

N° 214
Año LXXI
Julio-Diciembre 2003
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LIBERTAD, IGUALDAD, FRATERNIDAD EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

PHILIPPE LE TOURNEAU¹

Profesor en la Facultad de Derecho de Toulouse

TRADUCIDO POR FERNANDO ARAYA²

Abogado,
Universidad de Concepción

Contribución tardía y discreta al Bicentenario, me gustaría desarrollar aquí la idea que la famosa trilogía republicana (cristiana en su inspiración, según Juan Pablo II) resulta operativa en el Derecho de la competencia³. No tengo la intención de exhibir acá un cuadro de esta disciplina –vasto monumento en perpetua construcción– ni de describir sus mecanismos o instituciones, sino sólo, en una crónica de humor, a-científica, de fantasía, atraer ingenuamente la atención sobre las aplicaciones de las ideas de la República en esta parte del Derecho, algunas evidentes, otras más bien ocultas.

En una economía liberal, la competencia debe ser libre. Este postulado inicial, aun contando con numerosas excepciones, permanece como el fundamento de nuestro sistema económico y jurídico. Los poderes públicos, aun habiendo

¹ El artículo fue publicado en la revista *Gazette du Palais*, en la edición de 06 de julio de 1991 (Doct. p. 348).

² El traductor, profesor ayudante del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Diego Portales, expresa sus agradecimientos al profesor Sr. Ramón Domínguez Agulla por la obtención de la autorización del autor para realizar la presente publicación y, asimismo, por sus observaciones y comentarios a la traducción. A la publicación original accedió el traductor con ocasión de una estadia de investigación, como becario Van Calker, en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, en Lausanne, Suiza, durante los meses de junio y julio de 2004. Las notas que siguen, de su sola responsabilidad, pretenden contribuir en la lectura del texto traducido y en las reflexiones a que ésta dé lugar.

³ Para el término francés "concurrence" se ha utilizado la voz "competencia". Si bien en lengua francesa existen tanto las voces "concurrence" como "compétition", la elección de la voz en castellano nos parece la más apropiada por su común utilización. Para los matices entre "concurrence" y "compétition", v. Lucas de Leyssac, Claude, "Concurrence et compétition", en *Récueil Dalloz* 2004, *Cahier Droit des Affaires*, pp. 1722 y sgtes.

ellos mismos cedido a la tentación de vulnerarlo, tienen desde hace ya bastante tiempo la loable preocupación de reprimir los entramientos a la libertad de comercio, desplegados por los industriales o comerciantes. En nombre del interés general, el Derecho protege la libertad de la competencia. Esto es evidente. En todo caso, al observar el Derecho de la competencia en su conjunto, resulta que, junto al interés general (bien común), los intereses privados (particulares) de los comerciantes son también objeto de una vigilancia especial: el Derecho protege a los competidores. Y, yendo al fondo de las cosas, buscando la razón de ser, la causa de esta salvaguardia, la idea germinal se encuentra en la igualdad y fraternidad en la competencia como respuesta obvia. Esto no se trata ya de algo evidente, sino de una sugestión a verificar o una ilusión a disipar.

La economía liberal, llamada de mercado, postula la libertad de la competencia⁴. Es ésta una de las condiciones *sine qua non* de este sistema, aun cuando aquélla no pueda ser absoluta (y esto sólo para permitir la protección de los débiles) y aun cuando la célebre "mano invisible" de Smith tenga más de ficción ideal que de realidad. Esta libertad es consecuencia además del principio de libertad de comercio y de la industria (el perenne decreto de Allarde de 2-17 de marzo de 1791), que el Tribunal Constitucional⁵ ha colocado entre los principios generales del derecho, teniendo valor constitucional (resolución de 5 de enero de 1982)⁶.

⁴ Si bien en el medio nacional es frecuente la expresión "libre competencia", se ha mantenido un apego a la traducción literal, más consecuente con los propósitos del ensayo.

⁵ El organismo competente en Francia es el Conseil constitutionnel.

⁶ En el sistema constitucional francés, a diferencia del chileno en donde la libertad de empresa o libertad económica emana del texto expreso de la Constitución Política de la República (principalmente de lo dispuesto en el numeral 21 del art. 19), los fundamentos positivos en que se apoya la afirmación del equivalente principio de libertad de comercio y de la industria, en Francia, son variados. Así, a falta de texto explícito en la Constitución de 1958, suelen citarse, principalmente: 1) La Jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional (Conseil Constitutionnel) a partir de la sentencia de 16 de enero de 1982, conocido como el fallo de las nacionalizaciones, de uno de cuyos considerandos se desprende que la libertad de empresa integra la libertad general a que se refiere el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), y que tiene valor constitucional; 2) El decreto de Allarde de 2-17 de marzo de 1791, cuyo artículo 7, jamás derogado, dispuso: "Será permitido a toda persona desarrollar un determinado negocio o ejercer una determinada profesión, arte u oficio que le parezca bien"; 3) La Jurisprudencia Administrativa uniforme emanada del Consejo de Estado, en especial a partir de las sentencias de 22 de junio de 1951 -fallo Daudignac- y de 28 de octubre de 1960 -fallo Martial de Laboulaye-; 4) La legislación complementaria. V., entre otros, Ferrier, Didier, "La Liberté du Commerce et de l'Industrie", en Cabrillac, Rémy, Frison-Roche, Marie-Anne y Revet, Thierry, (eds.) *Droits et Libertés Fondamentaux*, Dalloz, 1997, pp. 505 y sgtes.; Israel, Jean-Jacques, "Droit des Libertés Fondamentales", LGDJ, 1998, pp. 530 y sgtes.; Favoreu, Louis y Philip, Loïc, *Les Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 2001, pp. 448 y sgtes.; Mestre, Jacques, "Droit Commercial", LGDJ, 1993, pp. 56 y sgtes.

Desde entonces, aun pudiendo ser introducidas restricciones razonables al principio –estando éste a salvo–, resulta jurídicamente imposible volver a cuestionarse sobre el fundamento liberal de la economía francesa, salvo revisión de la Constitución o ...revolución. Y los poderes públicos tienen la tarea de velar por el respeto de esta libertad, primeramente, evitando decretar más allá del mínimo de textos imperativos restrictivos y, en seguida, controlando las prácticas de quienes intervienen en la vida económica y comercial y que pudieran vulnerar aquella libertad.

La libertad de comercio y de la industria significa la libertad para emprender, la libertad para establecerse, y su prolongación natural, la libertad para la competencia. Esta última es comparable a una llama vacilante, siempre en peligro de ser extinguida. El Derecho controla entonces las prácticas anticompetitivas capaces (culpables) de corromper los mecanismos naturales del mercado, trátase de las concentraciones, los acuerdos⁷ (al menos los acuerdos reprochables), y los abusos de poder (tanto el abuso de posición dominante como el de dependencia económica). Estas prácticas pueden resultar peligrosas para el interés general (e, indirectamente, para los demás agentes de la vida económica). Ellas hacen correr el riesgo de conferir a algunos un poder económico excesivo y, simultáneamente, de deteriorar, en el interés de grupos determinados, el juego de la competencia. No obstante, estas conductas son en ciertos casos benéficas para la colectividad o indispensables (por ejemplo, para permitir alcanzar el umbral mínimo de rentabilidad). De esto se deriva que la reglamentación francesa se mantenga flexible y sin soluciones a priori: ella no fulmina con una condena automática, per se. La delicada misión de discernimiento, caso a caso, de manera pragmática, se desarrolla por el método denominado, de manera muy sugestiva, del “balance económico”⁸. De lo que se trata es que la salvaguardia de la libertad, si bien “querida”, no debe conducir al absurdo y, por un perverso efecto de boomerang, hacerse nefasta o tiránica.

La materia se encuentra hoy regida por la Ordenanza del 1 de diciembre de 1986, sobre la libertad de precios y la competencia⁹. El texto organiza la protección de la competencia. Su objeto es el de mantener, a toda costa, la libertad de la competencia sobre el mercado interior de productos o servicios. La ordenanza

⁷ Se utiliza esta voz para la francesa “ententes”.

⁸ Son usados estos términos para los franceses “bilan économique”.

⁹ Las disposiciones de esta “ordonnance”, además de tener valor legislativo para la Corte de Casación según sostiene la Doctrina (v. Israel, J.-J., op. cit., p. 539), fueron incorporadas en su mayoría al Código de Comercio francés en virtud de la ordenanza Nº 2000-912 de 18 de septiembre de 2000.

enuncia un cierto número de comportamientos que sanciona por atentar, precisamente, contra la libertad de la competencia. Estas disposiciones son bastante conocidas, resultando inoportuna una detención como parte de estas variaciones. Además, tiendo a pensar que es al interés general (bien común) adonde apunta la ordenanza de 1986 controlando las prácticas anticompetitivas; el interés común entendido en un sentido abstracto, universal. La libertad de la competencia es observada en el plano macroeconómico, y en el de los grupos (acuerdos, concentraciones e incluso posiciones dominantes). Distinta es la perspectiva cuando la problemática se centra ya no en la libertad, sino en la igualdad y fraternidad en la competencia.

El derecho de la competencia no se contenta con controlar las prácticas anticompetitivas a fin de salvaguardar la libertad de la competencia. Protege también a los competidores entre ellos, los comerciantes e industriales, ahora entre sí; dicho de otro modo, son los intereses privados los que están bajo los focos de la rampa: la libertad de la competencia en alguna medida individual y, en todo caso, en el plano microeconómico. El interés ya no se centra en grupos sino en sujetos aislados, en participantes individuales de la vida comercial, considerados separadamente o en pares, en coyunturas disímiles y conflictivas. Esta protección se verifica de distintas maneras, tanto en su objeto como en su origen. Es legislativa en algunos aspectos, pero también jurisprudencial.

Primero legislativa, en sentido lato: la ordenanza del 1 de diciembre de 1986 prohíbe en principio ciertas prácticas relativas a los precios (reventas a pérdida, art. 32; precio mínimo o margen impuesto, art. 34)¹⁰, así como un conjunto de actuaciones restrictivas de la competencia en el plano microeconómico en el art. 36: negativas de venta, ventas atadas, prácticas discriminatorias. La enumeración del art. 36¹¹ es menos heterogénea de lo que parece a primera vista. En efecto, la negativa de venta es la base de estas disposiciones aparentemente dispares. Debido a que las otras actuaciones, por su anormalidad, conducen al comprador lúcido a desistirse de contratar, ellas equivalen a una negativa de venta. Estas disposiciones se ven reforzadas por medidas destinadas a asegurar la transparencia del mercado que son informativas (cfr. art. 33)¹².

¹⁰ Estas conductas se encuentran hoy reguladas en los artículos L. 442-1 al L. 442-5 del Código de Comercio, con modificaciones del año 1996.

¹¹ Corresponde en buena medida a lo dispuesto hoy por el artículo L. 442-6 del Código de Comercio, con modificaciones del año 1996.

¹² Bajo el epígrafe "De la transparencia", lo que disponía dicha norma se contiene hoy en el texto del artículo L. 441-6, con modificaciones de los años 1992, 1993 y 1996.

Dicho sea esto, reflexionando ahora en los motivos de la prohibición de las prácticas restrictivas de la competencia en el plano microeconómico, entre competidores y, en la obligación de transparencia, se percibe que es la igualdad de los competidores lo buscado acá; la igualdad entre los competidores, que es el complemento obligado de la libertad. Un ejemplo entre varios: la discriminación es precisamente una ruptura de igualdad insostenible. En derecho, en los negocios; el favoritismo, la preferencia, la particular predilección, la íntima inclinación, son prácticas todas contrarias a los usos y a la manera habitual de conducirse, peor aún: estos sentimientos son ilícitos si llegan a concretarse, materializarse, realizarse en el sentido potente de la palabra. La parábola del obrero en la última hora no es trasladable a las relaciones comerciales, ella no puede ser acogida por el derecho.

La contraprueba se encuentra en las excepciones: una práctica “discriminatoria” es lícita si ella no quiebra realmente la igualdad en la competencia, así una bonificación por “penetración de mercado” consentida por un fabricante a un distribuidor que toma el riesgo de instalarse en un sector geográfico virgen. Asimismo, la excepción de “alineamiento” autoriza la reventa a pérdida cuando el distribuidor alinea su precio con aquel que es legalmente establecido por un competidor en la misma zona de actividad (ley de 2 de julio de 1963, art. 1°, § 2)¹³. Tercera excepción, entre otras: si la ley “Lang” de 10 de agosto de 1981 impuso excepcionalmente la fijación de precios para los libros, esto es porque, dadas las modalidades especiales de la distribución de este producto (a través de las tiendas de grandes superficies, las centrales de prensa y las librerías), la igualdad entre los diversos intermediarios aparecía destruida. Las tiendas de grandes superficies, al tomar menos riesgos (ofreciendo para la venta nada más que los títulos “fáciles” o “prevendidos”, como los premios literarios), y al tener más acceso al crédito que los dueños de las librerías, podían en la práctica establecer precios inferiores a los de éstas. El voluble y sorpresivo ministro de asuntos culturales quiso restablecer la igualdad obligando a los editores a imponer un precio fijo.

La protección legal de la competencia, en el plano microeconómico, es complementada por una protección jurisprudencial capital; por lo demás, históricamente, ésta precedió a aquélla.

¹³ Esta excepción sobrevive de algún modo en la legislación vigente, con limitaciones. En efecto, su representante actual se encuentra en lo que dispone la letra d) del artículo L. 442-4 del Código de Comercio, que autoriza la reventa a pérdida tratándose de productos alimenticios comercializados en un establecimiento de una superficie de venta inferior a los 300 metros cuadrados y de productos no alimenticios comercializados en un establecimiento de una superficie de venta inferior a los 1000 metros cuadrados, en que el precio de reventa se encuentre alineado con el precio legalmente establecido para los mismos productos, por otro comerciante, en la misma zona de actividad.

La libertad debe gobernar en la competencia y la igualdad debe hacerlo entre los competidores. La fraternidad espera a su turno para entrar en escena: y resulta interesante situarla en el conjunto de herramientas del Derecho francés de la competencia. Bueno, y precisamente, me parece que una determinada forma de fraternidad debe gobernar entre los competidores. Es por la vía de la noción de lealtad que encuentro esta fraternidad: la competencia debe ser leal entre los diversos competidores o, conduciendo esto a lo mismo, fraterna. Esto querrá decir que habrá que abstenerse de ciertos actos, de ciertas prácticas, quizá rentables, pero contrarias a la lealtad, a la confraternidad. Debajo del hábito jurídico aflora un concepto moral. Este se vuelve a encontrar en la definición de competencia desleal, toda vez que ésta permite condenar al comerciante que impone a sus congéneres una competencia contraria a la moral de los negocios y causa con ello un desorden comercial. La moral especial, la moral de los negocios, se encuentra en definitiva en la suma de los usos comerciales, reconocidos por el derecho comercial (del cual constituyen una vivaz y fecunda fuente, entre otras), a veces antiguos, pero adaptados a las evoluciones del contexto económico, técnico o social. Aun cuando el derecho sea diferente y se distinga de la moral no siendo objeto de aquél el hacer respetar ésta, suele suceder que los mandatos jurídicos se enlazan con aquellos de la moral. Esta es la situación a propósito de la competencia desleal.

Resulta singular el constatar, en estos momentos, cómo los teóricos de la gestión, de la "gestión moderna", adhieren a los juristas al proponer, ellos también, el respetar la lealtad y una determinada fraternidad en la competencia y, en sentido más amplio, en la vida de los negocios. Estos teóricos del funcionamiento y de la dirección de las empresas tomaron conciencia que, en nuestro tiempo, la moral (o la ética, que es la misma palabra pero de origen griego y no latino) era "rentable": las empresas que consideran la ética obtienen mejores resultados que las demás y, por lo tanto, a mediano plazo, obtienen mayores utilidades que las demás. Los profesionales del derecho, habitualmente considerados como "obstáculos a la ronda"¹⁴, como espíritus retrógrados invocando prohibiciones y sanciones estaban llevando, al menos en este ámbito, sencillamente, la delantera. Y el Derecho, cuya "imagen de marca" es el de pasar apenas apercibido, se yergue acá en hermosa figura: esta teoría de la competencia desleal aparece como el testimonio vivo, concreto y palpable que el Derecho sabe, cuando se lo propone, responder de manera maravillosa a las necesidades de la práctica, sin plazos superfluos ni

¹⁴ Expresión que proponemos en castellano para la francesa: "empêcheurs de tourner en rond".

problemática intervención legislativa. Esta teoría constituye en efecto uno de los grandes aportes de la jurisprudencia: fue ésta la que elaboró, precisó y extendió la teoría de la competencia desleal (sobre todas las formas de competencia desleal, v. Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 3^e ed., 1982, éd. Dalloz, N° 1967 a 1994 con referencias a la doctrina y a la jurisprudencia). La jurisprudencia se fundó para esto, de manera discreta, en los dúctiles arts. 1382 y 1383 del Code Civil, antiguos servidores siempre dispuestos. El resto fue la producción, en esta materia, de paradójicas idas y venidas, de una destacable sinergia con el consecuente enriquecimiento del derecho. La historia vale la pena de ser contada. La competencia desleal, concebida como una aplicación particular de la responsabilidad civil por culpa a la vida de los negocios, con ocasión de su desarrollo, vino a perfeccionar la responsabilidad civil por culpa en sí misma (del mismo modo en que el derecho de los contratos especiales no cesa de enriquecer la teoría general de las obligaciones). Fue a propósito de la competencia desleal que dos de los principios esenciales de la responsabilidad civil fueron de mejor manera elaborados. Primero, aquel que he bautizado como el De la universalidad de la responsabilidad civil, entendiendo por aquel que, a falta de otra vía jurídica que se presente, la responsabilidad civil permanece como el mecanismo para acudir en auxilio de los ciudadanos, el refugio de las víctimas inocentes en la búsqueda de consuelos terrenales. La Corte de Casación ha afirmado de modo admirable que la acción de competencia desleal "tiene por objeto el asegurar la protección de aquel que no puede hacer valer un derecho privativo" (definición frecuentemente utilizada por la Sala comercial). Entonces, la responsabilidad civil aparece como un remedio general, universal, para las lagunas del derecho y para las omisiones del legislador. El segundo principio excelentemente elaborado a partir de la competencia desleal se enuncia del siguiente modo: la regla de oro de la responsabilidad civil no es tanto la de reparar un daño ya acaecido sino más bien la de impedir la realización de daños futuros. ¿De qué manera? Poniendo fin a las actuaciones contrarias a derecho, en especial a las deslealtades en la confrontación comercial. La acción de competencia desleal, en consecuencia, procede aun cuando no exista una desviación o usurpación¹⁵ de la clientela, aun cuando no exista un perjuicio cuantificable, en la medida en que exista el riesgo que dicho daño acaezca. Por lo demás, el desorden comercial, aquel desorden causado al funcionamiento normal (¿moral?) del mercado, es en sí mismo un perjuicio.

¹⁵ Son las palabras escogidas en el lugar de la francesa "détournement".

El principio de la especialidad de la competencia desleal limita la influencia de ésta, en estricta lógica de las palabras, a los competidores, a la conquista de la clientela mediante la oferta de productos y servicios idénticos o similares. Allí se detiene su eficacia. No obstante, ha parecido que el deber de lealtad en la competencia, esta fraternidad entre competidores, debiera ir más allá –al menos en ciertas circunstancias– del estricto círculo de vínculos de competencia, o bien, extenderse más allá de las actividades lucrativas rivales. Es un mérito de la jurisprudencia, impulsada por la doctrina, el de haber sabido traspasar los deslindes establecidos por el principio de especialidad, al recurrir a la noción complementaria de comportamiento parasitario. Sin forzar la nota, aparece desde entonces legítimo –jurídico– el afirmar que incurre en un comportamiento parasitario culpable quien usurpa, copia o se inspira de modo perceptible en un valor económico de otro (aun no siendo competidor), fruto de un conocimiento específico¹⁶, de un trabajo intelectual y/o de inversiones, que presentan una determinada distinción; porque este acto contraviene los usos del comercio, falsea el juego normal del mercado y produce un desorden comercial determinado que constituye, en sí mismo, un perjuicio que da lugar a reparación. No iré mas allá, en esta oportunidad, en el estudio de esta protección suplementaria. Por lo demás, ella ha sido objeto, recientemente, de variadas disertaciones de calidad (notas de L. Cadiet, a C. París, 18 mayo 1989, D. 1990.340; de X. Desjeux, a C. Versailles, 7 julio 1986, Gaz. Pal. 14 septiembre 1990 – yo mismo he aportado mi contribución en *Les professionnels ont-ils du cœur?* D. 1990, chron. p. 23.II.B). Si regreso a mi idea fija republicana del día de hoy, estimo que, al consagrar la teoría de los comportamientos parasitarios, la jurisprudencia ha considerado que la lealtad debe gobernar en toda la vida comercial, en los vínculos entre todos los operadores de la vida económica: la fraternidad entre los competidores se prolonga a una confraternidad entre congéneres, incluso no competidores, en la medida que persigan un fin interesado.

Este es el destino final de esta insólita excursión por el Derecho de la competencia: regreso convencido que éste tiende a hacer respetar la libertad, la igualdad y la fraternidad. ¿Propósito vano o receta artificial? ¡De ninguna manera! No creo haber traído la cuestión con un afán subrepticio. Al elevar en un pedestal a la memorable trilogía, si aparezco haberla “inventado”, no puede ser más que en el sentido etimológico y jurídico. Y resulta grato que una materia tan árida y

¹⁶ Se prefirió esta expresión a la traducción literal, “saber-hacer”, para el “savoir-faire” equivalente al know-how anglosajón.

técnica como el derecho de la competencia rinda tributo a aquellos grandes valores humanistas que iluminan, que le aportan un aire majestuoso y una especie de atemporalidad. Nacidos antes que aquél, dichos valores le sobrevivirán. Mientras existan hombres y perdure la ciudad, puede pensarse que esos elevados sustantivos de libertad, igualdad y fraternidad los harán soñar y, de vez en cuando, guiarán sus acciones. “No existe más que un acto respecto del cual no prevalecen ni la negligencia de las constelaciones, ni el eterno murmullo de los ríos: es el acto por el cual el hombre le arranca alguna cosa a la muerte” (A. Malraux, discurso en la O.N.U., 8 de marzo de 1960).