competencia, se señala que "la Competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores". Ello se traduce en la declaración, en el mismo sentido, contenida en el Artículo 1° del Proyecto de Ley en cuestión.

manera, pareciera claro que para los efectos del Derecho de la Competencia Europeo, y en cuanto objeto de protección, lo que interesa no es la competencia perfecta a que se refiere la escuela clásica de Adam Smith, según la cual los precios de los bienes y servicios deben ser fijados por la sola interacción de las fuerzas implícitas en la oferta y la demanda. Por el contrario, lo que interesaría al Derecho de la Competencia europeo sería la obtención de una "Competencia Efectiva" o practicable en mercados que, por cierto, distan mucho de reunir los requisitos necesarios para configurar la "competencia perfecta" a que se refieren los clásicos⁵⁰.

9. PRIMERAS INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 86 DEL TRATADO DE ROMA

El Derecho de la Competencia en Europa se construyó en torno a los Artículos 85 y 86 del Tratado de Roma⁵¹. El primero de los mencionados Artículos, en su punto primero, prohíbe las conductas colusorias, es decir, los acuerdos entre empresas, los acuerdos de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que afecten el comercio entre los Estados miembros y/o que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la competencia⁵².

Por su parte, el Artículo 86 del Tratado declara incompatible con el mercado común y prohíbe la explotación por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial de él.

A diferencia de lo establecido por el Tratado CECA, el Tratado de Roma no estableció un sistema de control previo de las concentraciones o fusiones de empresa⁵³. Este vacío no fue casual. La verdad es que, en 1957, salvo respecto de la industria del carbón y

⁵⁰ En inglés a esta "Competencia Efectiva" se le denomina "workable competition". Ella sería la Competencia protegida por el Derecho por considerarse inexistente la "competencia perfecta" aludida por los clásicos. En torno a este concepto, ver también la famosa sentencia denominada "Continental Can" del 21 de febrero de 1973 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁵¹ Sin perjuicio de normas que se refieren a la libre competencia en términos programáticos y generales como los artículos 3 (g) y 3.A.1.

⁵² En los apartados a), b), c), d) y e) se enumeran, a título ejemplar, una serie de conductas prohibidas.

⁵³ El Artículo 66, apartado 1 al 6, del Tratado CECA fijó el sistema de control preventivo para la fusión de empresas siderúrgicas.

del acero, por las razones ya anotadas, nadie deseaba frenar la incipiente reestructuración de la industria europea, que todavía sufría las consecuencias de la Gran Guerra. A fines de la década de los 80' la situación había cambiado diametralmente⁵⁴. Ante la insuficiencia de los Artículos 85 y 86 para controlar adecuadamente el proceso de concentración económica que ya se visualizaba en todo el mundo desarrollado, el **Consejo de la Comunidad Económica** adoptó el Reglamento 4064/89 de fecha 21 de diciembre de 1989⁵⁵. A partir de tal Reglamento, la Comisión Europea pasó a contar con poderes específicos para controlar preventivamente tales operaciones.

De lo expuesto hasta aquí podemos concluir que con anterioridad al Tratado de Roma es factible percibir en la normativa sobre protección de la Libre Competencia europea una clara orientación hacia el control de las estructuras de mercado, por medio de la figura de la "prohibición", tanto por la influencia de las ideas norteamericanas, como por la finalidad específica que en ese sentido inspiraba al Tratado CECA.

Posteriormente, razones económicas y estructurales del mercado europeo, e incluso de la economía a nivel mundial, permiten entender la evolución que la normativa comunitaria fue sufriendo, tanto en su conceptualización como en su aplicación práctica, dejando paulatinamente de lado el control de los abusos de estructura, que caracterizaba al Tratado CECA, para trasladarse hacia un sistema que fundamentalmente pretendía el control de conductas abusivas, sin obviar, por cierto, el control y sanción de las conductas colusorias anticompetitivas⁵⁶⁻⁵⁷.

⁵⁴ En Alemania, por ejemplo, la ley de 1957 fue incapaz de evitar por sí misma la concentración de los mercados. Para fines de los años sesenta y principios de los setenta, ya se reclamaba una modificación a tal normativa, a objeto de establecer un procedimiento adecuado de control de los procesos de fusión. En agosto de 1973 se promulga una modificación a la ley de 1957, estableciéndose un control de las fusiones para todas aquellas operaciones que pudieren generar consecuencias negativas en la competencia. En principio, el control es a posteriori, pero si en el proceso participan dos empresas con cifras de negocio equivalentes o superiores a la establecida en la Ley, la intención de fusionarse debe ser comunicada a la Oficina Federal de Carteles (Art. 24, 24 A, Ley contra las Restricciones de la Competencia).

⁵⁵ El proceso de control preventivo de fusiones y adquisiciones también preocupa fuertemente en los Estados Unidos en esta época. Prueba de ello, por ejemplo, es la dictación de la "Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act" el año 1976. Mediante esta ley, se modificó la Clayton Act con el objeto de establecer el requisito de notificación previa a las autoridades de la intención de realizar fusión.

⁵⁶ Pareciera claro que lo que se deseaba, en ese momento, era facilitar la reestructuración de las empresas europeas de manera que pudieren lograr dimensiones óptimas para enfrentar adecuadamente a las empresas

Como se ha afirmado, el Artículo 86 del Tratado CEE centra su atención en el control de las prácticas abusivas, es decir en aquellas que impliquen el ejercicio abusivo de una posición de dominio en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

En el propio Artículo 86 el legislador comunitario creó un sistema de control de conductas, coherente con los postulados o finalidades económicas que se perseguían en esos tiempos. Es este un sistema de control novedoso respecto del sistema norteamericano de control de estructuras, que permitió mediar, en forma bastante eficiente, entre dos intereses contrapuestos, a saber, el deseo de preservar la libre competencia frente a las prácticas restrictivas de las empresas de cierta envergadura y, por otra parte, el interés político-económico de fomentar la formación de grandes conglomerados empresariales, aún a expensas de generar una mayor concentración, capaces de enfrentar a las transnacionales americanas y japonesas. Como es obvio, la creación de un mecanismo expreso de control de fusiones, o la prohibición a la obtención de una posición de dominio en el mercado, hubieren imposibilitado la formación de los conglomerados a que hemos hecho referencia.

De esta forma, en la conformación del peculiar sistema europeo de protección de la Libre Competencia, el legislador comunitario consagró el vacío normativo para el supuesto de la concentración de empresas y, frente a la obtención de una posición de dominio en el mercado, ésta es tolerada, sancionando solamente el ejercicio abusivo de tal posición de dominio.

norteamericanas y japonesas que ya habían ingresado al mercado europeo. Asimismo, los escasos niveles de integración y concentración de los mercados europeos, a esa fecha, no exigían una especial preocupación frente al control de la estructura de mercado.

⁵⁷ En el "Memorándum sobre los problemas de la Concentración en el Mercado Común", elaborado por la Comisión en 1965, se da el visto bueno a las Concentraciones señalándose al respecto que "El Mercado Común exige empresas de talla europea, a fin que las ventajas de la producción en masa y de la investigación científica y técnica aproveche sin restricción a ciento ochenta millones de consumidores. Numerosas empresas europeas tendrán, pues, que adaptarse por crecimiento interno o por fusión con otras firmas a un mercado más vasto. El refuerzo de su capacidad competitiva les será igualmente beneficioso en la competencia internacional con las grandes empresas de terceros países". La afirmación en el sentido que el Tratado de la CEE no tenía intenciones de controlar estructuras de mercado se ve reafirmado por el propio Memorándum cuando, concluyendo, propone las acciones a seguir para eliminar las trabas o impedimentos que se oponían a la consolidación de ciertas concentraciones que debían permitirse a juicio de la propia Comisión. Sin embargo, y anticipándose a la evolución que respecto de la aplicación del propio Artículo 86 del Tratado de la CEE se materializaría tiempo después, el Memorándum propone se aplique, en forma gradual, la disposición bajo análisis a las concentraciones que no fueren económicamente razonables.

A partir de lo anterior, es factible entender la interpretación más generalizada en torno al Artículo 86 del Tratado de la CEE según la cual, la función normativa de esta disposición consiste en la ordenación de las conductas empresariales de aquellas entidades que efectivamente se encuentren en situación de dominio en un mercado determinado. En consecuencia, el Artículo 86 contempla un ilícito abusivo consistente en una conducta empresarial que debe analizarse con prismas no sólo económicos, al determinar la situación de dominio, sino también jurídicos, de manera de establecer una relación de causalidad entre tal posición dominante y el abuso.

Bajo estos parámetros, resultan del todo ajenos al Artículo 86 los problemas de estructura de mercado, por la sencilla razón que esta norma no pretendía regular o controlar el tamaño de las empresas, los monopolios, las fusiones o cualquier otra operación o estructura que facilitase la obtención de una posición dominante. La disposición sólo pretendía regular las conductas, evitando las abusivas, de aquellas empresas que, de hecho, ya ostentasen una posición dominante.

10. EVOLUCIÓN EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86 DEL TRATADO DE ROMA

Sin embargo, la fuerza de los hechos y la evolución económica en la Europa de fines de los años sesenta, obliga a una evolución en la interpretación y aplicación del Artículo 86 del Tratado de la CEE⁵⁸.

De acuerdo al nuevo enfoque que comienza a darse a la disposición in comento, ella no sólo debía ser una disposición sancionadora de conductas abusivas sino que podía también servir como mecanismo de control de estructuras de mercado, de manera de contar con un instrumento jurídico que habilitase para sancionarse el resultado perjudicial producido en el funcionamiento del mercado por las concentraciones y los monopolios.

Así la Comisión, en el denominado Informe Schlieder de 1967⁵⁹, "aclaró" la posición que en su momento había sustentado en el

⁵⁸ Ya hemos señalado la reacción habida en Alemania que llevó en 1973 a la promulgación de una normativa sobre control de las fusiones, modificándose la normativa de 1957 sobre control de carteles.

⁵⁹ El Informe Schlieder recoge una síntesis del Congreso organizado por el Centro Universitario de Estudios de las Comunidades Europeas en París, durante el

Memorándum de 1965 respecto de la no aplicación de la normativa del Artículo 86 a los procesos de concentración, señalando que, respecto de lo que denominó "concentraciones agresivas" procedía la aplicación del Artículo 86 del Tratado CEE, como cuando un competidor es obligado a fusionarse bajo la amenaza de una competencia ruinosa o cuando se abre una oferta pública de compra de acciones⁶⁰.

Tratándose de fusiones no agresivas o pacíficas, y particularmente cuando la iniciativa de la operación emanaba de la empresa que sería absorbida, el Informe Schlieder trae a colación, para justificar o no la eventual aplicación del Artículo 86, los ejemplos de conductas abusivas contenidas en tal disposición, entre las que se menciona "...limitar la producción... en perjuicio de los consumidores". De ello se colige que no es la concentración o fusión en sí misma la que determina la eventual aplicación de la norma, sino que es el perjuicio causado a los consumidores el que podría determinar la existencia del ilícito.

Como señala Miranda Serrano, lo anterior permite definir el abuso como un acto que vulnera el "orden constitucional del mercado común", entendiéndose que existe tal vulneración cuando la desaparición de una empresa competidora reduce el número de oferentes por debajo del requerido para el adecuado funcionamiento de un mercado competitivo⁶¹.

En 1973 se presentó el primer caso en el que las instituciones comunitarias (la Comisión y el Tribunal de Justicia) se pronunciaron sobre la aplicabilidad del Artículo 86 del Tratado respecto de una operación de concentración (en cuanto a si ésta puede constituir en sí misma una conducta "abusiva"). Nos referimos al famoso asunto denominado Continental Can y Europemballage.

Como veremos, conforme al criterio sustentado en el fallo de Continental Can, el abuso penado por el Artículo 86 no debe ya sólo buscarse en la conducta empresarial sino en el resultado perjudicial producido sobre las estructuras de mercado y la posibilidad o

mes de Octubre de 1967, respecto del tema cooperaciones, concentraciones y fusiones en la CEE.

⁶⁰ El "Memorándum" de 1965 fue un documento elaborado por la Comisión que si bien carecía de alcances jurídicos obligatorios, sí nos permite conocer la política que pretendía adoptar el ejecutivo Comunitario frente a los procesos de Concentración en el Mercado Común.

⁶¹ Miranda Serrano, Luz María; "Las Concentraciones económicas: derecho europeo y español", Distribuciones de la ley, Madrid, 1994, pág. 109.

imposibilidad de mantener la “competencia efectiva” que postula el sistema europeo. Lo importante ya no es la conducta en sí, o la situación de dominancia que la posibilita, sino el resultado perjudicial que tal conducta produce sobre el mercado, sobre su estructura, afectando el mantenimiento de la competencia, contrariando de esta forma los objetivos del Tratado de la CEE

Bajo esta nueva orientación, en la aplicación del Artículo 86 pierde importancia la relación de causalidad entre la posición dominante que se detenta y el abuso, pues en ciertos casos la posición dominante en si misma puede ser considerada “abusiva”, si genera efectos contrarios a la competencia.

Como puede apreciarse, la nueva percepción del Artículo 86 implica un cambio radical frente a la conceptualización que inicialmente se sostuvo respecto de la noción del “abuso” sancionable bajo el Artículo 86. Como señalan Almonacid y García, a partir de este fallo puede sostenerse que “en opinión de la instancia ejecutiva comunitaria, la aplicabilidad del Artículo 86 no sólo es posible cuando la empresa dominante causa, mediante su conducta, un perjuicio directo o inmediato a los proveedores o consumidores, sino, también, cuando el perjuicio se produce de forma indirecta mediante una operación de concentración o monopolización al quedar afectada la estructura del mercado y el mantenimiento de una competencia efectiva...”⁶².

A este respecto, en la Sentencia Continental Can, la Corte señaló, al explicitar el “abuso” también como un concepto objetivo, que “...constituye un comportamiento incompatible con el Artículo 86 el hecho que una empresa en posición dominante refuerce esta posición por vía de concentración con otra empresa, con la consecuencia de que la competencia que hubiere potencial o efectivamente subsistido a pesar de la existencia de la posición dominante inicial, se halla prácticamente eliminada para los productos en cuestión”⁶³.

Con el correr del tiempo éste criterio de aplicación del Artículo 86 se fue consolidando de tal forma que se convirtió en el único instrumento

⁶² *Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson Gerardo*; ob. cit. pág. 144. Ver también, en el mismo sentido, *Miranda Serrano, Luz María*; ob. cit. Pág. 109.

⁶³ Esta postura doctrinal es reiterada por la Corte en el también conocido asunto Hoffman-La Roche al señalar que “... la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla las actuaciones de una empresa en posición dominante que por su naturaleza pueden influir en la estructura de un mercado en que como consecuencia precisamente de la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia ha sido ya debilitado...”.

jurídico que permitió, por años, controlar el proceso de concentraciones en Europa, autorizándose sólo aquellas que no suponían un peligro para el mantenimiento de una Competencia efectiva en el Mercado Común.

Por tanto, no es aventurado señalar que, conforme con la interpretación y aplicación práctica que se ha dado al Artículo 86 del Tratado, dicha norma contiene dos hipótesis de conductas sancionables como “abuso de posición dominante”, a saber, los abusos constitutivos de conductas propiamente abusivas de la posición de dominio y, en segundo lugar, lo que podríamos llamar los “abusos de estructura”.

Como puede apreciarse, la fuente de ilegalidad en las dos hipótesis antes mencionadas difieren sustancialmente. En el primer caso se trata de un abuso de comportamiento, donde el carácter abusivo emana de elementos intrínsecos a la acción de la empresa que abusivamente explota su posición de dominio en el mercado. En la segunda hipótesis en cambio, el abuso no deriva del comportamiento propiamente tal de la empresa sino de los efectos nocivos o restrictivos que la estructura preponderante de la empresa produce en el mercado.

Todo lo anterior permite afirmar que en la actualidad el Derecho de la Competencia europeo se ha consolidado como un sistema mixto, sancionatorio tanto de los abusos de conducta como de los de estructura, donde se debate continuamente la necesidad de fomentar y permitir cierto grado de concentración económicamente razonable con la existencia de un mercado competitivo. A este respecto, nada más ilustrativo que las palabras de Verloren Van Themaat, Director General de la Competencia de la Comisión de la Comunidad quien en 1967 señalaba: “...En general, en la situación existente en los distintos mercados, las fusiones no conllevan riesgo, apenas, de desembocar en situaciones de monopolio. Todo lo más, conducirán a una situación de oligopolio. Una situación de oligopolio no excluye necesariamente, sin embargo, una competencia eficaz de los precios y se caracteriza, en general, por una competencia muy fuerte sobre el plano de la productividad, de la investigación y de la calidad. Es solamente en una situación muy monopolística en la que toda forma de competencia efectiva desaparece y es por esta razón por la que la Comisión considera que las fusiones que conduzcan a una situación monopolística deben ser prohibidas”⁶⁴.

⁶⁴ Citado por *Miranda Serrano, Luz María*; ob. cit. Pág. 108.

Las expresiones anteriores no pueden sorprendernos. La Comisión en múltiples ocasiones ha dado a entender, por las razones ya vistas, que el modelo de Competencia deseado para el Mercado Común, que inspira a todo su Derecho de la Competencia, es una situación a lo sumo de oligopolio de empresas de talla europea, pero en todo caso incompatible con el monopolio. Esta es la "Competencia Efectiva" pregonada por las autoridades europeas, la Competencia mínima inspiradora de la ley, donde son legítimas y, en ocasiones deseables, las situaciones oligopolísticas.

Como señalan Almonacid Sierra y García Lozada, "El punto crucial que se debate en el actual derecho de la competencia europeo es definir en que momento las concentraciones económicas dejan de producir sus efectos positivos y se convierten en un peligro para la libre competencia.

La tendencia es conformar un sistema de competencia que permita conciliar los efectos positivos y benéficos de las concentraciones con el control de los efectos negativos que en determinado momento entraña la concentración tanto en el orden concurrencial como en la propia funcionalidad democrática del sistema político"⁶⁵.

11. CHILE Y LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

En lo que respecta a Chile, el primer intento por introducir en el ordenamiento jurídico nacional normas relativas a la Libre Competencia tuvo lugar a comienzos de 1959 siendo Presidente de la República don Jorge Alessandri Rodríguez. Fue éste, por muchas razones, un intento fallido de continuar profundizando las medidas liberalizadoras de la economía chilena que iniciare la Administración del Presidente Ibáñez del Campo (1952 - 1958), al amparo de las recomendaciones de la Comisión Klein Saks (1955) que asesoró al referido Presidente de la República, y que se materializaron, primeramente, en la dictación de la ley N° 12.084, cuya finalidad fue liberalizar el comercio exterior chileno de manera de generar una mayor competencia interna⁶⁶.

⁶⁵ Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson Gerardo; ob. Cit. Pág

⁶⁶ Una síntesis del análisis sobre la realidad económica chilena realizado por la Misión Klein Saks, y respecto del Plan de Estabilización propuesto al gobierno del Presidente Ibáñez, puede encontrarse en *Pesqueira Banderas, Manuel; "Principales Problema de la Economía Chilena. 1952-1970"*, pags. 249-293. Tesis de Grado,

El régimen sobre Libre Competencia se plasmó en las disposiciones del Título V de la Ley N° 13.305, de abril de 1959. Esta normativa entra en vigencia en momentos en que los mercados chilenos se caracterizaban por su nula competitividad, alta concentración y casi absoluta tolerancia a las prácticas restrictivas de la Competencia: acuerdos sobre distribución de mercados, cuotas de producción, fijación de precios, distribuciones exclusivas etc. etc., todas las cuales eran de aplicación generalizada en el ámbito comercial e industrial.

La escasa aplicación de las disposiciones de la Ley N° 13.305 puede deberse a muchas causas. Una de ellas, sin duda, fue los casi nulos medios con que contaron los Organismos creados por Ley para la investigación y sanción de las conductas contrarias a la Libre Competencia. Sin embargo, a nuestro juicio, existió asimismo un problema de fondo mucho más importante que hizo casi completamente inoperante la Ley in comento. Nos referimos a la prácticamente nula voluntad política para terminar con las prácticas restrictivas de la Competencia⁶⁷⁻⁶⁸.

A pesar de la poca aplicación de la normativa dictada el año 1959, es factible desentrañar de la Jurisprudencia que ella generó, algunas ideas básicas que permiten visualizar cuan asentada se encontraba entre nuestros juristas y jueces antimonopólicos la necesidad de ahondar y perfeccionar la Competencia, y cuánto comprendían la realidad que debe subyacer bajo ese concepto. Así por ejemplo, respecto de la posibilidad de fijar precios máximos para la reventa de productos, la Comisión lo estimó conforme a Derecho, por cuanto ello favorecería al consumidor al poder venderse los productos a precios

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago 1986.

⁶⁷ Pareciera que sólo existía el claro convencimiento que era necesario luchar e impedir los monopolios propiamente tales, y en la medida que ellos fueren de carácter privado. Respecto del monopolio estatal existía, en general, una *comprensión o tolerancia mucho mayor, particularmente debido a la fuerza que ya tenían las ideas comunitarias y socialistas en la sociedad chilena de esa época*. En una realidad político social de esas características, una normativa protectora de la Libre Competencia no podía sino fracasar.

⁶⁸ Una buena muestra del pensamiento jurídico chileno imperante por aquellos años respecto de los monopolios y la necesidad de enfrentarlos con una legislación adecuada nos la entrega Oscar Aramayo quien señalaba: "Enfrentados los países a agudos problemas de competencia internacional, de productividad y de eficiencia, el problema de las acciones concertadas en relación con los mercados -siempre que operen bajo control estatal- debe ser analizado con entera objetividad en cuanto a sus efectos nocivos o favorables. Aramayo, Oscar, "Régimen Legal de la Industria Manufacturera en Chile", p. 24, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1970.

más bajos⁶⁹. Respecto de los convenios sobre distribución exclusiva y reparto de mercados, la Comisión señaló que "la designación por un solo productor de distribuidores exclusivos en sectores determinados no importa el reparto de zonas de mercados, el que necesariamente requiere acuerdos de por lo menos dos productores de un mismo artículo o de artículos similares⁷⁰. Finalmente, respecto de la limitación que los productores suelen imponer a sus distribuidores en orden a prohibirles vender productos semejantes de la competencia, cuya distribución se les encomienda, la Comisión resolvió que tal limitación "no puede estimarse limitativa de la libre competencia, ya que los demás productores pueden vender directamente sus artículos o encargar a otros distribuidores que lo hagan"⁷¹.

Como puede apreciarse, tras los fallos referidos anteriormente subyacen criterios de solución mas bien formalistas o sólo vinculados al Derecho Civil pero que poco o nada tienen que ver con la defensa de la Libre Competencia. En todos ellos, por cierto, se permite el cercenamiento de la libertad contractual de tal modo que los precios no son resultado del libre juego de la oferta y la demanda, requisito indispensable y demostrativo de la existencia de mercados competitivos sino, mas bien, son el reflejo de prácticas colusorias que, precisamente, la legislación sobre Libre Competencia debe pretender eliminar⁷².

A partir de 1973, el país comienza un proceso gradual pero sostenido de liberalización de su economía. En dicho año se dicta el DL 211 que derogó la normativa vigente desde 1959. Comienza así un fructífero proceso de liberalización de los mercados internos apoyado sin duda por la aplicación, no exenta de críticas pero efectiva, de la legislación sobre Libre Competencia contenida en el DL 211⁷³.

⁶⁹ Resolución del 6 de Junio de 1960 y Resolución del 14 de Diciembre de 1962, recaída en denuncia formulada contra la Compañía de Cervecerías Unidas.

⁷⁰ Resolución de 23 de Noviembre del año 1960 recaída en denuncia formulada en contra de Compañía Cervecerías Unidas.

⁷¹ Resolución del 6 de abril de 1960, recaída en consulta efectuada por la Corporación de Radio de Chile.

⁷² El criterio sustentado en la Resolución del 23 de Noviembre de 1960 sobre distribución exclusiva, podría ser conceptualmente correcto en la medida que existiera un mercado efectivamente atomizado en cuanto a la oferta. Sin embargo, ello no se cumplía en 1960 y, por tanto, lo resuelto en tal oportunidad sólo ayudaba a concentrar aún más la oferta.

⁷³ El DL 211 ha sufrido diversas modificaciones. La primera en 1979, mediante el DL 2760. Luego también en 1982 mediante la ley 18.118; posteriormente en 1994, mediante la Ley 19.336 y finalmente en 1999 mediante la Ley 19.610. En la

En términos generales, podemos decir que la legislación chilena contiene dos fuentes para sancionar las prácticas restrictivas de la competencia: un procedimiento administrativo, seguido ante la Comisión Preventiva y/o ante la Fiscalía Nacional Económica y un procedimiento propiamente judicial que se ventila ante la Comisión Resolutiva, sujeta en sus fallos a la supervigilancia de la Corte Suprema de Justicia. El ilícito monopólico puede, en teoría, dar incluso pie al inicio de acciones penales en contra de los infractores del DL 211, pero siempre a requerimiento de la propia Comisión Resolutiva⁷⁴.

La normativa del DL 211 es aplicable a toda persona, natural o jurídica, incluyendo al Estado. Si bien ciertos autores justifican la aplicación del DL 211 al Estado en la norma constitucional contenida en el N°21 del Artículo 19⁷⁵, pensamos que ello es incorrecto y que la aplicación del DL 211 al Estado se deduce del amplio tenor del Artículo 1 del DL 211, que utilizando la fórmula "el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención...", ha querido comprender dentro del marco de aplicación a toda persona, inclusive a las personas a través de las cuales actúa el Estado.

El principio general que informa toda la legislación chilena sobre protección a la Libre Competencia se encuentra en el inciso primero del Artículo 4° del DL 211 en cuanto dicha norma establece que no puede otorgarse a los particulares.

"la concesión de ningún monopolio para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios".

Con todo, existen una serie de excepciones que, de una u otra manera, rompen este principio general, las que pasamos a enunciar.

El inciso segundo del Artículo 4° contempla la posibilidad que, por ley, se reserve a:

actualidad se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley que crea el Tribunal de la Competencia, cuyo Mensaje es de fecha 17 de mayo del año 2002.

⁷⁴ Mediante Mensaje N° 132-346 de fecha 17 de mayo del 2002 se envió al Congreso Nacional un Proyecto de Ley que, entre otras cosas, despenaliza las conductas contrarias a la Libre Competencia sancionadas por el DL 211.

⁷⁵ En este sentido, *Witker, Jorge*; "Derecho de la Competencia en América", Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile 2000.

“instituciones fiscales, semifiscales, públicas, de la administración autónoma o municipales el monopolio de determinadas actividades...”.

Asimismo, los dos primeros incisos del Artículo 5° excluyen parcialmente de la aplicación del DL 211 a ciertos sectores productivos, reconoce ciertos privilegios otorgados por ley, y mantiene vigentes las facultades económicas de ciertas autoridades señalando que:

“Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, continuarán vigentes las disposiciones legales y reglamentarias referidas a las propiedades intelectual e industrial, a la minería, especialmente al petróleo, a la producción, comercio y distribución del salitre, yodo y cobre; las contenidas en el Código Sanitario las contenidas en la Ley de Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; las que regulan la creación y funcionamiento de las empresas de servicios públicos o municipales, las relativas a empresas bancarias y bolsas de valores; como también las que digan relación con los transportes, fletamentos y cabotajes, y crédito prendario.

Igualmente quedarán en vigor las disposiciones legales y reglamentarias que confieren a las autoridades atribuciones relacionadas con el ejercicio de las actividades económicas, incluso aquéllas que se refieren a la fijación de precios máximos y control de su cumplimiento.

Sin embargo, el inciso tercero del mismo Artículo 5° prohíbe el establecimiento de estancos, sin previo informe de la Comisión Resolutiva.

También dentro del “régimen de excepción” diseñado por el DL 211, cabe mencionar lo dispuesto por el inciso tercero del Artículo 4°, que contempla la facultad de autorizar por Decreto Supremo fundado, y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, la celebración de ciertos actos o el mantenimiento de actos o contratos contrarios a la Libre Competencia. Dicha autorización sólo podría darse en dos supuestos: que los actos y contratos sean necesarios para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales y que se trate de actos o contratos en los cuales sea parte alguna de las instituciones especificadas por la ley⁷⁶⁻⁷⁷.

⁷⁶ La norma en cuestión no es nueva. Igual facultad la encontramos en el Art. 174 de la ley 13.305 de 1959.

Finalmente, el inciso final del Artículo 5° del DL 211 contiene una norma de la mayor relevancia, hecha valer con particular insistencia en los primeros años de aplicación de la Legislación que comentamos, en virtud de la cual la Comisión Resolutiva puede solicitar la modificación o derogación:

“...de preceptos legales o reglamentarios, incluso los señalados en este Artículo, en cuanto limitando o eliminando la libre competencia, los estime perjudiciales para el interés común”⁷⁸.

Se ha señalado que mediante la reserva legal de un monopolio “el Estado y la Administración cuentan con la posibilidad de asumir directamente y con carácter exclusivo el ejercicio de actividades económicas generalmente relativas a servicios básicos.”⁷⁹ Con todo, cabe analizar, en primer lugar, la constitucionalidad de esta hipotética ley que reservaría en favor del Estado y/o de sus instituciones, el monopolio de determinadas actividades. La problemática constitucional dice relación específicamente con la Garantía Constitucional establecida en el inciso 1° del N°21 del Art. 19 de la Constitución Política del Estado de 1980. La norma constitucional en cuestión, como sabemos, garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Esta garantía constitucional es una de las más claras y concretas manifestaciones del papel subsidiario que, a juicio del constituyente de 1980, le cabría al Estado y a sus empresas y/o instituciones en materia económica. En consecuencia, si el derecho de los particulares a desarrollar “cualquier” actividad económica sólo reconoce como límites los referidos en la propia Constitución, a

⁷⁷ Respecto del ejercicio de esta facultad, y de la casi nula importancia otorgado al “interés nacional” como requisito habilitante para su ejercicio, ver Resoluciones N°69 y N°86 del año 1980, y Resolución N°195 del año 1985 de la Comisión Resolutiva. Para un adecuado análisis del problema, ver Dictamen N°229 del año 1979 de la Comisión Preventiva Central.

⁷⁸ En el ejercicio de esta atribución, la Comisión Resolutiva ha requerido, con mayor o menor éxito, la derogación de numerosas disposiciones legales o administrativas como por ejemplo en materia de seguros; las limitaciones o referencias que existían en el propio Art. 5° del DL 211 a la actividad del martillero y subastas públicas; el DL 520 de 1932, normas sobre transporte público, sobre publicidad o propaganda televisiva etc. etc. Al efecto ver por ejemplo Resoluciones Nos 183, 200 y 275 de la Comisión Resolutiva.

⁷⁹ Comunicación de la República de Chile al Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia WT/WGTCP/W/75, de abril de 1998.

saber, la moral, el orden público y la seguridad nacional, mal podría el legislador reservar el ejercicio de una actividad económica lícita, creando un monopolio legal, a ciertas instituciones fiscales, semifiscales o municipales porque al hacerlo, vulneraría la garantía constitucional bajo análisis pues por esta vía se estaría vedando a los particulares la posibilidad de realizar las actividades económicas “reservadas” a las referidas instituciones.

Frente a lo dispuesto en el inciso 1° del Artículo 5 del DL 211, en cuanto se establece ahí una verdadera exención legal frente a la legislación antimonopolio, en los términos ya transcritos, cabe tener presente lo que señala Ricardo Paredes en cuanto a que “las Comisiones son competentes para conocer cualquier caso que tenga que ver con los efectos sobre la competencia, incluso en el caso que existan otras leyes que traten los temas. Así, por ejemplo en el caso de la legislación sobre patentes o en el caso de conductas que afecten a empresas expresamente reguladas por su carácter monopólico, la ley es aplicable en cuanto las conductas sobrepasen el espíritu para el cual fue hecha la ley específica”⁸⁰. A este respecto, la propia Comisión Resolutiva ha fijado su Competencia señalando que “...al menos desde la dictación del Decreto Ley 211, en el año 1973, y salvo texto expreso en contrario, la aplicación y la interpretación de toda la legislación económica, incluida, por cierto, la de los seguros, han debido tender al restablecimiento de la libre competencia, de manera que la legislación exceptuada, por no avenirse con dicho principio económico, ha debido tener un alcance restrictivo en cuanto a la exégesis de sus normas”⁸¹.

⁸⁰ Paredes M, Ricardo; “*Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile*” en Estudios Públicos N°58, Santiago de Chile 1995. Cabe en todo caso tener presente que existe cierta normativa sectorial que, sin eximir a un determinado sector de la aplicación del DL 211, pretende fomentar la Libre Competencia en la actividad específica de que se trate, como en el sector bancario, transporte y eléctrico.

⁸¹ Considerando 9° Resolución N°78 de 11 de Junio de 1980. Ver asimismo Considerandos 3° al 6° de la misma Resolución N° 78. Adicionalmente, en el Considerando 6° de la Resolución N°183, la Comisión Resolutiva dejó sentado el mismo principio al señalar que la autoridad, al ejecutar cualquier acto en el ejercicio de sus atribuciones exclusivas y excluyentes deben respetar el DL 211 “puesto que cada autoridad en el ejercicio de las atribuciones que le confiere su respectiva ley orgánica, no sólo debe conformar sus actos a lo previsto en esa única ley, sino que, también debe adecuarlos de manera que su aplicación no importe infracción de otras normas, entre ellas las relativas a la libre competencia...”. En el mismo sentido se resolvió en la Resolución N° 59 de 25 de abril de 1979, al señalarse que, no obstante que las autoridades municipales disponen de atribuciones para adoptar decisiones en materia de ordenamiento del comercio comunal, el ejercicio de tales atribuciones no puede implicar una vulneración a la normativa sobre libre competencia.

Respecto de las prácticas restrictivas a la Libre Competencia abordadas por el DL 211, y la Jurisprudencia surgida a su amparo, quisiéramos a lo menos referirnos a las prácticas vinculadas a la determinación de los precios y a los acuerdos sobre exclusividad.

En términos generales es factible señalar que, en un comienzo, los Organismos chilenos protectores de la Libre Competencia evaluaron las prácticas restrictivas bajo el criterio de considerarlos per-se contrarios al DL 211. En dicha forma de actuar existían, por cierto y primeramente, razones de Política de Libre Competencia: era necesario no sólo combatir tales prácticas sino dar a los mercados la señal inequívoca que existía de parte de tales Organismos la intención irrenunciable de atacar y sancionar tales prácticas. Por ello, durante los primeros años de vigencia del DL 211 no hubo mucho espacio para evaluar las prácticas restrictivas bajo la regla de la razón. Sin embargo, nuestro Derecho de la Competencia, al igual como ha ocurrido en Europa y los EE.UU., tiende hoy en día a considerar cada vez menos conductas como per-se contrarias a la Competencia, para centrarse mas bien en los efectos específicos que tal conducta puede tener en un mercado determinado (regla de la razón). Probablemente sólo las conductas vinculadas a la manipulación o determinación de los precios, y ciertos convenios con cláusulas atadas siguen aún hoy en día siendo considerados per-se contrarios a la Libre Competencia, tanto en Chile como en el Derecho Comparado, es que ellos “eliminarían por definición la Competencia en precios en los mercados respectivos...”⁸². En nuestro país se ha llegado al extremo de reprochar un supuesto acuerdo de precios, aún cuando se acreditó que los precios así acordados no diferían de los que habrían prevalecido en el mercado sin tal acuerdo⁸³.

Tratándose de la legalidad de los Convenios de Exclusividad, en Chile podemos observar claramente un cambio de criterio desde una evaluación “per-se” contrario a la Libre Competencia, hasta antes de 1992, hacia un criterio de evaluación que se funda en la regla de la razón. En efecto, el propio sentenciador, al cambiar el criterio que había imperado desde 1973 para analizar esta figura contractual, dejó establecido en su fallo⁸⁴ que los cambios habidos en las condiciones

⁸² Comisión Federal de Competencia, Informe 1997, México. Afirmaciones como la transcrita suelen ser el fundamento para considerar per-se contrarios a la Libre Competencia TODO acuerdo de precios entre competidores directos. Pero ¿es ello conceptualmente correcto? ¿Es cierto que cualquier acuerdo sobre el precio de venta o reventa entre competidores afectará la Competencia en un mercado determinado?

⁸³ Ver Dictamen N°96 de 1975, Comisión Preventiva Central.

⁸⁴ Dictamen N°808 de la Comisión Preventiva Central 1992.

de mercado, mayor competitividad en el mismo, permitían ahora validar los convenios de exclusividad. Ello conllevó un avance significativo desde todo punto de vista pues se incorporó al análisis el factor económico consistente en los efectos que la práctica en cuestión podría tener sobre la Competencia en el Mercado Relevante analizado.

12. CONCLUSIONES

El Derecho y la Competencia han mantenido algún tipo de “relación” desde antiguo, aunque en ocasiones haya sido más bien distante. De todo ello existen pruebas irrefutables. Sin embargo no cabe dudas que, a partir de las últimas décadas del siglo XIX, esta relación se intensifica enormemente, a partir del surgimiento de los trusts en Estados Unidos y de la presión consiguiente para regularlos y/o eliminarlos. En sus inicios, entonces, el Derecho de la Competencia moderno o contemporáneo es verdaderamente un Derecho Antitrust.

Quizás precisamente por que no se sabía muy bien qué debía considerarse ilegal, y mas bien, la legislación inicial era el resultado de presiones populistas, la jurisprudencia surgida en los primeros años luego de la dictación de la Sherman Act es vacilante en cuanto al objeto jurídico a proteger. De ahí que, desde entonces, y me atrevería a decir hasta nuestros días, la Competencia en cuanto “sujeto” de protección jurídica ha mantenido unos contornos poco claros y/o delimitados. Mientras inicialmente en EEUU pareciera que se deseaba proteger la “Competencia Perfecta” al estilo de los clásicos, con ciertas adiciones de fines político-sociales, en la Europa de post guerra el objeto de protección fue esta “Competencia Practicable” a que hemos hecho referencia, en la que la existencia de oligopolios no sólo fue tolerada sino, claramente, estimulada con fines político-económicos.

En este contexto, tanto la política norteamericana como la europea fueron evolucionando. La primera en razón, principalmente, de la influencia de ciertas corrientes jurídico económicas como el “law&economics”, y su acento en el denominado “Análisis Económico del Derecho” y la necesidad de privilegiar el estudio de las conductas restrictivas desde la perspectiva de la eficiencia económica. Los europeos en cambio evolucionan en respuesta a mercados cada vez más concentrados, donde se percibía la existencia de innumerables conductas restrictivas de la Competencia. De ahí la reinterpretación del Artículo 86 del Tratado de Roma, ya analizada, en cuando

herramienta idónea para prevenir y conjurar actos de Concentración y, de ahí también, el paulatino y constante surgimiento de normativa nacional tendiente a establecer mecanismos de control preventivo de fusiones y adquisiciones.

En consecuencia, el Derecho de la Competencia ha sido y seguirá siendo una rama controvertida de nuestros ordenamientos jurídicos pues, a pesar de su innegable importancia jurídico económica, ha sido incapaz de delimitar de manera clara y específica su propio objeto específico de protección. Así, mientras para algunos "Competencia" implica la sola defensa de la eficiencia económica en los mercados, con toda exclusión de otras consideraciones de índole políticas, sociales o económicas; para otros la defensa de esa Competencia conlleva necesariamente la consideración de factores no sólo económicos sino también, como hemos visto en estas páginas, la ponderación de factores que, en ocasiones, se alejan peligrosamente de una idea razonable de Competencia en los mercados (defensa del consumidor, defensa de la pequeña empresa, defensa de la "democracia económica" etc.).

Es poco probable que estas formas tan disímiles de ver al Derecho de la Competencia logren siquiera un acercamiento conceptual y/o teórico en aspectos fundamentales. En consecuencia, seguramente deberemos acostumbrarnos a seguir observando, con cierta periodicidad, una Jurisprudencia vacilante respecto de aspectos centrales del Derecho de la Competencia, particularmente cuando se trate de problemas vinculados a fusiones o al de abuso de una posición dominante en el mercado. Es en ellos en los que es más fácil percibir la "tensión" existente entre los cultores de ésta rama del Derecho, en razón de los objetivos que cada uno asigna a la Defensa de la Competencia.