



Escuela de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

APUNTES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Extracto de la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas “Las marcas propias en marco del derecho de la competencia. Estudio análisis y propuestas.” Por Pía Maturana Vásquez. Profesor Guía don José Luis Guerrero Bécar.

GENERALIDADES DE CARÁCTER ECONÓMICO

1. APROXIMACIÓN AL MERCADO.

1.1. El problema económico

Hace miles de años, el hombre hizo su aparición en la tierra, y ha sido desde entonces que ha debido hacer frente a sus múltiples necesidades y satisfacerlas, utilizando para ello los recursos disponibles en el planeta.

Por cierto, en épocas prehistóricas la tarea era mucho más compleja que en la actualidad, ya que los recursos le eran desconocidos al hombre no sólo en su esencia sino además en sus formas de utilización. Con el tiempo, el hombre aprendió a dominar estos recursos y a servirse de ellos para la satisfacción de sus necesidades más básicas, hasta llegar en nuestros días, a satisfacer sus necesidades más específicas, a través de bienes y servicios cada vez más especializados y complejos.

No obstante la gran diferencia entre la situación que enfrentaba el hombre prehistórico y la que se encuentra el hombre moderno, hay una circunstancia común, que ha acompañado al hombre en su evolución a través de la historia, convirtiéndose en una constante:

Las necesidades son ilimitadas y los recursos para satisfacerlas, escasos.

La ciencia económica nace para dar solución a esta problemática, y ello se desprende de las diversas definiciones que se han dado acerca de esta ciencia, las cuales, a pesar de su gran número y diversidad, coinciden en señalar como centrales, dos aspectos fundamentales:

- Los recursos son escasos,
- Por tanto, deben asignarse eficientemente.

En este sentido, Samuelson y Nordhaus señalan: *"... la esencia de la economía es reconocer la realidad de la escasez y averiguar entonces cómo debe organizarse la sociedad de tal manera que utilice del modo más eficiente los recursos."*¹

La economía es una ciencia puesto que tiene un objeto particular de estudio y método propio. En relación con el objeto de estudio, y tomando en cuenta las propias

¹ SAMUELSON Y NORDHAUS: "Economía". 16ª edición. McGraw Hill. Madrid, 1999. pág.5

definiciones de los autores, podemos decir que consiste en definitiva en la utilización de recursos escasos para satisfacer necesidades ilimitadas.

Para comprender a cabalidad este objeto de estudio, es necesario analizar los elementos que éste contiene:

a) Necesidades

Para Kotler, una necesidad es un *“estado de privación que siente un individuo.”*²

En el mismo sentido, el autor chileno Cristian Larroulet conceptualiza como necesidad humana la *“Sensación de carencia de algo unida al deseo de satisfacerla.”*³

Este elemento es el que fundamenta la existencia de la ciencia económica, ya que los recursos siempre serán insuficientes para satisfacer todas las necesidades humanas.

Las necesidades en forma genérica admiten múltiples clasificaciones; según su origen pueden ser necesidades del individuo o de la sociedad; según su naturaleza pueden ser primarias o secundarias.

Es interesante señalar que en la actualidad, algunos han postulado que se ha llegado a la creación de necesidades a partir del manejo de estrategias de marketing. Muchas veces creemos que no es sino la mera publicidad la que crea en nosotros una necesidad por un producto determinado. No obstante esta situación aparente, adherimos a la distinción planteada por Abbott, quien, en relación con este tema ha planteado la existencia de dos tipos de necesidades. Por una parte necesidades genéricas, y por otra, derivadas o subnecesidades⁴.

Podemos citar como ejemplos de necesidades genéricas la necesidad de alimentación, transporte, etc. La subnecesidad en cambio sería una *“respuesta comercial concreta (producto o servicio) aportada a la necesidad genérica”*. Por ejemplo, el automóvil es satisfactor de una necesidad derivada de la genérica de transporte.

De este modo, la necesidad genérica no se satura ni es saturable ya que está en permanente evolución, alimentada ésta en la aparición de nuevos productos. Sin embargo, las subnecesidades nacen, se saturan y se renuevan en forma de productos diferentes o más sofisticados.

² KOTLER, PHILIP: *“Dirección de Mercadotecnia.”* Ed. Prentice-Hall, 8ª Edición. México 1996, pág. 7

³ LARROULET, MOCHÓN: *“Economía.”* Ed. Mc Graw Hill, 2ª edición, España 1995, pág.4

⁴ BRAIDOT, NESTOR: *“Marketing Total”* Ed. Macchi, Buenos Aires 1999.

Para entender a cabalidad esta posición, debemos distinguir previamente entre *necesidad* y *deseo*. Ya hemos definido necesidad como una “*Sensación de carencia de algo unida al deseo de satisfacerla*”. Y deseo es definido según Braidot como “*La forma que adoptan las necesidades al ser moldeadas por la sociedad, su cultura y propia personalidad del sujeto.*”⁵ Por esta razón, a medida que la sociedad evoluciona, sus individuos conocen cada vez más objetos que los atraen, ampliando el espectro de sus posibilidades de *desear*.

En consecuencia, el *marketing*⁶ no crea una necesidad de orden genérica, sino un deseo que se sustenta en una necesidad, al dar atractivo a un producto específico con el fin de lograr una demanda efectiva de él.

b) Bienes

“Todo aquello que satisface, directa o indirectamente, los deseos o necesidades de los seres humanos”. El concepto de bienes admite muchas clasificaciones de las cuales la principal es aquella que distingue los bienes según su carácter en *libres y económicos*. Son bienes libres “*aquellos que existen en cantidades suficientes, por tanto no es necesario racionarlos entre aquellos que desean utilizarlos. Por tanto su precio de mercado es 0*”, y son bienes económicos “*aquellos que son escasos en relación con la cantidad total que se desea. Por tanto, debe racionarse cobrando un precio*”.⁷

La ciencia económica estudia los bienes económicos.

c) Escasez

Samuelson y Nordhaus nos entregan dos concepciones; cercanas entre sí, pero que constituyen diferentes puntos de vista acerca de la escasez:

- Como la característica de lo que llamamos *bien económico* (bien que no puede obtenerse gratuitamente).
- Como la *Ley de la escasez*, que es el principio según el cual, las cosas que las personas desean sólo pueden obtenerse en una oferta limitada.

⁵ BRAIDOT, NÉSTOR, op. cit.

⁶ Según Philip Kotler, el *marketing* es un “proceso social y administrativo mediante el cual grupos e individuos obtienen lo que necesitan y desean a través de generar, ofrecer e intercambiar productos de valor con sus semejantes”. Op. cit. Pág.7.

⁷ Las definiciones de bienes, bienes libres y bienes económicos, Samuelson y Nordhaus, op. cit

Ambas concepciones nos sirven para entender los problemas que conlleva para las personas la escasez:

1) Supone un problema de *elección*; dados los recursos escasos y las necesidades múltiples que debemos satisfacer con ellos, nos vemos desafiados a un problema de elección, el cual debemos afrontar usando el criterio de la racionalidad: al elegir, optaremos por aquello que nos produce mayor beneficio al menor costo.

2) Existe una *competencia* por los recursos escasos, en la lucha por satisfacer las necesidades. Para esto se requiere un sistema que arbitre esta competencia y que distribuya los bienes.

Aunque a través de la historia han sido diversos y numerosos los sistemas que se han puesto en práctica, hoy en día consideramos al mercado, en general, como el sistema óptimo para la asignación de recursos.

En esta realidad de múltiples necesidades, y recursos escasos para satisfacerlas, la economía busca la eficiencia; esto es, el uso de los recursos de la manera más eficaz posible para satisfacer las necesidades de los individuos. En otras palabras, la economía busca utilizar los recursos de manera que reporten el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y tecnología dados.

1.2. Qué es el Mercado

1.2.1. Concepto

En sus inicios, el mercado era un espacio físico en el cual se producía el intercambio de productos presentes, entre compradores y vendedores también presentes y determinados. Sin embargo, con el avance de la tecnología y, en especial de las comunicaciones, el concepto de mercado se ha independizado de un espacio físico, ya que es posible hablar, por ejemplo, de mercado electrónico. A su vez se ha independizado también del concepto tradicional en que comprador y vendedor transaban y acordaban su negocio frente a frente, lo cual vemos por ejemplo, al comprar por teléfono, o por internet.

Destacamos aquí algunas definiciones que los autores han dado sobre lo que es el mercado:

Hugo Araneda: “Ámbito en que se ajustan centralizada y coordinadamente las ofertas y las demandas de un bien económico”⁸

Paul Samuelson: “Mecanismo en el que los compradores y los vendedores determinan conjuntamente los precios y las cantidades de las mercancías.”⁹

Cristian Larroulet: “Toda institución social en la que bienes y servicios, así como factores productivos, se intercambian libremente.”¹⁰

Podemos concluir que el mercado hoy es un ámbito en el cual bienes, servicios y factores productivos se intercambian libremente, a través de los agentes de mercado quienes se coordinan acordando por un lado, una cantidad, y por otro un precio, para lograr este intercambio.

Revisemos algunos elementos de este concepto:

~~Los~~ **Agentes de Mercado:** Son los sujetos que participan en esta actividad de intercambio que se da en el mercado; interactúan a través de las transacciones que realizan en él. Quienes realizan transacciones relativas a las compras se denominan demandantes y quienes realizan transacciones relativas a las ventas son los oferentes. Los agentes de mercado son, en definitiva, los oferentes y los demandantes; en otras palabras, los vendedores y los compradores respectivamente.

a) Oferentes: Aquellos que ponen determinados productos a disposición de los consumidores. El comportamiento de este conjunto de oferentes dentro del mercado es lo que en microeconomía se denomina *la oferta*.

El comportamiento de la oferta en el mercado está determinado por una serie de factores:

- Precio de los bienes ofrecidos.
- Precio de otros bienes complementarios o sustitutivos, ofrecidos en el mercado.
- Costo de los factores productivos.
- Tecnología.

⁸ ARANEDA, HUGO. “Curso de Economía Política”. Editorial Jurídica de Chile, 1967. pág.367

⁹ SAMUELSON y NORDHAUS, op. cit. Pág. 772

¹⁰ LARROULET, CRISTIAN. op.cit. pág. 57

b) Demandantes: Aquellos que desean lo que se ofrece. El comportamiento de este conjunto de demandantes dentro del mercado es lo que en microeconomía se denomina *la demanda*.

Este comportamiento, a su vez, también está determinado por una serie de factores:

- Precio de lo que se desea adquirir. Existe una relación clara entre el precio de un bien y la cantidad demandada del mismo, la cual se denomina tabla o curva de demanda. La curva de demanda sigue la forma que le otorga la *ley de demanda decreciente*, según la cual, al aumentar el precio de un bien (y manteniendo todos los demás factores constantes¹¹), los compradores tienden a comprar menos; o sea, la cantidad demandada disminuye. Por el contrario, cuando el precio baja (y todos los demás factores permanecen constantes), la cantidad demandada aumenta.
- Ingreso del cual dispone el demandante.
- Sus gustos y preferencias.
- Precio de otros bienes sustitutos o complementarios del bien que se desea adquirir.

Este intercambio entre demandantes y oferentes es siempre indirecto, ya que se realiza a través del dinero, y es precisamente respecto de los términos en que se llevará a cabo ese intercambio indirecto que los agentes de mercado deben coordinarse; actuando para ello como verdaderas fuerzas que se irán coordinando y formando, en esta dinámica, los precios.

~~El~~ **El precio:** Los agentes de mercado interactúan y se coordinan para llegar a un acuerdo acerca del precio de los bienes o servicios, esto es, el número de unidades monetarias necesario para obtener a cambio una unidad del bien o servicio.

La oferta y la demanda determinan el precio, sin embargo él constituye a su vez un factor determinante de la oferta y la demanda, mediante ciertas funciones fundamentales que asume:

¹¹ Principio *Ceteris Paribus*

- a) Constituye información esencial para compradores y vendedores acerca de la valoración de determinados bienes en el mercado.
- b) Transmite señales que llevan a la coordinación de los agentes de mercado, quienes reaccionan de distinta manera según la señal que muestre el precio. De este modo servirá también de incentivo o desincentivo para productores y consumidores.
 - Si el precio sube, se incentiva a venta, la oferta, la producción, pero se desincentiva la compra. En esta situación, se produce el llamado *efecto ingreso*, según el cual las personas no podrán comprar tantos productos como antes lo hacían pues el alza en los precios trae como consecuencia una disminución de la capacidad de su ingreso disponible. Otro efecto que se produce es el *efecto sustitución*, puesto que el aumento del precio de un bien llevará a los consumidores a sustituirlo por un bien similar, pero más barato.
 - Si el precio baja, se incentiva la compra, fomenta el consumo, pero se desincentiva la producción. Lógicamente los productores no querrán participar en una industria si la rentabilidad que obtienen sobre la inversión hecha es demasiado pequeña.

1.2.2. Funcionamiento del Mercado

Para que exista mercado deben aparecer centralizadas y coordinadas las ofertas y las demandas referentes a un bien determinado. En estas condiciones, dentro de un mismo mercado, compradores y vendedores no aceptarán variedad de precios, pues demanda y ofertas están coordinadas y sólo a un precio determinado alcanzan su posición de equilibrio. Este es un precio colectivo para todos los compradores y vendedores admitidos a las transacciones, ya que siendo públicas las transacciones del mercado, los compradores querrán pagar el menor precio posible, y no aceptarán pagar más individualmente; tampoco los vendedores querrán recibir menos en forma individual.

Para entender el funcionamiento del mercado, examinaremos algunos movimientos del mercado:

- a) Arbitraje

Opera en todos los mercados una verdadera interdependencia, que tiende a la uniformidad de los precios en el espacio: los comerciantes reemplazan bienes desde los mercados en que los precios son más bajos hacia los mercados de altos precios.

Así, incrementan la demanda en los mercados de precios bajos y aumentan la oferta en los de precios altos, alzando los precios en los primeros y reduciéndolos en los segundos.

b) Especulación

Existen diferencias temporales de precios, sin embargo la actividad del mercado ejerce un efecto neutralizador: los comerciantes, en busca de una ganancia, compran en los períodos de baja para vender en los períodos de alza, evitando por este medio las grandes fluctuaciones. Aumentan la demanda al comprar, contrarrestando la baja de los precios, y viceversa.

1.3. Clasificación del mercado

El concepto de mercado admite diversas y numerosas clasificaciones; algunas de ellas son:

~~///~~ Según la especie de mercancía que se transa:

- a) Mercados de mercancía específica
- b) Mercados de oferta general

~~///~~ Según el grado de elaboración de los bienes:

- a) Mercados de bienes y servicios finales
- b) Mercados de bienes y servicios intermedios

~~///~~ Según el grado de libertad:

- a) Mercados de precios libres (el precio será determinado por el juego de la oferta y la demanda)
- b) Mercados de precios controlados.

~~///~~ Según cobertura Geográfica:

- a) Nacionales
- b) Internacionales

~~///~~ Según la legislación:

- a) Mercado Formal: Aquel regulado por la autoridad o reconocido por la legislación que apunta a determinadas finalidades. Ej.: Mercado de Valores.

- b) Mercado Informal: Está conformado de aquellos que no están regulados por la autoridad ni reconocidos por la ley, sin ser necesariamente ilegales.

No obstante ser muchas las clasificaciones que podríamos incluir, la que reviste mayor interés para nuestro estudio es aquella que clasifica el mercado según el número de competidores y que da origen a las llamadas Formas de Mercado.

2. ESTRUCTURA DEL MERCADO SEGÚN EL NÚMERO DE COMPETIDORES

Para los economistas clásicos, el concepto de *competencia* estaba en directa relación con el de *rivalidad*: en un mundo en el cual los recursos son escasos, existirá rivalidad entre vendedores y entre compradores. De este modo, la empresa que desarrolle la mejor combinación de factores tales como calidad, cantidad y costos de producción, es la que finalmente sobrevivirá, y las demás deberán seguirla para lograr sobrevivir también.

En la actualidad esta concepción clásica que asocia rivalidad con competencia ha sido abandonada, adoptándose en su lugar la postura que identifica la competencia con las diferentes formas que presentan los mercados.

Nos referimos a la forma o estructura de un mercado para designar forma o manera en que se encuentra organizado un determinado mercado, atendiendo para ello, básicamente, al número de competidores.

DEMANDA? OFERTA ?	UN SOLO COMPRADOR	UNOS POCOS COMPRADORES	MUCHOS COMPRADORES
UN SOLO VENDEDOR	MONOPOLIO BILATERAL	MONOPOLIO PARCIAL	MONOPOLIO
UNOS POCOS VENDEDORES	MONOPSONIO PARCIAL	OLIGOPOLIO BILATERAL	OLIGOPOLIO
MUCHOS VENDEDORES	MONOPSONIO	OLIGOPSONIO	COMPETENCIA PERFECTA

Figura 1. Estructura del Mercado según el número de Competidores.

2.1. Mercado de Competencia Perfecta

2.1.1. Concepto.

Esta forma de mercado suele no darse en la realidad; se trata más bien un modelo ideal cuya utilidad radica en servir de parámetro para comparar el funcionamiento del mercado real con lo que debería ser.

Roger Miller ha definido este modelo como el “mercado en el cual ningún comprador o vendedor individual puede ejercer influencia alguna sobre el precio mediante sus compras o ventas individuales”¹², sin embargo, previo al análisis de la *competencia perfecta* debemos conocer dos presupuestos básicos a considerar en el funcionamiento de este mercado:

- a) Que los agentes de mercado actúan racionalmente con el objeto de maximizar sus beneficios.
- b) Que la empresa se enfrenta a una curva de demanda sobre la cual no tiene influencia; viene dada por el mercado, y que indica las cantidades de productos que los consumidores están dispuestos a comprar a los distintos precios de mercado.

Ahora bien, para encontrarnos frente a un mercado de competencia perfecta, deben cumplirse una serie de condiciones en el mercado:

- 1) Gran número de compradores y vendedores: Debe existir gran número de compradores y vendedores de manera tal que el mayor comprador o vendedor signifique sólo una mínima parte de las cantidades totales compradas y vendidas; además el actuar de estos agentes debe ser independiente.

La conjunción de estos factores trae como consecuencia que ningún agente de mercado será lo suficientemente importante como para que su comportamiento ejerza influencia alguna sobre el precio, y es por esta razón, que vendedores y compradores aceptarán los precios de mercado como un dato externo, dado.

- 2) Homogeneidad del producto: Demandantes y oferentes deben ser indiferentes respecto a quién comprar o vender. Esto implica que el producto sea homogéneo, es decir; que cada unidad de determinado producto sea igual a todas las demás que se

¹² MILLER, ROGER. "Microeconomía". Editorial Mc Graw Hill. 3a. Edición. México 1990. pág. 332-333.

transen en el mercado. De este modo, los compradores podrán elegir entre un gran número de oferentes, todos quienes ofrecen un producto que los compradores perciben como exactamente el mismo.

De no ser así, el oferente que diferenciare su producto tendría un grado de control sobre el mercado, y en consecuencia, podría influir sobre el precio.

- 3) Información Perfecta: Todos los agentes de mercado deben contar con un conocimiento absoluto de las condiciones generales del mercado; conocen sus curvas de demanda y costos; y acerca de la oferta y demanda de mercado.

Los vendedores sabrán qué precio están dispuestos a pagar los compradores y éstos, a su vez, a qué precio los oferentes desean vender. Siendo el mercado transparente, puede predecirse el comportamiento futuro del mercado, y por ende, predecirse el precio de equilibrio del mercado.

- 4) Movilidad de recursos sin restricciones: Las empresas deben tener libertad para entrar o salir de cualquier industria y de forma inmediata ante los incentivos monetarios que se presenten.

Esto significa que las empresas existentes no podrán impedir la aparición de otras nuevas ni habrá prohibiciones legales de apertura o cierre de ellas. En general, no existirá control externo alguno que influya sobre el funcionamiento del mercado creando condiciones artificiales. Existe libertad *de la industria y a la industria*; los recursos pueden movilizarse sin problemas entre usos alternativos y los bienes y servicios deben venderse donde quiera que el precio sea más alto.

Así, vemos que en esta forma de mercado los compradores no necesitarán buscar su mayor conveniencia puesto que el precio será el mismo para toda la industria, que a su vez ofrecerá productos homogéneos; por tanto, podemos inferir que en Competencia Perfecta no hay *rivalidad* entre agentes de mercado, y en consecuencia tampoco habrá publicidad, investigación de mercados, ni diferenciación; sólo existirá competencia impersonal, donde cada empresa tomará sus decisiones independientemente, de acuerdo a la información perfecta de que dispone.

2.1.2. El Precio

En competencia perfecta, la empresa no tiene injerencia sobre el precio; es un dato externo que debe ser aceptado por los agentes de mercado y al cual todos deben adaptarse. Este fenómeno es consecuencia del gran número de participantes del mercado, cuya dispersión impide que sus conductas influyan en el precio.

El precio en esta forma de mercado está dado por la interacción de la oferta de mercado con la demanda de mercado; lo fija el mercado en su conjunto, relegando a los agentes de mercado como entes individuales a ser simples *tomadores de precio* o *price takers* como han sido llamados en la literatura sobre la materia.

De este modo, la industria se verá enfrentada a un precio determinado, cual será a su vez, el precio de equilibrio.

Veamos la siguiente figura para comprender la dinámica del precio:

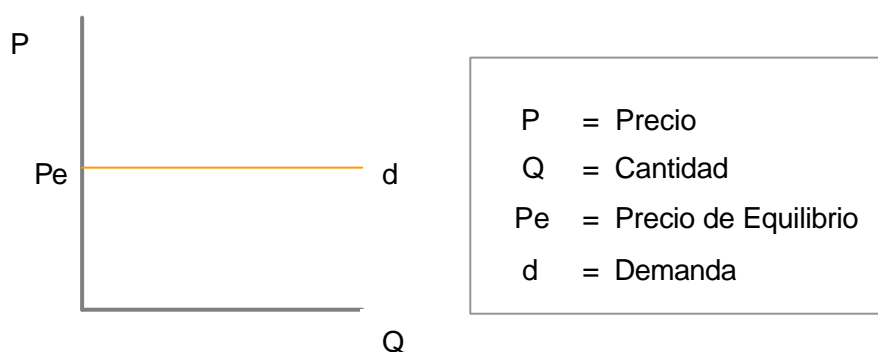


Figura 2. Curva de demanda de la empresa perfectamente competitiva

Un competidor perfecto no podrá fijar un precio superior a Pe , ya que tal conducta no sólo le significará vender 0 unidades, sino que además será seguramente expulsado del mercado por la competencia de los demás productores.

Tampoco podrá fijar un precio inferior a Pe , ya que le implicaría a la empresa no maximizar sus ganancias.

En definitiva, nadie podrá comprar a un precio mayor a Pe ni superior a él; el precio será el mismo para todos. A ese precio dado Pe , la empresa perfectamente competitiva podrá vender todo lo que desee, pues su curva de demanda es horizontal; esto es, perfectamente elástica.

2.1.3. Precio de Equilibrio

Se obtiene a partir de la interacción de la curva de la oferta del mercado con la curva de demanda del mercado, determinando el precio de equilibrio donde se iguala la cantidad que los demandantes quieren comprar con la cantidad que los oferentes desean vender.

Este P_e es predecible gracias a la información perfecta de que goza este mercado; y una vez conocido se mantendrá, ya que los compradores no querrán comprar más caro ni los vendedores vender más barato.

2.1.4. Decisiones de la Empresa perfectamente competitiva

El ingreso total de una empresa se mide en principio por la simple ecuación:

$$P \times Q = IT$$

P = Precio

Q = cantidad

IT = Ingreso Total

Sin embargo, en el caso del mercado perfectamente competitivo, P es un dato externo sobre el cual la empresa carece de influencia, de manera que la empresa tiene como única opción manejar el factor Q para maximizar sus utilidades. El manejo de este factor se basará en la información perfecta que posee la empresa en relación con datos como el P_e y su *Costo marginal*; con ellos la empresa sabrá exactamente cuánto producir teniendo óptimos resultados en el mercado; es decir; vendiendo toda su producción¹³

Este equilibrio supone un nivel máximo de eficiencia, donde no habrá carencia ni despilfarro de recursos.

2.1.5. Utilidades y Eficiencia

¹³ Para estudio detallado de este punto, véase Larroulet y Mochón, op.cit p. 134-123

A pesar de que todas las empresas de la industria están atadas al mismo precio de mercado, no todas tendrán las mismas utilidades. El método de producción, las maquinarias, la logística de cada empresa será diferente, lo cual repercutirá en los costos. Así, a pesar de enfrentar el mismo precio, los costos serán disímiles y por tanto, también lo serán las utilidades que cada empresa obtenga.

Por esta razón, y siempre con el objeto de maximizar sus beneficios, las empresas buscarán minimizar sus costos a través de la mejor utilización de los recursos. Buscarán la mayor eficiencia productiva aplicando nuevas tecnologías, formas de producción mejoradas, etc. Quien logre mejores resultados en esta búsqueda por la eficiencia que significará una baja en los costos, obtendrá una mayor tasa de beneficios.

Y lógicamente, se beneficiará también a la industria y al mercado en general, logrado una mejor asignación de los recursos productivos entre los distintos sectores.

2.2. El Monopolio

Un mercado es imperfecto en la medida que sus participantes tengan capacidad para influir en la determinación del precio.

Tomando en cuenta el criterio anterior, podemos afirmar que el Monopolio es la máxima expresión de imperfección de un mercado, puesto que como señala Samuelson, el monopolio es una “estructura de mercado en la que una única empresa ofrece una mercancía”¹⁴. Así, siendo el oferente uno solo, deberá enfrentarse solo a toda la demanda del mercado, de manera que su curva de demanda es la curva de demanda del mercado.

2.2.1. El Precio

El monopolista tiene un rol determinante en el proceso de determinación del precio.

Señalamos con anterioridad que la curva de demanda del mercado es la curva de demanda del monopolista; pues bien, esta curva de mercado tiene inclinación negativa por tanto la cantidad demandada aumenta a medida que el precio disminuye.

¹⁴ SAMUELSON Y NORDHAUS, op. cit. pág. 773

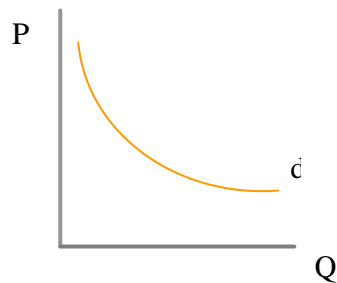


Figura 3. Curva de demanda

del mercado

El monopolista, por tanto, sabe que para vender cierta cantidad de su producción en el mercado, debe determinar un cierto precio: si quiere colocar un volumen superior, debe bajar los precios para que dicho volumen sea absorbido por el mercado; por el contrario, podrá aumentar el precio de su producto reduciendo su propia producción.

2.2.2. Causas u orígenes del monopolio

1) *Control de un factor productivo*: Se trata de una empresa que controla una fuente de materia prima, o insumos necesario para producir los bienes o servicios que se ofrecen en esa industria, o bien las más importantes.

2) *Existencia de patentes*: A través de las patentes de invención y propiedad industrial se otorga un beneficio a quienes han creado un producto como estímulo a la innovación tecnológica. Consiste en conceder al autor el derecho de fabricación exclusiva de su creación durante un lapso determinado. Ello significa otorgar cierto poder monopolístico, toda vez que constituye una barrera de entrada de nuevas empresas a una industria determinada, configurándose para la empresa beneficiada, un período sin competencia.

Sin embargo, la patente protege la invención concreta con sus características únicas y particulares y no impide que los competidores creen un producto sustituto, por tanto hay un lapso de respuesta al monopolio que será en definitiva, el único sin competencia.

3) *Existencia de monopolios legales*: En ciertas industrias o mercados, donde el servicio es masivo y la sociedad lo considera como de primera necesidad, el estado estima más conveniente que un solo productor ofrezca dicho bien o servicio, estableciendo por ley

que la propiedad sea del estado o de un solo particular sometido a una regulación por parte del estado.

4) *Monopolios naturales*: “Empresa o industria cuyo coste medio por unidad de producción disminuye acusadamente en toda la gama de producción. Así, una única empresa puede ofrecer la producción de la industria más eficientemente que muchas empresas.”¹⁵

Este es el caso de algunas industrias que requieren para su desarrollo ciertas características tecnológicas que implican altísimos costos fijos de producción; como lo son por ejemplo las empresas prestadoras de servicios básicos tales como agua y electricidad. Ante esto, sólo es posible obtener beneficios a través de una economía de escala, es decir, produciendo volúmenes elevados para obtener costos medios decrecientes. De esta manera, mientras mayor sea la producción de una empresa, menores serán sus costos medios y por tanto, mayores serán los beneficios.

2.2.3. Efectos económicos del monopolio

En comparación con la competencia perfecta, el monopolio determinará precios de mercado más altos y el nivel de producción será menor; es decir, precios altos y escasez.

¹⁶

Sin embargo, hay quienes ven algunos rasgos positivos en el monopolio, entre ellos Shumpeter, quien afirmaba que el monopolista tenía poder de generar tecnología e innovar debido a su tamaño y sus recursos; además, los demás empresarios, al ver los beneficios obtenidos por el monopolista, buscarán la manera de integrarse a esta industria con innovaciones tecnológicas que permitan abaratar costos y obtener el mismo poder monopolístico que detenta la empresa en cuestión.

2.3. El Oligopolio

2.3.1. Concepto

¹⁵ SAMUELSON Y NORDHAUS, op. cit. pág.773

¹⁶ Véase LARROULET Y MOCHÓN, op. cit. pág. 216-221

Es aquella forma de mercado en el que la mayor parte de las ventas se realiza por pocas empresas, cada una de ellas capaz para influir de manera relevante en el precio de mercado, a través de sus propias conductas.

Existen tantos modelos como situaciones de oligopolios hay, por tanto se estudia el oligopolio a partir de las formas más comunes que existen.

2.3.2. Características

- a) Participan pocos productores, pero no se sabe cuántos; hay que atenerse a las características del mercado para determinar la existencia del oligopolio.
- b) El bien o servicio que se produce puede ser homogéneo o diferenciado (diferenciación por marcas y publicidad). En la mayoría de los casos reales existe oligopolio diferenciado, pues marcas y publicidad son imprescindibles para captar clientes.
- c) Cada oligopolista tiene capacidad para influir de manera relevante sobre las decisiones de sus competidores, así como cada oligopolista tomará sus decisiones influido por sus competidores.

Todo esto deriva en una *interdependencia* entre los productores del mercado, la cual cuenta con ciertas características particulares:

- ✍ Lo que cada empresa haga es absolutamente relevante para las demás: interdependencia mutua y recíproca.
- ✍ Cada empresa intenta predecir la conducta de las otras.
- ✍ La interdependencia se produce por circunstancias técnicas que llevan al oligopolio, sumadas al afán de controlar el mercado.
- ✍ Fruto de estos tres elementos, existe en el mercado un alto grado de incertidumbre: no se sabe cómo reaccionarán los demás. La manera de poner fin a esta incertidumbre es a través de una de estas dos vías: la cooperación o la no cooperación; en otras palabras, la empresa debe tomar la decisión estratégica de coludirse, acordando y planificando estrategias con los competidores, actuando como un monopolio; o no coludirse, optando así por la competencia.

2.3.3. Precio de Equilibrio

El oligopolista le vende a parte importante de la demanda de mercado; si sube sus precios, se irá parte de su clientela y sus ventas bajarán. La función de demanda será decreciente respecto de una parte del mercado, llevando a que el *Punto de Equilibrio*¹⁷ esté donde *Ingreso Marginal = Costo Marginal*; al igual que en el monopolio.

La diferencia con el monopolio está en la mayor dificultad para determinar el Punto de Equilibrio; la empresa oligopólica tiene por objetivo quitarle mercado a las otras empresas, por lo tanto no tiene función de demanda estable.

2.3.4. Rivalidad y Fijación del Precio

Los precios que fijan los oligopolistas en el mercado están absolutamente determinados por las diversas maneras de manifestarse la rivalidad en el oligopolio. Al igual que el monopolista, puede usar como variable estratégica la cantidad de bienes o servicios que ofrecerá o el precio de ellos. Así, hay infinitas soluciones y combinaciones de rivalidad (tantas formas de determinar el precio como oligopolios hayan). Estas soluciones pueden ser de dos tipos:

1.- Colusivas: Colusión es todo acuerdo explícito o tácito entre las empresas de una industria o mercado, determinadas a fijar precios, limitar la producción o rivalidad entre las empresas. Es explícita cuando hay formalización del acuerdo.

La colusión como modo de poner fin a la incertidumbre es negativa, pues acaba con la competencia y deriva en monopolio. Existen una serie de factores que favorecen el nacimiento de estas colusiones:

- a) Número reducido de competidores.
- b) Sistema jurídico propicio a la colusión; es decir, inexistencia de sistema que prohíba y sancione la colusión.
- c) Condiciones que otorguen facilidad para detectar violaciones a los acuerdos por parte de alguna empresa coludita.
- d) Condiciones que permitan la vigencia prolongada de los acuerdos a que se llegue.

¹⁷ Cuando entran en contacto oferentes y demandantes con sus respectivas curvas, ellos se coordinan para llegar a un *punto de equilibrio* con respecto al precio. Así, el punto de equilibrio es aquel en donde la curva de oferta y demanda se interceptan reflejando un solo precio con el cual no habrá escasez ni excedente.

Colusión Expresa o cartel se denomina a una combinación de empresas destinada a limitar la acción de las fuerzas de la competencia mediante el establecimiento de pactos explícitos sobre precios y/o niveles de producción (cuánto producir y a qué precio vender).

Para no sobrepasar la cantidad que el mercado necesita, se asignan cuotas. Sin embargo este objetivo óptimo es difícil de alcanzar pues es complicado calcular la curva de costo marginal de las empresas oligopólicas.

Existe de todos modos un problema inherente a todo cartel: la estabilidad y certidumbre incita a las empresas a aprovecharse para vender más cantidad de la asignada, rompiendo dicha certidumbre. El riesgo está en la reacción de las demás empresas, pues podría producirse una guerra de precios. Para evitar esto, hay otros tipos de cartel que conducen a un resultado cercano al óptimo (soluciones de subóptimo):

- Fijación de precio sin calcular la curva
- Reparto de cuotas menos rígido

En la colusión tácita se trata de llegar al mismo resultado que un cartel pero sin prestar consentimiento alguno, sino a través de conductas implícitas ya que la mayoría de las legislaciones prohíben las colusiones destinadas a limitar la competencia. Hay 2 formas de Oligopolio colusivo tácito:

- a) *Liderazgo de precios*: La guerra de precios genera inestabilidad y lleva a una baja sumamente perjudicial para las empresas; ante esto, ellas consideran correcto seguir al líder: el precio que ésta imponga se mantendrá y habrá utilidades para todos. Sin embargo subsiste el problema de que algunos competidores podrían descolgarse del cartel y bajar los precios, captando clientes.
- b) *Oligopolio de empresa dominante*: Una sola empresa controla un porcentaje elevado del mercado, quedando el resto de él a empresas pequeñas. La empresa dominante impone el precio en el mercado, comportándose como monopolista en su cuota de mercado, cediendo el resto a las empresas pequeñas.

Habrán por tanto 2 curvas de mercado: una para el grupo de empresas pequeñas y otra para la dominante. El precio se mide según el equilibrio que alcance y fije la empresa dominante.

2.- No Colusivas: Es aún más difícil aquí, predecir el comportamiento. Así, el precio podría estar en cualquier punto entre el precio del mercado perfectamente competitivo y el de monopolio. Todo dependerá de las reacciones e interacciones dentro del oligopolio.

Cuando no hay colusión, los oligopolistas, para minimizar la incertidumbre, reducen lo más posible la variación de precios. Así no reaccionan a cambios en el mercado con igual intensidad que una empresa perfectamente competitiva o de modelo colusivo.

En consecuencia, existe tendencia a la estabilidad de los precios por períodos prolongados de tiempo, aún se produzcan cambios en los costos de la empresa y en la demanda.

Si una empresa no coludida sube sus precios, no se le seguirá; simplemente ella en forma aislada perderá ventas. Si baja los precios, los competidores le seguirán para no perder clientes, no obteniendo las utilidades esperadas. Esto supone asimetría; habrá dos curvas de demanda en torno a un precio considerado aceptable: una curva de demanda para las alzas de precio, y otra para las bajas.

2.3.5. Relación concentración – oligopolio

Generalmente en los oligopolios, coexisten empresas grandes y pequeñas. Para entender la conformación de este mercado, es necesario medir el grado de concentración del mismo.

Se llama *grado de concentración* a la influencia en el mercado de los principales vendedores. Generalmente corresponde a la proporción de ventas que representan esos principales vendedores respecto del total de ventas del mercado.

Siguiendo este orden de ideas, entonces mientras menos agentes de mercado participen en esa industria, más concentrado estará el mercado. En efecto, el grado de concentración será una cifra inversamente proporcional; es decir, en general¹⁸, mientras menos competidores participen, mayor será la concentración. De aquí podemos extraer un principio que señala: *A Mayor grado de concentración, más cerca se está del monopolio*, por esta razón es importante medir el nivel de concentración, para lo cual existe un índice: el coeficiente de concentración. El coeficiente de concentración está

¹⁸ Decimos en general, pues puede darse, por ejemplo, que existan muchos competidores y sin embargo una o dos empresas concentren la mayor cantidad de ventas.

determinado por el porcentaje de ventas realizadas por las cuatro mayores empresas del mercado, respecto de total de la industria.

La causa de la concentración es la necesidad de tener tamaños mínimos eficientes, la globalización de los mercados y ciertos condicionamientos tecnológicos que pueden llevar a producir oligopolios naturales.

2.4. La competencia monopolística

Actualmente, las empresas realizan grandes esfuerzos para lograr diferenciar su producto de los demás que participan en esa industria, es decir; de sus competidores. Sin embargo, y a pesar de estos esfuerzos, las amplias posibilidades del mercado permiten que estos productos posean sustitutos más o menos próximos.

Por estas razones, existen muy pocas situaciones de monopolio estricto en los hechos y la forma de mercado más cercana a lo que se vive en la realidad actual es la competencia monopolística.

La competencia monopolística es aquel mercado donde existen muchos vendedores capaces cada uno de ellos de diferenciar su producto del fabricado por sus competidores actuando de hecho como monopolista de su propia marca y enfrentando, en consecuencia, una curva de demanda negativa.

Para que estemos frente a una competencia monopolística debe existir en el mercado un gran número de oferentes (más que en un oligopolio, menos que en competencia perfecta), cada uno de los cuales ha diferenciado su producto ya sea físicamente o por la simple utilización de una marca determinada. No obstante esta diferenciación, los productos deben ser altamente sustitutos entre sí.

Consecuencia del gran número de oferentes, existen pocas posibilidades de colusión o cualquier tipo de acuerdos entre oferentes, de manera que tampoco habrá barreras de entrada o salida del mercado.

Y finalmente, cada oferente enfrentará una curva de demanda negativa, ya que actúa como un pequeño monopolista de su propia marca respecto de su cuota de mercado.

El tamaño de dicha cuota de mercado dependerá de la cantidad de competidores que existan dentro del grupo; del mismo modo la evolución de sus ventas dependerá del comportamiento de tales competidores.

Así por ejemplo, el oferente podría bajar sus precios para aumentar su demanda, sin embargo los competidores reaccionarían rápidamente imitándolo de manera que tal aumento de demanda no se verificará. Por el contrario, de obtenerse utilidades extraordinarias, nuevos competidores ingresarán al mercado absorbiendo una parte de la demanda y produciendo un desplazamiento de la curva de demanda de los empresarios anteriores, hacia la izquierda consecuencia de la disminución de la demanda.

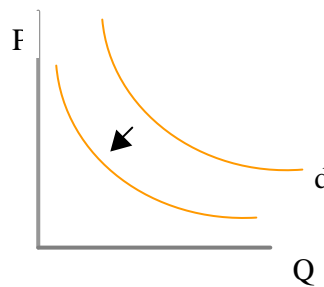


Figura 4. Desplazamiento

de la curva de demanda

Con la disminución de la demanda bajan el precio y la utilidad; así, a largo plazo, desaparecerán las utilidades extraordinarias.

✍ **Equilibrio en Competencia Monopolística**

En el mercado de competencia monopolística, la producción será inferior de aquella que sería posible obtener en forma eficiente con las instalaciones disponibles: la curva de demanda a que se enfrenta cada productor es decreciente por el hecho de monopolizar su marca. Esto se conoce como el “Teorema del exceso de capacidad”. El despilfarro de recursos por exceso de capacidad es el costo de producir productos diferenciados.¹⁹

3. FALLAS DE MERCADO

3.1. Concepto

¹⁹ LARROULET Y MOCHÓN, op. cit. pág 235-237

Un sistema de precios deja de ser eficiente cuando hay fallas en el mercado. Entendemos por falla de mercado “aquella imperfección de un sistema de precios que impide que se asignen eficientemente los recursos”²⁰

Para que el mercado real sea lo más eficiente posible deben cumplirse algunas condiciones, de otra manera el sistema de precios generará una asignación de recursos que no es la óptima. Estas condiciones son:

- a) Que exista mercado para todos los bienes
- b) Que exista un sistema de derecho de propiedad claramente definido; en este caso, nos referimos a derecho de propiedad en un sentido lato, es decir, no sólo al que define el artículo 582 del Código Civil Chileno²¹, sino también a la posibilidad de determinar quién puede tomar una decisión económica respecto de un bien.
- c) Que no exista *Poder de Mercado*; esto es, que ningún agente de mercado tenga influencia en la autoregulación del mercado, en especial en la determinación del precio.
- d) Que no existan efectos externos, o sea, que no se produzcan por el comportamiento de determinados agentes de mercado efectos, positivos o negativos, que afecten a los demás agentes en el mercado cuyo costo no asume aquel agente que los causa.

3.2. Fallas de Mercado más típicas

3.2.1. Monopolios

Aunque esta falla de mercado se refiere a la competencia imperfecta en general; a situaciones de control de mercados, nos remitimos en esta materia, a lo expuesto en el punto 2, puesto que es el monopolio el caso extremo de un mercado imperfecto.

3.2.2. Externalidades

²⁰ SAMUELSON Y NORDHAUS, op. cit. pág. 278-279

²¹ Art. 582.: “El *dominio* (que se llama también *propiedad*) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama *mera o nuda propiedad*”

Existe una externalidad cuando el comportamiento de un agente de mercado produce efectos que influyen en los demás agentes de mercado, de manera tal que el costo o el beneficio económico derivado de esos efectos no es soportado ni asumido por quien lo produce.

- ?? Externalidades con efectos positivos: Por ejemplo, los campeonatos mundiales de fútbol son tremendamente beneficiosos para el comercio de la ciudad, las ventas y los precios de los bienes y servicios que allí se transen aumentarán con motivo del torneo. Sin embargo el éxito de la Copa del Mundo no se verá influido por tales transacciones.
- ?? Externalidades con efectos negativos: El caso típico lo constituye la contaminación, puesto que muchas empresas generan algún tipo de contaminación en su proceso de producción. por ejemplo, una empresa que elimine residuos tóxicos al mar, afectará en forma negativa a la industria turística del lugar; las empresas hoteleras, de restaurantes, y de transporte tendrán bajas en sus ventas y la consecuente disminución de precios por falta de demanda; sin embargo los precios de los productos que fabrica la empresa contaminante serán indiferentes a tales efectos.

3.2.3. Bienes públicos

Son bienes públicos aquellos cuyo consumo por parte de un individuo no reduce ni real ni potencialmente la cantidad disponible de ese mismo bien para otro individuo; no reduce necesariamente el consumo del otro individuo.

Constituye una falla de mercado por cuanto puede suceder que no se ofrezca cantidad alguna del bien de que se trata o bien una cantidad insuficiente. Esta situación es provocada por alguna de dos circunstancias:

- ?? El bien público de que se trata no es excluible o lo es a un costo demasiado alto. Tal es el caso de la salud pública, por ejemplo.
- ?? El consumidor sabe que su propio consumo no disminuirá la cantidad de bien disponible, y en vista de esta situación ofrecerá un precio tan bajo al productor, que éste no podrá cubrir sus costos de producción y preferirá no producir.

3.3. Corrección de las fallas de Mercado

Para cada una de las fallas de mercado que someramente hemos revisado, existen diversas propuestas de corrección. Sin embargo, y lo que interesa para nuestro estudio, es la corrección de la falla ocasionada por los monopolios, a la cual se le ha hecho frente a través de la dictación de normativa antimonopolios y de defensa de la competencia en general, alcanzando en algunos países un gran desarrollo hacia nuestros días.

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1. QUÉ ES LA COMPETENCIA

El concepto de competencia ha estado en constante evolución. Para los autores clásicos, liderados por Smith, competir consistía en *estar en el mercado*. Posteriormente, los neoclásicos acuñaron un nuevo concepto para definir competencia, donde citando a Marshall, competir consistía en la *lucha por el cliente en precio y calidad*.

Es importante entender estos conceptos enmarcados dentro de una premisa fundamental: estos autores construían sus afirmaciones a partir del óptimo *competencia perfecta*, a la cual llamaban también *libre competencia*. Actualmente existe consenso en la doctrina en orden a considerar tal concepto como un modelo teórico carente de sustento en la realidad y, por tanto, irreal desde el punto de vista práctico. Asimismo, como veremos más adelante, el concepto de libre competencia ha adquirido hoy en día una connotación totalmente diferente a la planteada por los clásicos. Más aún; los términos *competencia perfecta*, *competencia imperfecta* y *competencia monopolística* fueron utilizados por primera vez sólo a partir de este siglo, por los autores Robinson y Chamberlin, al girar el estudio de los mercados desde el prisma de la competencia perfecta hacia aquella que realmente existe en el mercado, cual es la competencia imperfecta.²² Con esta nueva perspectiva, la competencia ha sido definida como *“la permanente creación y destrucción de ventajas monopolísticas por la variación del precio o calidad del producto”*²³.

Desde un punto de vista económico, y tomando en consideración los elementos analizados en el Capítulo I, los profesores Guerrero y Bofill han elaborado un concepto de competencia. Como hemos visto con anterioridad, el punto de encuentro entre la función de oferta y demanda determinará el precio y la cantidad de equilibrio; dicha situación de equilibrio es la máxima eficiencia dentro del mercado. Dentro de este mismo cuadro, la interacción del punto de vista de la función de la oferta revela la participación en el mercado de productores que luchan por la venta de sus productos en el mercado. Los

²² BOFFIL, ALVARO. “El abuso de la posición dominante: visión del Derecho comparado y nacional. Proposición de un nuevo texto legal para Chile”. Universidad Católica de Valparaíso, 1991

²³ Apuntes de apoyo para la cátedra de Derecho Económico del profesor Enrique Aimone.

profesores afirman que, en la medida que esta lucha se realice unida a un estadio de libertad para actuar, será libre competencia²⁴.

No obstante la perfección con que aparentemente funciona este sistema, la verdad es que el mercado no puede ser dejado a sus sólo impulso; es por ello que el *laissez – faire* se ha planteado tan sólo como un modelo teórico. En efecto, y siguiendo la frase que el profesor Radoslav De Polo mencionó en su cátedra, “la competencia lleva en sí el germen de su propia destrucción”²⁵. Dicha afirmación no es una premisa, sino una conclusión lógica: dejar al mercado a su solo arbitrio podría llevar a sus agentes a una lucha destructiva por el poder de mercado, la cual incluso podría conducir a la conducta contraria; esto es, a no competir, provocando una alteración sustancial en el sistema de asignación de recursos.

El despilfarro de recursos que produce el monopolio es, lógicamente, poco conveniente para el estado, y consecuencia de ello adopta una actitud de intervención a partir de la regulación, el control y la sanción. Así, el estado ampara la existencia de competencia a través de dos funciones simultáneas y complementarias:

En primer lugar, la función de *regulación* se refiere a la dictación, por parte del estado, de instrucciones y parámetros que sustituyen al mercado absoluta o sustancialmente. La razón de una intervención tan profunda y que poco parece condecirse con un sistema de libre mercado, es poderosa: la presencia de un poder de mercado excesivo o de monopolio en un mercado determinado.

Lo que busca esta normativa es, en definitiva, recrear en el mercado una libre competencia cuando realmente no la hay.

Y en segundo lugar, está la función de control y sanción, la cual por su parte consiste en establecer reglas básicas cuya infracción conlleva una sanción. Dentro de esta función estatal encontramos el Derecho de la Competencia, que busca en este sentido, controlar el mercado a través de la prevención y sanción de conductas que pudieran tener por efecto restringir o limitar la competencia que se espera que exista en un mercado específico.

²⁴ GUERRERO JOSE LUIS, BOFILL ALVARO, “Acerca del concepto constitucional y legal de competencia”. Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso N° XVI, 1995.

²⁵ Apuntes de Clase Derecho Económico I, profesor Radoslav De Polo. Universidad Católica de Valparaíso, 1997

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho de la competencia no es una rama nueva del derecho. Las primeras normas dictadas contra una forma de restricción competitiva (específicamente se trató del *cartel*) fueron las contenidas en la *Loi le chapelier* de 1791, promulgada en Francia durante la época de la revolución francesa. No obstante esta primera aproximación, el verdadero nacimiento del derecho de la competencia como estructura normativa, respecto del cual existió una aplicación sistemática, tuvo lugar con la dictación de la Sherman Act de 1890, la ley antimonopolios de Estados Unidos.

El derecho de la competencia nace como efecto del momento económico que se vivía a fines del S. XIX, donde Estados Unidos comienza a ser la cuna de grandes emprendimientos económicos que llevaron a la conformación de grandes empresas cuyo espíritu progresivo amenazaba con la desaparición de los competidores y el consecuente perjuicio de los consumidores. En respuesta a esta situación son dictadas en Estados Unidos las leyes *Antitrust* Sherman, Clayton, Webb Pomerene, Robinson Patman, Celler – Kefauver versus fusiones etc.

En el continente europeo, el derecho de la competencia nace como cuerpo normativo de aplicación sistemática sólo a fines de la década del cincuenta, diez años antes que el primer país de Latinoamérica hiciera lo propio en materia de legislación antimonopolio. Dicho primer país fue Chile.

Sin embargo, la historia de la regulación no ha sido estática. En efecto, y siguiendo al profesor Sapelli²⁶, quien asegura que la tendencia actual –de la cual él es férreo defensor- es la desregulación, podemos afirmar que la historia de la legislación antimonopolio ha pasado por diversas etapas con diferentes matices.

En una primera etapa, hasta principios de los sesenta, la teoría más aceptada era la *Teoría del Interés Público*; esta corriente postulaba que el objetivo de la regulación consistía en favorecer el interés público y maximizar el bienestar. De este modo, la intervención estatal se producirá cuando los mercados manifiesten fallas, como una manera de aumentar el bienestar.

Esta teoría sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que muchas veces las supuestas soluciones presentan costos; es decir, la regulación implementada en

²⁶ CLAUDIO SAPELLI, “Regulación o Competencia”, Revista Administración y Economía UC N° 42. 2000.

principio para lograr un bienestar general podría traducirse en altos costos que en definitiva conduzcan a una situación peor a la inicial.

Por otro lado, los detractores de esta teoría han señalado también, que el sistema político no es perfecto, siendo imposible impedir que grupos de interés interfieran en el proceso regulatorio.

En este sentido es que se plantea la siguiente etapa: la *Teoría de la Captura*. Quienes la postulan señalan que las entidades reguladoras son capturadas por aquellos a quienes supuestamente regulan, y en consecuencia, la regulación no tendría por objetivo el interés público sino, por el contrario, el interés privado.

Esta teoría fue abandonada ya que se encontraron múltiples ejemplos que contrastaron lo que ésta planteaba, lo cual la inhabilitó para considerarse una teoría general.

La tercera corriente es la denominada *Teoría Económica de la Regulación*. La premisa fundamental de esta teoría es que los grupos de interés desean que los reguladores distribuyan el ingreso de otros grupos a ellos; y para lograrlo, estos grupos compiten ofreciendo apoyo político a cambio de legislación que los favorezca. En suma, la regulación resulta de la interacción entre grupos de presión, legisladores y reguladores, y podemos intuir entonces, a modo de corolario, que en este escenario la regulación favorecerá a los grupos bien organizados en desmedro de los mal organizados.

A través de esta teoría, podemos concluir que el objetivo de la regulación no es siempre el interés público; por el contrario, muchas veces primará el interés privado dadas las condiciones y razones que hemos expuesto.

El profesor Sapelli, atendiendo a lo analizado, adhiere a la desregulación. Plantea que si bien pueden existir fallas en el mercado, el estado debería dejar al propio mercado la solución de ellas, ya que su intervención a través de la regulación podría generar costos directos o indirectos mayores a aquellos producidos por las fallas de mercado, afectando al bienestar; al interés público.

~~de~~ **Actuales corrientes de pensamiento crítico frente al Derecho de la Competencia²⁷**

²⁷ DÍEZ ESTELLA, FERNANDO. ‘Los objetivos del derecho antitrust’ Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia N° 224.

Para un amplio sector de la doctrina, el derecho de la competencia debe ser reformulado profundamente, o bien, simplemente desaparecer. A continuación examinaremos las principales posturas doctrinales modernas en relación con este tema:

a) La Teoría de la ventaja competitiva²⁸: Esta teoría se construye sobre la base de tres conceptos. El primero, ventaja competitiva, que significa la ventaja relativa al coste de la siguiente mejor alternativa. Luego, los conceptos extraídos de las ciencias sociales: falso positivo y falso negativo.

Si se condena erróneamente como abusiva una práctica comercial eficiente y beneficiosa para los consumidores, de manera que ellos se encontrarían en mejor posición si el juez hubiese tomado otra decisión, se trata de un falso positivo. Será, por el contrario, falso negativo, el caso en que se decrete erróneamente la legalidad de una práctica que también es beneficiosa para los consumidores.

En síntesis, esta postura sostiene que el derecho antitrust el mejor que el solo mercado como regulador cuando los procesos legales son rápidos, los falsos positivos no son frecuentes o bien es posible enmendarlos con facilidad, y cuando los mercados tardan en reaccionar para corregir los falsos negativos.

b) Teoría de la Elección Pública²⁹: Esta teoría critica duramente el derecho antitrust en su origen, afirmando que en 1890, fecha en que fue dictada la Sherman Act, no había problema de trust alguno que mereciera la dictación de una ley, por el contrario; participaban del mercado grandes empresas cuya eficiencia en los procesos productivos les permitía aumentar la producción y disminuir los precios.

Es por esta razón los sostenedores de esta teoría afirman que para lo único que sirve esta legislación es para proteger intereses particulares de determinados lobby, pretendiendo extender así su influencia hasta las mismas relaciones privadas entre comprador y vendedor.

c) Crítica a la existencia misma del Derecho de la Competencia: Una de las críticas más potentes en este sentido es aquella que ataca el derecho antitrust como disciplina jurídica

²⁸ EASTERBROOK, F.H., "Does antitrust have a comparative advantage?", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23, Otoño 1999.

²⁹ GRAGLIA, L.A., "Is Antitrust Obsolete?", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23 Otoño 1999.

afirmando que en la actualidad, ninguna teoría económica sólida puede distinguir con certeza entre una conducta competitiva y una anticompetitiva.

Además, sostienen que esta normativa restringe la libertad individual y el derecho a decidir en qué condiciones negociar, principio básico en el derecho privado; no conducen a ganancia alguna en términos de eficiencia; consecuencia de ello perjudican a los consumidores, y provocan que los empresarios estén más preocupados de obtener apoyos en el gobierno y los organismos reguladores que en lograr éxito en el mercado.

2.1. Ventajas y Desventajas de la Competencia

Si bien hemos revisado algunas posturas acerca de la regulación antimonopolios, no hemos explicado en definitiva, por qué el estado quiere proteger la competencia a través de su herramienta cual es la regulación, el derecho de la competencia.

La legislación antimonopolios busca proteger la competencia toda vez que ella ha sido señalada por la mayoría de la doctrina como beneficiosa y necesaria para el buen funcionamiento del mercado. Al respecto también hay quienes opinan que la competencia no siempre es beneficiosa, señalando desventajas ligadas a ella.

Como las principales ventajas, la doctrina ha señalado las siguientes³⁰:

- A través de la competencia es posible obtener la asignación eficiente de los recursos en el mercado, evitando el despilfarro que según concluimos en el capítulo I, conlleva el monopolio.
- La competencia entre los agentes lleva a una dinámica que activa el desarrollo económico; aumentando capitales, creando nuevos negocios y nuevas formas de negocio, otorgando empleos, etc.
- La existencia de competencia ayuda a controlar la inflación, un temido elemento en macroeconomía, toda vez que la falta de competencia produce un aumento de los precios.
- Un buen funcionamiento de la competencia favorecerá la distribución de la riqueza, ya que con ella tiende a producirse una igualdad entre los competidores, y por tanto un reparto de los beneficios del mercado.

³⁰ Apuntes profesor De Polo, op. cit.

- Sustituye el poder de mercado elevado por las fuerzas del mercado. El mercado no será dominado por una agente que concentra el poder y que podría llevar a una asignación ineficiente de recursos, sino por las fuerzas de todos los agentes de mercados, quienes conjuntamente efectúan sus presiones para dar forma y movimiento al mercado.
- La permanente lucha por el cliente lleva a los agentes de mercado a invertir en investigación y desarrollo para mejorar el producto o servicio ofrecido, favoreciendo la innovación tecnológica.

Asimismo, hay quienes afirman que la competencia también presenta desventajas:

- Porque, tal como señaláramos al principio de este capítulo, la competencia dejada a su solo arbitrio puede llevar a la conducta contraria, cual es no competir.
- La competencia puede producir efectos perjudiciales en ámbitos como la salud, educación, defensa, etc. Podemos dar como ejemplo el caso de la educación superior, en que existe un exceso de establecimientos que en la búsqueda de una ventaja competitiva frente a los demás han dado origen a amplias y preocupantes diferencias en cuanto a la calidad de la educación recibida y, en consecuencia, de la calidad de profesionales que se titulan cada año.
- El exceso de competencia también puede llegar a afectar la calidad de los servicios, así como aspectos de seguridad. Para vender más volúmenes, captar más clientes las empresas podrían reducir costos en detrimento de la calidad o aun en seguridad, cuando ella se requiera y demande un gran gasto.
- En una dinámica de competencia y rivalidad intensas, puede llegar a producirse una *guerra de precios*, en la cual cada empresa o tienda comercial disminuye sus precios como reacción a la baja de precios de su competidor, de modo de no perder clientes que podrían ser captados por los bajos precios. Estas conductas podrían conformar un círculo vicioso cada vez más dañino para los agentes económicos, alcanzando precios bajo el costo que menoscaban a los participantes del mercado, pudiendo incluso destruir una industria.
- Quienes defienden la Competencia la señalan como un medio para lograr mejores precios que beneficien a los consumidores. Sin embargo, hay quienes aseveran que la competencia también influye en los precios, a través de dos actividades ligadas con ella. En primer lugar, por los gastos en publicidad y en general, esfuerzos de

marketing que las empresas deben efectuar para obtener mejores resultados en la lucha por el cliente. Consecuencia de tal actividad, los costos aumentan lo cual repercute en los precios al consumidor. Y por otra parte, ante la variada oferta, se genera un *costo de shopping o de vitrineo* para el consumidor, quien debe realizar un esfuerzo económico para comparar las cualidades de los diversos competidores antes de adquirir un producto. Ello significará finalmente un mayor desembolso por compra efectuada.

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Existe amplia discusión acerca del bien jurídico protegido por el derecho de la competencia; es un hecho admitido por toda la doctrina del tema la falta de consenso en orden a determinar cuáles son los objetivos de la legislación antimonopolios.

Diversas escuelas han dado lugar a múltiples corrientes, cada una proponiendo un bien jurídico particular y con características propias.

Las tendencias más importantes en esta materia son las doctrinas de la Escuela de Harvard y la Escuela de Chicago, siendo importante también señalar el concepto de *competencia eficaz* de J. M. Clark, así como distinguir entre fin único o fines múltiples para la legislación antimonopolio.

Durante los años sesenta y setenta, la doctrina predominante era la sostenida por la Escuela de Harvard, a través de su Teoría de la Organización Industrial, entre cuyos principales exponentes encontramos a los profesores Mason y Bain.³¹

Esta doctrina ha postulado la existencia del denominado *paradigma estructura – conducta – resultado*, según el cual la estructura de los mercados influye sobre la conducta de sus actores y en consecuencia, afecta al mercado. En otros términos; tenemos que la estructura estaría definida por el número y tamaño de las empresas participantes, por la facilidad de entrada y las relaciones de las empresas con sus proveedores o distribuidores. Según las características que posea esta estructura, la conducta de los actores podrá determinar efectos sobre la competencia. Así, siguiendo la lógica de esta postura, la concentración de mercado, así como cualquier medida que la

³¹ BARCIA, RODRIGO. ‘De la Competencia y de la Concentración de la Empresa’. Revista *Ius et Praxis* Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Talca, Chile. 2001

facilitara, debería ser castigada *per se*; bastando probar su existencia con índices cuantitativos para condenar a una empresa.

No obstante la aceptación que esta postura tuvo durante los años sesenta, también ha sido objeto de fuertes críticas por parte de los exponentes de la Escuela de Chicago, quienes señalan que por ejemplo, ella no considera las ganancias de eficiencia que puede significar un proceso de concentración, lo cual queda claramente ilustrado en el caso de las economías de escala. Si una empresa que producto de una operación de concentración ha logrado trabajar con economía de escala fuera obligada a desconcentrarse, aumentaría sus costos de producción y por tanto los precios, perjudicando al consumidor y el bienestar social.³²

Ya durante los años setenta, la doctrina de la Escuela de Chicago fue cobrando fuerza³³. Para esta escuela, que diverge claramente de la postura del paradigma, la libre competencia es “un *statu quo* en el que el bienestar del consumidor no es mejorable a través de una orden judicial que lleve a cambiar las cosas hacia otra situación”³⁴. En esta concepción, el bienestar del consumidor se maximiza a través de la eficiencia económica, y en consecuencia, cualquier actividad que tenga por efecto la reducción del volumen del producto final será económicamente ineficiente, perjudicial para el consumidor y por tanto, deberá ser perseguida por la legislación antimonopolio.

Respecto del objetivo de esta normativa, Posner asegura que “la competencia ha de entenderse como la manifestación del bienestar del consumidor, o si lo prefiere, eficiencia económica”³⁵. Esto nos lleva a concluir que para la Escuela de Chicago, el objetivo del derecho antitrust es la máxima eficiencia económica que nos lleve al mayor nivel de riqueza posible. De este modo, la distribución de esa riqueza, o en general, la consecución de cualquier otro objetivo de índole no económico es objeto de otras leyes diferentes a las leyes antimonopolio.

En este punto es donde nos encontramos con otras perspectivas acerca de la finalidad de la legislación antimonopolio. Siguiendo la doctrina de la Escuela de Chicago, la finalidad de la legislación antimonopolio debería ser única, tal como se ha explicado, y

³² ARTANA, DANIEL. “Defensa de la Competencia”. Documento de trabajo N°44, Biblioteca Virtual Indecopi 1995

³³ En Chile esta escuela ha sido de notable importancia puesto que con la llegada del gobierno militar, la reconstrucción de la economía fue encargada a jóvenes profesionales, muchos de los cuales fueron estudiantes de la Escuela de Chicago, y que fueron conocidos en nuestro país como los “Chicago Boys”.

³⁴ BORK, R.H., “The Antitrust Paradox”, Editions Free Press, Nueva York, 1983.

³⁵ POSNER, R.A., “Antitrust Law. An Economic Perspective” The University of Chicago Press, 1976.

no múltiple, como muchas veces se ha intentado establecer a través de la normativa, contemplando consideraciones en relación con la protección de la equidad en el mercado u otros objetivos macroeconómicos. Afirman que legislación antimonopolio no es el instrumento adecuado para solucionar las fallas de mercado. Así por ejemplo, proteger a las pequeñas empresas podría llevar a penalizar prácticas que reducen costos globales; un mercado puede estar concentrado simplemente porque las firmas más grandes son más eficientes, y un mayor número de empresas redundaría en mayores costos. Tampoco sería saludable usar la legislación como forma de promoción regional o sectorial. Esto generaría costos actuales para lograr una eventual ganancia en el futuro. Sin embargo esta ganancia, como hemos señalado, es eventual; y podemos al respecto citar un ejemplo de fracaso en la aplicación de esta política, cual es el caso de la producción de acero en varios países europeos, que fue subsidiada en la década del ochenta para evitar su reestructuración a la espera de mejores condiciones. En este tema, quince años después se mantenía el mismo problema de producción ineficiente que exige subsidios permanentes.³⁶

Poner la legislación antimonopolio al servicio de otros objetivos diferentes al objetivo único que plantea la doctrina de Chicago, sería perjudicial; además existen para cumplir los objetivos de equidad, otros instrumentos de política económica. De la extensión de sus críticas a la multiplicidad de objetivos, esta escuela propone además que deberían eliminarse ciertos mecanismos de protección para-arancelaria, incluso los antidumping, considerándolos meras excusas proteccionistas.

De entre los objetivos múltiples que han sido planteados por una parte de la doctrina, aquel que se erige con mayor fuerza es la protección de los intereses de los pequeños comerciantes o pequeños negocios. Esto ha sido denominado por la doctrina contraria como la protección de los competidores en vez de la competencia. Paradojalmente es en Estados Unidos, país cuya política de competencia sigue la Escuela de Chicago, donde existe una legislación especial sobre la materia: la ley reguladora de la discriminación de precios *Robinson Patman Act*.

Esta ley nació como una respuesta del movimiento contrario al poderío económico de las cadenas supermercadistas, quienes utilizaban su poder para lograr de sus proveedores precios más bajos que los que pudieran obtener los pequeños mayoristas y

³⁶ ARTANA, DANIEL. Op. cit.

minoristas. Sin embargo, y debido a la tradición economicista de este país, dicha ley ha recibido constantemente las críticas de la doctrina nacional e incluso de la misma jurisprudencia. Quienes la critican señalan que ella no consigue una mejora competitiva ni del bienestar del consumidor, sino simplemente proteger al pequeño comerciante frente a las grandes cadenas, lo que en muchas ocasiones significaría proteger al ineficiente a expensas del eficiente.

☞ Manifestación de dos posturas diferentes frente a la multiplicidad de objetivos: Derecho Antitrust Norteamericano y Competition Policy de la Unión Europea³⁷

Pese a que en 1909 fue promulgada en Alemania la Ley de competencia desleal, caracterizada por un marcado carácter jurídico privado, donde primaba la tutela individual sobre la general y la llamada “neutralidad político – económica” que significaba la protección de los intereses comerciales de los empresarios como una cuestión ajena a las problemáticas de orden público económico, la verdad es que desde la década del 30 el derecho de la competencia ha sido entendido en Europa como una disciplina que también tiene una función social. Esta nueva visión queda plasmada con la dictación en 1957 de la Ley de defensa de la competencia alemana, la cual recoge tanto el derecho de la competencia como la competencia desleal en una sola unidad sistemática con el objetivo común de asegurar el buen funcionamiento del mercado.

Según el profesor Fikentscher de la Escuela de Friburgo, existe una triple función del derecho de la competencia: una función político – jurídica, en que el bien protegido es la igualdad de condiciones en el mercado; una función político – económica, de acuerdo a la cual tutela la justicia de las relaciones comerciales; y una función político – social, para velar por la distribución equitativa de los bienes y posibilidades para todos los ciudadanos.³⁸ Esta idea en general ha sido seguida por la legislación antimonopolio europea, considerando en su regulación criterios de carácter social y político.

En Europa existe la confianza en el intervencionismo de los gobiernos ante los problemas que presente el mercado, temiendo que una vez que un monopolio se implanta, éste durará para siempre.

³⁷ DÍEZ ESTELLA, FERNANDO, Op. cit.

³⁸ FIKENTSCHER, W., “Las tres funciones del control de la economía”, Revista de Derecho Mercantil, N° 172-173, 1984.

De este modo, hoy es universalmente admitido que los fines de la política de competencia de la Unión Europea son económicos, sociales y políticos; ello principalmente incentivado por la finalidad de integración en un mercado único. En efecto, es necesario para lograr el objetivo de la Unión Europea, que las políticas económicas de los estados miembros converjan, que sea posible elevar el nivel de vida de los estados menos desarrollados, globalizar los mercados, consolidar las garantías individuales y, por cierto, poder crecer como economía para poder competir de igual a igual frente a Estados Unidos.

No sería posible seguir en Europa la doctrina de la Escuela de Chicago, toda vez que ella presupone un mercado único e integrado, y ese es un objetivo al cual el continente está encaminado.

En Estados Unidos la situación es diametralmente diferente. Pese a que The Sherman Act, (principal cuerpo normativo antitrust norteamericano, está íntimamente ligado a la creencia jeffersoniana de que los monopolios son incompatibles con la tradición democrática de los Estados Unidos.³⁹) ha dado pie para un extenso debate acerca de sus fines y objetivos, que muchos plantean como múltiples, la verdad es que al menos desde 1970 uno de los principales criterios – tal vez el único - que ha fundamentado la política legislativa y judicial ha sido la eficiencia asignativa.

Aún más; el derecho antitrust norteamericano se ha mostrado reacio a otorgar a los jueces facultad para evaluar la eficiencia, toda vez que se cree que el mercado por sí mismo, a través de sus fuerzas, es quien tiene la capacidad para cumplir tal función, pudiendo incluso llegar a destruir los monopolios (salvo cuando ellos impliquen una mayor eficiencia asignativa).

J.M. Clarck y la competencia eficiente o *workable competition*

Una postura diferente es la sostenida por J. M. Clark: el criterio de la competencia eficiente. Esta postura plantea que el bien jurídico protegido en la legislación antimonopolio es la competencia. Sin embargo, y tal como hemos comentado a través de este estudio, no existe una definición única de competencia. En consecuencia cabe preguntarse qué competencia es la que debe proteger el derecho.

³⁹ ZAMORA CABOT, “Algunas claves actuales del derecho Antitrust de los Estados Unidos”, Revista de Derecho Mercantil, N° 181 - 183

En el punto anterior analizamos los grandes beneficios que trae la existencia de competencia en el mercado; siguiendo este orden de ideas podemos concluir que lo deseable es entonces, lograr el máximo nivel de competencia en el mercado. Este nivel máximo de competencia se puede traducir, teóricamente, en el óptimo que analizáramos en el capítulo I; la *competencia perfecta*. Sin embargo, hemos visto a su vez, que tal modelo es sólo un óptimo ideal que poco tiene que ver con la realidad. Frente a esto, y para dar una solución a esta problemática, Clark ha planteado tener por objetivo un sub óptimo genérico; es decir, un concepto independiente de la forma de mercado que se trate. Nace de esta manera el concepto de *workable competition market*, cuya traducción al español nos deja el término *Competencia Eficiente*.⁴⁰

Se ha definido la competencia eficiente como aquella situación de mercado que genera el mayor número posible de efectos que son propios de la competencia perfecta. Lo que se busca en definitiva es obtener lo máximo posible de una competencia perfecta, atendiendo a las circunstancias propias de cada caso, pues como hemos señalado, la competencia eficiente es un concepto aplicable a todas las formas de mercado.

De esta manera, las normas que conformen el derecho de la competencia no sólo se aplican en forma general y abstracta, como es propio de la ley, sino además de forma dinámica y flexible, toda vez que permiten al juez revisar en cada caso si el bien jurídico tutelado es vulnerado o no.

Por otro lado, y siguiendo la misma idea, la tipificación de conductas también se debe hacer en términos amplios, de manera de permitir al juez determinar en qué casos la conducta realmente atenta contra la competencia que se espera. Esto es lo que se ha denominado en doctrina, el uso de la *regla de la razón*, que se contrapone lógicamente a aquella que señaláramos para la doctrina de Harvard, cual es la interpretación *per se*.

3. RESTRICCIONES COMPETITIVAS

3.1. Concepto y Clasificación

⁴⁰ CLARK, JHON M., "*Toward a concept of workable competition*", *American Economic Review*. 1940

En doctrina se han logrado establecer qué conductas conforman restricciones a la competencia, aunque dependerá de la teoría que siga cada legislación frente a la definición del bien jurídico protegido si ellas serán sancionadas o no.

Siguiendo el concepto dado en clase por el profesor Radoslav De Polo, es restricción competitiva “aquel hecho, acto, situación o estructura que conciente o inconscientemente tenga por efecto o pueda tener por efecto restringir, alterar, falsear, eliminar, o terminar la competencia en el mercado”.

Aunque existen varios criterios para clasificar las restricciones competitivas, usaremos el criterio *sujetos*.



Figura 5: Clasificación de las Restricciones Competitivas atendiendo al Sujeto.

~~3.1~~ Conductas

3.1.1. Los Acuerdos

Los acuerdos pueden definirse como “toda concurrencia de voluntad expresa o tácita cuyo objeto sea el de producir en el mercado condiciones diferentes de las que se darían en situación de competencia eficiente”.

Existen en principio tres tipos de acuerdo:

- a) Entre empresas, para no competir o competir menos.
- b) Decisiones de asociación de empresas: son acuerdos tomados en el seno de una asociación empresarial, cuyo objetivo es restringir la competencia entre sus empresas, o entre éstas y otras.
- c) Prácticas concertadas: esta es una figura curiosa, puesto que no se trata de una conducta en sí. En efecto, se trata de una pauta que permite imputar determinada conducta a determinada empresa a partir de hechos o indicios que permitan

presumir la existencia de un acuerdo. La legislación antimonopolio ha creado este sistema de presunción para los casos en que exista un acuerdo que no se pueda probar, pasando a ser probado por un hecho material.

Los acuerdos además se clasifican según la posición de sus partícipes. Para ello hay que tener presente el esquema del proceso de producción y comercialización de los bienes y servicios; la naturaleza del acuerdo estará determinada por la dirección en que se produce el flujo de actividad.

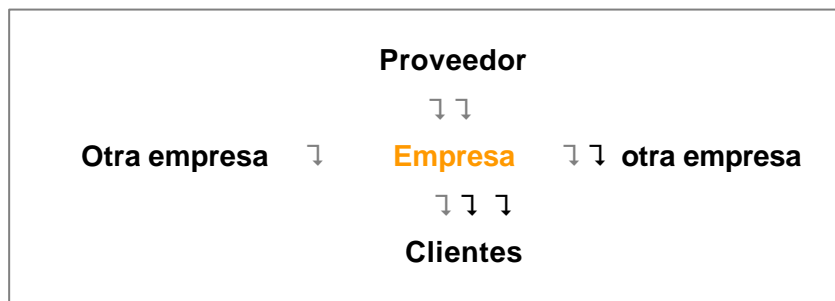


Figura 6: Esquema del proceso de producción y comercialización de bienes y servicios.

Teniendo presente este esquema, podemos clasificar los acuerdos en *horizontales* y *verticales*; son horizontales aquellos que se celebran entre empresas competidoras, situadas en un mismo nivel de la cadena de producción y distribución. A su vez, serán verticales aquellos realizados entre empresas y agentes de mercado situados en diferentes eslabones de la cadena. Por ejemplo, un acuerdo entre una empresa de zapatos y su proveedor de cordones.

Por regla general, la legislación antimonopolio considera más graves los acuerdos horizontales que los verticales. Aunque tal como ya señalamos, es posible que ni aquellos sean sancionados si no se consideran dañinos en relación con el bien jurídico protegido por la normativa.

Algunos acuerdos horizontales son:

- Fijación de precios
- Reparto de cuotas de mercado

- Reparto geográfico del mercado
- Compra en común
- Discriminación colectiva o boicot
- Acuerdos de investigación y desarrollo
- Empresas comunes

Y entre los acuerdos verticales, los más comunes son:

- Contratos de distribución
- Contrato de franquicias
- Licencia de propiedad comercial e industrial
- Fijación de precios de reventa.

Ante lo que hemos expuesto, y también para considerar lo que viene en adelante, es necesario entender que el término *empresa* en legislación antimonopolio es asimilado a agente de mercado en general. Los sujetos activos de un acuerdo son empresas. La jurisprudencia ha señalado en reiteradas oportunidades que el concepto de empresa utilizado en derecho de la competencia es mucho más amplio y se confunde con el de agente de mercado.

3.1.2. Abuso de Posición Dominante

El abuso de posición dominante es, en general, una conducta individual de una empresa, aunque también se sanciona el abuso de posición dominante conjunto. La conducta cuestionada consiste en intentar mantener la posición privilegiada en el mercado, alterando las condiciones de entrada para dificultar el acceso de nuevos competidores por medios diversos a la eficiencia o innovación tecnológica.

Lo determinante de la existencia del abuso de posición dominante, es entonces, la concurrencia de dos requisitos copulativos:

- 1) La existencia de una empresa con alto grado de poder de mercado; esto es, que sea capaz de actuar sin respecto de determinados competidores.
- 2) Que tal empresa ejerza un abuso en beneficio propio.

Siguiendo esta misma idea, Mónica Salamanca define el abuso de posición dominante como “la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de bienes o servicios o de determinado grupo de bienes o servicios.

Bajo esta denominación se engloban prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en las que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia”⁴¹

En definitiva lo que se sanciona no es la posición dominante en sí, puesto que ella pudo haber sido alcanzada por medios lícitos. Además, como planteamos al principio de este capítulo, el mercado en el que nos encontramos no es de competencia perfecta, y por tanto es posible la existencia de estas imperfecciones en él. Lo que se sanciona no es la estructura, la posición dominante, sino la conducta; el abuso de la estructura.

Teniendo perfilados los elementos que conforman el abuso de posición dominante en forma teórica, el segundo paso es determinar en la realidad, la existencia de éstos.

En relación con la existencia de una empresa con alto poder de mercado, nos referimos a aquella que se encuentra en condiciones de poder actuar como si fuera un monopolio. Desde esta perspectiva, el poder de mercado es el poder de influencia sobre el precio.

Sin embargo, es difícil establecer cuándo existe posición dominante respecto de una empresa; hay que estar a una serie de factores⁴²:

En primer lugar, se debe determinar de qué mercado se trata y cuál es el *mercado relevante* en que ella actúa. Para determinarlo se deben analizar tres elementos⁴³:

a) **Espacio geográfico:** Lugar, ciudad región o país en donde compiten los agentes; área en que las condiciones de competencia aplicables al producto o servicio de que se trate sean iguales para todos los participantes. El mercado geográfico relevante se mide a partir del grado de *accesibilidad*, ya sea a las materias primas, ya sea de los clientes al producto.

b) **Tipo de producto:** Es necesario determinar el producto o servicio de que se trata. En ocasiones ello presenta dificultad, puesto que si bien hay empresas que compiten con un producto idéntico, hay otras que compiten con bienes distintos, pero que cubren la misma necesidad. Para solucionar esta problemática, la doctrina ha creado el

⁴¹ SALAMANCA, MONICA. “El abuso de posición dominante y practicas verticales”, documento de la Fiscalía Nacional Económica

⁴² La ley de defensa de la competencia de la República Federal Alemana en cambio, consagra como criterios de determinación de la posición dominante la participación de la empresa en el mercado, su poder financiero, su acceso a mercados de insumo o de oferta, sus vinculaciones con otras empresas y la existencia de barreras legales o de ingreso de otros competidores al mercado.

⁴³ EDUARDO ELGUETA, “Abuso de posición dominante en el DL 211”, Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 2001

criterio de la *sustituibilidad de la demanda*⁴⁴. A través de esta teoría es posible determinar qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precios y atributos para ser considerados sustitutos por los consumidores.

c) Criterio temporal: La observación debe circunscribirse a un período de tiempo determinado, puesto que la sustituibilidad de los productos es un elemento dinámico toda vez que se trata de las preferencias de los consumidores, y por lo tanto puede ir cambiando.

En segundo lugar, hay que observar otros elementos que configuran la posición de dominio:

- ~~✍~~ Estructura del mercado: Al existir mayor concentración en la oferta o demanda, mayor es la posibilidad de que exista una empresa con posición dominante. Se trata de una posición dominante no sólo en el caso del monopolio, sino también cuando el porcentaje de participación de una empresa en el mercado sea desproporcionada en relación con los demás competidores.
- ~~✍~~ Comportamiento de los integrantes del mercado: Se trata de observar el comportamiento de los competidores; si las empresas que constituyen un mercado toman decisiones diferentes a las que habrían tomado en condiciones de mercado totalmente competitivas, es un indicio de existencia de posición dominante.
- ~~✍~~ Resultados de la empresa: Si una empresa obtiene utilidades significativamente superiores a las que obtienen las empresas competidoras y esto sea persistente en el tiempo, es un síntoma de existencia de barreras de entrada en dicha industria, puesto que si hay tantas ganancias en ella, lo normal es que la reacción sea de interés por ingresar a ese mercado.

La adquisición de la posición dominante puede producirse por varias razones. Por ejemplo, si una empresa tiene capacidad para diferenciarse; también puede ser consecuencia la integración vertical u horizontal de la empresa, estructuras que conllevan a una mayor concentración en el mercado⁴⁵.

⁴⁴ La sustituibilidad de la demanda viene dada por la elasticidad cruzada de la demanda.

⁴⁵ Respecto a este punto, la doctrina ha señalado que los casos de integración vertical no serían restrictivos de la libre competencia porque las firmas que participan no tienen el carácter de competidoras entre sí; además, que una empresa se integre verticalmente no implica necesariamente incrementos de rentabilidad, ya que los costos de oportunidad de los insumos serían los mismos.

Mención especial en esta materia merecen las *barreras de entrada*. Según la opinión de Mónica Salamanca, uno de los principales criterios que tener en cuenta para el análisis de la existencia de posición dominante es el estudio de las barreras de entrada en el mercado relevante en cuestión.

Al respecto, haremos una relación con la teoría de las fuerzas competitivas planteada por Michael Porter⁴⁶. Las empresas en general, deben adaptarse al entorno y lograr una buena posición en el mercado; ello se logra a través de una estrategia. El procedimiento estratégico contempla cuatro pasos a seguir:⁴⁷

1. Determinar el atractivo del mercado.
2. Análisis de la competencia externa (amenazas y oportunidades).
3. Análisis de la situación interna. (fortalezas y debilidades)
4. Orientación estratégica.

Lo que nos interesa en esta oportunidad es el análisis de la competencia externa, esto es, la visualización de las amenazas y oportunidades del mercado, para saber minimizarlas y aprovecharlas, respectivamente. Este análisis contempla a su vez una serie de elementos a considerar; las llamadas 5 fuerzas competitivas que configuran el modelo de Michael Porter:

- 1) Amenazas de Ingreso
 - i) Barreras de entrada
 - ii) Reacción esperada de los competidores
- 2) Rivalidad entre actuales competidores
- 3) Presión por productos sustitutos.
- 4) Poder negociador de los consumidores
- 5) Poder negociador de los proveedores

Son llamados fuerzas puesto que son elementos externos a la empresa, pero que ejercen influencia sobre el comportamiento estratégico de ésta en el mercado.

Sin embargo, señala que sí puede configurar una restricción competitiva cuando producto de esta integración vertical se origina una posición de dominio en el mercado, distorsionándolo.

⁴⁶ PORTER, MICHAEL, “Estrategia Competitiva” Cía. Editorial Continental México 1982.

⁴⁷ GUERRERO BÉCAR J.L., Apuntes de clase “Introducción a la administración de empresas”, Escuela de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, 1999.

Dentro de las amenazas de ingreso están la reacción esperada de los competidores y las barreras de entrada. La reacción esperada de los competidores se refiere fundamentalmente a la actitud que adoptarán los participantes del mercado ante un nuevo competidor; si serán agresivos o no, si se concertarán en contra de él, etc.

Las barreras de entrada se refieren a las dificultades que pueda encontrar un potencial competidor al entrar al mercado. Algunas barreras de entrada son:

- ✍ La existencia de empresas que utilicen economía de escala. En este caso el potencial competidor sólo podrá entrar con éxito por diferenciación. La empresa que utiliza economía de escala tendrá costos más bajos y en consecuencia más bajos precios, frente a los cuales el competidor potencial sin esta característica no podrá competir. Por tanto deberá optar por otra estrategia competitiva, cual es la diferenciación.
- ✍ El grado de lealtad a la marca existente en el mercado de que se trata. Si los consumidores son altamente leales a una marca, será más difícil para un nuevo competidor captar clientes.
- ✍ El acceso a los canales de distribución de ese mercado. Si se trata, por ejemplo, de un producto cuyo único canal de distribución es el supermercado que maneja su propia marca, podría verse afectado en su comercialización ya que, quien controla el canal es además un competidor.
- ✍ Existencia de ventajas o desventajas frente a los demás competidores; por ejemplo, si los competidores actuales presentan una tecnología muy desarrollada o mucha experiencia.

El potencial competidor deberá examinar las barreras de entrada existentes en el mercado del cual pretende formar parte, de manera de contar con elementos de decisión para determinar si entra o no en ese mercado y poder optar, en su caso, por la estrategia adecuada que le permita competir en las condiciones dadas.

Quien posee posición dominante en el mercado quiere mantenerla, y para lograrlo aumenta constantemente su eficiencia, baja los precios y acude a diversas estrategias para evitar el ingreso de futuros competidores que podrían disminuir su poder; es decir, aumenta o hace más complejas las barreras de entrada.

Por esta razón el análisis de las barreras de entrada es esencial al momento de establecer la existencia de posición dominante; si la entrada de nuevos competidores al

mercado es muy difícil o prácticamente imposible, habrá un claro indicio de que en ese mercado hay una posición dominante.

No obstante la posición dominante, lo que realmente se sanciona es el abuso, la conducta abusiva; el mal uso de esta posición privilegiada en el mercado.

Algunas de estas conductas abusivas son:

a. Discriminación: Trato diferente dado por un agente de mercado a otro, quien detenta un diferente poder de mercado. Ej.: Otorgar descuentos por volumen arbitrariamente a quienes compran; a unos se les da y a otros no.

La discriminación no será sancionada cuando ella cumpla con los requisitos de generalidad, uniformidad y objetividad.

b. Precios Predatorios: Caso en que una empresa, en abuso de su posición dominante, vende sus productos a un precio inferior al de su costo medio de producción.

Debe tratarse de una conducta permanente, para distinguirla de una promoción; en esta práctica, el único fin de la empresa es destruir la competencia.

c. Negativa de venta: Todo aquel que vende un bien o servicio se encuentra en principio obligado a hacerlo a cualquier persona que lo requiera (artículos 108 – 110 Código de Comercio).

La jurisprudencia de la Comisión Antimonopolios de nuestro país, ha sostenido que la negativa de venta debe cumplir con ciertas características para configurarse. El Dictamen 1016 de la Comisión Preventiva Central ha señalado que es necesario que la negativa de venta sea injustificada, que obedezca a una situación de falta de competencia del mercado de que se trata y que sea arbitraria. Así, no se pueden identificar como negativa de venta, aquellos casos en que una empresa en particular se niegue a vender alguno de sus productos por obedecer ello a una estrategia comercial, y por tanto, sea un criterio que afecte a todos los potenciales compradores por igual.

Por su parte, hay negativa de compra cuando un vendedor se ve enfrentado a un poder comprador único (monopsonio, oligopsonio).

Es decir, en esos casos se configura una restricción competitiva.

d. Contratos subordinados: Las empresas condicionan la prestación de un servicio o la venta de un producto a la adquisición de otro que no se desea.

e. Limitación del poder de mercado o de la producción: Limitan ellos mismos su producción para generar la escasez y así que aumente el precio final. También puede llevarse a cabo limitando el mercado, vendiendo sólo en un área específica.

El tratamiento que la legislación antimonopolio otorga al abuso de posición dominante dependerá de cada país en particular, debido a que no hay uniformidad al respecto; algunas legislaciones han optado por tipificar las conductas que constituyen abuso de posición dominante, sin embargo otros países evitan este tipo de normativa, optando por resolver caso a caso, analizando en cada caso particular si se ha producido o no por parte de la entidad cuestionada, un abuso de posición dominante.

3.2. Estructuras

En este punto se encuentran las operaciones de concentración entre empresas.

3.3. Actos desleales⁴⁸

La competencia desleal es una materia que no obstante forma parte del derecho de la competencia en general, presenta algunas diferencias derivadas de su naturaleza.

Si bien se trata también de una legislación que regula la competencia en el mercado, su perspectiva normativa es diferente, más particular; exige un elemento subjetivo en su conducta y otorga una acción privada, a diferencia del derecho de la competencia en general, que otorga una acción pública.

La competencia desleal ha sido definida en el artículo 2º de la ley de Competencia Desleal de Suiza de 1986, como *“cualquier abuso de la competencia que se realice a través de medios contrarios a la buena fe”*. En el mismo sentido la ley de la Competencia Desleal Española, 3/91 de 10 de enero: *“se reputará desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*.

A pesar de sus intentos, estos conceptos legales no han tenido la virtud de limitar o acotar el área de esta materia, y menos a sus sujetos, aunque la jurisprudencia española afirma que de su concepto dado en la ley se desprende que la competencia desleal es *“toda actividad concurrencial encaminada a la captación de clientela que se*

⁴⁸ CHARME, EDUARDO "Apuntes sobre el derecho de la competencia", Pontificia Univesidad Católica de Chile

desarrolla mediante maniobras y maquinaciones o a través de formas y medios que la conciencia social reprueba como contrarios a la moral comercial.”⁴⁹

De todas maneras, la doctrina de los autores ha desarrollado distinciones dentro de esta disciplina, desde el punto de vista del sujeto que es centro de la conducta desleal, clasificando las conductas en:

- a) Deslealtad al consumidor
- b) Deslealtad al competidor
- c) Deslealtad al mercado.

a) Deslealtad al consumidor

A través de estos actos, un productor o empresario busca crear confusión entre sus clientes acerca de su producto, respecto de otro producto o servicio. Para lograr este objetivo, el empresario ocasiona una distorsión en las diversas características de su producto o servicio.

Lo esencial de esta conducta desleal, está en el atentado a la libertad de elección del consumidor.

~~///~~ Actos de confusión: Como su denominación lo indica, estos son actos de un empresario que producen una confusión en relación con las prestaciones, establecimiento y/o en general, la actividad de otro empresario. Se excluyen en todo caso la confusión relativa a los signos distintivos, pues ella está sancionada a través de la ley de marcas.

En general este tipo de actuaciones crea una confusión en el consumidor respecto del origen de las prestaciones o servicios ofrecidos, pudiendo llegar a creer que pertenecen a otra empresa, lo cual es el objetivo buscado en definitiva por el empresario que incurre en la conducta desleal.

Respecto a este tipo de acto desleal, clásica es la interpretación nacida a partir del caso Kellogg's - Nestlé, en nuestro país. En esta causa Kellogg's denunció a Nestlé ante el Consejo de autorregulación y ética publicitaria por utilizar para la promoción de su producto "King Rice", un aviso publicitario con la misma trama y recursos técnicos usados por Kellogg's para hacer lo propio con su producto "Zucaritas", que es de similar naturaleza. Finalmente la

⁴⁹ Sentencia de 22 abril 1998, Audiencia Provincial de Madrid, sección vigésimo primera.

CONAR dio lugar a la reclamación interpuesta por Kellogg's señalando que la imitación que Nestlé realizó "puede conducir al consumidor a error o conclusiones erróneas, violando así lo dispuesto en el artículo 14 n°1 del Código chileno de ética publicitaria"⁵⁰, y declarando improcedente la exhibición del comercial en cuestión.

~~///~~ Actos de Engaño: este tipo de actos consiste en atribuir al producto de que se trata, características diferentes de las que realmente goza, aduciendo ventajas que no posee, engañando de este modo al consumidor respecto de las cualidades del producto que va a comprar.

Ejemplo típico de esta clase de actos es la publicidad engañosa.

~~///~~ Las Primas: Las primas son incentivos de compra que incluye el empresario en su producto o servicios, tales como regalos publicitarios, ofertas, etc.

En principio las primas no construyen un acto de competencia desleal, sin embargo pueden llegar a constituirlo si para la obtención del beneficio ofrecido por la empresa, se obliga al consumidor a realizar alguna conducta, atentando contra su libertad de elección. Tal es el caso de exigir, tras la entrega de un regalo publicitario, la contratación de la prestación principal, o bien se imponga cualquier condición diferente de las señaladas al momento de la entrega de la prima, o que fue omitida en dicha oportunidad.

Lógicamente con estas prácticas se atenta contra la libertad de elección del consumidor toda vez que se le obliga a contratar; es decir: el consumidor utiliza un criterio no racional para adquirir el producto o servicios que veladamente se le ofrece. Ante esto, el consumidor queda imposibilitado para comparar precios de productos sustitutos, limitando o anulando su derecho a elegir libremente, sin poder estimar, además, el valor efectivo de la prima. Es esta restricción de libertad del consumidor lo que en definitiva se reprochable y por tanto se sanciona.

b) Deslealtad respecto del competidor

Dentro de esta categoría se incluyen principalmente tres conductas:

- Conductas que vayan en desmedro del competidor, desacreditándolo.

⁵⁰ Es importante señalar que tal código no constituye normativa obligatoria en nuestro país.

- Conductas de apropiación de cualidades o ventajas de un competidor.
- Conductas que afirman cualidades o ventajas que en realidad no posee.

Las manifestaciones más típicas de estas conductas son:

~~///~~ Actos de denigración: Son aquellos que buscan desacreditar a uno o varios competidores ya sea directa o indirectamente, y de manera implícita o manifiesta. Estos actos pueden realizarse contra el competidor en sí mismo o sobre sus productos o servicios ofrecidos. El competidor puede ser atacado bien como persona o como entidad, desacreditando sus características y cualidades.

Es importante señalar que en estos casos no tiene importancia la veracidad del descrédito: si las desventajas aludidas son verdaderas, la conducta desleal se configura de igual manera.

~~///~~ Actos de comparación: Los actos de comparación son, muchas veces, beneficiosos para el consumidor, toda vez que ellos le permiten obtener la información que desean en forma directa y clara, facilitando la elección que deben efectuar al realizar una compra.

Pese a estas ventajas, en algunas ocasiones la comparación puede volverse negativa y dificultar la elección al consumidor, confundiéndolo. Por esta razón, se han establecido criterios para determinar en qué casos el acto de comparación no constituye competencia desleal:

- Que los criterios de comparación sean similares
- Que los resultados sean comprobables por el consumidor
- Que sean relevantes, en decir; que versen sobre cualidades importantes del producto o servicio y no sobre aspectos insignificantes.

~~///~~ Imitación: No toda imitación es sancionada. De hecho, ella es parte de una secuencia continua de efectos que componen la competencia eficiente:

capacidad ~~↔~~ innovación ~~↔~~ imitación

Sin embargo, cuando esta imitación produzca confusión en los consumidores, y sea fruto de la utilización del esfuerzo o prestigio ajenos, o constituya competencia parasitaria (imitación sistemática de las conductas y desarrollo del competidor), podrá ser sancionada a través de la legislación sobre Propiedad Industrial.

✍ Explotación de reputación ajena: En general se refiere a la conducta de una empresa consistente en señalar como ventajas propias cualidades ajenas; o bien afirmar que cierta empresa que cuenta con determinadas ventajas competitivas tiene algún tipo o grado de relación con la empresa de que se trata, no siendo esto efectivo, mas mejorando a través de esta estrategia, la percepción que el consumidor tiene de la empresa explotadora de reputación ajena.

✍ Violación de secretos: existen muchas empresas cuyos procedimientos, fórmulas etc., les otorgan una importante ventaja competitiva en el mercado; en consecuencia, tales materias son mantenidas en secreto. Sin embargo, muchas veces éstos son descubiertos y utilizados.

Constituirán competencia desleal y por tanto serán sancionados los casos en que la violación del secreto se haga con ánimo de lucro o bien con intención de perjudicar al titular del secreto.

✍ Actos de inducción a la infracción de un contrato: A través de estos actos se busca llegar a interferir en la relación contractual que un competidor mantiene con sus diversos interactores; proveedores, distribuidores, empleados, clientes, y cuyo objetivo es el mero beneficio personal.

c) Deslealtad respecto del Mercado

En esta categoría se concentran aquellas conductas que afectan el funcionamiento normal del mercado.

Se distinguen tres categorías de conductas:

✍ Conductas que, mediante el quebrantamiento de normas jurídicas, llevan a la empresa a alcanzar una ventaja competitiva.

✍ Conductas de aprovechamiento ilegítimo del poder de una empresa, como discriminación arbitraria de precios u otras condiciones al cliente; explotación de la dependencia en que los proveedores u otras empresas se encuentran cuando no tienen otra alternativa para contratar.

✍ Precios Predatorios; conductas que induzcan a error de los consumidores respecto del precio de otros productos o servicios del

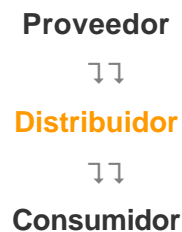
establecimiento, o tenga por finalidad el desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajeno.

3.4. Consideraciones sobre la Integración Vertical

Al entrar en el estudio del abuso de posición dominante, hicimos referencia a las barreras de entrada como factor determinante de la existencia de una posición dominante, y para ello trajimos a colación el modelo de las cinco fuerzas competitivas de Michael Porter. De los elementos nombrados y analizados en tal modelo, se desprende que éste no contempla la existencia, explícitamente, del actor *distribuidor*. En efecto, el modelo habla del poder negociador de los proveedores y de los clientes, omitiendo al agente distribuidor y configurando el modelo de la siguiente forma:



Sin embargo, hoy en día, los canales de distribución han cobrado inusitada importancia; como resultado este modelo aparece como extremadamente simple e insuficiente para hacer una ilustración real de la cadena de producción y comercialización en nuestros días, que se ilustra como sigue:



No obstante estas objeciones, la verdad es que haciendo un pequeño esfuerzo, es posible aplicar el mismo modelo inicial de Porter para ilustrar la realidad de nuestros días: sólo se requiere considerar al distribuidor como consumidor dentro de la cadena, puesto que a su vez es el cliente de los proveedores. En otras palabras, la clave está en no darle

al término cliente una connotación restrictiva en cuanto a que se trate sólo del cliente final, la persona que va con el carro al supermercado; sino un sentido amplio, que permita introducir al distribuidor en el modelo, como cliente del proveedor y a su vez, como proveedor del consumidor.

Esto se ilustraría de la siguiente manera:



Figura 7: Aplicación del modelo de Porter incluyendo al Distribuidor.

Es necesaria esta adaptación del modelo puesto que, como señaláramos con anterioridad, cada día cobran más fuerzas los distribuidores dentro de la cadena de distribución, llegando al punto de ser, en algunos casos, el actor con mayor poder dentro de ella.

Siguiendo el modelo de Porter, Tenemos proveedores y consumidores que luchan por el *poder de negociación*. Como es lógico, del poder de negociación que un proveedor o un consumidor llegue a alcanzar, dependerá en gran parte el éxito de su actividad; un consumidor con alto poder de negociación podrá obtener mejores precios, calidad y/o condiciones de compra que aquel enfrentado a un proveedor que detente dicho poder.

Uno de los factores que conforman el poder negociador de un actor es su capacidad para integrarse. A mayor capacidad de integración, mayor poder negociador.

Tal como vimos en el ámbito de los acuerdos como restricción competitiva, la integración de un participante también puede ser horizontal o vertical, dependiendo de su dirección en la cadena de comercialización. En general, que una empresa se integre verticalmente significa que ella asumirá actividades más allá de la que tradicionalmente le correspondería dentro de la cadena de producción y comercialización; adoptando las funciones de quienes están sobre o debajo de la empresa en el plano vertical. En otras

palabras, será integración hacia delante o hacia atrás según se integre en dirección al consumidor o al proveedor, respectivamente.

Es el caso, por ejemplo, de una empresa zapatos que comenzara a fabricar sus propios insumos de producción (integración hacia atrás) o bien, a encargarse de su distribución, abriendo cadenas comerciales para ello (integración hacia delante).

La empresa puede integrarse verticalmente de tres formas.⁵¹

1. Entrando a un nuevo mercado por sí misma
2. Fusionándose o adquiriendo otra empresa que realice la actividad de que se trata.
3. Celebrando un contrato de largo plazo con una empresa que realice la actividad requerida.

La elección de uno de estos tres caminos está generalmente determinada por tres factores:

a) Naturaleza del bien: Si es un bien genérico, será sencillo para la empresa entrar a ese mercado por sí misma; por el contrario, si ya existen marcas posicionadas, a las cuales el consumidor les guarda lealtad, la opción de la empresa será, en general, fusionarse o adquirir la empresa dueña de la lealtad de los consumidores a su marca.

Langlois en su exposición advierte que “en todo caso, existen muchas excepciones a esta regla”; y podemos citar como una de ellas, la integración que efectúan los supermercados a través de las marcas propias.

b) El tamaño de las empresas: La integración vertical de una empresa está generalmente justificada en las economías de escala; para las empresas pequeñas el costo de la integración podría no traducirse en un retorno suficiente sobre la inversión efectuada.

c) Y, finalmente, la legislación antimonopolio aplicable: La legislación antimonopolio nacional puede mostrarse más favorable a tolerar alguna forma de integración en particular y mostrarse más agresiva frente a otras, sancionándolas por considerarlas perniciosas.

Dependiendo de la actitud de la legislación antimonopolio ante cada una de las formas de integración, la empresa decidirá; o al menos será un factor relevante que pesar en la toma de decisión, puesto que la sanción que contemple la legislación

⁵¹ LANGLOIS MARGOZZINI, J. IGNACIO. “Integración Vertical en el Mercado de las Telecomunicaciones”, Santiago, Universidad de Chile, 1993.

antimonopolio podrá significarle una pérdida de la inversión o costos superiores a los estimados sin tener en consideración la normativa.

3.4.1. Tratamiento en la legislación antimonopolio en general

El tratamiento que la legislación antimonopolio otorgue a la integración vertical dependerá principalmente de la forma de integración; aquellas que examinamos al inicio de este numerando.

En la integración vertical por contratación, el tratamiento de la legislación antimonopolio estaría supeditado al tipo de contrato de que se trate.

En general, y esto en concordancia con lo que estudiamos en materia de corrientes del derecho de la competencia, las legislaciones antimonopolios no prohíben la integración vertical como estructura, sino que se mantienen alertas ante sus efectos. La mayor crítica que se hace a la integración vertical está en la creación de barreras de entrada para la industria de la cual forma parte la empresa que se integra. Las restricciones derivadas de la integración vertical son frecuentemente sancionadas, es decir, las conductas, mas no así las estructuras.

3.4.2. Ventajas de la Integración Vertical

Las grandes empresas prefieren integrarse, en mayor o menor grado, puesto que ofrece amplios beneficios para ellas en términos de eficiencia. Algunos de estos beneficios son:

1) *Ahorro en los costos de transacción.* Esta ventaja aparece más evidente en los tipos de integración por fusión y por mera entrada, ya que en esos casos directamente no habrá contratos intermedios que signifiquen los costos que éstos traen aparejados. Pese a esto, la verdad es que también en la integración por contratación se producirá un ahorro en términos de transacción, puesto que al tratarse de contratos de largo plazo y acerca de importantes volúmenes, las condiciones en que dicha entidad contrate serán mucho más favorables que en un escenario diferente: la empresa contratista cederá un tanto en sus beneficios con tal de obtener un contrato que le brindará seguridad, por su largo plazo, y que además se trata de grandes volúmenes.

2) *Superación del problema del Poder de Mercado detentado por otras empresas:*

Generalmente una de las razones de las empresas para integrarse verticalmente, es la existencia de algún poder monopólico en la cadena de comercialización. Esta situación se traducirá en mayores costos ya que uno de los efectos del monopolio es el aumento de los precios, o al menos la fijación de un precio mucho más alto que el correspondiente en condiciones de competencia eficiente.

De esta manera, la empresa al integrarse verticalmente podrá obviar a estos actores con poder monopólico, optando por aquel que le brinde las condiciones esperadas por medio del contrato a largo plazo; será entonces un productor mucho más barato que le permitirá disminuir sus costos y evitar tener que contratar con la empresa que detenta el poder de mercado, frente a la cual contrataría en términos mucho más desventajosos.

Otro aspecto propio de la integración vertical dice relación con la distribución del producto. Una empresa integrada podrá controlar de una manera mucho más eficiente diversos factores relacionados con la venta del producto, puesto que controla datos de diferentes etapas de la cadena de comercialización y distribución que le serán de gran utilidad.

3.4.3. Integración vertical y derecho de la competencia

Analizaremos a continuación la integración vertical desde la perspectiva de las restricciones competitivas:

- La empresa integrada podría aumentar su poder y extender su monopolio al mercado al cual se integra.
- La integración vertical puede configurar una barrera de entrada para potenciales competidores. De hecho, es uno de los principales argumentos de los detractores de la integración vertical; una empresa integrada verticalmente será una gran empresa, generalmente más eficiente pues evade los problemas de transacción y sus precios serán más bajos, producto de la disminución de los costos de transacción. Este hecho será una dificultad para los potenciales competidores, quienes ven desde ya bloqueadas algunas de las estrategias competitivas que pudieron haber utilizado, relegándose generalmente a competir por diferenciación.

- La integración vertical, al aumentar el poder de mercado de una empresa, puede facilitar la discriminación de precios, restricción que estudiamos en un punto anterior.
- Podría darse también, una evasión de la regulación de los precios. Hay industrias cuya actividad está regulada, por ejemplo a través de reglamentos se determinan las tarifas de ciertos servicios. Si una empresa de industria regulada se integra hacia atrás, obteniendo en consecuencia insumos a menor precio y, sin embargo, en la contabilidad de la empresa se consignara un precio mayor al real, podría exigir un aumento en las tarifas reguladas por el supuesto aumento de costos.
- También se ha señalado que los miembros de un cartel pudieran integrarse verticalmente con el objeto de desincentivar que se burle el acuerdo colusorio.

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN CHILE. ANÁLISIS GENERAL DEL DL 211

1.1. Origen del DL 211. Evolución histórica.

Los orígenes del derecho de la competencia en Chile se remontan hacia 1959, con la publicación de la ley 13.305⁵²; ella contenía una tipificación del delito de monopolio, determinó algunas excepciones y creó una comisión antimonopolios con facultades de sanción y control. Más tarde se creó una fiscalía con la función de apoyo técnico a la comisión, y de instrucción de las investigaciones en curso.

El decaimiento de esta norma fue consecuencia directa de los acontecimientos políticos que vivió el país durante los primeros años de la década del setenta, marcado por el crecimiento del aparato estatal y el consecuente intervencionismo en diversas áreas, principalmente la economía.

Esta problemática desde el punto de vista ideológico sumada a la falta de medios por parte de la comisión y la fiscalía para llevar a cabo sus funciones, terminó por colapsar la ley.

Es entonces cuando nace el DL 211; fruto de la nueva política económica propiciada durante el gobierno militar, caracterizada por la apertura al mundo, el incentivo a la iniciativa privada, a la libre determinación de los precios por el mercado. Estos

⁵² Si bien en 1931 se creó el Comisariato General de Subsistencias y Precios, con facultades para sancionar a quienes entorpecieran la oferta de los bienes de consumo.

principios fueron una manifestación explícita del viraje del estado en materia de política económica, desde un régimen estatista a uno de libre competencia.

Desde entonces hasta nuestros días, ha regido el DL 211 satisfactoriamente. En efecto, sólo ha sido objeto de dos reformas: DL 2760 de 1979 y ley 19.610 de 1999.

No obstante el rendimiento satisfactorio de esta ley, en mayo de 2002 el ejecutivo presenta ante el congreso nacional un proyecto de ley que crea el Tribunal de defensa de la Competencia. La presentación de este proyecto que reforma sustancialmente el DL211 se condice con la evolución que desde la perspectiva del desarrollo económico ha experimentado el país durante los últimos treinta años de vigencia del decreto ley. El país está viviendo nuevos desafíos económicos; tanto del punto de vista de su estructura interna, fundamentada principalmente en la participación de entidades privadas en las más diversas áreas productivas; como cambios estructurales económicos globales, las nuevas tendencias en materia de comercio, por ejemplo el uso de los Holdings internacionales y, por cierto, la participación de Chile en la economía global.

Esta nueva realidad económica que vive el país crea nuevas y mayores exigencias que ya no es posible enfrentar a través de los órganos consagrados en el D.L. 211, las cuales *“no cumplen con los requisitos básicos de independencia, especialidad, dedicación y recursos”*⁵³. Al respecto, el proyecto de ley propone la creación de un tribunal debidamente constituido, en reemplazo de las comisiones preventivas y resolutoria; este será el Tribunal de defensa de da libre competencia.

1.2. Bien Jurídico protegido

El D.L. 211 no ha estado exento de la discusión doctrinal acerca de cuál es realmente el bien jurídico tutelado a través de la legislación antimonopolio.

Al D.L. 211 se le ha entregado la facultad de tutelar tres materias a través de los órganos antimonopolios:

- La libre competencia en el ejercicio de las actividades económicas.
- La libertad de trabajo.
- La libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse o negociar colectivamente.

⁵³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Santiago, mayo 17 de 2002.

Respecto a esta enunciación del artículo 2°, el profesor De Polo sostiene que “la referencia a las materias laborales se hace sólo en la medida en que el mercado del trabajo se vea alterado por prácticas restrictivas específicas, como es el caso de aquellos actos o acuerdos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa, o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo”⁵⁴.

De este modo, es posible afirmar que el bien jurídico protegido es la libre competencia económica. Así se desprende además del preámbulo de la ley:

“Primero: Que el monopolio y las prácticas monopólicas son contrarias a una sana y efectiva competencia en el abastecimiento de los mercados ya que mediante el control de la oferta y la demanda es posible fijar precios artificiales y lesivos al interés del consumidor.

Segundo: Que tales actividades, por otra parte, no incentivan la producción; protegen al productor o distribuidor ineficiente; tienden a la concentración del poder económico y distorsionan el mercado en perjuicio de la comunidad.

Tercero: Que, por tanto resulta necesario garantizar la libre competencia previniendo la existencia del monopolio y de las prácticas monopólicas y sancionando drásticamente su ejecución.”

Este preámbulo menciona en su primer considerando el término *interés del consumidor*. Según la historia de la ley y volviendo para ello al mensaje de la ley 13.305, “*el interés o bienestar del consumidor se consigue cada vez que es posible poner a su alcance la mayor cantidad de bienes y servicios y la eficiencia en la asignación de recursos, así como en las técnicas de producción de manera de alcanzar menores precios y mejor calidad.*”

Como se desprende de este concepto, el DL debería enfocar su criterio a la sanción de conductas y no necesariamente a la sanción de estructuras de mercado aparentemente anticompetitivas. En efecto, puede existir un monopolio u oligopolio que resulte más eficiente que la multiplicidad de oferentes y por tanto, más beneficioso para el consumidor.

Quienes sostienen esta posición aseveran que interpretar bajo este prisma posee la ventaja de otorgar una mayor seguridad al ciudadano, puesto que obliga a las

⁵⁴ DE POLO RADOSLAV, HERRERA PAOLA, “El sistema chileno de defensa de la competencia”. Apuntes de apoyo a la cátedra de Derecho Económico I, Escuela de derecho Universidad Católica de Valparaíso, 1997

comisiones antimonopolio a regirse sólo por este criterio, con exclusión de cualquier otro, disminuyendo así el poder discrecional de las comisiones.

No obstante estas interpretaciones, lo cierto es que el DL 211, siguiendo la tendencia mundial en materia de legislación antimonopolio, no define el término *libre competencia*, sino que se limita a enunciarlo como el bien jurídico protegido.

Esta tendencia tiene su fundamento en la naturaleza de derecho económico, el cual debe ser dinámico y flexible, toda vez que debe adaptarse a las diversas circunstancias y cambios en el mercado y a las características específicas de cada caso en particular. Por esta razón se ha considerado más apropiado el trabajar con conceptos abiertos y flexibles que sean acotados a posteriori por la jurisprudencia para cada caso particular que se revise.

En el caso de Chile, esta jurisprudencia que emana de las comisiones antimonopolio tampoco es vinculante, pudiendo por tanto mutar los criterios a través del tiempo de aplicación de la ley.

Pese a lo antes dicho, podemos afirmar que el criterio que han usado las comisiones en la generalidad de los casos es el de la competencia eficiente.

La determinación de este criterio establecido en el artículo 1º es de vital importancia. Ello en relación con el artículo 2º, el cual enuncia ciertos atentados contra la libre competencia.

Sobre esta disposición es necesario hacer dos acotaciones. En primer lugar, los ejemplos de conductas anticompetitivas consignadas en el artículo 2º sólo proceden ser interpretados a la luz del artículo 1º. Esto significa que serán las comisiones antimonopolio las encargadas de determinar en cada caso, si la conducta ha sido o no ilegal, teniendo siempre en consideración el criterio rector que consagra el artículo 1º. Como señala Paredes, “una interpretación de la ley chilena es que debe usarse la *regla de la razón*, y no hay conductas que deban ser consideradas ilegales *per se*.”⁵⁵

En la práctica esto se traduce en que, al examinar una conducta referida a la determinación de precios de bienes y servicios; acuerdos o imposición de los mismos a los otros, sólo constituirán actos ilegales en cuanto sean contrarios a la libre competencia.

En la actualidad, no se concibe una interpretación diferente a la explicada por Paredes, sin embargo ello no siempre fue así. Efectivamente, en los primeros años de

⁵⁵ PAREDES MOLINA, “Políticas de Competencia en países sin tradición de Mercado: El caso de Chile”, Perspectivas N°1, departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile 1997.

actividad del decreto ley, las comisiones consideraron el artículo 2º como tipificación de conductas anticompetitivas.

En segundo lugar, y siguiendo con el criterio que señaláramos en un principio, esta norma lejos de ser taxativa constituye una tipificación abierta, característica que viene dada por la letra f) de la disposición, cual es una cláusula general que amplía al máximo el ámbito de aplicación de la ley.

Concluimos, finalmente, que los artículos 1º y 2º están íntimamente relacionados, tanto en la naturaleza de su principio fundante, que se traduce en el carácter amplio y abierto, como en su aplicación concreta, ya que las conductas establecidas en el artículo 2º sólo se entienden ilegales examinadas a la luz del artículo primero.

1.3. Análisis general del DL 211

Carácter Penal y Administrativo de los artículos 1º y 2º.

El artículo 1º se encarga de tipificar el delito de monopolio, estableciendo además las sanciones que su ejecución conlleva. Una característica particular de este delito está en su naturaleza, pues se trata de un delito *de peligro*: la conducta exigida es la de “tender a...” y no necesariamente causar el mal que se intenta prevenir.

No obstante esta tipificación de carácter claramente penal, el DL contempla dos instancias administrativas previas y sólo una última instancia penal. En términos sencillos, existe una primera instancia a cargo de las Comisiones Preventivas regionales y central, con el fin de, valga la redundancia, prevenir la existencia de restricciones competitivas. La segunda instancia se refiere a la función de corrección y sanción administrativa de restricciones que se hubieran producido, la cual está a cargo de la Comisión Resolutiva. Y en último lugar, y siempre que así lo requiera la comisión resolutiva, podrá abrirse un proceso penal contra los infractores a través de denuncia o querrela presentada por la Fiscalía Nacional Económica.

Este carácter penal de la legislación antimonopolio ha sido duramente criticado. Como hemos afirmado ya en repetidas oportunidades, la tendencia mundial en materia de legislación antimonopolio es a “no introducir reglas que señalen per se las conductas que

*constituyen atentados contra la libre competencia*⁵⁶, por ende, las legislaciones antimonopolio modernas sólo establecen una norma amplia para que los órganos encargados de aplicar la normativa revisen caso a caso, y según las características y circunstancias de cada situación puedan resolver qué conducta atenta contra la libre competencia.

La crítica apunta a que este carácter abierto y flexible de la norma en nada se armoniza con las características que debe cumplir una norma penal. Tanto es así, que una norma de tal dimensión sería calificada como inconstitucional, al vulnerar la garantía establecida en el artículo 19 N° 3 cual consagra el principio de legalidad de las normas penales. La norma penal del D.L. 211 sería una *ley penal en blanco*, las cuales según la doctrina están proscritas en nuestra legislación precisamente por vulnerar la garantía constitucional que señalamos.⁵⁷

Responsabilidad

Las tipificaciones de esta lesión aplicables a toda persona, nacional, extranjera, incluso el Estado. A su vez, el artículo 3° establece un caso de responsabilidad para personas jurídicas, instaurando la sanción de disolución para el caso de haber participado en la conducta contraria a la competencia, y cancelación de la persona jurídica. Todo esto sin perjuicio de la responsabilidad penal de que recaiga sobre sus representantes legales.

Excepciones

A pesar de los términos en que están planteados los artículos 1° y 2° en cuanto a la prohibición de conductas que tiendan a restringir la libre competencia, el decreto ley

⁵⁶ Mensaje, op. cit.

⁵⁷ Esta importante crítica ha sido acogida a través del nuevo Proyecto de Ley de Creación de Tribunales de Defensa de la Competencia, eliminado el carácter penal de la norma. Tanto es así, que el mensaje de dicho proyecto señala: ‘Como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas.

De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones a esta ley, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores.’

contiene en sus artículos 4º y 5º una serie de excepciones, casos en los cuales no será aplicable.

Estas excepciones han sido agrupadas por la doctrina en excepciones legales, de interés nacional y sectoriales:

- a) Excepciones legales: No obstante el artículo 4º crea para el estado la prohibición de otorgar monopolios a los agentes privados, su inciso segundo plantea la posibilidad de mantener, el estado, ciertos monopolios llamados legales, puesto que requerirán de la dictación de una ley en que se contemple expresamente tal autorización.
- b) Excepciones por causa de interés nacional: La idea es permitir ciertas conductas que, siendo restrictivas de la competencia, sean de interés nacional. El concepto no se encuentra definido en la ley y ha sido la jurisprudencia quien ha debido ir precisándolo, caso a caso.⁵⁸
- c) Excepciones sectoriales: El artículo 5º excluye expresamente de la esfera de aplicación del DL 211 una serie de leyes y disposiciones reglamentarias que regulan principalmente ciertas actividades económicas y profesionales relacionadas con sectores sensibles de la economía nacional. Éstas son señaladas taxativamente en la disposición y se refieren a los monopolios o privilegios que otorga la ley en materia de propiedad intelectual e industrial, las normas sobre reservas mineras estatales, normas regulatorias de empresas de servicios públicos, etc.

Sin embargo esta disposición no es absoluta, puesto que ella misma contiene una posibilidad en su inciso final, a través de la cual la Comisión Resolutiva podría solicitar la modificación o derogación de ciertas disposiciones, *inclusas las excepciones de este artículo*, en cuanto sean contrarias a la libre competencia y al bien común.

Órganos encargados de aplicar el DL 211

Finalmente, el artículo 6º enumera los órganos encargados de la prevención, investigación y corrección de los atentados a la libre competencia, y agrega “o de los

⁵⁸ Resoluciones 39/77, 86/80, 195/85, Comisión resolutiva, Fiscalía Nacional Económica de Chile.

abusos en que incurre quien ocupe una situación monopólica”, tipificando de esta manera, el abuso de posición dominante.

En adelante, el artículo 7º y siguientes pertenecen al título II, que junto a los títulos III, IV, y V se refieren a los órganos encargados de velar por la libre competencia, los procedimientos que ante ellos se debe seguir y la forma en que deben ser substanciados.

Los órganos que establece el DL 211 son:

- 1) Comisión Resolutiva
- 2) Comisión Preventiva Central
- 3) Comisiones Preventivas Regionales
- ✍ Todos ellos son órganos administrativos.
- 4) Fiscalía Nacional Económica, cual es un servicio con sede en Santiago y representada con cada región por una Fiscalía Regional Económica.

Todas estas comisiones tienen la peculiar característica de ser *ad – honorem*; respecto de la cual se han formulado intensas críticas que finalmente han sido oídas en el proyecto de ley, que revisaremos en párrafos posteriores.

Las Comisiones Preventivas regionales son compuestas sólo para el efecto de su constitución, es decir; no tiene carácter de órgano permanente y sólo se constituye por los miembros que señala el artículo 7º para la revisión de los casos que se encuentran en tabla.

La Comisión Preventiva Central, con sede en Santiago posee la misma naturaleza y se integra por los miembros que señala el artículo 10º. Ella revisa las prácticas o abusos que tengan relación con más de una región o bien que tengan carácter nacional.

La función de las comisiones preventivas regionales y central, radica en evacuar consultas e informes y proponer los medios con los cuales los involucrados deben hacer frente a prácticas restrictivas de la competencia.

Para cumplir la función señalada, las comisiones poseen las siguientes facultades, consagradas en el artículo 8º:

- “Absolver consultas sobre contratos, existentes o en proyecto, que puedan alterar la libre competencia;
- Velar dentro de su jurisdicción para que se mantenga la libre competencia y no se cometan abusos de posición dominante, proponiendo los medios para corregir las prácticas o abusos de que tengan conocimiento;
- Requerir a la respectiva Fiscalía que investigue tales prácticas o abusos;

- Resolver, a solicitud de la Fiscalía, la adopción de medidas preventivas destinadas a suspender los efectos lesivos de la competencia producidos por determinados actos o contratos.”

La Comisión Resolutiva está conformada por los integrantes que señala el artículo 16°: un ministro de la Corte Suprema, quien preside; un jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, y otro designado por el Ministro de hacienda; un Decano de una Facultad de Derecho con sede en Santiago; y un Decano de una Facultad de Economía con sede en Santiago.

Puede conocer de oficio o a requerimiento de la Fiscalía o por denuncias de particulares, de cualquiera situación que se estime contraria a la libre competencia, y puede, frente a estos requerimientos, investigar por sí misma, con las más amplias facultades, incluso el uso de la fuerza pública.

En el conocimiento de dichas causas, puede adoptar las medidas que señala el art. 17°:

- “Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley;
- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere el número anterior;
- Declarar la inhabilidad temporal de los responsables para ocupar cargos directivos en colegios profesionales o instituciones gremiales, la que podrá regularse de uno a cinco años;
- Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a diez mil unidades tributarias. Las multas se regularán prudencialmente, según sea el capital en giro o la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción;
- Ordenar al Fiscal Nacional el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos a que se refieren los artículos 1° y 2°;”

Esta comisión además podrá requerir de los poderes públicos la modificación de la normativa que estime contraria a la libre competencia, así como dictar instrucciones de carácter general que los particulares deberán respetar al celebrar actos o contratos que pudieran ser lesivos a la libre competencia.

La Comisión Resolutiva, por ser el órgano máximo en materia de derecho de la competencia en el país, tiene la superintendencia directiva y correccional sobre todos los órganos que integran el sistema de defensa de la libre competencia, y a su vez se encuentra sujeta a la superintendencia de la Corte Suprema respecto de las resoluciones que dicte, en cuanto ellas sean condenatorias, para ser objeto de un recurso de reclamación especial ante la Corte.

La Fiscalía Nacional Económica, por su parte, es un servicio público autónomo e independiente, se relaciona con el gobierno central a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción y su jefe superior es el Fiscal Nacional. Como ya señalamos, en cada región existirá además un Fiscal Regional.

Las funciones básicas y permanentes de la Fiscalía Nacional Económica están señaladas en el artículo 24^o y son:

- Instruir las investigaciones sobre atentados a la libre competencia y demás infracciones económicas que le encomienda la ley, ya sea de oficio, por denuncia o consulta de autoridades y de público en general.
- Informar y asesorar a las Comisiones Resolutiva y Preventivas en las causas que conozcan y velar por el cumplimiento de sus resoluciones.
- Coordinar la tarea de las Comisiones Resolutiva y Preventivas, de las doce Fiscalías Regionales y representar ante la Corte Suprema y demás tribunales ordinarios de justicia, el interés público económico.

El Nuevo proyecto de ley que pretende crear los tribunales de defensa de la competencia modifica sustancialmente esta estructura y las funciones y forma de conformación de los órganos encargados de aplicar la legislación antimonopolio.

1.4. Nuevas apreciaciones sobre el Bien Jurídico Protegido

Aun cuando ya hemos analizado el bien jurídico protegido según la doctrina en general y en el DI 211, nos ha parecido interesante comentar las apreciaciones que, acerca de este mismo tema, surgieron en el seno del debate del proyecto de ley que crea los tribunales de defensa de la competencia. Tal vez ellos nos puedan ayudar a ilustrar de mejor manera lo que es el bien jurídico protegido, así como conocer las tendencias actuales.

Antes de revisar las opiniones del debate, analicemos someramente las novedades que contiene el proyecto de ley para las *Disposiciones Generales*.

A pesar de que la reforma apunta principalmente a la creación del tribunal de defensa de la Competencia, sus funciones, composición, etc., la reforma también ha incluido dentro de sus puntos la clarificación de la normativa, ellos a través de la creación de nuevas *Disposiciones Generales*, las cuales son más inequívocas y presentan una mejor sistematización que las del D.L. 211, que analizamos con anterioridad.

En primer lugar, y a través del artículo 1º, se ha buscado definir con más claridad el alcance, el objetivo final de la ley. De hecho, al artículo 1º del proyecto señala expresamente cuál es el objetivo de la ley y con qué fin se protege tal objetivo:

“art.1º. La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores”

A través de esta disposición es posible entender con claridad que la defensa de la libre competencia no es un fin en sí mismo, sino un medio para lograr el objetivo final que es el bienestar del consumidor.

De acuerdo a la nueva disposición del proyecto, por tanto, la finalidad de la legislación antimonopolio chilena sería única y no múltiple, y tal finalidad única sería la planteada por Robert Bork: *“el bienestar del consumidor”*.

El nuevo artículo 2º consagra los órganos encargados de proteger o hacer efectivas las acciones en defensa de la competencia, tal como lo hace hoy en día el artículo 6º del decreto ley. Obviamente el artículo 2º consagra la nueva orgánica, que es la principal novedad de esta ley.

El artículo 3º del proyecto, es de gran relevancia pues dice relación con el antiguo artículo 2º. La redacción del artículo 2º, tal como lo señalamos en nuestro estudio, y así

también lo recuerda en mensaje, ha originado múltiples confusiones. Sin embargo el artículo 3º del proyecto, siguiendo en todo caso la idea del artículo 2º, señala a modo de ejemplo tres figuras tradicionales de actos contrarios a la libre competencia:

- “ a) *Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado.*
- b) *La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un dueño común, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*
- c) *Las prácticas predatorias realizadas con el objeto de alcanzar o incrementar una posición dominante.”.*

Las novedades en relación con esta disposición son variadas. Primero, que a través del mensaje, se deja en claro que la naturaleza de los actos acá mencionados es de ejemplos, y por tanto no constituyen *per se* actos ilegales, pues ello es algo que deberá evaluar el tribunal especialmente establecido para esta actividad.

Segundo, acaba con los ejemplos vagos tales como los señalados en las letras b) y e) del DL 211. Por el contrario, propone figuras tradicionales y acotadas, específicas de actos contrarios a la libre competencia y que eventualmente podrían ser reprimidos.

Y tercero, incluye expresamente entre sus figuras ejemplares de restricciones competitivas al *abuso de posición dominante*, el cual aparece en el DL211 en medio de una disposición referida a los órganos encargados de aplicar la ley.

Los artículos 4º y 5º en el proyecto de ley fueron derogados, toda vez que aparecen repetitivos puesto que la materia que regulan ya está tratada en el artículo 19 nº 21 a 25 de la Constitución, o bien en otros artículos del proyecto de ley referidos a las atribuciones del tribunal de defensa de la competencia.

Así, los artículos 5º y 6º son derogados y el artículo 4º queda como sigue:

“No podrían otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas tales como extractivas, industriales, comerciales o de servicios, salvo que la ley lo autorice.”

 Ahora sí, entraremos en la discusión acerca del bien jurídico protegido

El artículo 1º del proyecto de ley dispone:

“La presente ley tiene por objeto defender la libre competencia en los mercados, como medio para desarrollar y preservar el derecho a participar en las actividades económicas, promover la eficiencia y, por esta vía, el bienestar de los consumidores.

Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”.

Frente a esta norma, la cual tiene la importancia de venir a consagrar el bien jurídico protegido en la presente ley, se produjo en el seno de las comisiones unidas de Constitución, Legislación, Economía, Justicia y reglamento, una rica discusión acerca de la conveniencia de establecer el bien jurídico protegido y cómo hacerlo.

En un primer momento, el H.S. Novoa propuso señalar en el artículo 1º que el objetivo de la ley es velar por la libre competencia, definir la libre competencia y señalar los hechos, actos o convenciones que atentan en su contra; el H.S. García propuso indicar directamente que la ley defiende la libre competencia en los mercados como medio para lograr el fin cual es el desarrollo y bienestar de los consumidores; y el H.S. Parra propuso señalar, por el contrario, simplemente que la ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

Contrario a la posición que sostiene García, Novoa fundamentó su postura señalando que no contenía la noción de bienestar de los consumidores pues ella era el propósito consagrado en la ley sobre protección de los derechos de los consumidores.

El ejecutivo contesta a la indicación de Novoa señalando, en primer lugar, su desacuerdo con la consagración de una definición de libre competencia, toda vez que ello es una tarea muy compleja que no ha sido solucionada en la doctrina internacional. Los demás senadores apoyaron esta postura pues ella es la tendencia mayoritaria a nivel mundial. El ejecutivo agrega que por esta razón ha preferido establecer su finalidad en vez de una definición, y sostiene en relación con este tema que como el mercado es una comunidad de productores y consumidores, no se puede pensar en un diseño que no considere a éstos, y a eso apunta la idea final del artículo, en el sentido de que la promoción de la eficiencia se encamina a producir el bienestar general.

Frente a la indicación del H. S. Parra, el ejecutivo fue categórico al señalar que el propósito de esta ley es la defensa de la libre competencia, y que la eficiencia y bienestar de los consumidores constituían fines de naturaleza eventual y mediata.

En definitiva, fue descartada la idea de definir libre competencia y se optó por el criterio tradicional usado en las legislaciones antimonopolio modernas, donde la libre competencia se establece como el bien jurídico protegido, mas su alcance se deja en manos de la doctrina y la jurisprudencia, jurisprudencia que en caso de Chile emanará del Tribunal de defensa de la Libre Competencia. De este modo, y siguiendo este criterio, las comisiones unidas aprobaron la indicación del H.S. Parra, quien propone la modificación del artículo 1º del proyecto, afirmando simplemente que la ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.

De conservarse el artículo como lo planteó el Senador Parra, y siguiendo las afirmaciones del Ejecutivo, especialmente aquella que se opuso a la indicación del H.S. García, la finalidad de esta legislación antimonopolio sería la defensa de la Libre Competencia, como concepto jurídico abierto y cuya acotación dependerá de la jurisprudencia que emane de los órganos encargados de aplicar la legislación antimonopolio, quienes deberán revisar las circunstancias particulares de cada caso. A nuestro juicio, para estos efectos, ha sido de suma importancia la afirmación del ejecutivo, donde afirma que el fin es proteger la libre competencia, y califica el fin protección del consumidor como eventual y mediato. Una vez más, parece que la idea de Bork no ha sido acogida expresamente en nuestra legislación.

BIBLIOGRAFÍA

AIMONE GIBSON E., “El derecho antimonopolio, perspectivas”. Valparaíso, Chile 1991.

ARANEDA, HUGO. “Curso de Economía Política”. Editorial Jurídica de Chile, 1967

ARTANA, DANIEL. “Defensa de la Competencia”. Documento de trabajo N°44, Biblioteca Virtual Indecopi 1995.

BARCIA, RODRIGO. “De la competencia y la concentración de la Empresa”. Revista Ius et Praxis Facultad de Ciencias Jurídicas Universidad de Talca, Chile, 2001.

BOFFIL, ALVARO. “El abuso de posición dominante: visión del derecho comparado y nacional. Proposición de un nuevo texto legal para Chile”. Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.1991.

BORK, R.H., “The Antitrust Paradox”, Editions Free Press, Nueva York, 1983.

BRAIDOT, NESTOR: “Marketing Total” Ed. Macchi, Buenos Aires 1999.

CHARME, EDUARDO "Apuntes sobre el derecho de la competencia", Pontificia Universidad Católica de Chile.

CLARK, JHON M., “Toward a concept of workable competition”, *American Economic Review*. 1940

CLAUDIO SAPELLI, “Regulación o Competencia”, Revista Administración y Economía UC N° 42. 2000.

DE POLO, RADOSLAV. “El sistema chileno de defensa de la competencia, aspectos del D.L.211”.

DÍEZ ESTELLA, FERNANDO. “Los objetivos del derecho antitrust” Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia N° 224.

EASTERBROOK, F.H., “Does antitrust have a comparative advantage?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23, Otoño 1999.

EDUARDO ELGUETA, “Abuso de posición dominante en el DL 211” , Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar, 2001

FIKENTSCHER, W., “Las tres funciones del control de la economía”, Revista de Derecho Mercantil, N° 172-173, 1984.

GRAGLIA, L.A., “Is Antitrust Obsolete?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23 Otoño 1999.

GUERRERO BÉCAR J.L., Apuntes de clase “Introducción a la administración de empresas”, Escuela de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, 1999.

GUERRERO BÉCAR, BOFILL GENSCH. “Acerca del concepto constitucional y legal de la competencia”. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XVI. Chile. 1995.

KOTLER, PHILIP: “Dirección de Mercadotecnia” Ed. Prentice-Hall, 8ª Edición. México 1996

LANGLOIS MARGOZZINI, J. IGNACIO. “Integración Vertical en el Mercado de las Telecomunicaciones”, Santiago, Universidad de Chile, 1993.

LARROULET, MOCHÓN: “Economía” Ed. Mc Graw Hill, 2ª edición, España 1995

MILLER, ROGER. "Microeconomía". Editorial Mc Graw Hill. 3a. Edición. México 1990.

PAREDES MOLINA, R. “Políticas de competencia en países sin tradición de mercado: el caso de Chile”. Departamento de Economía, Universidad de Chile, Santiago, Chile. 1995.

PORTER, MICHAEL, “Estrategia Competitiva” Cía. Editorial Continental México 1982.

POSNER, R.A., “Antitrust Law. An Economic Perspective” The University of Chicago Press, 1976.

SALAMANCA, MONICA. “El abuso de posición dominante y practicas verticales”, documento de la Fiscalía Nacional Económica

SAMUELSON Y NORDHAUS: "Economía". 16ª edición. McGraw Hill. Madrid, 1999

STANTON, “Fundamentos de Marketing”, Editorial Mc Graw Hill, 2000.

ZAMORA CABOT, “Algunas claves actuales del derecho Antitrust de los Estados Unidos”, Revista de Derecho Mercantil, N° 181 – 183