Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXII — ABRIL-JUNIO DE 1964 — Nº 128

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION — (CHILE)

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Derecho Público Económico Externo.

1. **Derecho Público Económico Latinoamericano.**
   - 1.1. Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.
2. **Derecho Público Económico Interamericano.**
   - 2.1. Tratado de Punta del Este.
   - 2.2. Banco Interamericano de Desarrollo.
3. **Derecho Público Económico Mundial.**
   - 3.1. Organismos económicos de la N. U.
   - 3.2. Gatt.
   - 3.3. Fondo Monetario Internacional.

FERNANDO CABEZAS DUFEU

Centro de Investigaciones de la Universidad Católica de Valparaíso

EXIGENCIAS GENERALES DE LA LEGISLACION ANTIMONOPOLIO

El Derecho es uno de los más eficaces instrumentos de que se vale la autoridad política para instaurar y mantener, en la sociedad a cuyo servicio se encuentra, un orden social que permita a los individuos que la componen, su más plena autorrealización.

Esto lo puede hacer el Derecho en cuanto encauza las actividades. Ahora bien, las actividades del llamado mundo económico son muchas y muy variadas, de modo que el Derecho que las regula refleja esta complejidad y ha perdido la simplicidad que muchos juristas todavía añoran.

Entre las muchas formas como el Estado regula la actividad económica por medio de la dictación del Derecho, se encuentra la llamada legislación antimonopolio, sobre la cual detendremos nuestra atención.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Antes de adentrarnos en este tema es oportuno recordar que la intervención del Estado en materia económica se lleva a efecto por diversos medios. Es así como el Estado fomenta ciertas actividades mediante incentivos generales, o bien las desarrolla directamente a través de sus propios servicios y empresas, o bien se limita a regular, aunque de un modo directo, la actividad de otros.

La legislación antimonopolio es sólo uno de los diversos tipos de intervención: aquel por el cual se prohiben ciertas actividades que atentarían gravemente contra el régimen económico que se pretende mantener. Y este régimen económico es el llamado de la libre competencia, de mercado, capitalista, etc. Ello nos permite desprender dos conclusiones:

Primero: la legislación antimonopolio sólo tiene aplicación en un sector de la economía: aquél que se rige por el juego competitivo, de modo que las decisiones que se toman en él se basan en las preferencias del mercado, en el cual nadie ejerce un poder suficiente como para imponer su voluntad. De ahí que, cuando el Estado cumple directamente alguna tarea económica mediante un monopolio estatal, este tipo de legislación no puede aplicársele. Y, por razones análogas, cuando el Estado permite que un sector económico sea atendido por un monopolio privado y prefiere controlar su ejercicio antes que prohibir su formación, gran parte de esta legislación deja de ser la técnica apropiada para regular dicho sector.

Segundo: la legislación antimonopolio es una intervención estatal de tipo prohibitivo o negativo, es decir, ella cuida que no se desarrollen ciertas actividades, pero tampoco estimula ni favorece otras, por indispensables que sean.

Por ser una intervención de tipo negativo, es decir, prohibitivo, es esencialmente conservadora, en el sentido que procura mantener la estructura económica del mercado y en el estado en que actualmente se encuentra, porque la política que la inspira se basa en la confianza en que la iniciativa y espíritu de empresa que se manifestarán en ese marco, harán desarrollarse la economía con la debida energía. Ahora bien, este supuesto queda trunco si no se agrega que la legislación antimonopolio se autorreconoce como una técnica incompleta, que requiere la aplicación coetánea de

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

otro tipo de medidas para obtener ventajas económicas de tipo general. Porque con este tipo de legislación no se persigue, a vía de ejemplo y entre otras metas, una más justa distribución del ingreso, ni tampoco la estabilidad de la producción y del empleo, estabilidades que siguen siendo una función de la fluctuación de la demanda global. Es preciso insistir en que el objeto específico de la legislación antimonopolio es dar aún mayor vigor a la competencia, sin que importen otras consideraciones inmediatas. Se tiene conciencia de los perjuicios que el sistema competitivo trae consigo, pero más se confía en los beneficios que produce en el largo plazo.

La legislación antimonopolio no es tampoco la única que regula el mercado, en cuanto a la competencia se refiere. Otras leyes cuidan que esta competencia sea leal, velando por otros propósitos específicos. La que estamos analizando se limita a cuidar porque el mercado mantenga una estructura que permita la competencia libre y enérgica, y prohibe todas aquellas prácticas que, dentro de esa estructura, podrían distorsionar esta competencia.

El sentimiento de impotencia que se apodera de los particulares ante el poderío inmenso de las sociedades comerciales actuales hace que el tema de la legislación antimonopolio sea uno de los preferidos en la problemática política de hoy. Sin embargo, entre nosotros hay poca experiencia al respecto en el terreno legal. La experiencia ajena es útil sólo como referencia general, debido a la falta de analogía entre las economías que se regulan. La necesidad de la creación es evidente.

La elaboración de toda regla de Derecho supone un reconocimiento del objeto que se quiere ordenar y un acuerdo sobre el contenido del orden que se quiere instaurar. Es de ahí de donde, en este caso, concluiremos qué tipos de actividades se quiere prohibir y bajo qué condiciones. Con estos datos podremos buscar, entre los muchos hechos que pueden conformar la situación que se busca prohibir, aquellos que, siendo susceptibles de dar una definición y de ser probados en juicio, podrán servir de contenido suficiente para condicionar la aplicación de determinadas sanciones que, por otra parte, hay que definir y buscar modo de hacerlas exigibles.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dije en un comienzo que la complejidad del mundo económico requiere ser reflejada en las reglas de Derecho si éste pretende ser eficaz. Pero el casuismo no puede ser incorporado en nuestro sistema de Derecho, por cuanto los profesionales encargados de aplicar la ley no están entrenados en él. De ahí el desafío enorme que consiste en proponer definiciones para tipos generales de conducta que serán declarados ilegales, sin que ellos creen inseguridad en los agentes económicos de modo que su temor pudiera detener o frenar su actividad, de cuya energía depende en gran parte el bienestar económico que logremos.

Sin otra pretensión que hacer presente algunos puntos muy generales de interés en la materia, analizaremos las actividades que pueden prohibirse.

Para definir con propósitos jurídicos las conductas que deben prohibirse es necesario conocer cuándo se distorsiona la competencia. Por eso hay que referirse a la definición del mercado, (lo que haremos en una primera sección) para tratar después (en una sección segunda), cómo se la distorsiona.

Sección Primera:

LA DEFINICION DEL MERCADO.

La investigación de lo que constituye un mercado es necesaria, porque ella nos revelará si algún agente económico pretende o ha alcanzado un poder suficiente como para dominarlo. Esta dominación se ejerce, entre otros medios, por la manipulación de los precios y/o las cantidades de producción, eliminando competidores actuales por otra vía que no sea una mayor eficiencia económica, o impidiendo el ingreso al mercado de competidores eventuales.

El mito de la competencia perfecta puede ser tomado en cuenta para análisis económicos globales, pero no para la aplicación de la ley. El Derecho debe tomar en cuenta los distintos arbitrios lícitos que están destinados a obtener un cierto poder sobre el mercado, como sucede con la diferenciación que hace casi todo productor con su producto, por las políticas de venta que se adoptan hoy, y como lo impone la concentración de vendedores y compradores, propia de la tecnología de los negocios actuales. Lo que el jurista está interesado en determinar es el límite en que este poder

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

deja de considerarse un incentivo al progreso y pasa a constituir un distorsionamiento de la competencia que se quiere mantener.

Este poder dependerá de la amplitud con que se defina el mercado sobre el cual se ejerce. Y por definición, la legislación antimonopolio no entiende la de carácter meramente conceptual, sino una operacional que debe hacerse ante cada caso y que se desprende del estudio de dos factores:

En primer lugar, del área geográfica que cubre. Generalmente la ley protege sólo el mercado del propio país, no importando que este mercado cubra todo o sólo una pequeña parte del territorio nacional. El problema puede tornarse sumamente complejo, cuando el mercado directa y visiblemente afectado es el exterior, pero el cual produce repercusiones indirectas en el propio.

En segundo lugar, la definición del mercado depende de la del producto. Los Tribunales federales americanos usan distintas normas para definir el mercado, según sea el tipo de actividad que se enjuicia. Así, por ejemplo, mientras en el caso del monopolio ejercido por una sola firma se han incluido, además del producto específico, todos sus substitutos, incluso aquellos que son cualitativamente diferentes pero que se ha probado que a ojos del consumidor son razonablemente intercambiables para un mismo propósito, en el caso de dos o más firmas que forman un monopolio al actuar en combinación, los substitutos cualitativamente diferentes son generalmente excluidos, cualquiera que sea la reacción del público consumidor. Y, siguiendo con el mismo ejemplo, en el caso de tentativa y/o conspiración para monopolizar se llega a considerar sólo el producto específico de que se trata, aunque desde el punto de vista económico dicho producto no alcance a constituir un mercado, lo que aumenta considerablemente el poder del productor.

Para el jurista, la investigación del mercado no se agota con la respuesta del asesor económico. El criterio jurídico toma otros factores en consideración y a muchos otros les asigna distinto peso. Pero este criterio jurídico de la legislación antimonopolio no es tampoco el civilista, donde se nos habla de fungibilidad, categoría que no toma en debida cuenta la reacción del consumidor expresada en las curvas de las demandas de los productos que se comparan.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Lo difícil que resulta definir un mercado para los propósitos legales puede ilustrarse considerando que los tribunales federales americanos han llegado a usar, en la aplicación de la sección 7 de la Ley Clayton —donde el mercado lo determinan las características y usos suficientemente peculiares del producto—, los siguientes criterios, y en forma simultánea: las diferencias físicas entre los productos; las diferencias de uso y de precio; las diferentes instalaciones que se requieren para producirlos; las diferentes especializaciones que se requieren en los intermediarios para colocarlos entre los consumidores; el reconocimiento público de la individualidad de los productos, expresada en la independencia de sus demandas; y —por último— la ausencia de verdaderos substitutos.

La definición del mercado no es sólo una mera precisión conceptual. Ella exige una investigación exhaustiva de los hechos, tomando en consideración muchos factores que en un caso pueden no tener mayor relevancia y ser decisivos en otros.

Pero hay ciertos tipos de conducta que necesariamente distorsionan la competencia, sin importar el grado de poder sobre el mercado que ejerzan quienes los cometen. Estos tipos de conducta deben ser declarados ilegales por el solo hecho de tipificarse. Pero deben ser definidos por el legislador y con suma precisión. Todos los demás tipos exigen que se defina el mercado y que se determine el poder que se ejercía o se pretendía ejercer mediante la conducta que se enjuicia. Y es deber del Tribunal, incluso en los casos en que este poder pudiera ser un hecho públicamente notorio, referirse a él en su sentencia.

Veremos a continuación mediante qué arbitrios los agentes económicos pretenden alcanzar o ejercen un poder de dominación sobre el mercado.

Sección Segunda:

LA DISTORSION DE LA COMPETENCIA.

No puede haber competencia en un mercado si la concentración que hay en él es demasiado intensa. El monopolio es la culminación del mal de la concentración. Pero situaciones oligopólicas se asemejan tanto en sus resultados al monopolio propiamente tal,

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que resulta conveniente que se los trate conjuntamente en el plano jurídico.

Ahora bien, lo que interesa al Derecho son las conductas o actividades. En el monopolio, la vía por la cual se llega a él y la forma como se ejerce un tal poder.

Las razones de orden económico y social que hacen considerar perjudicial al monopolio no requieren ser repetidas aquí. El problema al cual debemos abocarnos consiste en la determinación de las relaciones que existen entre el monopolio, como lo entienden los economistas, y la acepción operacional que le dan los juristas, para los propósitos de su regulación legal.

No todo monopolio, en su acepción económica, constituye un mal que la legislación debe tratar de evitar a la sociedad. Es fácil comprender esto entre nosotros, donde la mayoría de los monopolios y oligopolios son de los llamados "naturales", es decir, se deben a que una sola planta productora es suficiente para cubrir, al menor costo, la demanda total de un producto. Por otra parte, la lógica misma del sistema competitivo, basado en la sobrevivencia del más eficiente, premia a quien se impone con un monopolio obtenido al desplazar a los competidores en una sana y vigorosa competencia. De ahí la importancia de la distinción entre las acepciones jurídicas y económicas del término monopolio.

Algunos datos tomados del Derecho Federal americano sobre la materia, aunque no se les explique en su contexto, servirán para ilustrar el modo como se puede enfocar la definición del monopolio, para los efectos legales.

Desde el famoso caso Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 US 1 (1911), la existencia del monopolio legal supone, junto a un poder de dominación suficiente de un mercado determinado, el ánimo o intención de ejercer este poder de un modo ilícito. Y este ánimo o intención debe probarse en juicio. Normalmente se prueba por la forma ilegal como se ha llegado a tener esta posición dominante, sea por fusiones ilegales con competidores, por contratos de larga duración destinados a obtener que los competidores cierren sus plantas, sea por actos propios de competencia desleal, o por cualquier práctica impropia de la libre competencia.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero en el caso United States v. Aluminium Co. of America, 148 F 2d (2d Cir. 1945), en un "dicta" aún no confirmado por un "holding" que son los únicos que tienen fuerza obligatoria en los Tribunales, se dijo que todo monopolizador, por el solo hecho de ejercer su poder al continuar en el giro ordinario de sus negocios, ejercía ilegalmente este poder. De modo que sólo se substraería de las correspondientes sanciones aquel monopolio que pudiera probar que su condición de monopolista le había sido impuesta por el mercado, sea como triunfador en una sana lucha competitiva o bien porque ejercía un monopolio natural; pero, en todo caso, a condición de no haber sido movido por el ánimo de llegar directamente a esa condición, sino por el legítimo ánimo de hacer mejor negocio dentro de lo permitido por la ley. Es decir, se invertía el peso de la prueba, de modo que se presumía ilegal a todo monopolio, pero permitiendo desvirtuar esta presunción mediante la prueba de que tal condición le había sido impuesta.

Si bien, como adelantara, este criterio, lejos de haber sido aceptado en un "holding" ha producido una fuerte tendencia a repudiarlo, el argumento del Juez es de gran fuerza. Dice así: "En ningún caso el mero hecho de que un productor, teniendo el mando sobre el mercado interno, no haya sido capaz de hacer sino una ganancia "justa", es prueba de que una justa ganancia no haya podido hacerse a precios más bajos".

Es interesante comparar este criterio, que informa la legislación americana, con el que revela la legislación del continente europeo, la cual subordina la competencia a la estabilidad de los precios y a la política del pleno empleo.

Pero tan interesante como el argumento recién citado, de naturaleza económica, es el propiamente legal que se dio en la misma sentencia. El Derecho Federal americano prohibe los acuerdos horizontales que fijan precios, sin que importe el poder de las partes a dicho acuerdo. Si la ley los prohibe —se dijo— y el monopolio, por el solo hecho de vender, debe hacerlo a un precio que sólo él fija, de modo que el poder de fijar precios y su ejercicio coinciden necesariamente, la condenación de los acuerdos citados, que son sólo pasos hacia el control integral que da el monopolio, exige que se extienda esta prohibición a los monopolios mismos.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Una vez que se llega a una definición de monopolio —lo que en ningún caso se pretende aquí— corresponde prohibir las conductas que tienden a lograrlo.

La vía más directa es la fusión de las firmas. Esto es obvio cuando las firmas son competidoras. Pero, por razones económicas que no corresponde analizar ahora, el mismo daño lo producen la fusión de firmas que se encuentran en escalones inmediatos en el camino que sigue el producto para llegar al consumidor, lo que se llama fusión vertical, e incluso la fusión de dos firmas que no tienen relación alguna en un mismo mercado.

Ahora bien, cada uno de estos tipos de fusiones puede perfeccionarse por diversos medios financieros. Pero no podemos detenernos en ninguno de estos temas.

Como viéramos, la acepción jurídica del término monopolio comprende también la combinación de varias unidades de decisión que aparentemente son independientes, en un solo grupo monopolista. Esto lo pueden lograr por medio de acuerdos más ágiles que la simple fusión, como son los puramente comerciales, e incluso el simple entrelazamiento de directores. La existencia de un tal grupo no requiere ser probada por medio de la producción en juicio de documentos que acrediten formalidades. Lo que interesa y es suficiente para aplicar las sanciones, es la conducta que obedece a un solo criterio, el cual cuida no perjudicar a ninguno de los supuestos competidores que componen el grupo. En especial se puede probar la existencia de la colaboración, acreditando que las firmas independientes han respondido en forma idéntica ante un mismo estímulo del mercado a pesar de las eventuales diferencias que puedan mostrar en el plano tecnológico o en el financiero o en su tradicional política comercial.

Este monopolio por colaboración, que tiene terreno fértil en casos de oligopolio, puede ser alcanzado u obtenido por diversos arbitrios, de entre los cuales analizaremos los cuatro siguientes:

Primero. Los aparentes competidores pueden dividir y repartirse entre sí el mercado en que colocan sus productos o servicios, sea que esta división y repartición la hagan en términos de áreas geográficas o de tipos de clientes. En todo caso estos acuerdos

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

reducen el número de ofertantes en cada mercado, aumentando por consiguiente el poder relativo de cada parte.

Segundo. Las partes pueden determinar las cuotas de producción que cubrirá cada una. Al dejar a la voluntad del grupo la fijación de la producción total, ejercen un poder dominante; y, al asegurarse cierta cuota dentro de esa producción total, dejan de competir.

Tercero. Las partes pueden acordar precios de venta de los productos en que compiten. Al respecto es interesante transcribir un argumento ofrecido en la sentencia recaída en el caso federal americano United States v. Treton Potteries Co., 273 US 392 (1927). Textualmente se dijo: "El poder para fijar precios, sea ejercido razonablemente o no, implica poder para controlar el mercado y para fijar precios arbitrarios e irrazonables. La razonabilidad del precio que se fija hoy puede, en virtud de cambios económicos en los negocios, convertirse en el precio irrazonable de mañana. Una vez establecido, puede ser mantenido sin cambio a causa de la ausencia de competencia asegurada por el acuerdo sobre un precio que era razonable al tiempo en que se fijó. Convenios que crean un tal poder potencial pueden ser considerados irrazonables en sí mismos, en cuanto restricciones ilegales, sin necesidad de investigaciones minuciosas sobre la razonabilidad o lo irrazonable de un determinado precio al momento en que se le fijó y sin poner en el Gobierno, al velar por el cumplimiento de la Ley Sherman, la tarea de tener que averiguar día tras día si ese precio se ha vuelto irrazonable por la mera variación en las condiciones económicas". Nuevamente ha quedado de manifiesto la contradicción entre las políticas antimonopólicas americana y europea, la que acepta la fijación de precios cuando está destinada a obtener una mayor estabilidad económica y con ella se trata de alcanzar el pleno empleo. Y ello aunque el costo final sea grande. Pero, cabe preguntarse, cuando gran parte de la economía está regida por estos acuerdos o controles estatales sobre los precios, ¿de acuerdo con qué patrón podremos decir que un determinado precio es "justo"?

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Cuarto. La coerción colectiva o boycott, que opera a través de conductas que individualmente no merecen reparo alguno, pero que se tornan ilícitas cuando están animadas por un plan ilegal. Así sucede, por ejemplo, en muchos países donde cada uno es libre de vender o no y de escoger a quien le vende y a quien no; pero donde pierde esta libertad si sistemáticamente excluye a ciertos clientes a fin de excluirlos del mercado y aumentar así su poder sobre el mismo. En este caso esta libertad de contratar se ejerce en forma abusiva, ya que el propósito que la anima es la distorsión del mercado.

* * *

Dentro de la estructura del mercado que se fija por estos acuerdos más o menos permanentes que, haciendo grandísimas simplificaciones, hemos designado bajo el nombre de monopolio en su acepción legal, puede tener lugar una lucha competitiva que también puede distorsionarse mediante diversos acuerdos que afectan la distribución de los bienes y servicios. Es lo que pasamos a ver a continuación.

Por distribución se entiende el proceso económico en su sentido vertical: el camino que sigue todo producto desde el productor de la materia prima hasta que llega a su último consumidor. Existe una gran variedad de arbitrios para distorsionar la competencia en este proceso. Los efectos que producen son análogos a los de la integración vertical, pero carecen de la permanencia necesaria para entrañar un cambio en la estructura misma del mercado. Observaremos algunos de estos medios.

En primer lugar, nos hemos detenido ya a analizar la libertad que le asiste a toda persona para contratar con quien quiera. Esta libertad puede ser ejercida abusivamente en el llamado boycott colectivo, recién visto. Pero también puede ser usada en una tentativa individual de monopolizar el mercado, sea por la discontinuidad en el abastecimiento de determinados distribuidores a fin de proteger otros con los que se tienen diversos intereses comunes, o por otro medio cualquiera.

En segundo lugar, cabe referirse a las ventas o demás contratos cuya celebración se condiciona a otros negocios.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La legislación francesa al respecto es abundante. La Ley del 27 de mayo de 1942 prohibe aquellas ventas en que el vendedor la condiciona a la entrega, por parte del consumidor, de un embalaje, del producto usado o algo así, que le permitiría a este vendedor coartar la libertad de su clientela más allá de las solas obligaciones que emanan de cada contrato de venta individualmente considerado. La Ordenanza del 30 de junio de 1945 prohibe subordinar la venta de un producto o la prestación de cualquier servicio a la compra concomitante de otros productos, a la compra de una determinada cantidad o a la prestación de un servicio. La Ley del 20 de marzo de 1951 prohibe el sistema de ventas con cupones y análogos, que dan derecho a una prima cuya entrega está diferida con relación a la compra. Ella prohibe, asimismo, las ventas con primas en naturaleza consistentes en productos diferentes de aquellos que son objeto de la venta realizada, a menos que se reúnan ciertas condiciones que la misma ley especifica y que el Decreto Nº 61-861 del 5 de agosto de 1961 ha reglamentado minuciosamente. La Ley del 5 de noviembre de 1953 prohibe aquellas ventas en que se ofrecen mercaderías al público, haciéndole abrigar la esperanza de que obtendrá estas mercaderías a título gratuito o contra la entrega de un valor inferior al real, y subordinando las ventas a la colocación de bonos o tickets entre terceros o a la obtención de adhesiones e inscripciones.

Los casos expuestos, algunos de los cuales han sido usados en nuestro país como política comercial normal, ilustran suficientemente el amplio campo que se presenta en materia de regulación del mercado. En otros países la reglamentación es aún más severa y en algunos la subordinación o condicionamiento de la celebración de una venta o prestación de servicios a otro negocio es tenida por ilegal sólo cuando se prueba que el vendedor ejercía una posición dominante en el mercado del producto principal, o bien que disminuía considerablemente la competencia en el mercado del producto que imponía, y con diversos matices técnicos según fuera el resultado de la investigación de esas variantes.

Es preciso destacar que esta ilegalidad, si bien es más fácil ilustrarla con el contrato de compraventa, cubre cualquier tipo de contrato con el que se pueden obtener los efectos perjudiciales.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En tercer lugar, cabe referirse a la imposición de un precio de reventa.

Hemos visto que el acuerdo horizontal sobre los precios es declarado ilegal en algunos países. El acuerdo, cuando lo celebra una persona con su distribuidor, cuyo efecto es que el producto pueda ser colocado a un solo y mismo precio por todos los distribuidores, también es declarado ilegal en algunos países. Pero en algunas partes se le protege cuando la mercadería está amparada por una marca o nombre comercial y siempre que ella compita con la mercadería de otros productores.

En cuarto lugar, cabe detenerse en la llamada cláusula de exclusividad en la distribución, la cual contiene un gran equívoco.

En efecto, la cláusula de exclusividad en la distribución puede referirse a un área geográfica determinada, dentro de la cual el productor se obliga a colocar su producto sólo a través del distribuidor con el cual celebra el contrato que contiene dicha cláusula. Este acuerdo es accesorio a la venta y tiende a proteger al distribuidor o comprador, de la competencia de su propio vendedor. El caso recuerda el viejo ejemplo de la venta de la peluquería de señoras o de la casa de modas, en que el comprador exige a su vendedor que, por un plazo determinado, no se instale dentro de un radio de acción que cubre el área de la clientela del negocio que compra. De ahí que se le reconozca como legal.

Pero la cláusula de exclusividad puede referirse también a la obligación que contrae el distribuidor o comprador, de no ofrecer al público productos de sus competidores. Esta cláusula terminaría, por ejemplo, con los supermercados, donde el público puede escoger libre y cómodamente entre los productos de todos los competidores.

La cláusula de exclusividad puede referirse, asimismo, a la obligación que contrae el distribuidor que compra de no vender sino dentro de un área geográfica determinada que se le asegura, o que no pueda colocar el producto sino entre un cierto tipo de clientes. Ambas se prohiben cuando se reúnen determinadas condiciones.

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En todos los casos propios del campo de la distribución es necesario averiguar, además del porcentaje del actual mercado que se controla, y entre otros datos, las posibilidades de que este mercado se amplíe, en términos de la elasticidad de la demanda y de la capacidad de producción ya instalada, así como el vigor de la competencia en la parte del mercado que queda sin controlar.

CONCLUSIONES:

A través de esta rápida y muy somera revista a los rasgos más generales de la legislación antimonopolio, podemos desprender diversas conclusiones.

En primer lugar, ella contiene exigencias técnicas que le son propias, distintas de las de otro tipo de leyes por las cuales el Estado interviene en el sector privado de la Economía.

Por otra parte, son indispensables las enseñanzas iluminadoras de los economistas, en relación al objeto de esta legislación. Pero la fijación del contenido de las reglas de Derecho, que exigen la simplificación de los tipos de conducta que deben prohibirse en hechos susceptibles de prueba judicial, así como la adopción de sanciones exigibles, supone que se efectúe un trabajo propiamente jurídico, que obedece a una lógica particular.

En segundo lugar —y lo más importante—, este tipo de legislación presenta una aparente dificultad: por un lado, la necesidad de definir conceptualmente el tipo de conducta que se hará ilegal, a fin de que el particular no se encuentre en la incertidumbre acerca de la implicancia legal de su actuar; y por otra parte, la necesidad de definir el mercado en cada caso, para constatar si se han producido o no los efectos nocivos sobre la competencia, que esta legislación busca evitar.

Digo que ésta es sólo una aparente dificultad, por cuanto la tipificación de la conducta prohibida, que supone la distorsión de la competencia en un mercado, supone la definición de éste. Ahora bien, un agente económico que desconoce el mercado en que actúa podrá encontrarse en la incertidumbre respecto a si su conducta es o no legal, por cuanto no podrá prever la repercusión que

Artículo: Exigencias generales de la Legislación Antimonopolio
Revista: Nº128, año XXXII (Abr-Jun, 1964)
Autor: Fernando Cabezas Dufeu

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ella tendrá en la competencia. Pero la legislación antimonopolio se basa precisamente en esa fe grande en la libertad del hombre aplicada a la Economía. Y porque cree en la libertad, exige que ella sea ejercida con plena responsabilidad. Ahora bien, no puede haber responsabilidad si no hay previsión de los efectos de los actos propios. A medida que la Economía se convierta en una actividad consciente, es decir, en la medida en que cada agente económico conozca mejor el mercado en que actúa y pueda, por tanto, prever los efectos de cada uno de sus actos en el mercado, desaparecerá proporcionalmente la incertidumbre que pueda haber sobre los alcances de las leyes antimonopolio.

Al definir cada uno de los tipos de conducta que podían prohibirse debido a sus efectos, integramos esta definición con la descripción de estos mismos efectos sobre el mercado, cual es la distorsión de la competencia. Con ello no estamos pensando que el estudio del mercado se hará sólo con posterioridad a la conducta y en el curso del eventual juicio sobre ella que pudiere incoarse ante el Tribunal competente, es decir, no pensamos en el llamado juicio histórico que hace el Juez ayudado por las partes, sino que tenemos en mente el juicio de prudencia que debe hacer toda persona antes de decidir su conducta, el cual implica la previsión.

La Prudencia —talvez más que la Justicia— es una virtud propia del Derecho.