

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL DERECHO EUROPEO: COMPARACIONES CON EL DERECHO NORTEAMERICANO DE ANTITRUST

Albertina Albors - Llorens

Doctora en Derecho
Universidad de Cambridge

Mi objetivo hoy es considerar de una manera general, los aspectos fundamentales del Derecho Europeo de la Competencia y señalar los paralelos existentes con el Derecho Norteamericano de Antitrust. Para ello estructuraré mi intervención en dos partes diferenciadas, destinadas respectivamente al régimen Europeo y comparado. Para terminar, me gustaría analizar brevemente un caso reciente Americano, la decisión en *Microsoft* y un caso de Derecho Europeo, el caso *Tetrapak*, no tan reciente, pero con evidentes paralelos.

I. El Tratado de Roma y su sistema de defensa de la Competencia

El Tratado de Roma, que es el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea incorporó un sistema para la defensa de las competencias entre los Estados Miembros de la Comunidad. En aquel entonces (1957), el objetivo primordial del Tratado era la creación de un mercado único europeo y para ello, era necesario asegurar la libertad de circulación de los factores productivos. La consecución de esta libre circulación de factores productivos fue confiada a unos instrumentos determinados, las llamadas libertades comunitarias, que incluyen la libre circulación de mercancías, de trabajadores, la libertad de establecimiento y prestación de servicios y la libre circulación de capital. Todas estas libertades tenían como fin eliminar los escollos que los Estados miembros podían interponer a la realización del mercado único europeo. Así pues, se proveyó la eliminación progresiva de las aduanas entre los Estados, la

adopción de un arancel común para intercambios con países no Comunitarios, la eliminación de restricciones cuantitativas a la importación y de medidas de efecto equivalente, y la eliminación de todos los obstáculos legales y de hecho a la libre circulación de trabajadores y profesionales. Al mismo tiempo, se introdujeron las tres políticas comunes en agricultura y pesca, transporte y comercio para facilitar el proceso de consecución del mercado único.

Sin embargo, todo este proceso de desmantelamiento de las barreras estatales no era de por sí suficiente para conseguir el mercado único, si por ejemplo, les fuera permitido a individuos o empresas el dividir el mercado comunitario por medio de actividades o acuerdos anti-competitivos, o si los Estados miembros pudieran continuar dando ayudas estatales a empresas en declive y sin prospectos de mejora, o si fusiones entre compañías resultaran en concentraciones excesivas de poder económico. Era, por lo tanto, de gran interés, que el Tratado proveyera un sistema de defensa de la competencia, no sólo por razón de los obvios beneficios que un sistema de libre competencia reporta a la economía y a los consumidores, sino también porque era de una importancia crucial el asegurar la consecución del mercado único. Todos sabemos que los sistemas nacionales de defensa de la competencia, y esto está claro si consideramos el sistema Americano o su propio Decreto Ley 211, persiguen el estímulo de la actividad económica para asegurar un reparto óptimo de recursos y en cierto sentido una soberanía del consumidor. El sistema europeo, persigue, además, un objetivo idiosincrásico, que es la defensa del ideal del mercado único europeo. Esto aparece ampliamente reflejado en las decisiones de la Comisión y de los Tribunales de Justicia Comunitarios y en muchas ocasiones ha levantado fuertes críticas, sobre todo cuando el análisis económico se deja de lado para favorecer por encima de todo, el objetivo integracionista de la Comunidad.

Pasemos a considerar las reglas de la Competencia en Derecho Comunitario. Los Artículos 81 a 89 del Tratado preveen un conjunto de reglas que pueden dividirse en dos grupos fundamentales:

- (a) las que se refieren a las actividades de empresas, y
- (b) las que se refieren a las actividades de los Gobiernos.

En el **primer grupo**, esto es, las reglas que se refieren a las actividades de empresas encontramos los Artículos 81 y 82 EC, verdadero núcleo del sistema comunitario de regulación de la competencia. Estos dos artículos se refieren al comportamiento de empresas privadas; el **Artículo 81** contempla acuerdos entre empresas o prácticas concertadas que tienen el objeto o efecto de restringir o falsear el libre juego de la competencia, y el **Artículo 82**, por otro lado, prohíbe los abusos de posición dominante por parte de una o más empresas. En unos momentos me centraré en estos dos artículos en más detalle. Dentro del marco de las reglas aplicable a empresas encontramos el **Artículo 86 EC**, que prohíbe la adopción o el mantenimiento de medidas contrarias a las reglas de competencia respecto de las empresas públicas. La única excepción a este último principio es la que se aplica a empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, siempre que sea preciso para el cumplimiento de la misión específica a ellas confiadas.

El Tratado no proveyó un régimen para el control de la fusión de empresas. En los primeros años de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la sentencia en *Continental Can*¹, representó el intento de controlar fusiones y take - overs, por medio del Artículo 82 EC, es decir, tratarlos como un abuso de posición dominante. Este enfoque fue criticado duramente, ya que no parece lógico considerar una fusión como un abuso. Abuso se refiere a un cierto comportamiento, como por ejemplo la empresa que se niega a abastecer a un cliente con materia prima con la intención de expulsarlo del mercado. Una fusión es un cambio estructural, más que una acción abusiva. La sentencia podría estar inspirada en el Derecho Americano, en que fusiones entre empresas se han considerado dentro del marco del control de monopolios. Hoy en día, el problema ha sido resuelto con la adopción en 1989 de un Reglamento especial que regula las concentraciones y fusiones de empresas². El reglamento reconoce las especiales características de las concentraciones de empresas y crea un régimen especial en su consideración.

En el segundo grupo, esto es, el grupo de reglas que se refieren a las actividades de los Estado Miembros, encontramos los

¹ Asunto 6/72 [1973] ECR 215.

² Reglamento del Consejo No. 4064/89, [1989] OJ L 395/1.

Artículos 87 - 89 EC. que prohíben las ayudas estatales. Esto no quiere decir, sin embargo, que los Estados Miembros jamás puedan otorgar ayudas a empresas o sectores económicos en crisis. El Artículo 87 contiene una lista de supuestos en que ayudas estatales están automáticamente permitidas (por ejemplo, por razón de una catástrofe natural) y otras que pueden permitirse previa aplicación a la Comisión de la Comunidad Europea (por ejemplo para la ayuda de regiones en un Estado Miembro cuya renta per cápita es mucho más baja en relación con el promedio de la Comunidad).

A continuación, me voy a centrar en los Artículos 81 y 82 del Tratado, que como expliqué regulan las actividades de empresas privadas. Primero que nada veamos el campo de aplicación y la estructura de estos dos artículos.

El Artículo 81 prohíbe acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. *Este Artículo cubre, por lo tanto prácticas anti competitivas que resultan de la colusión entre empresas.*

El Artículo 81 EC tiene tres partes bien diferenciadas:

Primero contiene, como ya he dicho una prohibición en el primer párrafo del Artículo. Tres elementos tienen que concurrir acumulativamente para que esta prohibición sea aplicable. *Primero, es necesaria la existencia de una forma de cooperación entre empresas.* Esta forma de cooperación puede ser o bien un acuerdo entre empresas, o una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada, que es cualquier forma de cooperación que no llega a ser un acuerdo formal, pero que claramente refleja la voluntad conjunta de las partes implicadas. *Segundo, es necesario que esa forma de cooperación tenga un objeto o efecto anti competitivo,* como por ejemplo fijar precios o repartirse el mercado por áreas. *Finalmente, estas actividades deben afectar el comercio entre los estados Miembros.* Esta última condición separa la esfera de aplicación del Derecho Comunitario y del Derecho nacional de los Estados Miembros, ya que cuando los efectos de una práctica anti competitiva son sólo nacionales, el Derecho nacional de la competencia se aplicará en vez del Derecho Comunitario.

Junto a esta prohibición general, el Artículo 81 (1) EC contiene una lista ejemplificativa de actividades que infringen la prohibición contenida en este Artículo:

- (a) fijación de precios;
- (b) limitación de producción;
- (c) reparto de mercados y fuentes de abastecimiento y
- (d) aplicación de condiciones discriminatorias a contratos equivalentes o
- (e) tying, es decir, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guardan relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Segundo, el Artículo prevé en su segundo párrafo la nulidad absoluta de cualquier acuerdo o práctica que reúna las condiciones señaladas en el primer párrafo del Artículo 81 EC.

Tercero, el Artículo incluye la posibilidad de que acuerdos o prácticas que infrinjan la prohibición en el Artículo 81 (1) EC puedan ser declarados exentos cuando se suponen beneficiosos, por cumplir los cuatro requisitos en el Artículo 81 (3) EC. De estos cuatro requisitos, dos son positivos y dos negativos. Los positivos son: primero, que reporten un beneficio económico y segundo, que reserven a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante. Los negativos son, primero que no impongan restricciones que no sean indispensables y segundo, que no ofrezcan la posibilidad de eliminar la competencia respecto a una parte substancial de los productos.

Hay dos clases de exenciones:

- (a) las individuales, que son, en el sistema actual otorgadas por la Comisión, previa notificación de las partes interesadas y en referencia a acuerdos particulares y
- (b) las concedidas para categorías de acuerdos (por ejemplo distribución exclusiva, franquicia, transferencia, franquicia, etc.) y que aparecen reguladas en reglamentos de la Comisión Europea.

Como veremos más tarde, una importante diferencia entre el sistema europeo y el Americano es, que en el último no existe la posibilidad de exenciones. Esto no quiere decir que no se sopesen los posibles efectos benéficos de un acuerdo que, a primera vista es anti competitivo; pero como veremos este ejercicio es realizado directamente por los tribunales americanos cuando consideran si la prohibición es o no de aplicación, con la llamada “rule of reason” (o regla de la razón), que está fuertemente cimentada en el Derecho de Antitrust americano.

El Artículo 82 EC, por el contrario, cubre los abusos de posición dominante, o en otras palabras la actuación de una o más empresas que son dominantes en un mercado particular y abusan de su posición dominante.

El Artículo tiene una estructura muy simple. Para que la prohibición sea de aplicación, cuatro elementos son necesarios.

Primero, es necesario definir el mercado en que una empresa o empresas son dominantes. El criterio para definir el mercado, es como en Derecho Americano, aislar la gama de productos que son sustituibles o intercambiables desde el punto de vista del consumidor. Por ejemplo, en uno de los casos más conocidos, *United Brands*³, la Comisión decidió que United Brands, uno de los productores mundiales más importantes de plátanos, era dominante en el mercado de plátanos; o en otras palabras, definió el mercado relevante como bananas. La compañía, sin embargo, trató de argumentar que las bananas podían intercambiarse, desde el punto de vista del consumidor, con otros tipos de frutas como kiwis, naranjas o manzanas y que por tanto, el mercado relevante era mucho más amplio. La Comisión demostró con éxito en un razonamiento aprobado por el Tribunal de Justicia; que los plátanos tenían ciertas características que los hacían insustituibles por otras clases de fruta desde el punto de vista de los consumidores y así, formaban un mercado aparte. Por ejemplo eran la fruta preferida de ancianos y niños y tenían ciertas vitaminas y minerales esenciales.

Segundo, se tiene que demostrar que la empresa o las empresas son dominantes en ese mercado. Por supuesto, el criterio esencial es la cuota de mercado de la compañía en

³ Asunto 27/76 [1978] ECR 207.

cuestión, aunque otros factores como la posesión de derechos de la propiedad intelectual o la existencia de barreras de mercado, son también influyentes.

Tercero, es necesario que la empresa o las empresas hayan abusado de esa posición de dominio, como por ejemplo, fijando precios excesivamente altos en relación a los consumidores o por el contrario fijándolos excesivamente bajos con la intención de expulsar a sus competidores del mercado debido al hecho de que no pueden competir con precios tan bajos.

Finalmente, y como era el caso en el Artículo 81 EC, es necesario que el abuso pudiera afectar el comercio entre los Estado miembros. Como era el caso también en el Artículo 81 EC, el Artículo 82 incorpora una lista ejemplificativa de prácticas que constituyen un abuso de posición dominante.

A diferencia del Artículo 81 EC, sin embargo, no se conceden exenciones de la prohibición en el Artículo 82 EC. Lo que sí ha ocurrido, considerando las sentencias del Tribunal de Justicia, es que algunas veces, conducta aparentemente dominante, se ha podido justificar por razones objetivas. Por ejemplo, tradicionalmente y desde la sentencia en *Commercial Solvents*⁴, la negativa de una compañía dominante de abastecer a un cliente se ha considerado abusiva. En el Asunto *British petroleum*⁵, esta compañía se negó en 1973 a abastecer a uno de sus clientes holandeses, el cual a su vez recurrió a la Comisión acusando a BP de haber abusado de su posición de dominio. En este caso, sin embargo, el Tribunal de Justicia decidió que el Artículo no había sido infringido, dado que los hechos ocurrieron durante la terrible crisis mundial en la producción de petróleo y la razón por la cual BP no había satisfecho el pedido de su cliente fue la limitación de los recursos existentes y porque prefirió abastecer primero a sus clientes tradicionales.

Por último, y antes de pasar a examinar el sistema americano, quisiera señalar los dos niveles de aplicación del Derecho de la Competencia europea, y en particular los Artículos 81 y 82 del Tratado, que acabo de considerar brevemente.

⁴ Asuntos 6 y 7/73 [1974] ECR 223.

⁵ Asunto 77/77 [1978] ECR 1513.

En primer lugar, la Comisión de las Comunidades es la autoridad primordial Comunitaria que aplica estas reglas. El régimen de investigación y la imposición de multas de la Comisión están regulados en el Reglamento 17/62⁶. La Comisión puede aplicar el Artículo 81 por entero y el Artículo 82, y el Tribunal de Justicia de las Comunidades considera los recursos contra decisiones de la Comisión en el curso de la investigación.

En segundo lugar, los tribunales nacionales y las autoridades nacionales de defensa de la competencia en los Estados miembros pueden aplicar el Artículo 82 por entero, pero en el caso del Artículo 81 sólo pueden aplicar el primer y segundo párrafo. Es decir, pueden declarar acuerdos nulos por infringir la prohibición, pero en el sistema presente **no pueden otorgar exenciones**. Esto quiere decir, que si un tribunal nacional está considerando un acuerdo que es anti competitivo, pero las partes declaran que produce ciertos efectos beneficiosos, el tribunal nacional no puede otorgar la exención, pero tiene que suspender el proceso hasta la llegada de una decisión de la Comisión sobre si una exención es pertinente o no. Lo mismo aplica a las autoridades administrativas nacionales.

Como pueden ver, el sistema europeo que ha estado vigente durante casi 40 años, es en realidad sólo parcialmente descentralizado. La Comisión, sin embargo, ha propuesto recientemente, su Libro Blanco con el que intenta reformar completamente este sistema y convertirlo en uno completamente descentralizado y donde tribunales nacionales y autoridades podrán aplicar el conjunto del Artículo 81 EC. Esta reforma, aunque no exenta de problemas, ha sido bien recibida en círculos legales y académicos. En este sentido, el Derecho Europeo tiene mucho que aprender del Decreto Ley 211 chileno, donde a mi modo de ver se instituyó con mucho éxito y sin las disfuncionalidades que han presidido el proceso europeo, un sistema muy efectivo de aplicación que es a la vez descentralizado. Esto es aparente, si consideramos en particular los Artículos 7 y 8 del decreto que regulan la composición y atribuciones de las Comisiones Preventivas Regionales.

⁶ [1962] OJ. Sp. Ed., 87.

II. El Derecho Anti - Trust Americano

En Derecho de la Competencia, es casi imposible no hacer referencia al Derecho Americano de Anti - trust, ya que los Estados Unidos fue la primera jurisdicción del mundo que adoptó un sistema legal para la defensa de la Competencia. En particular, la Sherman Act adoptada en 1890, representó el primer instrumento legislativo destinado a asegurar el mantenimiento del juego de la libre competencia. El Capítulo I de la Sherman Act prohíbe cualquier *acuerdo* que tenga por objeto la restricción del comercio. El Capítulo II, prohíbe la "monopolización", o en otras palabras, la conducta ilegal de empresas que ostentan una posición dominante en el mercado. Como pueden ver, hay un paralelo claro con los Artículos 81 y 82 EC que reflejan también, respectivamente, prohibiciones de conductas anti competitivas, que resultan de colusión entre empresas y abusos de posición dominante. Aunque la Sherman Act no habla de abuso, el término monopolización refleja sin duda el mismo concepto. Esto es especialmente claro, si se consideran las sentencias de tribunales americanos que consideran como "monopolización", todas las prácticas abusivas en la lista del Artículo 82 EC.

Los paralelos no acaban ahí y voy a intentar producir un resumen de aquellos que revisten más importancia:

Al igual que ocurre en el Artículo 81 EC, los tribunales americanos han decidido que la prohibición en el Capítulo I será de aplicación, cuando se demuestre la existencia de un acuerdo. Para demostrar la existencia de un acuerdo, los tribunales han aceptado el uso de evidencia no sólo directa sino también circunstancial. Una diferencia entre los dos sistemas es, sin embargo, que en el Derecho Europeo, la Comisión ha seguido una interpretación teológica del Artículo 81 y ha concluido con mucha más facilidad y frecuencia la existencia de colusión tácita entre empresas.

A diferencia del Derecho Europeo, y como mencioné antes, no se regulan en la Sherman Act, exenciones a la prohibición en el Capítulo I. Sin embargo, esto no quiere decir que cualquier restricción de comercio es de por sí ilegal independientemente de sus posibles efectos beneficiosos. Los tribunales americanos han dividido tradicionalmente las restricciones de comercio en dos grupos:

- (a) aquellas que son de por sí ilegales, como fijación de precios o el reparto de mercados y

- (b) aquellas en que el tribunal conociendo el caso deberá sopesar los efectos pro y anti competitivos. Este razonamiento se denomina la regla de la razón o rule of reason. Por ejemplo, imagínense un acuerdo de distribución exclusivo entre un proveedor y un distribuidor. Este acuerdo tiene claros rasgos anti competitivos. Al ser la distribución de carácter exclusivo, esto implica que otros distribuidores potenciales no pueden acceder a los productos. Al mismo tiempo, sin embargo, el distribuidor puede tener mucho menos interés en distribuir el producto si sabe que otros cientos pueden hacer lo mismo. Esto es evidente, en particular, en casos en que pretende la introducción de nuevos productos en el mercado. La conclusión final es, por lo tanto que el acuerdo será permitido, dado que los beneficios que reporta son superiores a las restricciones de la competencia que causa.

La prohibición en el Capítulo II de la Sherman Act es aun más similar al Artículo 82 EC. Todas las prácticas enumeradas en el Artículo 82 EC aparecen en la lista de actividades que los tribunales americanos describen como monopolización. En particular, conductas como precios predatorios o la negativa de una empresa dominante de abastecer a sus clientes convertidos en competidores figuran en esta lista. Los tribunales americanos han clarificado que el concepto de monopolización incluye dos elementos:

- (a) una posición de dominio en un mercado relevante y
- (b) la comisión de prácticas que tienen como fin la exclusión de otros competidores, con el fin de preservar la posición de dominio de las empresas⁷. Esto es muy similar a las etapas que seguimos en la aplicación del Artículo 82 EC, incluyendo la definición del mercado relevante.

Como en el Artículo 82 EC no hay exenciones a la prohibición, en el Capítulo II de la Sherman Act, al igual que en la jurisprudencia europea, los tribunales americanos han considerado que ciertas prácticas, a primera vista abusivas, pueden justificarse objetivamente.

⁷ Eastman Kodak v. Image Technical Services 504 U.S. 451, 488 112 S. Ct. 2072, L. Ed. 2nd. 265 (1992).

III. El caso del *Microsoft*⁸ y el caso de *Tetrapak*⁹

A continuación, voy a cubrir brevemente dos decisiones, una de un tribunal americano (La Corte del Distrito de Columbia) y otra del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades europeas, en dos casos que se refieren al abuso de posición dominante. Con ello, espero ilustrar las similitudes y diferencias entre los dos sistemas.

Estoy segura que muchos de Uds. conocen bien el primer caso al que me voy a referir, el caso *Microsoft*. En este caso, el argumento principal fue, que Microsoft había violado la prohibición en el Capítulo 2 de la Sherman Act, o en otras palabras, que era culpable de monopolización. Fundamentalmente Microsoft tiene una posición de dominio casi total (95%) en el mercado de los sistemas operadores de ordenadores personales (es decir, el software que controla la operación del ordenador). Otra compañía, Netscape desarrolló un sistema para explorar el internet (“Netscape Navigator”) en competencia con “Internet Explorer”, que es el sistema desarrollado por Microsoft. Microsoft comenzó una serie de prácticas que el tribunal americano construyó como un intento de monopolizar el mercado de exploradores de la web. La más significativa fue la de obligar a los fabricantes de ordenadores a comprar en conjunto su sistema de “Windows” (sistema operativo de ordenadores personales) con el “Internet Explorer”, de forma que cualquier usuario de “Windows” tuviera que utilizar obligatoriamente el Internet explorer. Al mismo tiempo, usó incentivos y amenazas destinadas a los productores de ordenadores para disuadirlos del uso del Netscape navigator en favor del Internet explorer. Esta actividad se denomina “Tying”. La Corte del Distrito de Columbia consideró que esta actividad entraba en el ámbito de aplicación del Capítulo II de la Sherman Act. Antes de llegar a esta conclusión examinó los alegatos de Microsoft, en que había una justificación objetiva para su práctica de obligar la compra conjunta de “windows” con “internet explorer”, pero las rechazó, ya que no podía defenderse esta práctica como un intento de beneficiar a los consumidores o de incrementar la eficiencia del mercado.

⁸ 0USA v. Microsoft, Orden de 3 de Abril 2000, de la Corte del Distrito de Columbia.

⁹ Case T - 83/91 [1994] ECR II - 755.

El caso *Tetrapak* presenta muchas similitudes. En este caso, una empresa dominante en el mercado de contenedores para leche y zumos de fruta y de máquinas para llenar esos contenedores, lo que obligó a los clientes que querían comprar las máquinas, a comprar también los contenedores. El Tribunal de Primera Instancia decidió que esta práctica era contraria al Artículo 82 EC y que constituía un abuso de posición dominante. Tal como en el caso de *Microsoft*, el Tribunal consideró si había o no una justificación objetiva, por ejemplo, la protección de la salud pública para justificar la compra conjunta; pero decidió que no la había y, por consiguiente, el Artículo 82 EC era de aplicación.

IV. Conclusiones

Espero haber demostrado, al menos brevemente, los paralelos interesantes que existen entre el Derecho de la Competencia Americano y el sistema europeo, y ahora espero con mucho interés escuchar los comentarios del señor Fernández Fredes sobre el sistema de defensa de la competencia en Chile y la necesidad de introducir modificaciones a la legislación vigente.