

El surgimiento del derecho de la libre competencia y sus escuelas básicas

(Primera parte)

José Antonio Olaechea A. C.
Abogado

El desarrollo de la economía y la necesidad de proporcionar al estado un instrumento legal que permita controlar los excesos en materia de producción y distribución de los bienes económicos, hace que surjan en la legislación normas destinadas a reprimir dichos excesos y a velar por el buen funcionamiento de la concurrencia, tal es el caso de las doctrinas antitrust, antimonopolio, de Cartels, de prácticas restrictivas, etc.

Consideramos que no es conveniente denominar a esta disciplina por su patología (antitrust, antimonopolio, ley de cartels) sino más bien por el sistema que busca proteger: la libertad de competencia.

El Derecho de la Libre Competencia se encuentra inmerso en el nuevo derecho del tráfico económico que incluye tres disciplinas: Las normas sobre competencia desleal que tratan acerca de las pautas que deben seguir los competidores entre sí; las normas de la defensa del consumidor en la cual se protegen los intereses de los consumidores en oposición a los de los productores y comerciantes y finalmente el derecho de Libre Competencia que vela por el sistema en su conjunto ¹.

En sus inicios se entendió que la competencia perfecta era la base del sistema, pero luego debido fundamentalmente a dos razones este concepto ha sido descartado. La primera, de carácter general es aquella por la cual se entiende a la libre competencia como la libertad de hacer desaparecer la concurrencia. La segunda, de carácter particular es consecuencia de la anterior en la medida que la competencia se desarrolla sin ningún control, los mercados empiezan a presentar formaciones monopólicas y oligopólicas, además de otros abusos. Estos fenómenos hicieron que los individuos se sintieran perjudicados lo cual amenazó con generar una grave crisis en el sistema liberal.

1. Diez Canseco, Nuñez, Luis José. Informe final del seminario subregional "Legislación de los países miembros del Acuerdo de Cartagena sobre tráfico económico" 8 al 10 de abril de 1987, Lima-Perú.

Es así, como surge la primera legislación protectora de la libre competencia. Su aparición inicial fue para combatir los "Trust" ²⁻³. En esta etapa el legislador aún cree que el sistema de libre competencia se desarrolla en un modelo de competencia perfecta puesto que busca un modelo ideal. Paulatinamente, la legislación reguladora de la libre competencia comprende que lo que hay que proteger es la competencia efectiva ⁴.

En la actualidad el derecho regulador de la libre concurrencia está encuadrado en dos tipos de regulación que trataremos a continuación. Ambas buscan la defensa del libre juego en el mercado pero desde distintas perspectivas, la primera basada en el principio de prohibición y la segunda en el principio del abuso de la posición dominante; los mismos que sucesivamente reprimen: la restricción incluso antes que de hecho se produzca atacando su fuente, en el otro la sanción solo tiene lugar si se constata que tal práctica resulta nociva ⁵. Es importante señalar que ambos principios no son excluyentes, es más, admiten cierta dualidad.

2. Trust: institución anglosajona en virtud de la cual una persona asume la propiedad de otra u otras personas administrando y gestionando en beneficio de estas sus bienes. Consiguiendo así el control de las sociedades y la formación de grandes grupos de poder. Ver: Eduardo Galán Corona, "Acuerdos Restrictivos de la Competencia", Editorial Montecorvo S.A., 1967, p. 54, nota 2.
3. Fikentscher, Wolfgang, "Las tres funciones de la economía", Revista de Derecho Mercantil, Abril-Agosto, 1984, Madrid.
4. La Competencia Efectiva supone que los empresarios actuando independientemente se influyen de manera recíproca, con el fin de entablar relaciones con sus clientes, este concepto a diferencia del modelo de competencia perfecta tolera la existencia de poderes monopólicos y de cierto tipo de restricciones que dentro de la concepción ideal son intolerables. Los aceptan porque se considera que si están bajo una tutela, éstos pueden ser beneficiosos dado que promueven el desarrollo técnico y mejora la eficiencia dado su dimensión con el consiguiente beneficio a los consumidores.
5. Galán Corona, Eduardo, op. cit., p. 55.

Pero esencialmente cada principio está intrínsecamente relacionado con una escuela, el primero con la Escuela Norteamericana y el segundo la Escuela Europea.

LA ESCUELA NORTEAMERICANA

Denominada como antitrust, pues de la represión de esta práctica restrictiva surgió la Escuela Norteamericana.

Es la pionera del derecho de la libre competencia. El rápido crecimiento de los Estados Unidos desde su independencia hasta fines del siglo XIX, convirtieron un continente salvaje en una nación de riqueza y poder extraordinarios. El concepto de libertad económica fue tomado por muchos como una autorización para utilizar ilimitadamente y hasta sus últimas consecuencias, cualquier medio para lograr beneficios. Esta situación condujo a crear formaciones de tipo monopolístico, que en un afán de obtener mayores ganancias abrumaron a la comunidad. Las normas del "Common Law" no estaban preparadas para soportar esta nueva situación y la reacción del pueblo no se hizo esperar. Tal fue la demanda que el gobierno tuvo que crear una regulación legal para los negocios⁶. Es así, como en 1888 Benjamín Harrison en su primer discurso al Congreso como Presidente electo hizo un llamado para legislar y combatir la tendencia al monopolio, refiriéndose a éste fenómeno como una conspiración peligrosa que destruía la competencia⁷. Dos años más tarde surge la Ley Sherman la cual, a pesar de sus numerosas enmiendas, sigue vigente hasta la fecha.

El espíritu de las normas antitrust está relacionado con la promoción de la competencia en un sistema de empresas privadas competitivas y destinado a impedir abusos del poder económico privado⁸. Es por este motivo que se reprimen los pactos que restringen la competencia y los monopolios. Los acuerdos de restricción a la concurrencia en principio son nulos, pero por vía jurisprudencial se admiten en tanto no sean de carácter general y constituyan elemento necesario para que las partes garanticen el cumplimiento de sus obligaciones respectivas. En cuanto los monopolios el poder que estos desarrollan es visto en sí mismo como un peligro para la sociedad.

La Ley Sherman

En 1890 las Cámaras Legislativas aprobaron "El proyecto de ley para proteger el comercio contra las restricciones ilegales y los monopolios" presentado por el Senador demócrata John Sherman. El espíritu de esta primera norma de derecho de la libre competen-

cia fue el declarar como ilegales los trust y combinaciones restrictivas del comercio y la producción⁹.

La Ley Sherman descansa sobre dos principios: el primero, contenido en la sección primera que prohíbe los contratos, conspiraciones y combinaciones¹⁰⁻¹¹, que restrinjan la competencia en cualquier rama de la actividad económica. La nota común de estas tres modalidades de acuerdos entre los competidores incluídos en la prohibición legal es la finalidad restrictiva de la competencia, cualquiera que sea su contenido y forma que adopten. Cabe señalar que la doctrina norteamericana en forma unánime considera irrelevante para los fines interpretativos de la Ley Sherman la distinción entre contrato, combinación y conspiración, siendo lo único importante la existencia de un acuerdo para incurrir en la prohibición de la sección primera¹². El segundo pilar está en la sección segunda que prohíbe el monopolio o el intento de monopolizar cualquier factor de la economía, no importando si esta acción es realizada individualmente o por el concierto de varios¹³.

Las sanciones previstas por esta ley son: de oficio una multa de US\$ 50,000.00, prisión que no exceda de un año. Si el Tribunal lo considera pertinente pueden aplicarse ambas sanciones. Además, de oficio se pueden dictar el cese de los actos restrictivos. Aquellos que se consideran perjudicados pueden pedir una reparación económica por los daños causados¹⁴.

La efectividad de la Ley Sherman fue muy reducida, pues esta norma se aplicaba a hechos consumados, con lo cual no habían fundamentos para atacar un abuso incipiente¹⁵, además, la redacción en términos muy amplios obligó a los jueces a interpretarla literalmente a tal punto que se aplicó a los sindicatos tergiversando así su aplicación restrictiva¹⁶.

9. Kintner Earl, op. cit. p. 11.

10. Conspiración: Para el "Common Law" es una combinación de dos o más personas mediante una acción concertada para realizar un propósito ilegal o criminal o para llevar a cabo un propósito que no es en sí mismo criminal o ilegal utilizando medios criminales o ilegales. Ver: Jaime Villegas, op. cit. p. 29.

11. Combinación es un acuerdo cuya finalidad tiene o puede tener la tendencia a restringir el comercio, suprimir la competencia o crear o mantener un monopolio o controlar de una manera anormal la producción o el suministro de mercaderías útiles o restringir la oportunidad de tenerlas, o de aumentar los precios, con perjuicio del público o una porción considerable de la población de cualquier localidad, que se considera tan opuesta a los principios del buen gobierno y tan contraria al interés público que el "Common Law" le niega validez. Ver: Jaime Villegas, op. cit. p. 40.

12. Galán Corona, Eduardo, op. cit. pp. 66-67.

13. Baylos Corroza, Hermenegildo, "Tratado de Derecho Industrial", p. 258.

14. Jaime Villegas, op. cit. pp. 229, 230 y 231.

15. Kintner Earl, op. cit. p. 11.

16. Galán Corona Eduardo, op. cit. p. 61.

6. Villegas, Jaime, *Monopolio y Competencia* Editorial Librería Jurídica Villegas, 1970, pp. 10-11.

7. Kintner Earl, *An Antitrust Primer*, Second Edition, The Macmillan Company, p. 11.

8. Villegas Jaime, op. cit. p. 3.

Finalmente, otro motivo que influyó en su efectividad, estuvo relacionado con la errónea idea que los monopolios se formaban esencialmente en el comercio y no en la producción industrial, con lo cual el proceso de concentración continúa en este último.

La ineficacia de la Ley Sherman hace que surjan dos enmiendas en 1914. Primero, la Ley de la Comisión Federal de Comercio (26 de setiembre) y luego la Ley Clayton (15 de octubre).

Ley de la Comisión Federal de Comercio

Esta norma tiene dos aportes fundamentales. Por un lado, crea un órgano administrativo de carácter esencialmente informativo y preventivo, promotor y asesor de medidas y reformas legislativas¹⁷. Al mismo tiempo también facultado para aplicar las disposiciones de su ley creadora. Por último y por un proceso administrativo previsto en la misma norma tiene la propiedad de impedir y reprimir la competencia desleal.

Ley de Clayton

Surgió para complementar la Ley Sherman, tomó el nombre de su promotor Henry de Lamar Clayton.

Esta ley tuvo dos innovaciones fundamentales; la primera está contenida en las Secciones 7 y 8 que prohíben la adquisición de las acciones o bienes de una empresa o los directorios entrelazados, cuando pueda resultar una disminución de la competencia y tienda a crear un monopolio. La segunda innovación está contenida en las Secciones dos y tres. Esta tutela la distribución y venta de mercaderías, prohibiendo las discriminaciones en los precios y condiciones entre compradores y vendedores de una mercadería del mismo grado y calidad. La diferencia fundamental entre esta norma y la Ley Sherman es que la ilegalidad puede ser declarada sobre una conducta que tenga el resultado probable de lesionar la competencia y ya no sobre un hecho consumado.

Es también de suma importancia señalar que en la Sección 6 de esta ley se excluyeron del alcance de las leyes antitrust a las organizaciones laborales y otras organizaciones que se vieron afectadas por la Ley Sherman¹⁸.

Los preceptos contenidos en las leyes, Sherman, de la Comisión Federal de Comercio y Clayton son el centro filosófico de la Escuela Norteamericana. Hay además otras normas que las complementan tales como: la Ley Robinson Patman promulgada en 1936, relativa a la discriminación en los precios. Su espíritu es que todos los comerciantes sean tratados de manera justa e igual de tal forma que no se vean perjudicados

los pequeños agentes del mercado debido a su tamaño poco significativo. Se exceptúa la discriminación de precios en tanto que sea hecha de buena fe y para igualar un precio bajo de otro competidor.

Además, las leyes Wheeler Lea y Celler-Kefauver, dictadas en 1936 y 1950 sucesivamente. La primera, extendió la protección de la Comisión Federal de Comercio a los fraudes de la publicidad engañosa no sólo a los competidores sino al público en general. La segunda amplió las disposiciones sobre consejeros comunes y adquisiciones de bienes o acciones de otras empresas¹⁹.

PRINCIPIOS APLICABLES DE LA ESCUELA NORTEAMERICANA

La Escuela Norteamericana tuvo como ya hemos visto su primera expresión en la Ley Sherman. Esta ley fue redactada en términos muy amplios, lo que condujo a que su aplicación fuese muy confusa puesto que la ley prohibía cualquier tipo de acuerdo que restringiese el comercio. Este tipo de prohibición podía incluir, por ejemplo, un contrato de compra-venta normal, pues al obligarse las dos partes, están restringiendo el mercado ya que ellos no pueden obligarse con otros por lo mismo, lo cual era ilógico. No podía ser que la intención del legislador fuese el prohibir todo contrato que restringiera el comercio, puesto que, el principio subyacente de la legislación antitrust era la defensa de la libre competencia.

Este era el problema central desde que se promulgó la Ley Sherman hasta el año 1911 en el que tuvo lugar el caso "Standard Oil Company of New Jersey vs. United States"²⁰.

Fue a partir de este caso que los jueces formularon dos principios interpretativos que han ejercido gran influencia en la aplicación de las normas de la Escuela Norteamericana. Estos principios son: la regla de la razón (Rule of Reason) y la Doctrina de la Condenación per se (per se doctrine)²¹.

La regla de la razón

Se trata de un concepto que proviene del derecho Común (Common Law). Versa sobre el uso del criterio y la discreción para calificar las diferentes formas de conducta. Para su aplicación requiere la prueba de los hechos y efectos anticompetitivos. Su uso está reservado a procesos de tipo civil que por lo general son muy costosos y prolongados.

Cuando nos referimos a la "regla de la razón" en los procesos antitrust, vemos que su intención es inda-

19. Jaime Villegas, op. cit. p. 14.

20. Phillip Areeda, *Antitrust Analysis*, Second Edition p. 303.

21. L. A. Sullivan, *Antitrust*, p. 165 y sgts.

17. Baylos Corroza Hermenegildo, op. cit. p. 260.

18. Nota: Declara en el primer párrafo: el trabajo del ser humano no es ninguna mercancía o artículo de comercio.

gar si los acuerdos o restricciones a la competencia son razonables y si no lo son, invalidarlos²². La regla de la razón flexibilizó muchísimo a la legislación anti-trust pues los jueces tenían la potestad de decidir caso por caso lo razonable de cada acuerdo. Esto fue duramente criticado, pues se decía que era una delegación indebida de poder a los jueces²³ pero dado lo ambiguo del texto de la Ley Sherman se hacía necesaria una regla de la razón que estableciera la prohibición de acuerdos que restringieran el comercio de una manera no razonable y que permitiera cualquier otro tipo de acuerdo no incluido en ese grupo.

La doctrina de la condenación por si misma

Esta doctrina, además de complementar la "regla de la razón" compitió con ella, puesto que, quienes la propugnaban lo que buscaban era una menor intervención judicial, es decir, una aplicación más directa y estricta, no tan flexible²⁴⁻²⁵.

22. Sullivan L.A., op. cit. p. 172.

23. Kintner Earl, op. cit. p. 12 y sgts.

24. Sullivan L.A., op. cit. p. 182.

25. Villegas Jaime, op. cit. p. 38

Como se ha visto, la base de "la regla de la razón" estaba en lo razonable de una restricción. En el caso de la doctrina "per se", no importan los razonables o laudables efectos que pueda tener, pues se considera que este tipo de prácticas si bien pueden ser inocuas a corto plazo, generarán un grave daño a largo plazo. Es por eso que son perseguidas "por sí mismas" y no por los efectos que puedan causar y por tal motivo son sancionadas en la vía penal, bastando únicamente la prueba de los hechos y no sus efectos anticompetitivos.

En términos generales, se considera una violación "per se", por lo tanto pasible de sanción, a toda conducta contraria a la libertad económica, entre las que podemos distinguir los acuerdos para fijar precios, limitar la producción para dividir el mercado, el boicoteo, etc²⁶⁻²⁷. Es decir, la Escuela Norteamericana ha adoptado una regla "per se" en todos aquellos casos en que una conducta que restrinja la competencia no tenga a su vez una compensación favorable a la misma competencia²⁸.

26. Villegas Jaime, op. cit. p. 39.

27. Sullivan L.A., op. cit. pp. 192, 193, 194 y 195.

28. Kintner Earl, op. cit. p. 45.

restaurante bar

FREDO'S

pizzas y pastas

Av. Conquistadores 512