

## **Derecho y libre competencia en los mercados ampliados**

**Rafael Cruz Fabres**

Profesor Titular de Derecho Económico

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y UNIVERSIDAD DE CHILE

El tema que desarrollaremos –regulación jurídica de la libre competencia– es de aquellos que pueden ser considerados como uno de los pilares básicos de una moderna institucionalidad económica, que siguiendo modelos aplicados en Estados Unidos o Europa, existe en nuestro ordenamiento desde 1959 con la Ley N° 13.305.

Muchos años después, se dictó el Decreto Ley N° 211, de 1973, el que ha sido objeto de diversas modificaciones, la última de ellas ocurrida este año por medio de la Ley N° 19.610, del 19 de mayo de 1999, y que tuvo por objeto principal fortalecer el rol de la Fiscalía Nacional Económica.

No obstante lo anterior, es importante señalar que el derecho anti-monopolios tiene un marcado carácter jurisprudencial tanto en nuestro derecho como en las normativas extranjeras.

Este carácter jurisprudencial tiene una formidable importancia, ya que en el caso de nuestros textos legales se ha omitido dar una definición de libre competencia, la que en definitiva se va plasmando a través de la interpretación que van construyendo los organismos tanto preventivos como resolutivos.

Por lo señalado, es esencial la solvencia técnica de los fallos, ya que ellos van configurando líneas de interpretación que constituyen señales de certeza y eficacia en el derecho protector de la libre competencia. Por esta misma razón resulta también esencial que los integrantes de estos organismos sean independientes del poder central y los profesionales que los componen tengan el máximo grado de idoneidad posible.

Sin embargo, creemos importante destacar que para que se produzcan los efectos esperados de esta legislación es necesario que además ella se exprese en un marco institucional adecuado, que permita eficacia a la labor de los órganos antimonopolios.

Para dar un ejemplo de lo ocurrido en nuestro país, podemos señalar que las disposiciones del Título Quinto de la Ley N° 13.305 cayeron en un verdadero vacío, ya que desde 1965 y en un camino cada vez más pronunciado, el Estado empezó a desplazar a las empresas productivas privadas y los precios pasaron a ser fijados en forma casi universal por la autoridad económica, prescindiendo en absoluto de las señales del mercado.

A partir del momento en que nuestras políticas económicas fueron cimentadas en bases institucionales que reconocían la libre competencia, el funcionamiento de los mercados, el rol subsidiario del Estado y los derechos de propiedad, el crecimiento de nuestra economía se elevó a los más altos niveles de nuestra historia económica. Resulta oportuno recoger en este punto la opinión del señor Douglas North, Premio Nobel de Economía, en el sentido que en las sociedades, las instituciones son el determinante subyacente del desempeño de las economías.

De esta forma la presencia del derecho resulta esencial para que a través de los valores que él encarna –justicia, seguridad jurídica, permanencia– se proyecte en el tiempo un horizonte de largo plazo que permita a los agentes económicos tomar sus decisiones.

Unos de los aspectos más interesantes para el estudio del derecho sobre la libre competencia, es el que existe con motivo de la creación de mercados ampliados a través de la supresión de barreras aduaneras, y de la eliminación de todo tipo de restricciones al comercio recíproco.

Estos mercados ampliados han creado los grandes bloques comerciales que configuran el mundo globalizado de hoy.

Una de las experiencias más innovadoras de nuestro mundo contemporáneo es la de la Unión Europea, que empezó en 1951 con el tratado de París, que instituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y que se prepara para llegar a la Unión Económica y Monetaria en los próximos años.

En la materia que nos interesa, el Tratado de Roma de 1957 vino a plasmar lo que algunos autores han calificado con el nombre de “Derecho Antitrust Europeo”, el que plantea complejos problemas en su aplicación, por la superposición de las normas de derecho comunitario por sobre el derecho interno de los Estados.

En el mercado común, la aplicación del derecho de la competencia comercial está bajo el control jurisdiccional de la Corte de Justicia Europea,

sin perjuicio de las facultades que en su caso puedan corresponder a la Comisión y al Consejo. A partir de noviembre de 1989 empieza a funcionar el Tribunal de Primera Instancia, que es competente para examinar en esa instancia recursos de personas naturales o jurídicas, en especial en el ámbito del derecho de la competencia, con el objeto de lograr la uniformidad en la interpretación y aplicación del derecho comunitario.

La delimitación en la aplicación de este derecho plantea una serie de delicadas materias, ya que existen situaciones derivadas de la naturaleza de los intercambios (nacionales, comunitarios o extra mercado común), en las que puede quedar excluida la aplicación del derecho comunitario.

Dentro de estos espacios se ha emprendido una política de competencia comercial fundada en los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma de 1957.

El artículo 85 inciso primero expresa que “son incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, todas las resoluciones de asociaciones de empresas y todas las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tienen como finalidad o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. La jurisprudencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado a través de innumerables fallos la noción de empresa, la naturaleza de sus acuerdos, las prácticas concertadas y sus efectos, orientando claramente sobre los distintos alcances de esta normativa.

Sin embargo, el mismo artículo 85 en su inciso tercero, permite ciertos acuerdos entre empresas “si se constata que ellos pueden producir efectos económicos favorables”, lo que desde un punto de vista jurídico constituye una declaración de inaplicabilidad del inciso primero del artículo 85. El inciso tercero señalado ha sido objeto también de interpretaciones tanto por parte de la Comisión como de la Corte de Justicia.

El artículo 86 del Tratado de Roma establece que en la medida que el comercio entre Estados sea afectado, es incompatible con el mercado común y prohibido el hecho de una o varias empresas de explotar en forma abusiva una posición dominante sobre el mercado común o una parte sustancial de éste.

Esta noción de posición dominante corresponde a una situación de hecho que puede ser enfocada desde un enfoque económico o geográfico y también ha sido objeto de interpretaciones por la Comisión y la Corte dentro de sus respectivas esferas de atribuciones.

Es necesario destacar que la libre competencia dentro del mercado común también puede verse afectada por ciertas acciones de los Estados, en los casos previstos en el artículo 92 del Tratado de Roma. Estos casos son: a) Las ayudas financieras acordadas por los Estados o con recursos del Estado, salvo las excepciones que señala el inciso segundo del mismo artículo 92 y que se refieren a ayudas de carácter social otorgadas a consumidores individuales, ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por "acontecimientos extraordinarios" (fundamentalmente calamidades naturales) y ayudas otorgadas a ciertas regiones de la C.E.E.; b) Discriminaciones fiscales o tributarias; y c) Ciertas divergencias legislativas y administrativas entre los Estados partes. Estas deben ser evitadas mediante la armonización legislativa establecida en los artículos 100 a 102.

En todos los casos de construcción de mercados únicos o ampliados, vemos surgir la necesidad de evitar que por la vía de inconvenientes prácticas comerciales lleguen a anularse o limitarse muy severamente las ventajas derivadas de una liberación comercial, reducción arancelaria o armonización de legislaciones.

En esta perspectiva, aparece indispensable la existencia de un derecho anti-monopolios con los correspondientes procedimientos de aplicación, que sean capaces de mantener una sana competencia en un marco de libertad de transacciones que asegure la libre circulación de los factores productivos.

Las elaboraciones que permite el derecho de la integración en su expresión como un derecho comunitario y de un cierto carácter supranacional, constituyen el marco institucional a partir del cual los órganos creados en los tratados pueden aplicar políticas eficaces de promoción y vigilancia de la libre competencia y de la eliminación de ayudas estatales que pueden causar distorsiones en perjuicio de los señalados mercados ampliados.

Por su reciente asociación con el Mercosur a través del acuerdo suscrito en San Luis (República Argentina) el 26 de junio de 1996, entre Chile y los países integrantes del acuerdo, consideramos de interés examinar en forma somera el derecho de defensa de la libre competencia que existe en Mercosur.

Desde luego, es necesario destacar que tanto Argentina como Brasil están dotados de un derecho interno que con distintos enfoques incluye leyes específicas que aseguran la libre competencia. Por el contrario, en Uruguay sólo existen normas generales, que han permitido elaborar una doctrina y jurisprudencia sobre la materia.

En el Tratado de Asunción de 1991, el artículo cuarto, párrafo final, establece: "Los estados partes coordinarán sus respectivas políticas

nacionales con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial”.

En cumplimiento de esta disposición, el Consejo del mercado común creó un comité técnico para el tratamiento de políticas públicas que distorsionan la competitividad y también aprobó las pautas generales de armonización de normas para la defensa de la competencia. Finalmente, por Decisión 18/96 aprobó el “Protocolo de defensa de la competencia del Mercosur”. Este protocolo que se considera parte integrante del tratado de Asunción, se aplica a los actos privados con efectos a través de las fronteras y que afectan el comercio de los Estados partes.

La regulación de los actos nacionales practicados en territorios de los Estados partes con efecto sobre la competencia restringida a dicho territorio, son de competencia exclusiva de cada Estado parte.

El protocolo adopta el modelo normativo de prohibición y represión de conductas y prácticas que se manifiestan por acuerdos, decisiones individuales o concertadas que tengan por objeto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituya abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados partes.

Se establecen también los órganos y procedimientos de aplicación. Entre los órganos se destaca el “Comité de defensa de la competencia” (CDC) de naturaleza intergubernamental, integrado por órganos nacionales de aplicación del protocolo en cada parte (ONA)

Para asegurar la aplicación del protocolo, los Estados partes por medio de sus ONA adoptarán mecanismos de cooperación y consultas técnicas.

Se dispone la aplicación del protocolo de Brasilia para la solución de divergencias relativas a la aplicación, interpretación o incumplimiento del protocolo y el procedimiento general para reclamaciones.

Es indispensable señalar que a nuestro juicio la normativa sobre libre competencia del Mercosur, examinada precedentemente, se ve también afectada por las debilidades institucionales que el tratado del Mercosur tiene desde sus orígenes y que no obstante el interés de sus miembros por consolidarlo y extenderlo, razones fundamentalmente políticas lo han impedido.

Hemos destacado las normas vigentes en Mercosur, porque dentro del acuerdo de Complementación Económica Chile Mercosur de 1996, se

establece el compromiso de las partes de adoptar un marco adecuado para disciplinar eventuales prácticas anticompetitivas. Esto significa que encontramos aquí el camino para que el Mercosur, reforzado en sus aspectos institucionales, cuente con un "Derecho antimonopolios" que permita una expansión de los intercambios y de las inversiones con reglas claras y definidas que sirvan de sustento a las grandes tendencias que se asoman a partir del siglo 21.