

FINES DE PROTECCIÓN DE UN DERECHO DE LA COMPETENCIA* **

Wernhard Moschel
Catedrático de Derecho
Civil, Comercial y Económico
Universidad de Tübingen, Alemania.

Actualmente existe consenso en que la protección de la competencia ante falseamientos debería ser el objetivo fundamental de cualquier legislación de competencia. Sin embargo, esto es sólo un punto de partida, pues la protección de la competencia nos plantea diversos problemas, entre los cuales debemos destacar la dificultad que existe para discriminar entre conductas competitivas y anticompetitivas. En efecto, numerosas conductas son ambivalentes en lo concerniente a sus efectos sobre la competencia. Así, por ejemplo, las discriminaciones de precios pueden formar parte de una estrategia deliberada dirigida a eliminar competidores; pero, contrariamente, también pueden tener carácter estimulante de la competencia.

En el presente artículo, el doctor Wernhard Moschel, uno de los representantes más destacados de la doctrina alemana sobre Derecho de la Competencia, analiza las diferentes maneras en que se ha tratado de resolver el problema descrito líneas arriba. Para ello recurre a la doctrina y la legislación comparadas, e incide especialmente en la experiencia norteamericana. Su investigación le conduce a afirmar que la protección de la competencia no debe orientarse hacia la búsqueda de determinados resultados de mercado, sino más bien a la salvaguardia de las propias condiciones del proceso de mercado.

La discusión sobre los fines de protección apropiados de un Derecho de la Competencia es antigua. Ella no termina nunca. Su importancia se debe a diversos motivos.

A nivel mundial, el Derecho de la Competencia se sirve de conceptos jurídicos indeterminados: restricción de la competencia, competencia desleal, monopolización, abuso de una posición dominante en el mercado, entorpecimientos injustificados, etc. Esto no es ninguna casualidad, en tanto depende de la dinámica del objeto de regulación; una economía que se encuentra en permanente cambio. "*Sound antitrust rules are simply not amenable to fixed, detailed, articulation*".¹ Para la concreción de tales cláusulas generales es determinante el fin de protección de una ley.

De tiempo en tiempo los legisladores suelen hacer adaptaciones: la GWB [Ley Contra Prácticas Restrictivas de la Competencia alemana] de 1957 ha sido modificada por quinta vez, con vigencia desde el 01 de enero de 1990.² Algo parecido rige para la legislación francesa de la competencia, la cual fue últimamente cambiada en sus bases por la Orde-

* Título original: "Schutzziele eines Wettbewerbsrechts", publicado en el Libro-Homenaje a Fritz Rittner, Munich, 1991, p. 405 y ss.

** Traducción realizada por el Dr. Manuel Abanto Vázquez. La traducción respeta las citas y referencias bibliográficas en su idioma original (inglés y alemán). Se colocan entre corchetes [...] las aclaraciones que el traductor ha considerado necesarias para una mejor lectura.

¹ Comp. la toma de posición en minoría de los Senadores Thurmond, Hatch y Simpson en la propuesta de una *Consumer Protection Against Price-Fixing Act of 1989*, 101st Cong. 2d Sess. Senate Report 101-251, impreso en CCH TRR Suppl. N° 94 de 13 de marzo de 1990, p. 30, refiriéndose al Senador Sherman, 21 Cong. Rec. 2460 (1989): "It is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do, is to declare general principles, and we can be assured that the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law, as the courts of England and the United States have done for centuries."

² BGBl. 1989 I, p. 2486.

nanza 86-1243 del 01 de diciembre de 1986³. Italia quiere tener por primera vez una ley sobre prácticas restrictivas de la competencia⁴. A nivel de la Comunidad Europea, en diciembre de 1989 fue promulgado un Reglamento de control de fusiones.⁵ La más importante guía para tal trabajo legislativo está constituida por los fines de protección perseguidos por el sistema *antitrust*. En los EE.UU. las modificaciones legislativas han sido menos drásticas. La Ley Sherman puede festejar plenamente sus 100 años de vida en este año, pero la discusión sobre los fines del Derecho *Antitrust* se ha vuelto más aguda que nunca.⁶ Las teorías monistas ven en la eficiencia económica el único fin, todo lo demás sería "pura tontería intelectual".⁷ Según ella, su posición tendría, en estos momentos, una clara mayoría. Las doctrinas pluralistas ven en ello un extravío "*in the minds of a few antitrust advocates and no one else*". El "espíritu del *antitrust*" estaría en peligro.⁸

El Congreso norteamericano ha participado con singular firmeza en este debate. Cuando la "*Antitrust Division*" intentó evadir la prohibición *per se* de ataduras verticales de precios practicada invariablemente por los Tribunales, el Congreso aprobó el presupuesto de la *Antitrust Division* solamente bajo la condición de que ésta no debería gastar un solo dólar en tales actividades.⁹

Las tesis que voy a desarrollar aquí son dos:

La mencionada discusión sólo ha conducido limitadamente a esclarecer las cosas. Ha contribuido a plantear la pregunta correcta y, de esa manera, ha ayudado a evitar que se invadan terrenos errados.

Aún cuando existe consenso en que la protección de la competencia ante falseamientos debería ser el único objetivo, o por lo menos el objetivo fundamental de una legislación de competencia, las verdaderas dificultades comienzan recién después de este punto. La delimitación entre conductas competitivas y anticompetitivas –aparte de un núcleo de prácticas restrictivas "desnudas" de la competencia– sigue siendo un campo en el cual el análisis y la especulación invariablemente coexisten, estrechamente vinculados.

³ J. O. de 09 de diciembre de 1986, p. 14773 = WuW 1988, p. 38; al respecto Bach, "*Reform des französischen Wettbewerbsrechts*", RIW 1987, p. 419-428; Kleemann, "*Das neue französische Wettbewerbsrecht*", WuW 1987, p. 628-635; Roudard, "*Schwerpunkte des neuen französischen Kartellrechts*", GRUR Int. 1989, p. 647-659; Lob, "*Das neue französische Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*", RIW 1988, p. 92-98.

⁴ Al respecto Bianchi/Gualtieri, "*Mergers and acquisitions in Italy and the debate on competition policy*", 34 *Antitrust Bull.* 601-624.

⁵ Abl. N° L 395 de 30 de diciembre de 1989, p. 1-12.

⁶ La literatura es inmensa. He aquí una selección de lo más reciente: Adams/Brock, "*Antitrust and Efficiency: A Comment*", 62 N. Y. U. L. Rev., p. 1116-1124 (1987); Audretsch, "*Divergent Views in Antitrust Economics*", 33 *Antitrust Bull.*, p. 135-160 (1988); Areeda, "*Monopolization, Mergers, and markets: A Century Past and the Future*", 75 Calif. L. Rev., p. 959-981 (1987); Areeda/Turner, "*Antitrust Law*", Vol. I, Boston 1978, caps. 103-113; Baker, "*Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views*", 58 *Antitrust L. J.*, p. 645-655 (1989); Barnes, "*Nonefficiency Goals in the Antitrust Law of Mergers*", 30 Wm. & Mary L. Rev., p. 787-866 (1989); Baxter, "*Reflections upon Professor Williamson's Comments*", 27 St. Louis U. L. J., p. 315-320 (1983); Brodley, "*The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*", 62 N. Y. U. L. Rev., p. 1020-1053 (1987); Calvani, "*Rectangles & Triangles: A Resonance to Mr. Lande*", 58 *Antitrust L. J.*, p. 657-659 (1989); Constantine, "*An Antitrust Enforcer Confronts the New Economics*", 58 *Antitrust L. J.*, p. 661-668 (1989); Curran III, "*Beyond Economic Concepts and Categories: A Democratic Refiguration of Antitrust Law*", 31 St. Louis U. L. J., p. 349-378 (1987); el mismo, "*On Democracy and Economics*", 33 *Antitrust Bull.*, p. 753-777 (1988); Easterbrook, "*Comparative Advantage and Antitrust Law*", 75 Calif. L. Rev., p. 983-989 (1987); el mismo "*Workable Antitrust Policy*", 84 Mich. L. Rev., p. 1696-1713 (1986); Fisher/Johnson/Lande, "*Price Effects of Horizontal mergers*", 77 Calif. L. Rev., p. 777-827 (1989); Foer, "*The Political-Economic Nature of Antitrust*", 27 St. Louis U. L. J., p. 331-340 (1983); Fox, "*The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*", 66 Cornell L. Rev., p. 1140-1192 (1981); Fox/Sullivan, "*Antitrust-Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*", 62 N. Y. U. L. Rev., p. 936-968 (1987); Johnson, "*Current Antitrust Goals and Policies: How Different are They Really?*", 27 St. Louis U. L. J., p. 321-330 (1983); Kaplow, "*Antitrust, Law & Economics, and the Courts*", 50 Law & Contemp. Probs., p. 181-216 (N° 4-1987); Kauper, "*The Sullivian Approach to Horizontal Restraints*", 75 Calif. L. Rev., p. 893-915 (1987); Lande, "*The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust*", 33 *Antitrust Bull.*, p. 429-465 (1988); el mismo, "*Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust*", 58 *Antitrust L. J.*, p. 631-644 (1989); Pitofsky, "*Antitrust in the Next 100 Years*", 75 Calif. L. Rev., p. 817-833 (1987); Scherer, "*Antitrust, Efficiency, and Progress*", 62 N. Y. U. L. Rev., p. 988-1019 (1987); Shepherd, "*Three 'Efficiency School' Hypotheses About Market Power*", 33 *Antitrust Bull.*, p. 395-415 (1988); Sullivan, "*The Viability of the Current Law on Horizontal Restraints*", 75 Calif. L. Rev., p. 835-891 (1987); Turner, "*The Durability, Relevance, and Future of American Antitrust Policy*", 75 Calif. L. Rev., p. 797-815 (1987); Williamson, "*Antitrust Enforcement: Where it's been, Where it's going*", 27 St. Louis U. L. J., p. 289-314 (1983).

⁷ Bork, "*Panel Discussion: Merger Enforcement and Practice*", 50 *Antitrust L. J.* 238 (1981).

⁸ Ver por ejemplo Baxter, "*Panel Discussion: The Direction of Antitrust in the Decade Ahead: Some Predictions*", 57 *Antitrust L. J.*, p. 89-94 (1988); más ref. bibliográficas en Lande, "*Chicago's False Foundation*" (nota 6), en la p. 633.

⁹ Kaplow (nota 6), p. 181 y 210.

A nivel del Derecho Comunitario debe contemplarse de inicio que las reglas de competencia presentan un objetivo de política de integración: ellas deben promover la aparición de un mercado unificado. El artículo 85, párrafo tercero, del Tratado de Roma posibilita, aparte de eso, exenciones a la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia del artículo 85, párrafo primero. Esto puede ocurrir a través de decisiones de la Comisión para casos particulares, así como también mediante los llamados reglamentos de exenciones por grupos. Regularmente hay una orientación hacia la competencia. Sin embargo, en ambas variantes sigue siendo posible considerar objetivos ajenos a la competencia. Así, constituyen ejemplos la autorización de cárteles de crisis por motivos sociales, tales como dilatar una disminución de puestos de trabajo, o de acuerdos de restricciones mutuas por una serie de motivos (no solamente por motivos orientados en la competencia). Con referencia al nuevo Reglamento Comunitario de Fusiones, durante mucho tiempo dominó la discusión sobre si se deberían formular solamente criterios de intervención relacionados con la competencia o también aquéllos que permitan objetivos de política industrial. El resultado obtenido es un compromiso de formulación entre ambas posiciones.¹³ No puede pronosticarse confiablemente qué es lo que la práctica desarrollará a partir de ello. El artículo 21, párrafo 3, del Reglamento, deja a la reglamentación de los Estados miembros la posibilidad de prohibir concentraciones "para proteger otros intereses más justos que aquéllos que son contemplados en este Reglamento". La seguridad pública, la pluralidad de medios de comunicación y las reglas de vigilancia son tenidas *per se* como tal interés público. En los demás objetivos la Comisión tiene que dar su conformidad previamente en un proceso formal. La posible pluralidad de objetivos es visible aquí, por decirlo así, en forma químicamente pura.

No debe darse una falsa impresión: también de este lado del Atlántico [Europa] la legislación de la competencia, así como su empleo, se orienta más y más hacia la finalidad de protección de la competencia. En relación con intervenciones soberanas en los procesos de mercado, se da correspondientemente una creciente eliminación de tales regulaciones. El desarrollo todavía no ha llevado a prescindir de las concepciones pluralistas.

En lo referente a los Estados Unidos, no quiero formular aquí una valoración personal sobre la discusión acerca de la finalidad de la protección. No obstante, hay que recordar la dependencia de ésta de su marco institucional.

La política de los Estados Unidos no se orienta naturalmente de manera exclusiva dentro de un sistema referencial de economía de competencia. Se hacen correcciones estatales de los resultados de mercado mediante redistribuciones, mediante subvenciones. La "small business" es protegida a través de alguna participación preferente en el reparto de obras públicas. Las llamadas "regulated industries" están sometidas a una dirección específica, a veces de carácter muy amplio. La política de ocupación, la política regional y los objetivos de política industrial pueden plasmarse en prácticas proteccionistas. Un ejemplo de ello son los acuerdos de restricciones mutuas iniciados estatalmente. También el "Trade Act" del año 1988 puede ser activado para ello. Puede controlarse la adquisición de empresas norteamericanas por empresas extranjeras, tomando en consideración el aspecto de la seguridad política, etc. Claro que, desde la perspectiva de un Derecho de la Competencia, puede uno deshacerse de todo esto ubicándolo dentro del marco de los presupuestos previos¹⁴ al funcionamiento de la libre competencia. Con ello no se cuestiona una exclusiva orientación del Derecho de la Competencia hacia la eficiencia. Empero, debe verse que con esto la discusión aquí tratada pierde rango, pierde importancia. Mucho más importante se vuelve la cuestión de cómo deben repartirse las competencias entre Estado, por un lado, y sociedad, por el otro; qué medida de división horizontal de poderes debe respetarse según los fines. Esto constituye, más bien, el objeto de discusión de la desregulación en vez del de la discusión en torno al fin de protección dentro de un Derecho de Competencia históricamente dado. Sin embargo, una importante preferencia por la separación estricta entre marco de condiciones políticas y Derecho de la Competencia consiste en que se incrementan la transparencia y la responsabilidad de los procesos de decisión. El Tribunal de las Comunidades Europeas toma en cuenta esto en una jurisprudencia interesante que todavía se encuentra en desarrollo¹⁵: las reglas de competencia de las Comunidades se dirigen a las empresas. Las reglas no controlan las restricciones

¹³ Una visión global en Möschel, "Recht der Wettbewerbsbeschränkungen", 1983, n. marg. 247 y ss., 389 y ss., 897 y ss.

¹⁴ Comp. Whish, "Competition Law", 2ª ed., Londres-Edinburgo 1989, p. 88 y ss., 724, 734-735.

¹⁵ Janicki, "EG-Fusionskontrolle auf dem Weg zur praktischen Umsetzung", WuW 1990, 195-205.

estatales de la competencia. No obstante, los Estados miembros, según esta jurisprudencia basada en los artículos 3 f), 5 y 90 del Tratado de Roma, están prohibidos de restar el efecto útil (*effet utile*) de las disposiciones sobre competencia de los artículos 85 y 86: los Estados miembros tienen que omitir cualquier medida que ordene a las empresas, les facilite o refuerce los efectos de conductas infractoras del Derecho de Cánones. Con ello no se toca la regulación en forma puramente soberana. No son permitidas las medidas en zonas grises, en forma mixta, en las cuales se complementan restricciones de la competencia y apoyo soberano. Esto obliga a que la política estatal sea clara en sus tipos legales, pero no obliga necesariamente a renunciar a ciertos contenidos.

Un segundo aspecto es que el Derecho *Antitrust* norteamericano por sí mismo considera fines que trascienden a la competencia en contextos particulares. Un ejemplo de ello es el control de concentraciones para los bancos¹⁶. Hay una competencia paralela entre las autoridades bancarias de vigilancia y la "*Antitrust Division*". Si esta última lleva un caso a los Tribunales, éstos deben emplear los mismos estándares de verificación que las autoridades bancarias de vigilancia (excepto cuando hay una infracción contra el artículo 2 de la *Sherman Act*). Pero estos estándares no coinciden plenamente con el artículo 7 de la "*Clayton Act*". Más bien debe probarse si los efectos anticompetitivos de la transacción son superados por un interés público, a saber por un "*probable effect... in meeting the convenience and needs of the community to be served*". Otro ejemplo es la desconcentración de la AT&T, probablemente la decisión *Antitrust* más importante por sus efectos que se haya tomado alguna vez. El juez Green del "*District Court*" en Washington D. C. tomó para sí las enmiendas del "*Modified Final Judgement*" del año 1982¹⁷. De esta manera asumió *de facto* el papel de una "*agency*", parecida –y a menudo en conflicto– con la "*Federal Communications Commission*" y con las "*Public Regulatory Commissions*" a nivel estatal.

Un tercer aspecto está constituido por las características del Derecho *Antitrust* norteamericano, las que

no se encuentran necesariamente en otros ordenamientos jurídicos. Así rige en este campo una estricta "*rule of law*". La "*Antitrust Division*", por ejemplo, tiene que recurrir a un Tribunal cuando quiere prohibir una concentración de empresas. El procedimiento y los criterios de intervención tienen que guardar una correspondencia razonable con el rendimiento de un Tribunal ordinario. En Gran Bretaña, por el contrario, los Tribunales se niegan a controlar las recomendaciones de la "*Monopolies and Mergers Commission*" y las resoluciones del "*Department of Trade and Industry*"¹⁸, pues se trataría de decisiones políticas esenciales. Consecuentemente se puede considerar aspectos cuya decisión, en los Estados Unidos, es dejada en manos del Congreso y no de los Tribunales.

Hay que añadir que la imposición del Derecho *Antitrust* en los Estados Unidos, aproximadamente desde los años 60, se debe ampliamente a los denunciantes privados. Alrededor del 96 % de todos los casos están constituidos hoy en día por tales denuncias privadas. Aquí existe el peligro relativamente grande de que el Derecho de la Competencia sea empleado como instrumento para conseguir restricciones de la competencia. El demandante se ve más estimulado para ello debido a la recompensa potencial de la indemnización por daños y perjuicios en un monto tres veces mayor [*treble damages*]. En el lado del demandado influye aquella particularidad del Derecho Civil norteamericano consistente en que quien es injustamente demandado generalmente tiene que correr por sí mismo con los costos del proceso y especialmente con los (elevados) honorarios de los abogados. Recuerdo el caso de una empresa alemana que fue demandada en Nueva York. En primer lugar tuvo que girar un monto de 1 millón de dólares a una firma neoyorquina de abogados. Estaba claro que nunca más vería ese dinero, independientemente de cómo fuera a terminar el proceso. Por el contrario, en otros ordenamientos jurídicos de cánones las demandas privadas apenas si juegan algún papel; la tarea de la imposición está en manos de autoridades específicas. Aquí, por lo general, no se plantea el riesgo de un "*overkill*" del Derecho de Cánones, sino más bien aquél de una imposición poco eficiente.

¹⁶ Así Areeda/Turner, "*Antitrust Law*" (nota 6), cap. 107.

¹⁷ Comp. sobre esto Immenga, "*Nationale Ausnahmeregelungen vom Recht der Wettbewerbsbeschränkungen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht?*", en LH a Ernst Steindorff, 1990, p. 967-978; Mestmäcker, "*Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht. Zur Bedeutung des Art. 90 EWGV*", 52 *RechtsZ*, p. 526-586 (1988); Verstrynge, "*The Obligations of Member States as Regards Competition in the EEC Treaty*", Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1988, New York 1989, cap. 17, p. 1-43; van der Esch, "*The System of Undistorted Competition of Art. 3 (f) of the EEC Treaty and the Duty of Member States to Respect the Central Parameters Thereof*", 11 *Fordham Int'l L. J.*, p. 409-431 (1988); Lang, "*European Community Competition Law and member State Action*", 10 *Nw. J. Int'l L. & Bus.* 114-132 (1989).

¹⁸ Bank Merger Act, 80 Stat. 7 (1966); ver también en: 12 U.S.C.A. cap. 1828 (c)(1989).

Finalmente cabe recordar que el Derecho *Antitrust* no conoce ningún sistema que permita prácticas restrictivas de la competencia o que, eventualmente, las permita bajo un tiempo limitado y bajo otros controles. Este Derecho está dominado por una separación entre prohibiciones *per se*, por un lado, y estándares de “*rule of reason*”, por el otro. Este último significa en la práctica que, por lo general, fracasa un control *Antitrust*. De ello resultó una tendencia hacia un creciente, pero insuficiente, uso diferenciado de las prohibiciones *per se*. Esto elevó a su vez el riesgo de no proteger la competencia en el caso concreto, sino de proteger erróneamente a los competidores. Al respecto la “*Supreme Court*” norteamericana a través de los últimos 12 años ha realizado ciertas correcciones, o por lo menos ciertas aclaraciones. Esto es válido para los grupos de casos de los cárteles de precios¹⁹, los boicoteos colectivos²⁰, los acuerdos de atadura²¹; pero todavía no para los repartos territoriales al estilo de la sentencia “*Topco*”²². Rige para el empleo del artículo 2 de la “*Sherman Act*” (monopolización y tentativa de monopolización)²³ y, de *facto* y hasta cierto grado, también para la prohibición *per se* de ataduras verticales de precios²⁴. El desarrollo se refleja también en el abandono de la antigua doctrina de la “*intra-enterprise conspiracy*”.²⁵ En la mayoría de los demás Derechos de la Competencia es muy probable que, desde el principio, no habría tal necesidad de correcciones por falta de un substrato objetivo.

Todo esto no debe entenderse como crítica. Las observaciones solamente aclaran en qué medida una orientación hacia la eficiencia de un Derecho *Antitrust* es independiente del resto de su configuración institucional.

II.- ACLARACIONES CONCEPTUALES

Si se pasa de un análisis positivo a uno normativo resultan útiles primeramente algunas aclaraciones conceptuales.

1.- Eficiencia económica como orientación de la competencia

Bajo eficiencia económica se entiende comúnmente a aquellos efectos que crecen de los procesos de competencia. Se habla de funciones estáticas y dinámicas de la competencia, las que en la discusión norteamericana son compendiadas bajo las etiquetas de eficiencia “alocativa” y “productiva”. “*Consumer welfare*” puede ser otra palabra para ello.

Desde esta perspectiva no hay ninguna contradicción entre una concepción que quiere orientarse en la protección de procesos de competencia y otra que habla de eficiencia económica. Al proceder así tampoco existe conflicto alguno entre un fin de libertad y un fin de eficiencia.²⁶

Este problema aparente ha sido muy discutido, particularmente en la literatura alemana.²⁷ Y es que una eficiencia así entendida tiene un punto de partida micro-económico, pues se ve obligada a seguir un individualismo metodológico: las decisiones de los agentes del mercado, arbitrarias, cambiantes con el tiempo y en particular absolutamente impredecibles, son lo determinante. Uno puede formalizar esto en categorías de modelos económicos. Se habla de “óptimo de Pareto” o, cuando se compara entre dos situaciones, de “superioridad de Pareto”. Pero con ello no modifica la sustancia de la expresión, pues la

¹⁹ *United States vs. AT&T Co.*, 552 F. Supp. 131 (1982) (text of the decree), affirmed sub nom. *Maryland vs. United States*, 460 U.S. 1001 (D.D.C. 1983) and *United States vs. Western Electric Co.* 569 F. Supp. 990, 1057 (1983) (approving the plan of reorganization), modified *United States vs. Western Electric Co.*, 673 F. Supp. 525 (1987); al respecto Barnett/Botein/Noam, “*Law of International Telecommunications in the United States*”, Baden-Baden 1988.

²⁰ Ref. bibliográficas en Whish (nota 14), p. 724, 734-735.

²¹ *Broadcast, Inc. vs. CBS*, 441 U.S. 1 (1979); *Arizona vs. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982); *NCAA vs. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984); *FTC vs. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

²² *Northwest Wholesale Stationers vs. Pacific Stationary & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985).

²³ *Jefferson Parish Hosp. Dist. N° 2 vs. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

²⁴ *United States vs. Topco Assocs.*, 405 U.S. 596 (1972).

²⁵ *Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985); *Matsushita Elec. Indus. Co. vs. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

²⁶ *Monsanto Co. vs. Spary-Rite Corp.*, 465 U.S. 752 (1984); *Business Electronics Corp. vs. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988); comp. además *Toys “R” Us, Inc. vs. R. H. Macy & Co., Inc.*, 1990-1 Trade Cases cap. 68, 890 (S.D.N.Y. 1990).

²⁷ *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

eficiencia Pareto se basa en la autonomía del individuo como máximo valor, en un principio de consenso cuando el individuo quiere algo de otro. Las personas no son contempladas como instrumentos del bienestar de otros, sino como fines en sí mismos. A esto se añade una tradición filosófica que va desde Thomas Hobbes y Kant hasta John Rawls²⁸. Es por eso que efectivamente se cuestiona –Dworkin lo ha hecho– si el bienestar es en absoluto un valor²⁹. Esta cuestión suena provocativa, pero por supuesto que en su núcleo sigue siendo relativamente simplista.

Bajo una orientación monista en la finalidad de protección de la “competencia” es posible descubrir que otros objetivos perseguidos al mismo tiempo o predominantemente no son conformes, pudiendo eventualmente rechazarlos. Puesto que las estructuras del mercado por sí mismas son objeto de procesos de competencia, las doctrinas de la “*small business*” tienen que ser rechazadas al igual que conceptos que, por ejemplo, ven regularmente en amplios oligopolios la meta de una óptima intensidad de competencia. Una protección de estructuras tradicionales de distribución no es compatible con un punto de partida competitivo. Lo mismo vale para nociones de la finalidad tales como la protección de industrias claves ante su extranjerización (por ejemplo en el ámbito bancario, militar), para la política de ocupación directa (mantenimiento de puestos de trabajo), la política regional (asentamiento de industrias), igualdad de las condiciones de vida (por ejemplo unificación de tarifas en el ámbito de las telecomunicaciones, en los servicios eléctricos). No es conforme al ordenamiento la idea de amortiguar socio-políticamente los abruptos cambios económicos con ayuda de restricciones de la competencia (cárteles de crisis). Es ajena al sistema la política de la redistribución de amontonar el sistema alocativo con el sistema distributivo.

Habría que agregar tres precisiones:

El punto de partida mencionado no excluye definitivamente que elementos aislados aquí rechazados sean considerados, por decirlo así, por motivos

manuales, no por motivos conceptuales. Un gran número de agentes del mercado, por ejemplo, puede ser determinante para la comprobación de una restricción de la competencia, de igual manera que el elemento estructural del poder de mercado, la elevada cuota de mercado y similares. En tal reducción intelectual puede mantener todavía cierto valor residual el tradicional y hoy en día muy reprendido paradigma de la estructura, la conducta y el resultado de mercado.

La protección de la competencia puede servir para contribuir de manera mediata a la consecución de otros fines. En esta medida, se hace inútil también un conflicto de fines. Una economía eficiente consigue, por ejemplo, con más facilidad el objetivo de la ocupación plena. La torta en cuestión para la redistribución motivada socio-políticamente se vuelve más grande. La protección de la competencia económica contribuye también mejor a la diversidad publicitaria. Por ello deben verse más bien con escepticismo las regulaciones especiales como las que van desde la “*Newspaper Preservation Act*”³⁰ norteamericana, pasando por el control especial de fusiones para periódicos en Inglaterra,³¹ hasta la ya mencionada reserva del artículo 21, párrafo 3, del nuevo Reglamento del Control de Fusiones de la Comunidad Europea. La protección de la competencia contribuye además con objetivos calificados por la tradición norteamericana como populistas. Así, la libertad de desarrollo económico del individuo en un sistema de competencia, según todas las experiencias, está garantizada en mayor medida que con cualquier otra opción. El individuo está aquí también menos expuesto al poder decisorio de otras personas; sólo lo está a las fuerzas anónimas del mercado. Esto es regularmente tomado como una ventaja. La protección de la competencia lleva finalmente a permanentes controles del poder económico y, de esta manera, da estabilidad a los ordenamientos sociales que se fundamentan en la transparencia y la autodeterminación. En la tradición ordoliberal de Alemania³² [la que enfatiza en lo social de la economía de mercado] se habla de la función supresora de poder de la competencia.

²⁸ Ver especialmente Cooter, “*Liberty, Efficiency, and Law*”, 50 *Law & Contemp. Probs.* 141-163 (Nº 4-1987).

²⁹ Aclarando Schmidtchen, “*Fehlurteile über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit*”, 39 *ORDO* 111-135 (1988).

³⁰ Al respecto Möschel, “*Antitrust and Economic Analysis of Law*”, 140 *JITE-ZgS* 156-171 (1984).

³¹ Dworkin, “*is Wealth a Value?*”, 9 *J. Legal Stud.* 191-226 (1989); el mismo, “*Why Efficiency?*”, 8 *Hofstra Law Rev.* 563-590 (1980); véase en la literatura alemana por ejemplo Kübler, “*Effizienz als Rechtsprinzip? Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente*”, en *LH* a Ernst Steindorff, 1990, p. 687-704.

³² 84 *Stat.* 466 (1970); igualmente en 15 *U.S.C.A.*, caps. 1801-1804 (1989); al respecto Möschel, “*Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz*”, 1978, p. 208-219.

Una orientación de competencia no debe ser tampoco necesariamente equiparable a un discurso totalmente a favor del *laissez faire*. Las tareas de regulación pueden continuar no solamente como política de estabilización y de distribución, sino también con la finalidad de una adecuada distribución de recursos [finalidad alocativa]. Habría que mencionar solamente de manera referencial a los campos problemáticos tradicionales de los efectos externos, la concurrencia ruinosa y el monopolio natural. Las investigaciones más recientes han agregado los grupos de casos de la información asimétrica y del comportamiento oportunista. La economía de los costos de transacción, finalmente, ha agudizado la percepción sobre el hecho de que las regulaciones estatales pueden ser razonables de manera general cuando ayudan a bajar los costos de transacción y, de esa manera, a multiplicar las transacciones³³. Como ejemplo habría que mencionar las estandarizaciones particulares (ordenación de las letras en el teclado de máquinas de escribir, número de líneas en el tubo de imagen de TV, etc.). Por ello todo esto también puede ser analizado en el Derecho *Antitrust* bajo el aspecto de "output restriction".

2.- Maximización del bienestar en el sentido del criterio Kaldor-Hicks

Lo acabado de decir no rige ilimitadamente cuando se define la eficiencia como maximización del bienestar en el sentido del criterio Kaldor-Hicks. Si bien todavía se sigue excluyendo todo fin de no eficiencia, aparece ahora un conflicto con el fin de protección de la libertad. Puede intervenir en derechos individuales sólo cuando esto contribuye a incrementar el bienestar global. Si se designa esto como "consumer welfare", entonces pueden surgir malentendidos³⁴. Y es que el criterio Kaldor-Hicks acepta restricciones de la competencia cuando llevan a un incremento del bienestar de los productores, el cual es mayor que la pérdida que con ello sufren los consumidores. Esta última consecuencia se vuelve especialmente clara en el conocido modelo "trade off" de Williamson.³⁵

La decisión para seguir tal concepto se asienta sobre un juicio valorativo. Tradicionalmente se formulan

dos objeciones.³⁶ Tal concepto sigue siendo utilitarista, analizándolo en sus últimas consecuencias permite una "monstruosidad moral". El ejemplo estándar es el de la aceptación de un sistema esclavista cuando tenga efectos positivos para el bienestar. El Derecho de la Competencia práctico tiene poco que ver con la esclavitud. Pero uno tiene que ver que tal orientación de fines permite a los productores imponer a los consumidores un tipo de impuesto al consumo cuyo monto es absorbido en algún lugar del ciclo de la economía. Uno puede preguntarse cuál es la legitimación para que particulares deban imponer a otros particulares tales contribuciones. En todo caso, con mucha dificultad puede armonizarse esto con un sistema basado en la igualdad jurídica de privados en contraposición con uno de tipo feudal.

La segunda objeción se refiere a problemas de medición. El análisis de costos y beneficios exhibido por esta concepción presupone la existencia de precios. Éstos no caen del cielo, sino que son a su vez el resultado de la realización de permanentes transacciones de mercado. Dentro de la competencia se les encuentra constantemente en una nueva forma. En otras palabras: un concepto tal de maximización de beneficios no puede realmente desligarse teóricamente, y menos aún prácticamente, del fin de protección de procesos de competencia en funcionamiento.

Debe concederse algo: sólo es limitadamente razonable mencionar los defectos de una posible solución. Lo que siempre se exige es ver en su totalidad las ventajas y las desventajas de las distintas disposiciones institucionales y ponderar entre ellas. En esta perspectiva, la orientación en la eficiencia Pareto tiene igualmente sus debilidades. Hablando económicamente, se basa en el modelo de la competencia perfecta. Esto no deja de ser una contemplación estática. Los procesos económicos de la realidad son, por el contrario, dinámicos. En el lenguaje de la filosofía, la eficiencia Pareto exige la aprobación de todos los afectados, incluso de los que sólo lo son potencialmente. Es decir, exige un principio de unanimidad. Si se toma en cuenta la ubicuidad de los efectos externos, queda claro que el rasero tiene que encontrarse rápidamente en los límites de su

³³ Ver Whish (nota 14), p. 701 y ss.

³⁴ Al respecto Peacock/Wilgerodt (editores), "Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution", Londres 1989; los mismos, "Neo-Liberals and the Social Market Economy", Londres 1989.

³⁵ Ver Schmidtchen (nota 29), p. 121; el mismo, "Evolutorische Ordnungstheorie oder: Die Transaktionskosten und das Unternehmertum", 40 ORDO 161-182 (1989).

³⁶ Ver la crítica en Fox (nota 10), p. 918 en la nota 7; ver también Lande, "Chicago's False Foundation" (nota 6), p. 638-639.

practicabilidad. Por supuesto que éstas son debilidades que alcanzan por igual a ambas concepciones de eficiencia aquí diferenciadas. Ellas no dan ninguna ventaja a la propuesta de "*wealth maximization*" frente a una concepción de protección de la competencia. Más bien esto queda en el campo crítico de las teorías de "*second best*". Vistas así las cosas, dentro de ambas concepciones de eficiencia, debería darse la preferencia al estándar Pareto, en cuanto esto sea posible.³⁷

III.- EL CAMPO DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

La política práctica de competencia saca provecho de una concepción monista orientada hacia la eficiencia, porque se excluye un cierto número de otros objetivos. Esto es un efecto de purificación negativa. Por el contrario, es mucho más difícil fijar una contribución positiva para la delimitación de conductas ilegítimas restrictivas de la competencia, por un lado, y de conductas competitivas legítimas o también de conductas justificadas por maximizar el bienestar, por otro lado. Esto tampoco mejora cuando se recurre a las numerosas y diversas teorías "*second best*". Ellas no tienen porqué ser tratadas aquí. Sólo sea dado un ejemplo: incluso si nos limitamos a siete características estructurales del mercado (cuota de mercado, barreras de mercado, transparencia del mercado, funciones de costos, diferenciación del producto, elasticidad de precios, elasticidad de los ingresos) y se combina cada una de éstas con sólo tres subgrupos generales como pequeños, medianos y grandes, resultan entonces 116,280 diferentes posibilidades de combinación, y con ello tantas estructuras de mercado.³⁸ La moderna teoría de la firma ha llevado a una inseguridad adicional. Ella ha mostrado que en este contexto las empresas no deben ser tratadas como un dato, sino como un entrelazamiento de coordinación contractual (*governance structure*), el cual por su parte se encuentra en competencia con otras formas de coordinación (mercados, formas mixtas entre jerarquía y mercados).³⁹ Uno puede tratar de combinar la teoría tradicional del equilibrio, concepciones teóricas de proceso de mercado por ejemplo, en el sentido de

Kirzner,⁴⁰ y teorías de coordinación al estilo de la economía de los costes de transacción.⁴¹ Pero no tenemos una meta-teoría que muestre cuándo debe emplearse qué concepción teórica. Esto sigue siendo una mezcla tentativa y pragmática.

Por lo demás, en el contexto de la discusión norteamericana ya he indicado la dependencia del fin de protección respecto del marco institucional. En un primer paso, se tiene libertad para, en mayor o menor medida, dejar en manos de la política el ordenamiento de la competencia o darle la responsabilidad a una "*rule of law*". Si uno se ha decidido por la última, en un segundo paso, ya no existe tal libertad. Ahora deben considerarse las reglas propias de la aplicación del Derecho. De la inmensidad del acontecer económico sólo pueden ser aislados en normas jurídicas aquellos elementos que permanecen accesibles a una valoración abstracta y general y, al mismo tiempo, a una comprobación en el caso concreto. Es por ello que tienen una importancia superior las cuestiones de probanza. Mayores diferenciaciones están relacionadas con la configuración del proceso. Las exigencias en el proceso penal son generalmente mucho más estrictas que en los procesos administrativos, con las posibilidades de investigación de las autoridades, o en los procesos civiles bajo la responsabilidad privada de las partes. La estrictez de las regulaciones también está decisivamente influenciada por las posibilidades de las existentes autorizaciones de restricciones de la competencia, eventualmente temporales y controladas. Me parece casi inevitable que en un régimen de prohibiciones *per se*, por un lado, y en un estándar de "*rule of reason*" por el otro, el cual prácticamente desemboca en la inoperancia, las prohibiciones *per se* adquieran el carácter de regla. Esto incluye que su empleo pueda ser "incorrecto" en el caso particular, lo cual constituye un elemento de costo dentro de una opción de "*rule of law*".

Es normal que también sea una opción, frente a las dificultades dadas, que mejor no se haga nada. Se evitan malas aplicaciones de la ley. Se ahorran además los escasos recursos. Podría evitarse una perversión del Derecho de la Competencia, la que se

³⁷ Williamson, "*Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*", 58 Am. Econ. Rev. 18-36 (1968); el mismo, "*Economies as an Antitrust Defense Revisited*", 125 U. Pa. L. Rev. 699-736 (1977).

³⁸ Ver esto ya en Möschel (nota 30).

³⁹ Ver ya antes Cooter (nota 28), p. 156 y 163.

⁴⁰ Al respecto Möschel (nota 13), nota 66.

⁴¹ Williamson (nota 6), p. 296-297.

produce cuando, bajo el ropaje de una ley general, en vez de promoverse el bienestar general solamente se impone el interés de ciertos grupos.⁴² Dicho escenario no está muy lejano de todos aquellos países en los cuales el Derecho de la Competencia no funciona realmente. La misma experiencia comprueba por cierto que una elección entre Derecho de la Competencia estricto, por un lado, y *laissez faire* conjuntamente con abstinencia estatal, por otro lado, no es la única posibilidad. En todo caso, en el contexto europeo es más realista admitir que un ausente Derecho de la Competencia es reemplazado por recursos intervencionistas, regulatorios de la política. Un ejemplo de ello es la mencionada práctica del control de fusiones, especialmente en Francia, y en menor medida en Gran Bretaña.

La verdadera dificultad tiene su fundamento en el objeto mismo de la regulación, es decir en los procesos de mercado. Si todo está relacionado con todo, y además todo está cambiando continuamente, y nadie puede mirar el futuro, sólo pueden darse proposiciones limitadas. Quisiera evocar cuatro facetas: Los instrumentos de análisis movilizados tienen el carácter de construcciones de ayuda. Un ejemplo es el concepto delimitativo de un solo mercado a diferencia de un concepto total de mercado según Walras.⁴³ Las "Merger Guidelines" de 1984 del Ministerio de Justicia norteamericano se han esforzado por una formalización más fuerte. Para la delimitación del mercado objetivamente relevante [mercado del producto] será decisivo si un monopolista hipotético puede imponer durante un año una elevación de precios del 5%.⁴⁴ Puesto que no pueden realizarse tests empíricos, esto da la apariencia de una seguridad metódica, la cual sólo es aparente. La práctica se sigue apoyando, por lo demás, invariablemente en tradicionales indicadores tales como las propiedades del producto, las costumbres de los consumidores, desarrollos técnicos emergentes, etc. Las directivas mismas sobre concentraciones empresariales [Merger Guidelines] enuncian estos puntos de vista.

Numerosas conductas –fuera de un núcleo como los cárteles de precios y otros– son ambivalentes en lo concerniente a sus efectos sobre la competencia. Así,

para mencionar sólo un ejemplo, las discriminaciones de precios pueden formar parte de una estrategia deliberada de eliminar competidores. Pero, contrariamente, también pueden tener carácter estimulante de la competencia. Esta dependencia de las circunstancias en casos individuales dificulta enormemente la formulación de expresiones generales, que puedan ser recogidas en normas legales.

También bajo una orientación hacia la eficiencia, un Derecho de la Competencia se ve confrontado con cuestiones de medida y de grado. Una toma de posición por lo general no puede prescindir de tener que escoger y decidir. Así, la competencia vive de la innovación y del progreso, por un lado, como de la imitación de competidores, por el otro. Con ello puede aparecer una situación de "free rider" [aprovechamiento oportunista e ineficiente de los costos esfuerzos empresariales de otro]. Ante ello el legislador ha reaccionado de manera especial por sectores individuales, por ejemplo protegiendo las patentes y los derechos de autor. ¿Debería extenderse esto a todas las innovaciones?, ¿a cuáles productos y procedimientos?, ¿por qué período de tiempo? ¿Debería regir algo distinto para innovaciones de moda, de corta duración que para las innovaciones técnicas?

Me parece que la contribución más importante que se puede sacar de la discusión sobre el fin de protección para la política práctica de competencia es la siguiente: incluso si se acepta una orientación hacia la eficiencia se llega, directamente o a través de desvíos, a la tarea de proteger el rendimiento de coordinación y de evolución de los procesos de mercado.⁴⁵ La idea puede expresarse de la siguiente manera siguiendo un proverbio chino: "el camino es la meta". Desde esta perspectiva, la política de la competencia no puede orientarse hacia determinados resultados de mercado, sino hacia las condiciones del proceso mismo. Nuevamente con ello nos vemos arrojados inevitablemente a la aporía de la teoría de la competencia. La modesta ganancia de estas reflexiones radicaría en la visión de que solamente una pequeña porción de este campo, cuya extensión casi es imposible de ver, puede ser considerado como útil.

⁴² Kirzner, "Competition and Entrepreneurship", Chicago-Londres 1973, (en alemán: "Unternehmertum und Wettbewerb", Tubinga 1978); el mismo, "The Market Process: Austrian View", en Groenfeld/Maks/Muysken (nota 12), p. 23-39

⁴³ Así procede Schmidchen, "Evolutorische Ordnungstheorie", (nota 35), p. 178-179.

⁴⁴ Ver DiLorenzo, "The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective", 5 Int'l. Rev. & Econ., p. 73-90 (1985); también Baxter (nota 8), p. 89.

⁴⁵ Al respecto Möschel (nota 13), n. marg. 94-95 y Schmidchen (nota 29), p. 130-132. Merger Guidelines, CCH TRR vol. 2, cap. 4492, bajo 2.11 (versión alemana en FIW Dokumentation Heft 6, 1985). De acuerdo con esto Schmidchen (nota 29), p. 121.