

¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE COMPETENCIA?

MARIO YBAR A.
LLM. UNIVERSITY COLLEGE LONDON

Durante la última década el derecho de la competencia ha irrumpido con fuerza en gran parte de los países de Latinoamérica. Nuestros legisladores, cada vez más conscientes del rol que esta rama del derecho puede servir en materia de política pública, han dotado a la misma de más y mejores herramientas legales para el cumplimiento de sus objetivos. Con todo, una mirada general a la doctrina y jurisprudencia de esta parte del continente evidencia cierta discrepancia –y a veces hasta confusión– respecto de la naturaleza de dichos objetivos.

Atendida esta realidad, el presente documento tiene por objeto centrar la discusión sobre libre competencia en el bien jurídico protegido por la misma, y en las distintas aproximaciones con que la autoridad puede propender a su materialización, abogando por una visión y una aproximación sobre la materia. En este sentido, las distintas jurisdicciones del continente no podrán exhibir una institucionalidad sólida y coherente mientras no expliciten los lineamientos generales de su política de competencia, y por lo mismo, cualquier metodología de análisis de carteles, fusiones o conductas unilaterales no será lo suficientemente robusta si está desprovista de una visión global respecto del bien jurídico que se pretende proteger.

I. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El derecho *antitrust* nace como disciplina autónoma hace casi 110 años mediante la promulgación de la *Sherman Act*. Sin perjuicio de la multiplicidad de interpretaciones que pueden encontrarse en la literatura en relación con la finalidad perseguida por dicho cuerpo legal,¹ probablemente la descripción más lúcida respecto del objeto protegido por la legislación *antitrust* sea aquella que ve en la *Sherman Act* la transcripción de los ideales democráticos *jeffersonianos* a la realidad económica Norteamericana de fines del siglo XIX. Esto es, la necesidad de erigir una sociedad de productores iguales e independientes entre sí, como una manera de evitar la desigual distribución de la riqueza, y la inherente corrupción del poder político que se sigue de la concentración económica.²

Así, en sus orígenes, el derecho *antitrust* estuvo destinado a proteger la libertad política (democracia) y libertad económica (libre empresa) del riesgo de la concentración económica o “monopolio”,³ principalmente mediante la estimulación de mercados más atomizados y la proscripción de las cláusulas que imponían límites a la autonomía contractual.

¹ Así, por ejemplo, BARNES (1989), p. 809 y siguientes.

² AMATO (1997), p. 97 y MUELLER (1978), p. 17 y siguientes.

³ AMATO (1997), p. 98.

Sin embargo, durante el transcurso del Siglo XX muchas voces arguyeron que la excesiva atomicidad del mercado muchas veces impedía la obtención de eficiencias provechosas para los consumidores (expresadas principalmente en sinergias y economías de escala y ámbito), así como que estos últimos podían, además, verse beneficiados por ciertas prácticas que implicaban limitaciones a la autonomía contractual, como por ejemplo, restricciones verticales que persiguen coordinar los incentivos de productores y distribuidores.

Dicha evidencia dio cuenta de que los intereses de los consumidores y de los competidores no estaban necesariamente alineados, y que en aquellos casos en que existía conflicto, las distintas legislaciones debían inevitablemente optar. Mayoritariamente las distintas institucionalidades decantaron en favor de los consumidores, optando por “sacrificar libertad económica, en su sentido *Jeffersoniano*, con el fin de incrementar los niveles de producción”.⁴

Así, la imposibilidad de mantenerse en el mercado de ciertos agentes económicos, como consecuencia de la mayor eficiencia relativa de sus competidores, dejó de concernir a las autoridades de competencia, por cuanto una defensa de los mismos no resultaba compatible con el interés de los consumidores, beneficiados por aquella mayor eficiencia, a través de mejores productos a menores precios.

II. LIBRE COMPETENCIA EN LA ACTUALIDAD: DISTINTAS TENDENCIAS

A partir de lo reseñado, corresponde abordar sucintamente las distintas corrientes teóricas existentes respecto de la finalidad que debe asignarse al derecho de la competencia.

A. COMERCIO LIBRE Y JUSTO COMO OBJETO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Esta primera visión sitúa el énfasis en una competencia no sólo libre, sino que, además, justa. Aquí la autoridad debe conciliar la eficiencia económica, que redundaría en bienestar para los consumidores, con otros bienes jurídicos tales como la justicia y la equidad.⁵

Bajo este enfoque, corresponde a la autoridad evaluar posibles excepciones al bienestar de los consumidores en aras de alcanzar otros objetivos socialmente deseables, como por ejemplo, la preservación de los negocios familiares y las identidades regionales, el fomento del emprendimiento individual (espíritu empresarial), una más equitativa distribución del ingreso, mayores niveles de empleo e, incluso, la independencia del poder político ante la influencia de las grandes corporaciones, ya sea a través de su control de los medios de comunicación o, más directamente, mediante *lobby*.⁶

Un ejemplo típico de este modelo lo constituye la prohibición de instalar grandes superficies de *retail* dentro de los límites urbanos de las ciudades, existente en diversos países eu-

⁴ BARNES (1989), p. 844 y 845. Traducción libre.

⁵ FOX (1981), p. 1179.

⁶ HOVENKAMP (1999), p. 71.

ropeos, con la finalidad de proteger los comercios locales. Otro ejemplo lo constituiría el rechazo de operaciones de concentración fundado en que la entidad resultante alcanzaría una estructura de costos tan eficiente, que no podría ser desafiada por competidores incapaces de igualar sus precios.

Aún cuando la adopción de medidas que colisionan directamente con el interés de los consumidores ha sido duramente criticada desde el mundo de la economía, lo cierto es que la adopción de aquellas es plenamente legítima en el contexto de una sociedad democrática, que no tiene por qué compartir un mismo ideario ni asignar igual prioridad a distintos bienes considerados como valiosos.

Así, siguiendo a Eleanor Fox, enfrentada a la decisión de posponer el interés de los consumidores en favor de otros objetivos nacionales, la autoridad deberá evaluar si los costos sociales de las personas en su calidad de ciudadanos –provenientes aquéllos de una competencia libre pero “injusta”– son mayores que las ganancias obtenidas en términos de precio, calidad y variedad en su calidad de consumidores.⁷

Dicho lo anterior, corresponde señalar que por legítima e, incluso, positiva, que pueda resultar la adopción de este tipo de políticas, ellas no debieran imponerse en el contexto de la institucionalidad de defensa de la libre competencia en la medida que resulten incompatibles con el bienestar de los consumidores.⁸ Esto porque, en estricto rigor, dichas prevenciones constituyen una excepción al régimen de competencia al sustraer a ciertos actores considerados como dignos de protección del rigor de la misma.⁹

B. CONSUMIDORES COMO OBJETO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Señalamos previamente que existe en la actualidad un elevado nivel de consenso entre las distintas institucionalidades en cuanto a que el derecho *antitrust* protege el bienestar de los consumidores y no el de los competidores. De esta manera, corresponderá a las autoridades del sector prevenir transferencias de riqueza desde los consumidores hacia los agentes con poder de mercado.¹⁰

Con todo, incluso dentro de quienes postulan al consumidor como el eje de la normativa de defensa de la competencia, existen dos visiones contrapuestas que, a grandes rasgos y con matices, reflejan la doctrina y jurisprudencia de la Comunidad Europea y de los Estados Unidos. A saber:

B.1. DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES MEDIANTE LA SANCIÓN DE PRÁCTICAS INEFICIENTES

⁷ FOX (2003), p. 163. Traducción libre.

⁸ A menos que exista una declaración explícita en cuanto a que la institucionalidad de competencia tiene fines no sólo económicos, sino que también políticos y sociales.

⁹ FOX (2003), p. 164.

¹⁰ KIRKWOOD & LANDE (2008), p. 90.

La visión de la competencia asociada a la Escuela de Chicago –prevaleciente hoy en día en las Cortes Estadounidenses- considera que las autoridades del sector deben limitarse a sancionar y reprimir aquellas conductas y transacciones que resultan en una reducción de la cantidad de bienes y servicios producidos, aumentando los precios finales de los mismos.

Bajo esta perspectiva, al derecho de la competencia le corresponde velar por la eficiencia económica, entendiendo por ésta la maximización del bienestar de los consumidores (o de la sociedad, según distinguiremos) mediante el uso óptimo de los recursos disponibles.¹¹ Así, en ausencia de evidencia concreta de que una determinada conducta acarrea ineficiencia económica (medida en los términos de cantidad producida y precio), más vale dejar que los mercados operen por sí mismos, por cuanto los riesgos de distorsión del proceso competitivo como consecuencia de la intervención estatal serían mayores que los riesgos del *laissez-faire*.¹²

Esta postura se funda en dos cimientos: 1) recelo respecto de la eficacia de la intromisión del Estado en las relaciones del orden privado, entendiendo que la misma puede terminar ahogando aquella libertad que intenta proteger;¹³ 2) confianza en los mercados como mecanismo asignador de recursos -al punto que las conductas de sus agentes se presumen eficientes-, y en su capacidad para corregir en el tiempo sus propias imperfecciones.¹⁴

Con todo, no existe consenso entre los adherentes de esta visión respecto de los beneficiarios últimos de la eficiencia que la normativa *antitrust* debe proteger. En efecto, mientras algunos argumentan que la eficiencia tiene por objeto la maximización del excedente del consumidor (la diferencia entre lo que éste paga por un bien y lo que está dispuesto a pagar por el mismo), otros sostienen que las autoridades deben ser indiferentes respecto de quién (consumidores o empresas) se apropia de dichos excedentes, debiendo limitarse a procurar que la suma de los excedentes del productor y del consumidor emanados de las transacciones económicas sea la mayor posible.

Sin perjuicio de que, en lo que sigue, este trabajo se centrará en la defensa de la eficiencia como mecanismo de protección de los consumidores –en contraposición a la protección del proceso competitivo y la apertura de los mercados-, dedicaremos algunos párrafos a analizar la defensa de la eficiencia como mecanismo maximizador de los excedentes sociales (consumidor + productor)

Para los seguidores de esta idea, la institucionalidad de la competencia no debiese ser utilizada como un mecanismo redistributivo (para ello el Estado cuenta con otras herramientas tales como el sistema impositivo),¹⁵ sino sólo como un medio para conseguir la maximización de la riqueza global, de manera tal que sean liberados –y destinados a otros fines– la mayor cantidad posible de recursos.

¹¹ FOER (2005), p. 18.

¹² HOVENKAMP (2001), p. 273.

¹³ AMATO (1997), p. 3.

¹⁴ FOX (2003), p. 152.

¹⁵ CARLTON & PERLOFF (2005), p.85.

La mejor forma de ilustrar esta corriente de pensamiento es imaginar una operación de concentración que produzca eficiencias tales, que impliquen un excedente para el productor (eficiencias productivas) superior a la ineficiencia distributiva ocurrida como consecuencia del mayor precio que la firma fusionada podrá imponer una vez concretada la operación. Así, por ejemplo, si con anterioridad a una fusión una empresa producía a \$8 y vendía a \$10, y con posterioridad a la misma comienza a producir a \$5 y a vender a \$12, para quienes postulan el bienestar social como objeto del derecho de la competencia, aún cuando los consumidores deban soportar mayores precios (\$2), existirá un beneficio social neto (\$1), de manera tal que la operación debiera ser aprobada sin restricciones.¹⁶

La visión en comento, popular en las aulas de economía pero con escaso eco práctico, ha sido criticada incluso desde la perspectiva económica, toda vez que omite poner atención al hecho de que la valoración –o utilidad marginal– que los propietarios de las empresas otorgan a dichos excedentes es inferior a aquella que le dan los usuarios de las mismas (consumidores), “de manera tal que el verdadero costo social del monopolio resulta mayor que el previsto por la teoría neoclásica”.¹⁷

B.2. DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES MEDIANTE LA PROTECCIÓN DEL PROCESO COMPETITIVO Y LA APERTURA DE LOS MERCADOS.

Esta corriente, generalmente asociada a los países de la Comunidad Europea, considera la defensa del proceso competitivo y de la apertura de los mercados, esto es, la promoción de un “ambiente propicio para la existencia de una rivalidad vigorosa entre los distintos agentes económicos”, como el mejor garante del bienestar de los consumidores.¹⁸

En consecuencia, los efectos de determinadas conductas o actuaciones de ciertos agentes económicos respecto de sus competidores deben importar a las autoridades del sector no porque aquéllos constituyan un motivo de preocupación en sí mismos, sino porque la existencia de un proceso competitivo depende, precisamente, de la permanencia en el mercado de un número suficiente de competidores.

Bajo este enfoque, asiste a los agentes económicos un derecho doble: a participar en mercados libres de obstáculos artificialmente contruidos por las empresas con poder de mercado, y a no ser excluidos de los mismos por una razón distinta de sus propios méritos competitivos.¹⁹ Esta última expresión establece una diferencia sustancial respecto de la corriente que propicia una competencia justa, además de libre, antes referida. Así, la exclusión de competidores menos eficientes como consecuencia de la oferta de mejores productos o servicios, a menores precios –no predatorios–, resulta no sólo legítima, sino que esperable en un contexto de rivalidad.

¹⁶ MONTI (2007), p. 523.

¹⁷ (HOVENKAMP (1990), p. 114. Traducción libre.

¹⁸ FOX (1981) P. 1169. Traducción libre.

¹⁹ FOX (2003), p. 158.

El correlato de estos derechos es la “responsabilidad especial”²⁰ que pesa sobre los agentes con poder de mercado, de no llevar adelante iniciativas que, legítimas para entes que carecen de dicho poder, en sus manos pueden distorsionar el juego de la competencia.²¹

La principal crítica que los adherentes de la eficiencia como finalidad exclusiva del derecho de la competencia realizan a este enfoque es que al procurar resguardar la apertura de los mercados se expone al riesgo de llevar la aplicación del derecho de la competencia a un punto donde el interés de los consumidores se confunde con el de los competidores. Lo anterior, en consideración de lo difusos que aparecen los límites entre la defensa del proceso competitivo y el resguardo de sus actores.

Consecuentemente, arguyen, resultaría conveniente intervenir sólo cuando existe evidencia de restricción en la cantidad producida, disipando así cualquier posibilidad de que la intromisión de la autoridad termine por perjudicar a los consumidores, mediante la prohibición o sanción de prácticas eficientes.²²

Las diferencias entre una y otra posición se hacen visibles en todo el espectro de actuaciones que conciernen al derecho de la competencia, especialmente en lo referente a abusos de posición de dominio, restricciones verticales y operaciones de concentración.

Así, mientras para un derecho de la competencia que vela por la mantención de un proceso competitivo la figura del abuso de posición de dominio se encuentra en el corazón de la institucionalidad, debiendo reprimirse aquellas conductas que innecesariamente excluyen o incrementan los costos de competidores igualmente eficientes; aquellos que miden el bienestar de los consumidores en términos de restricción de las cantidades producidas suelen no prestar mayor atención a ese tipo de actos.

En efecto, de acuerdo con el documento sobre abuso de posición de dominio emitido por el Departamento de Justicia Norteamericano (DOJ) en septiembre de 2008, retirado por la administración del presidente Obama,²³ dicha área del derecho de la competencia aparece como “desconcertante” toda vez que “las conductas excluyentes y las competitivas suelen parecerse”,²⁴ concluyendo –por ejemplo– que una empresa dominante sólo podrá ser sancionada por sus políticas de descuentos cuando la “práctica genere daños substancialmente mayores a los beneficios aparejados a la misma”.²⁵ Demás está decir que la severidad del test aplicado explica el hecho de que durante los ocho años de administración Bush no se haya iniciado procedimiento alguno fundado en abuso de posición de dominio (sección 2 de la *Sherman Act*).

²⁰ El concepto de responsabilidad especial fue establecido por la Corte Europea de Justicia en el caso *Michelin v. Commission* (1983), par. 57. Ver, además, *Irish Sugar PLC v. Commission* (1999), par. 12.

²¹ JONES, SUFRIN & SMITH (2007), p. 323.

²² FOX (2003), p. 162.

²³ <http://www.usdoj.gov/opa/pr/2009/May/09-at-459.html>.

²⁴ Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. U.S. Department of Justice (Septiembre 2008), p. 18

²⁵ *Ibid*, p. 117.

Otra área de divergencia entre ambas visiones la constituye el tratamiento de las restricciones u operaciones de concentración verticales. Así, mientras quienes defienden el proceso competitivo evaluarán las eficiencias y riesgos de exclusión asociados a cada contrato u operación de concentración, adeptos a la Escuela de Chicago tenderán a aprobar las mismas sin mayores cuestionamientos, debido a la presunción de eficiencia asociada a las transacciones verticales²⁶ y, básicamente, fundados en su desconfianza en la capacidad de la autoridad para prever comportamientos excluyentes futuros por parte de las empresas involucradas en dichas operaciones.²⁷

También se observan discrepancias en el tratamiento de ciertos acuerdos horizontales que carecen de aptitud para restringir la cantidad producida, pero que afectan otras variables de la competencia.²⁸

III. ¿EFECTOS EN LA CANTIDAD PRODUCIDA O ESTRUCTURA COMPETITIVA COMO FORMA DE GARANTIZAR EL BIENESTAR DE LOS CONSUMIDORES?

Hemos señalado que existe un consenso generalizado, por lo menos a nivel de legislaciones, en torno a que el objeto último de la libre competencia es la protección de los consumidores. Corresponde determinar, entonces, cuál de las visiones que postula dicho objetivo final –esto es, la que propicia la defensa del proceso competitivo o la que se limita a resguardar la eficiencia en los mercados–, protege de manera más adecuada tal interés.

A nuestro parecer, existen dos grupos de razones para concluir que la competencia constituye un mejor vehículo de protección de los consumidores que la eficiencia.

Con todo, se advierte al lector que el presente artículo no pretende aunar criterios en torno a la postura por la que se abogará, en el entendido de que las diferencias entre ambas nociones no constituyen más que otra de las manifestaciones de las distintas formas en que los seres humanos conciben la relación entre el Estado y los agentes económicos. En concreto, si se está dispuesto a conceder mayor poder al Estado a fin de que proteja a la población del abuso del poder privado, o si por el contrario, se desconfía de los resultados de una mayor intervención estatal y tolera el poder privado, en el entendido de que los mercados tienen la capacidad de arreglar internamente sus imperfecciones.²⁹

A. EL PROCESO COMPETITIVO PROTEGE A LOS CONSUMIDORES MEJOR QUE UN CONCEPTO ESTÁTICO DE EFICIENCIA

“Mientras que la protección del bienestar de corto plazo de los consumidores, medido conforme a los márgenes precio-costos resulta innegablemente importante, los beneficios de una competencia saludable son más amplios y esencia-

²⁶ HOVENKAMP (2001), p. 319

²⁷ KOLASKY (2006), p.5.

²⁸ *California Dental Ass'n v. FTC* (1999), p. 776-777.

²⁹ AMATO (1997), p. 4.

les. El principal beneficio de la competencia es conducir el crecimiento de la productividad mediante la innovación.... El crecimiento de la productividad es central por tratarse de la más importante determinante del bienestar de largo plazo de los consumidores y del estándar de vida de la población”.³⁰

La cita anterior de Michael Porter nos señala una verdad transversalmente aceptada, cual es que resulta más valioso incrementar el tamaño de una torta que repartirla eficientemente. El crecimiento de la torta dependerá de la tasa de innovación (esto es, la capacidad producir nuevos productos o métodos de producción o administración, o de añadir valor agregado a los existentes), lo que en nomenclatura económica se conoce como eficiencia dinámica.

Surge entonces la interrogante respecto de cuál de los modelos expuestos otorga mayor cabida a la consideración de las eficiencias dinámicas.

Por una parte, si bien la corriente que apuesta a la eficiencia como objeto único de la normativa de competencia abraza formalmente las eficiencias dinámicas, lo cierto es que, como bien señala Lande, más bien “se limita a relegarlas a la sección de notas al pie”.³¹ Y lo cierto es que esta realidad no debe sorprendernos, pues las eficiencias dinámicas son difíciles de prever y prácticamente imposibles de cuantificar, de manera tal que su incorporación atenta contra los supuestos en que se funda la doctrina de Chicago: certeza jurídica y desconfianza en la capacidad de la autoridad para prever los resultados de una determinada conducta u operación.

Por el contrario, pareciera ser que el modelo que propicia el resguardo de los procesos competitivos sería mucho más inclusivo de las eficiencias dinámicas, toda vez que más que a las economías de escala y ámbito de unas pocas firmas, dichas eficiencias responderían a la calidad del proceso competitivo³², esto es, un entorno de rivalidad que genere los incentivos adecuados para la creación y comercialización de nuevos productos.

Todavía más, si bien precio e innovación constituyen las más relevantes dimensiones de la competencia, lo cierto es que éstas no representan las únicas variables a que los consumidores prestan atención. De hecho, importa también a estos últimos acceder a niveles óptimos de variedad, calidad y otras formas de competencia no basadas en precio, que amplían sus posibilidades de elección y extienden el grado de autonomía de sus decisiones.³³

Nuevamente, resulta evidente que dichas dimensiones de la competencia están mejor salvaguardadas bajo un modelo que protege el proceso competitivo, que bajo una visión centrada únicamente en la eficiencia estática.

Una crítica previsible a las ideas expuestas anteriormente va de la mano del argumento de que la normativa de la competencia suele concentrarse en la variable precio, en atención a que las restantes formas de competencia tenderán a prevalecer en aquellos mercados en que

³⁰ PORTER (2001), p. 922. Traducción libre.

³¹ LANDE (2007), p. 186.

³² AMATO (1997), p. 23. Traducción libre.

³³ LANDE (2008), p.1.

existe competencia por dicha variable. En síntesis, el precio constituiría un *proxy* adecuado de otros elementos de la competencia más difíciles de cuantificar.

Lo anterior no tiene por qué resultar siempre cierto. Todavía más, los mercados en que la competencia no se da principalmente por vía de precios, no pueden, en absoluto, considerarse excepcionales.³⁴ De partida, siguiendo a Lande,³⁵ puede no existir competencia por precio con motivo de una regulación o como consecuencia de la existencia de ciertas características peculiares de un mercado, como por ejemplo la presencia de una masiva red de seguros comprometidos.³⁶

Todavía más frecuente es la existencia de mercados donde la competencia se desarrolla sobre la base de la innovación y la oferta de nuevos productos y servicios.³⁷ Así, por ejemplo, el óptimo competitivo en mercados que se caracterizan por un uso intensivo de tecnología (como es el caso de laboratorios farmacéuticos, empresas de telecomunicaciones, centros hospitalarios, etc.), requiere de una estructura más atomizada de la que se necesitaría para mantener una competencia efectiva en el mercado de un *commoditie*, donde la competencia se da únicamente por precio y cantidad.³⁸

Otro ejemplo lo constituyen las industrias donde la creatividad y la toma de decisiones independientes constituyen las formas principales de competencia.³⁹ En efecto, en mercados de esta naturaleza (medios de comunicación, editoriales, universidades, etc.) poco importan los efectos en materia de precios de una acción u operación que compromete valores esenciales para una sociedad democrática, tales como el pluralismo. Siguiendo a Lande, “una confitería podrá ser capaz de elaborar todos los tipos de galleta, pero una editorial no necesariamente es capaz de publicar todos los tipos de libros”.⁴⁰

B. LA DEFENSA DEL PROCESO COMPETITIVO ES COMPATIBLE CON LOS DEMÁS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA LEGISLACIÓN *ANTITRUST*

Un segundo argumento a favor de la visión que ampara el proceso competitivo se relaciona con el hecho de que al favorecer la apertura de los mercados permite compatibilizar la protección de los consumidores con el derecho a emprender,⁴¹ en tanto correlato del derecho a no ser excluido de los mercados por una razón distinta de los propios méritos competitivos.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Citando el ejemplo de Lande, imaginemos el mercado de repuestos de autos de lujo, en que la mayoría de las veces existen seguros comprometidos, por lo que al dueño del auto le preocupan variables tales como la reputación del taller mecánico por sobre el nivel de precios de los servicios ofrecidos al interior de los mismos.

³⁷ LANDE (2008), p.1.

³⁸ AVEERIT - LANDE (2007), p. 206.

³⁹ AVEERIT - LANDE (2007), p. 201.

⁴⁰ AVEERIT - LANDE (2007), p. 203. Traducción libre.

⁴¹ Entre nosotros, contenido principalmente en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política.

En efecto, para la preservación del libre mercado, fundamento último del derecho de la competencia, la garantía de libre emprendimiento -protegido mediante la sanción de abusos capaces de generar exclusión del mismo-, es tan relevante como el resguardo de que el juego de la oferta y la demanda no se lleve a cabo en un contexto de distorsión. No se trata, por tanto, de objetivos disociados, sino de dos caras de una misma moneda.

Por lo demás, un régimen que día a día genera el grado de inequidades que produce el libre mercado sólo podrá ser defendido en el largo plazo, en la medida que se mantenga incólume su principal virtud, esto es, que la puerta del emprendimiento esté abierta y que cualquiera —con una buena idea, trabajo y algo de suerte— pueda recoger los beneficios del sistema.⁴²

A este respecto, si bien es cierto que las distintas jurisdicciones sobre libre competencia debieron optar entre la protección de los consumidores y de otros valores que podían llegar a ser incompatibles, principalmente la libertad y oportunidad de competir, aquello no tiene por qué significar que este último bien sea completamente irrelevante para las autoridades *antitrust*. De este modo, Eleanor Fox estaría en lo correcto al sostener que el interés de los consumidores no constituye “el” objeto del derecho de la competencia, sino más bien el “límite” en la consideración de otros bienes protegidos.⁴³

Por el contrario, una visión de la institucionalidad que excluye la consideración de objetivos distintos de la eficiencia económica empobrece artificialmente su contenido, inhibiéndola de la posibilidad de jugar un rol en el fomento del emprendimiento y de la maximización del potencial humano. Bajo la mirada de la Escuela de Chicago el derecho *antitrust* pierde transcendencia. No es lo mismo ser un policía de carteles⁴⁴ que un garante de la libertad económica.

V. CONCLUSIÓN

Utilizando palabras de Hovenkamp, la escuela de Chicago ofrece una respuesta “simple y elegante” a la pregunta respecto de los objetivos perseguidos por la normativa *antitrust*.⁴⁵ Esta simpleza resulta valorable para el ordenamiento jurídico por cuanto provee certeza a los agentes económicos sujetos a su regulación.

En efecto, para los defensores de esta teoría, el examen de los efectos aparejados a una conducta o convención tenderá a centrarse en evidencia tangible -susceptible de cuantificación científica-, en vez de especulaciones respecto de efectos esperados, cerrándose así la puerta a los denominados “falsos positivos”, esto es, la posibilidad de condenar prácticas que resultan eficientes de cara a los consumidores.

No podemos sino coincidir con que la certeza jurídica constituye una característica sumamente deseable para cualquier ordenamiento normativo. Con todo, los organismos encarga-

⁴² STELZER (2008), p. 24.

⁴³ FOX (1981), p. 1183.

⁴⁴ Básicamente la única actividad objeto de reproche para la teoría neoclásica.

⁴⁵ HOVENKAMP (1999), p. 70.

dos de velar por la defensa de la normativa de la competencia deben necesariamente preguntarse respecto de los costos asociados a dicho objetivo. Dicho en términos simples, cuánto estamos dispuestos a sacrificar a fin de asegurar certeza a los regulados.

A este respecto, debe destacarse que de la trilogía más y mejores productos, a menor precio con que se aspira a beneficiar a los consumidores, la visión de la competencia asociada a la Escuela de Chicago de Chicago sacrifica los vocablos *más* (relativo a la diversidad) y *mejores* (innovación) en pro de la certeza.

Todavía más, abandonar el resguardo de la apertura de los mercados en pro de una mayor certeza jurídica para las empresas con poder de mercado –las verdaderas beneficiarias de aquella mayor certeza–, parecería solucionar el dilema que presenta esa permanente disyuntiva existente en todas las sociedades entre libertad e igualdad, subordinando casi completamente este último valor al primero y, consecuentemente, anulando también la libertad de los menos fuertes. En este sentido, el suscrito comparte la opinión de que la normativa de defensa de la libre competencia debe “permitir a las empresas el máximo grado de libertad compatible con una sociedad democrática”.⁴⁶

⁴⁶ FOER (2000-2001), p. 494. Traducción libre.

BIBLIOGRAFÍA

- AMATO, Giuliano (1997): *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, Hart Publishing, 133 pp.
- AMATO, Giuliano y Claus-Dieter EHLERMANN (2007): *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart Publishing 836 pp.
- AVEERIT, Neil W. y LANDE, Robert H. (2007): Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law, *Antitrust Law Journal*, vol. 74, pp. 175-264.
- BARNES, David W. (1989): “Nonefficiency Goals in the Antitrust Law of Mergers”, *William and Mary Law Review* 30, pp. 787-866.
- CARLTON, Dennis W. y PERLOFF, Jeffrey M. (2004): *Modern Industrial Organization*, Pearson Education, 4a edición, 800 pp.
- FOER, Albert A. (2005): The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the U.S., *American Antitrust Institute Working Paper No. 05-09*. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1103510>
- FOX, Eleanor (1981): “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, *Cornell Law Review* 66: pp. 1140-1192.
- FOX, Eleanor (2002): “Parallel Imports, the Intrabrand/Interbrand Competition Paradigm, and the Hidden Gap between Intellectual Property Law and Antitrust”, *Fordham International Law Journal*, abril 2002, N°25, pp. 982-986.
- FOX, Eleanor (2003): “We Protect Competition, You Protect Competitors”, *World Competition* 26 (2), pp. 149-165.
- FOX, Eleanor (2008) “The Efficiency Paradox”, en: PITOFSKY, R. (edit.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 77-88.
- HOVENKAMP, Herbert (1990): Legislation, Well-Being, and Public Choice, *The University of Chicago Law Review*, vol. 57, pp. 63-116.
- HOVENKAMP, Herbert (2001): Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, *Columbia Business Law Review*, pp. 257-337.
- HOVENKAMP, Herbert (1999): *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, West Group Publishing, 2a edición, 820 pp.
- JONES, Alison y SUFFRIN, Brenda (2008): *EC Competition Law: text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 3a edición, 1430 pp.
- KIRKWOOD, John B. y LANDE, Robert H. (2008): “The Chicago School’s Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”, en: PITOFSKY, R. (edit.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 89-97.

- KOLASKY, William (2006): *GE/Honeywell Narrowing, but no closing, the Gap*, disponible en http://www.wilmerhale.com/files/Publication/49399a50-556d-41ef-9bea-64b718ff4d46/Presentation/PublicationAttachment/6afaa85b-7e49-4b66-bdfe-6bb1979862ef/ABAKolasky_GE_Honeywell.pdf. [fecha de consulta: 20 de mayo de 2009].
- LANDE, Robert (2008): "The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern", disponible en <http://ssrn.com/abstract=1121934> [fecha de consulta: 20 de mayo de 2009].
- LANDE, Robert (2001): "Resurrecting Incipency: From Von's Grocery to Consumer Choice", *Antitrust Law Journal*, vol. 68, pp. 875-898.
- MONTI, Giorgio (2007): "Merger Defences: Efficiencies, Failing Firms and Industrial Policy", en: AMATO, Giuliano y EHLERMAN, Claus - Dieter (edit), *EC Competition Law. A Critical Assessment*, Hart Publishing, Oxford, pp. 519-548.
- MUELLER, Charles (1978): "Small Business and Big Monopoly: The Galbraithian Socialist Imperative", *Antitrust Law and Economics Review* 10 (1), pp. 17-23.
- PORTER, Michael E. (2001): "Competition and Antitrust: Toward a Productivity Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures", *The Antitrust Bulletin*, pp. 919-58.
- STELZER, Irwin (2008): "Some Practical Thoughts About Entry", en: PITOFSKY, R. (edit.), *How the Chicago School Overshot the Mark. The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Nueva York, Oxford University Press, pp. 24-29.