



Sección Diálogos

# Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

Mario Ybar

“Do yourself a favor and go find the originals”.

G N´ R. The Spaghetti Incident



### **Mario Ybar**

Mario Ybar es Counsel en Garrigues. Abogado, Universidad de Chile. LL.M. University College London. Ex Subfiscal Nacional Económico.

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

**Abstract:** Este texto analiza la historia del derecho de la libre competencia, desde sus orígenes hasta la actualidad. Se explica cómo los Estados Unidos y Europa crearon normativas especiales para proteger la competencia y reemplazar los principios generales del common law en la regulación del comercio. Se examina la evolución de estas normativas y su convergencia en torno al bienestar del consumidor como fundamento del derecho de la competencia. Se identifican cuatro corrientes principales en cuanto a los fundamentos y objetivos de la política de libre competencia: libertad de competir, bienestar del consumidor, ortodoxia de Chicago y neo-Brandesiano. Finalmente, se propone un camino para compatibilizar las vertientes virtuosas (bienestar del consumidor y libertad de competir) con el fin de contribuir al desarrollo de un sistema de libre competencia que equilibre la máxima efectividad institucional con la presencia de barreras firmes de protección contra la arbitrariedad y el populismo.

## Contenido

1. Introducción.....	6
2. Los orígenes.....	7
3. El derecho de la competencia estadounidense.....	12
3.1 Los inicios: la Sherman Act.....	12
3.2 Del Laissez Faire al estructuralismo.....	14
3.3 La Escuela de Chicago y el bienestar del consumidor.....	17
3.4 Chicago “se pasa de la raya”.....	19
3.5 El movimiento neo-Brandesiano.....	21
4. Libre competencia en Europa.....	24
5. Fundamentos de la libre competencia.....	29
5.1 Bienestar del consumidor y eficiencia económica.....	30
5.2 Libre competencia como igualdad jurídica de los competidores.....	31
5.3 Hacia la armonización entre estándares: en busca del común denominador.....	34
6. Palabras finales.....	36
Bibliografía.....	38

## I. INTRODUCCIÓN

En el año 2008, un nuevo modelo institucional se asentaba en Chile: las instituciones encargadas de velar por la libre competencia se profesionalizaban. Como contrapartida, las defensas de las empresas también se sofisticaban. Los informes económicos adoptaron una relevancia hasta entonces desconocida en materia de litigación. Las multas, aún bajas, comenzaban a aplicarse en su integridad. La colusión comenzaba a alcanzar ribetes de escándalo público.

En ese contexto dinámico, nos pareció que existía una pregunta muy relevante que nadie se estaba planteando: ¿Para qué sirve y por qué se hace todo esto? Así, nació un artículo que, a pesar de sus muchas imperfecciones, tuvo cierta circulación en aulas universitarias, precisamente, porque intentaba responder una pregunta hasta entonces no formulada en Chile. El presente documento, viene a rescribir el ya añejo [“¿De qué hablamos cuando hablamos de competencia?”](#) (2008).

Ha pasado mucha agua bajo el puente. El péndulo de la historia ha oscilado a una velocidad en ese entonces inimaginable, la posibilidad de acceder a fuentes bibliográficas en idiomas distintos al inglés ha mejorado enormemente y, tras quince años de dedicación a la materia, al menos teóricamente, nuestra comprensión sobre los fenómenos de libre competencia debiese resultar superior a la de ese entonces.

El punto de partida será un análisis histórico de los distintos afluentes del derecho comparado que alimentan la libre competencia moderna. Se trata de una historia de más de mil años, que intentaremos resumir y exponer de la manera más objetiva posible.

Posteriormente, pretenderemos explicar las razones que llevaron a los Estados Unidos y Europa a crear una normativa especial de protección de la competencia que reemplazara los principios generales del *common law* en materia de regulación del comercio. Con ese propósito, intentaremos captar los fundamentos detrás del nacimiento de la Sherman Act y de la incorporación de artículos de competencia en el Tratado de Roma.

Continuaremos explorando la evolución de la normativa tanto en Estados Unidos como Europa durante las siguientes décadas, hasta su convergencia -hacia el año 2010- en torno al concepto de bienestar del consumidor como fundamento del derecho de la competencia, consenso puesto en tela de juicio en uno y otro lado del océano durante la última década.

Una vez descrita la historia, extraeremos de ésta las principales corrientes respecto de los fundamentos y objetivos de la política de libre competencia. Para estos efectos, subsumiremos las mismas en cuatro grupos. Dos que calificamos de virtuosas: libertad de competir y bienestar del consumidor; y otras dos, que consideramos de resorte más bien populista, y que -a nuestro juicio- tienen un sustrato mucho más político que legal o económico: por el lado derecho, la ortodoxia de Chicago y, por el lado izquierdo, el resurgido movimiento Neo Brandesiano.

Posteriormente, nos permitiremos proponer un camino de compatibilización de aquellas vertientes que consideramos virtuosas (bienestar del consumidor y libertad de competir) con el objeto de contribuir a moldear un sistema de libre competencia que concilie el mayor grado de efectividad institucional posible con la existencia de diques sólidos de resguardo contra la arbitrariedad y el populismo.

## II. LOS ORÍGENES

Las primeras reglas destinadas a regular el comercio que encontramos en la historia tenían por objeto prohibir la manipulación de precios, sea por el aprovechamiento o la creación de situaciones de escasez, o, fundamentalmente, por el rol especulativo que se entendía jugaba la figura del intermediario.

Lo prohibido era la intención de alterar el precio justo de las cosas, y el objeto de las reglas era detener la especulación con mercaderías y las alzas de precios<sup>1</sup>, constituyendo, en último término, un instrumento político destinado a evitar y aplacar revueltas sociales.

Los orígenes de dicha prohibición se remontan a períodos tan lejanos como las primeras sociedades agrícolas, desde donde este tipo de controles fue adoptado por el derecho romano, para luego encontrar campo fértil en la visión Tomista del justo precio que caracterizó el derecho medieval.

Dichas reglas resultan propias de un mundo que entiende el comercio como una secuencia de relaciones inter-personales, y no como un mero intercambio de bienes<sup>2</sup>. Por ende, fomentaban el encuentro de productores y compradores en mercados abiertos, prohibiendo fundamentalmente el rol de intermediarios que se estimaba contribuían a incrementar el valor de las cosas.

Existe un registro histórico bastante completo del tratamiento de la manipulación de precios en el *common law* a contar del siglo XIV. Sin perjuicio de que los conceptos no son rígidos a lo largo de la historia, los ilícitos de esta naturaleza pueden sistematizarse, para fines pedagógicos, en tres tipos de conducta: *forestalling* es el ilícito cometido por quien compra los bienes a quien los produce para revenderlos antes de que estos lleguen al mercado; *engrossing* es lisa y llanamente la compra de bienes al productor para su reventa; y *regrating* significa comprar en lote para vender en unidades<sup>3</sup>.

Según Blake, la evolución del tratamiento de estos ilícitos en el mundo anglosajón refleja la evolución de las condiciones económicas y políticas, la teoría económica y las normas sociales de Inglaterra entre el siglo XIII y el siglo XIX<sup>4</sup>. Ello explica que la aplicación de estas reglas vaya progresivamente disminuyendo con la aparición del mercantilismo, momento en que el interés nacional pasa a reemplazar la noción escolástica del justo precio, y que éstas fuesen definitivamente abolidas por el parlamento en 1844 junto con el advenimiento del capitalismo<sup>5</sup>.

---

1 Barry Hawk, *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. (Brill Nijhoff, 2015), 276.

2 Barry Hawk, *English Competition Law before 1900* (Fordham University School of Law, 2018), 10.

3 Edward Andler, "Monopolizing at Common Law under Section Two of the Sherman Act", *Harvard Law Review* Vol. 31, No. 2 (1917), 256-257.

4 Hawk, *English Competition Law before 1900*, 10.

5 7 & 8 Vic., c. 24 (1884). El propio Adam Smith defendió en rol de los intermediarios como un "estabilizador de la economía": "El estatuto de Eduardo VI, al prohibir tanto como fuera posible que cualquier intermediario se interpusiera entre el productor y el consumidor, se esforzó por aniquilar un comercio, cuyo libre ejercicio no sólo es el mejor paliativo de los inconvenientes de una escasez, sino la mejor prevención de esa calamidad: después del comercio del agricultor, no hay comercio que contribuya tanto al cultivo del maíz como el del comerciante de maíz. Traducción libre de: "The statute of Edward VI, therefore, by prohibiting as much as possible any middle man from coming between the grower and the consumer, endeavoured to annihilate a trade, of which the free exercise is not only the best palliative of the inconveniences of a dearth but the best preventative of that calamity: after the trade of the farmer, no trade contributing so much to the growing of corn as that of the corn merchant". Disponible en: <https://www.marxists.org/reference/archive/smith-adam/works/wealth-of-nations/book04/ch05-2.htm>

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

Por esa misma época, fuera de las islas británicas, dichas normas siguieron su camino hacia la codificación moderna de muchos países de tradición principalmente romanista, eso sí, con una aplicación práctica cada vez menor<sup>6</sup>.

Además de los ilícitos relacionados con la especulación, de raíz común en el derecho continental y comparado, este último históricamente abordó a otros tres grupos de conductas que hoy asociamos al derecho de la libre competencia: las restricciones del comercio impuestas contractualmente, monopolios y conspiraciones<sup>7</sup>.

En cuanto a las restricciones del comercio, el *common law* tradicionalmente privó de protección judicial a aquellos contratos que afectaban la libertad de competir de una de las partes contratantes, expresados fundamentalmente en las cláusulas de no competencia establecidas con motivo de la venta de un negocio. Si bien la jurisprudencia a este respecto resulta cambiante a través de los siglos, en síntesis, dichas cláusulas fueron inicialmente prohibidas de manera absoluta, pues restringían el derecho a ganarse la vida del destinatario de las mismas<sup>8</sup>, para luego, con el advenimiento del mercantilismo, y el surgimiento de la doctrina legal de la libertad de comercio<sup>9</sup>, ser sometidas a un examen de racionalidad y proporcionalidad muy similar al que se efectúa hoy día en sede de libre competencia<sup>10</sup>.

Una segunda materia históricamente cuestionada por el *common law* fueron los monopolios y los abusos provenientes de éstos.

Como señala Hawk, “la idea de que el público se ve perjudicado por los precios altos ha desempeñado un papel no desdeñable en la historia legal inglesa”<sup>11</sup>. Ello, sumado al principio de libertad de comercio, fuertemente enraizado en el *common law*, tornó la hostilidad a los monopolios en la regla general, sin perjuicio de que éstos podían consagrarse estatutariamente<sup>12</sup>.

Por lo demás, las concesiones monopólicas estatutarias fueron generalmente resistidas por los poderes legislativo y judicial, incluso sobre la base de consideraciones económicas<sup>13</sup>. Así, ya en 1603 la Corte (Court of King’s Bench) objetó la concesión de una patente real sobre los juegos de naipes por parte de la Reina Isabel I como contraria a la Carta Magna<sup>14</sup>, y en 1614, conociendo *Case of the Tailors, etc. of*

---

6 Ello seguramente explica el tipo anteriormente consagrado en el artículo 285 de nuestro Código Penal, sobre alteración del “precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas”, a su vez extraído de los artículos 460 y siguientes del Código Penal Español de 1848, que utilizó el Ministerio Público para perseguir penalmente a las farmacias acusadas de colusión por la FNE el año 2008. Actualmente el tipo señala “El que por medios fraudulentos alterare el precio de bienes o servicios sufrirá las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo”.

7 Hawk, *English Competition Law before 1900*, 3.

8 William Holdsworth, *A History of English Law* (Methuen & Company, 1922), 56-57.

9 Heydon JD, “An Historical Introduction” en *The Restraint of Trade Doctrine* (Lexis Nexis, 4ta ed., 2018).

10 Primero, *Mitchel v. Reynolds* 24 Eng. Rep. 347, 350; I.P. Wms. 181, 190 (1700); y luego, *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.* AC 535 (HL) (1894)

11 Traducción libre de: “The idea that the public are injuriously affected by high prices has played no inconsiderable part in [English] legal history”. Hawk, *English Competition Law before 1900*, 40.

12 Hawk, *English Competition Law before 1900*, 41.

13 “Los monopolios restringían la producción y no lograban cumplir con los objetivos sociales que afirmaban tener. Los estándares de producción no se mantenían, y en lugar de proteger los intereses de consumidores y empleados, especuladores inseguros se aprovechaban de privilegios políticos para enriquecerse rápidamente. El daño causado a la economía no se compensaba con una ganancia adecuada para el erario público”. Traducción libre de: “Monopolies limited output. They did not achieve the claimed social objectives: standards of production were not maintained; the interests of consumers and employees were not protected but to the contrary insecure speculators used political privileges to get rich quick. The harm done to the economy was balanced by no adequate gain to the Exchequer”. Hawk, *English Competition Law before 1900*, 42.

14 *Darcy v. Allen*. Eng. Rep. 830, *Moore (K.B.)* 672. (1699).

*Ipswich*, afirmó el principio de que el *common law* prohíbe los monopolios que restrinjan el comercio<sup>15</sup>. Finalmente, en 1624 el parlamento abolió todos los monopolios, concesiones, licencias, y patentes otorgadas anteriormente otorgadas a cualquier persona o personas, entidades políticas o corporativas, de o para la exclusiva compra, venta, fabricación, trabajo o uso de cualquier cosa, o de cualquier otro monopolio, salvo que aquellas proviniesen de ciudades<sup>16</sup>.

Si bien estas medidas no hicieron desaparecer los monopolios, y muchos de ellos prevalecieron en el tiempo, lo cierto es que ya a fines del siglo XVII el sistema de concesión de monopolios había evolucionado para acercarse al sistema actual de patentes<sup>17</sup>.

Otra arista de la preocupación del *common law* por los monopolios, vigente todavía en la actualidad, decía relación con la necesidad de que los propietarios de infraestructura destinada al uso público cobrasen precios razonables por su uso<sup>18</sup>.

Finalmente, un último grupo de prácticas prohibidas por el *common law* constituye el corazón del derecho de la competencia moderno: las conspiraciones entre competidores restrictivas del comercio (*conspiracies in restraint of trade*).

Dichas conspiraciones podían afectar el interés público ya sea incrementando los precios al público<sup>19</sup> o restringiendo la libertad de terceros para participar del mercado (*right to sell*), de modo que su razonabilidad podía ser sujeta a evaluación por los afectados.

Ahora bien, la capacidad de impugnar con éxito las conspiraciones restrictivas del comercio resultó considerablemente restringida en el temprano período medieval debido a los privilegios que las corporaciones gremiales tenían tanto en términos legales como en costumbre<sup>20</sup>.

Sin perjuicio de que los gremios en Inglaterra detentaron menos poder que sus contrapartes continentales, entre los años 1000 y 1400 contaron con suficiente poder político para operar como monopolios colectivos o carteles<sup>21</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en el mundo continental, ya en el 1600 las cortes inglesas comenzaron a adoptar una actitud negativa hacia los gremios invalidando algunas de sus decisiones. El principio de la libertad de comercio articulado a propósito de las cláusulas de no competir jugó un rol decisivo en dicha transformación.

Así, encontramos jurisprudencia de altas cortes inglesas en dicho sentido de más de cuatro siglos de

---

15 *The Case of the Tailors of Ipswich* 77 Eng. Rep. 1218; 11 Co. Rep. 53 (1614).

16 English Statute of Monopolies of 1623, 21 Jac. 1, c. 3 <https://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents>.

17 William Letwin, "The English Common Law Concerning Monopolies", *University of Chicago Law Review*, Vol. 21. (1954), 359.

18 De acuerdo con Lord Ellenborough en *Allnutt v. Inglis*: "[c]uando el Rey o un súbdito tienen un muelle público al que deben acudir todas las personas que llegan a ese puerto para desembarcar sus mercancías, ya sea porque son los únicos muelles autorizados por la Reina, o porque no hay otro muelle en ese puerto... no se pueden tomar derechos arbitrarios y excesivos... los derechos deben ser razonables.". Traducción libre de: "[w]here the King or a subject have a public wharf to which all persons must come who come to that port to unlade their goods, either 'because they are the wharfs only licensed by the Queen, or because there is no other wharf in that port . . . there cannot be taken arbitrary and excessive duties . . . the duties must be reasonable.' 104 Eng. Rep. 206; 12 East. 527, 539 (1810).

19 Si bien las reglas contra la manipulación de precios (forestalling, engrossing y regrating) se referían fundamentalmente a conductas individuales, ya hemos visto que el principio subyacente detrás de la prohibición era la ilegitimidad de los precios altos. Ello, naturalmente, alcanzaba también las conductas coordinadas. Hawk, *English Competition Law before 1900*, 25.

20 Hawk, *English Competition Law before 1900*, 34.

21 Sheilagh Ogilvie, *The European Guilds: an Economic Analysis* (Princeton: Princeton University Press, 2019), 157-159.

antigüedad. En *Davenant v. Hurdis*, decidido en 1599, la Corte, de manera unánime, decidió que el reglamento gremial sometido a su decisión era inválido, toda vez que “una norma de tal naturaleza que concentre todo el comercio o tráfico en manos de una sola empresa o persona, excluyendo a todos los demás, es ilegal”<sup>22</sup>.

Sin embargo, como siempre ocurre en la historia, los vientos soplaron en otra dirección a contar del siglo XIX. Cambios en la teoría económica prevaleciente hacia el libre mercado y el *laissez faire* y una mayor injerencia de las grandes corporaciones en las políticas públicas llevaron a que las cortes pasaran a privilegiar, al amparo del principio de libertad contractual, la cooperación entre empresas sobre la competencia entre éstas<sup>23</sup>. En ese contexto, el foco de análisis de la razonabilidad de la restricción pasó del efecto de la conducta en terceros a la razonabilidad de la estrategia asociada a la conducta desde el punto de vista de su ejecutor.

Un ícono de este cambio de paradigma es *Mogul Steamship*<sup>24</sup>. En este caso, una asociación de empresas navieras que operaban el comercio de té entre China e Inglaterra, y que había adoptado una política de uniformidad tarifaria y reparto de carga, decidió no aceptar carga proveniente de productores que utilizaran el transporte provisto por una empresa que no formaba parte de dicho acuerdo (Mogul Steamship), además de añadir capacidad adicional para competir directamente con dicha empresa mediante tarifas bajo costo.

La acción de daños de Mogul Steamship fue descartada en cada una de las instancias judiciales sobre la base de que no existía ilícito alguno que reprochar<sup>25</sup>. En palabras de Lord Halsbury. “Después de todo, ¿qué se puede entender por “fuera del curso ordinario de negocios?”. Más bien debería pensar, como un hecho, que es muy común dentro del curso normal del comercio competir durante un tiempo de modo que el comercio no sea rentable para el rival, a fin de que, cuando uno se haya deshecho de él, pueda apropiarse de las ganancias de todo el comercio”<sup>26</sup>. Los tiempos del *laissez faire* campeaban.

La decisión en *Mogul v McGregor* no estuvo del todo exenta de debate. Después de la sentencia del Tribunal de Apelaciones, *The Times* publicó una editorial señalando que el caso “nos obliga a darnos cuenta de que no nos queda ninguna defensa contra el monopolio o el “trust” excepto la que la Legislatura decida darnos”<sup>27</sup>. La casuística del *common law* ya no podía hacerse cargo de este problema. Había llegado el tiempo de una intervención legislativa específica. Si bien nada ocurrió en el Reino Unido hasta casi 60 años después, por esos años, al otro lado del Atlántico, el cuerpo legal reclamado por el Times comenzaba a tomar forma.

.....

*En síntesis, ochocientos años de historia nos enseñan que tres de los fundamentos en que se basa el derecho de la competencia actual constituyeron también principios de acción históricos en el common law: los monopolios y los precios altos eran mirados con recelo y la libertad de comercio como un valor*<sup>28</sup>. Sin embargo, a fines del siglo

---

22 *Eng. Rep.* 769, 778; *Moore* (K.B.) 576, 591 (1599).

23 ¿Cómo se puede sostener que es una restricción del comercio?; ¿Se les deja en libertad de cobrar lo que quieran, aunque no más que los demás? Y por el acuerdo, ¿Se fijan días y horas particulares para que cada uno funcione en la semana? Se trata simplemente un modo conveniente de arreglar dos asuntos que de otro modo podrían arruinarlos mutuamente”. Traducción libre de: “How can you contend that it is in restraint of trade; they are left at liberty to charge what they like, though not more than each other? And by the agreement, particular days and times for each to run in the week are fixed. This is merely a convenient mode of arranging two concerns which might otherwise ruin each other” 2 Chit. 407 (K.B. 1815).

24 *Mogul Steamship Co Ltd v McGregor, Gow & Co*, LR 23 QBD 598. (1892)

25 Peter Roth, “The Continual Evolution of Competition Law,” *Journal of Antitrust Enforcement* 7, N° 1 (2018), 6-26.

26 *Mogul Steamship Co Ltd v McGregor, Gow & Co*, LR 23 QBD 598 p. 37. (1889)

27 William Cornish et al., *The Oxford History of the Laws of England*, vol. XII (Oxford: Oxford University Press, 2010), 1052.

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

*XIX, el instrumental de remedios proporcionado por el common law no entregaba ya una adecuada protección respecto de las nuevas formas de restricción del comercio<sup>29</sup>.*

---

28 Hawk, *English Competition Law before 1900*, 49.

29 Richard Hofstadter, "The Paranoid Style in American Politics and other essays", *Social Service Review* 44, N° 2 (1970), 194.

### III. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ESTADOUNIDENSE

#### 3.1. Los inicios: la Sherman Act

*"[S]in John Sherman, es probable que Estados Unidos hubiera obtenido una ley similar aproximadamente en la misma época. En contraste, sin John D. Rockefeller y la Standard Oil, Estados Unidos no habría tenido una ley de competencia hasta más tarde".* Así comienza uno de los mejores libros disponibles acerca de la historia del derecho antitrust estadounidense<sup>30</sup>.

De acuerdo con Werden, durante las décadas posteriores a la Guerra Civil, la industria estadounidense fue transformada de manera radical mediante un proceso de industrialización rico en generación de eficiencias<sup>31</sup>. Ello generó niveles hasta entonces inéditos de competencia y, consecuentemente, constantes caídas en los precios.

Como el proceso de industrialización requería un alto nivel de inversión, principalmente en la forma de costos hundidos, ese marco de rivalidad y precios bajos fue considerado una amenaza para la creciente economía: había que evitar la competencia<sup>32</sup>.

Si bien los pactos entre caballeros constituían la solución por antonomasia a este tipo de problemas, tal como predice la teoría económica moderna, la tentación a desviarse del acuerdo siempre es alta<sup>33</sup>. Por ende, se requería de acuerdos de carácter contractual que pudieran hacerse valer en las cortes. Surgen así los *trusts*<sup>34</sup>.

Los *trusts* eran una institución tradicional del *common law* mediante la que se delegaba a un fiduciario (*trustee*), entre otras cosas, el derecho propio a votar en la junta directiva de una empresa. Mediante la utilización de mandatarios de voto en sus respectivas juntas directivas, se establecía una "interconexión" de poderes que permitía a los gerentes de diversas empresas competidoras tomar decisiones conjuntas en cuanto a políticas de precios y mercado. Esta práctica llevaba a la creación de cárteles, los cuales se ocultaban bajo la apariencia de fideicomisos, manteniendo cada empresa bajo el control de las demás<sup>35</sup>.

La proliferación de los *trusts* y, en particular, las prácticas del *Trust Agreement* del petróleo, cuya administración era centralizada por la Standard Oil de Rockefeller, movilizaban la opinión pública hacia la dictación de una legislación que pusiera freno a sus prácticas abusivas.

Entra así en acción el senador John Sherman, y la propuesta normativa que suele demarcarse como el inicio del derecho de la competencia. Sin embargo, lo que hoy conocemos como *Sherman Act*, tiene poco que ver con la legislación propuesta por el senador Sherman<sup>36</sup>, al punto que éste voto a favor de ésta con profunda

---

30 Traducción libre de: "[W]ithout John Sherman, the United States probably would have gotten a similar law at about the same time. In contrast, without John D. Rockefeller and the Standard Oil Co., the United States would not have had competition law until later". Gregory Werden, *The Foundations of Antitrust* (Carolina: Carolina Academic Press, 2020), 3

31 Werden, *Foundations of Antitrust*, 11.

32 Werden, *Foundations of Antitrust*.

33 Giuliano Amato, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market* (Hart Publishing, 1997), 7-8.

34 Werden, *Foundations of Antitrust*, 11.

35 Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, 8.

36 Barak Orbach, "How Antitrust Lost Its Goals," *Fordham Law Review* 81, N° 5 (2013), 2260.

reticencia<sup>37</sup>. En efecto, la propuesta original de Sherman era la siguiente: “todos los arreglos, contratos, acuerdos, fideicomisos o combinaciones... realizados con vistas a impedir o tender a impedir la plena y libre competencia, o concebidos para aumentar o tender a aumentar los costos para el consumidor” serán nulos<sup>38</sup>. Sin embargo, cuando la propuesta retornó del comité judicial, ella ya no contenía la palabra competencia.

La norma en definitiva aprobada contiene dos secciones: la primera, que, haciendo eco de la vieja doctrina del *common law*, establece que “se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de fideicomiso o de otro tipo, o conspiración que restrinja el comercio entre los distintos Estados o con naciones extranjeras”<sup>39</sup>; y una segunda sección, que aparece de la nada y sin registro de discusiones previas<sup>40</sup>, que prescribe: “toda persona que monopolice, o intente monopolizar, o se asocie o conspire con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio entre los diversos Estados, o con naciones extranjeras, será considerada culpable de un delito grave”<sup>41</sup>.

Desde ese entonces, pero particularmente en los últimos cuarenta años, ha surgido una amplia literatura tendiente a desentrañar los objetivos propiciados por los legisladores que aprobaron la *Sherman Act*. Ello, fundamentalmente, con el objeto de rebatir la interpretación de Robert Bork, a todas luces incorrecta, pero a la vez inéditamente exitosa, en cuanto a que el objetivo fundamental de la *Sherman Act* siempre fue el bienestar del consumidor, sobre la que nos referiremos en la siguiente sección.

Probablemente la visión más creíble a este respecto sea la del juez Rufus W. Peckham, quien sostuvo en 1897 que: “[s]i nos limitamos a observar simplemente la historia del proyecto de ley desde el momento en que fue presentado en el Senado hasta que finalmente fue aprobado, sería imposible decir cuáles eran las opiniones de la mayoría de los miembros de cada Cámara en relación con el significado de la Ley. (...) Todo lo que se puede determinar a partir de los debates e informes es que varios miembros tenían diversas opiniones, y estamos obligados a determinar el significado de esta ley, al igual que determinamos el significado de otras leyes, a partir del lenguaje utilizado en ella”<sup>42</sup>.

Con todo, sin perjuicio de la inexistencia de un propósito explícito en la legislatura -como ocurre y ha ocurrido en la construcción de la mayor parte de las leyes a lo largo de la historia-, lo cierto es que la nueva legislación *antitrust* se cimentó en la triada de elementos que justificaban la regulación del comercio en el *common law*, y que se encontraban fuertemente amenazados por el surgimiento de los

---

37 “I do not intend to open any debate on the subject, but I wish to state that, after having fairly and fully considered the amendment proposed by the Committee on the Judiciary, I shall vote for it, not as being precisely what I want, but as the best under all the circumstances that the Senate is prepared to give in this direction. Therefore, without enlarging or entering into debate, I shall vote for the proposition of the Judiciary Committee as it stands”. 21 CONG. REC. 3145 (Apr. 8, 1890). S. 1, 51st Cong. (1st Sess. 1889); S. 3445, 50th Cong. (2d Sess. 1888).

38 Traducción libre de: “all arrangements, contracts, agreements, trusts, or combinations . . . made with a view, or which tend, to prevent full and free competition . . . or . . . designed, or which tend to advance the cost to the consumer” would be void.

39 Traducción libre de: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”.

40 Werden, *Foundations of Antitrust*, 30.

41 Traducción libre de: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony”.

42 Traducción libre de: “Looking simply at the history of the bill from the time it was introduced in the Senate until it was finally passed, it would be impossible to say what were the views of a majority of the members of each House in relation to the meaning of the Act. It cannot be said that a majority of both houses did not agree with Senator Hoar in his views as to the construction to be given to the Act as it passed the Senate. All that can be determined from the debates and reports is that various members had various views, and we are left to determine the meaning of this act, as we determine the meaning of other acts, from the language used therein.” *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897)

*trusts*: recelo respecto de los monopolios y los precios altos, y valoración de la libertad de comercio de las empresas amenazadas por los *trusts*<sup>43</sup>.

En palabras del senador George Hoar: “[l]o que este proyecto de ley hace, además de proporcionar un remedio, es extender los principios del derecho común que protegían la competencia justa en el comercio en tiempos antiguos en Inglaterra, al comercio internacional e interestatal”<sup>44</sup>.

### 3.2. Del Laissez Faire al estructuralismo

Tal como temía el senador Sherman, la norma que lleva su nombre no se caracterizó precisamente por su efectividad durante los primeros años de vigencia<sup>45</sup>.

Ello se explica, en primer lugar, porque, prohibidos los *trusts* pero toleradas las operaciones de concentración, las empresas optaron masivamente por el segundo camino<sup>46</sup>; en segundo lugar, debido a la escasez de recursos provistos al Departamento de Justicia para el cumplimiento de sus objetivos<sup>47</sup>; y, en tercer lugar, por el advenimiento de una prolífica -e influyente- doctrina económica, asociada a los principios neoclásicos y el *laissez faire*, que abogaba por que la concentración y las grandes empresas beneficiaban a los consumidores por la vía de la generación de eficiencias<sup>48</sup>.

Según Amato, fundamentos de análisis económico, particularmente aquellos propiciados por Alfred Marshall, comienzan a integrar el análisis de la casuística de libre competencia ya en los albores del siglo XX, desempeñando un rol esencial en la determinación de cuándo una restricción del comercio podía considerarse como poco razonable<sup>49</sup>.

Así, salvo por breves períodos caracterizados por una intervención más intensiva (como, por ejemplo, los inicios de la segunda década del siglo XX, en que la Corte ordenó el desmembramiento de Standard Oil y American Tobacco, al tiempo que el Congreso mandataba la creación de la *Federal Trade Commission* ante el que entendía como un deficitario rol del Departamento de Justicia<sup>50</sup>), lo cierto es que la Sherman Act nunca se erigió en la magna carta de la libertad de empresa a que aspiraron sus creadores.

Dicha intrascendencia relativa se mantuvo durante el boom económico de la década de los años veinte, muy influenciados por la teoría económica neoclásica, y durante la resaca que le siguió en la primera parte de la Gran

---

43 El “problema de los Trusts” generalmente se refería a restricciones al comercio, precios elevados, producción limitada, salarios bajos, pérdidas para las pequeñas empresas y otras formas percibidas de opresión económica. “Anti-Trusts” generalmente significaba un estado de competencia, libertad de restricciones comerciales, precios bajos, mejores condiciones de suministro y oportunidades de prosperidad. “Competencia” era un concepto abstracto que generalmente significaba la ausencia de restricciones al comercio”. Herbert Hovenkamp, *The Sherman Act and the Classical Theory of Competition*, 74 IOWA L. REV. 1019 (1989).

44 21 CONG. REC. 3152 (Apr. 8, 1890) (statement of Senator Hoar)

45 Werden, *Foundations of Antitrust*, 59.

46 Harlan Blake y William Jones, “In Defense of Antitrust”, *Columbia Law Review* 65, no. 3 (1965a), 387-388.

47 Werden, *Foundations of Antitrust*, 59-60.

48 En gran parte, el sesgo libremercadista de los economistas durante este período puede atribuirse a la poderosa influencia de Alfred Marshall, cuyos Principios de Economía (1890) devolvieron a la teoría neoclásica de los precios su posición más preponderante desde la publicación de La Riqueza de las Naciones de Adam Smith (1776). Traducción libre de: “In large part the free market bias of economists during this period may be attributed to the powerful influence of Alfred Marshall, whose Principles of Economics (1890) restored neo-classical price theory to its most eminent position since the publication of Adam Smith’s Wealth of Nations (1776)”. Herbert Hovenkamp, “Antitrust Policy After Chicago,” *Michigan Law Review* 84 (1985), 220.

49 Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, 13.

50 Harry First y Spencer Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”, *Fordham Law Review* 81, no. 5 (2013), 2548 y siguientes.

Depresión, con un *first new deal* caracterizado por la confianza en la autorregulación y la cooperación económica<sup>51</sup>.

Sin embargo, esta situación comenzó a cambiar, como consecuencia de factores políticos y económicos.

Políticamente, surge una fuerte reacción contra los excesos del capitalismo que produjeron la crisis económica de 1929. En este contexto, parte de la clase política se va persuadiendo de la necesidad de poner coto al poder de las grandes empresas y de la conveniencia de fomentar una sociedad de productores iguales e independientes entre sí, como una manera de evitar la desigual distribución de la riqueza, así como la inherente corrupción del poder político que se sigue de la concentración económica<sup>52</sup>.

Así, por ejemplo, se dicta en 1936 la *Robinson Patman Act*, cuya finalidad se opone abiertamente a la eficiencia económica en el sentido neoclásico, respondiendo directamente a la necesidad de proteger a la pequeña empresa.

En el plano económico, los años treinta traen consigo el desarrollo de dos modelos alternativos al neoclásico de Marshall, de la mano de Joan Robinson<sup>53</sup> y Edward Chamberlin<sup>54</sup> y sus trabajos sobre competencia monopolísticas. La popularidad de estos artículos revive el interés por el trabajo sobre oligopolios que Cournot había desarrollado casi un siglo antes<sup>55</sup>.

Sobre la base del trabajo de Cournot comienza a desarrollarse una prolífica doctrina económica en materia de teoría de juegos<sup>56</sup> y, posteriormente, la denominada Escuela de Harvard<sup>57</sup> advertiría mediante una serie de artículos muy influyentes acerca de los riesgos de las estructuras en el desempeño de los mercados<sup>58</sup>. Desde el *laissez faire* de Alfred Marshall, la doctrina económica se había movido hacia la preocupación por la concentración de los mercados. Con ello, la vara acerca de lo que constituía una restricción poco razonable del comercio también mutó.

En ese contexto, pro pequeña empresa, y contrario a la concentración económica, en círculos técnicos y políticos, el Congreso de 1950 pasó a endurecer la normativa de fusiones mediante la *Celler-Kefauver Amendment* de 1950<sup>59</sup>. Posteriormente, con la llegada de Earl Warren a la presidencia de la Corte Suprema en 1953, se da inicio al período histórico más intervencionista de la Corte Suprema estadounidense<sup>60</sup>.

---

51 Ellis Hawley, *The New Deal and the Problem of Monopoly: A Study in Economic Ambivalence* (Princeton: Princeton University Press, 1966), 13, 35, 40-48, 297-99.

52 Charles Mueller, "Small Business and Big Monopoly," *Antitrust Law & Economics Review* 10 (1978), 10 y siguientes.

53 Joan Robinson, "Economics of Imperfect Competition," *Journal of Political Economy* 42, no. 2 (1934).

54 Edward Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition* (Oxford: Oxford University Press, 1933).

55 Hasta ese entonces, el análisis económico tradicional se había llevado a cabo únicamente sobre la base de dos pilares dicotómicos: competencia perfecta y monopolio. Ver Herbert Hovenkamp, "Antitrust Error Costs," *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 24 (2022a), 305.

56 Por ejemplo, Oskar Morgenstern, "Oligopoly, Monopolistic Competition, and the Theory of Games," *American Economic Review* 38 (1948), 10 y John Nash, "The Bargaining Problem," *Econometrica* 18 (1950), 155.

57 Joel Bain, Carl Kaysen, Donald Turner y Phil Areeda, entre otros.

58 El trabajo de Bain se fundaba en tres premisas: las economías de escala no resultaban sustanciales en la mayoría de los mercados, de modo que en muchas industrias existía una mucho mayor concentración que la necesaria; las barreras de entrada a nuevos mercados eran más profundas que lo que se creía, y podían imponerse por los propios incumbentes; y que el efecto en precios asociado a los oligopolios comenzaba a manifestarse en relativamente bajos niveles de concentración. Ver Joe Bain, "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-40," *Quarterly Journal of Economics* 65 (1951).

59 Eleanor Fox, "Against Goals," *Fordham Law Review* 81, N° 5 (2013), 2157.

60 A fines de 1967, el presidente Lyndon Johnson formó una comisión de prominentes economistas, dirigida por Phil Neal, decano de la Universidad de Chicago, para que elaborara propuestas de cambios en la normativa de libre competencia. Sobre la base del estructuralismo imperante, la comisión propuso establecer *caps* a las participaciones de mercado (12%) y ordenar la desinversión de aquella parte que la excediera, así como prohibir las operaciones de concentración que tuviesen lugar en industrias en que los cuatro principales actores

La premisa de acción de la Corte Suprema durante esos años fue dar cumplimiento estricto a la historia legislativa que propició la *Celler-Kefauver Amendment*<sup>61-62</sup>, y en ese afán tienen lugar decisiones muy controversiales tales como *Brown Shoe v. US* (1962)<sup>63</sup>; *US v. Von 's Grocery Co* (1966)<sup>64</sup>; *FTC v. Procter and Gamble* (1967)<sup>65</sup>; *US v. Arnold Schwinn & Co* (1967)<sup>66</sup>; *FTC v. Consol Foods Corp* (1965)<sup>67</sup>; *US v. Pabst Brewing Co* (1966)<sup>68</sup>.

Buena parte de los autores modernos coinciden en calificar esta etapa como una de aplicación excesivamente agresiva de la normativa antitrust, en que frecuentemente las eficiencias fueron penalizadas en favor de la preservación de la atomicidad de los mercados<sup>69</sup>. Para otros, constituye lisa y llanamente una época de populismo judicial, en que se propendió a la protección de los competidores y no de la competencia. Una minoría, resurgida a propósito del movimiento Neo Brandesiano, ha reivindicado esta etapa como aquella en que se cumplió el mandato político y redistributivo otorgado por el congreso a las autoridades técnicas competentes<sup>70</sup>.

Superadas la década de los sesenta, la Corte Warren y la Gran Sociedad de Lyndon Johnson, la que podríamos denominar experiencia social demócrata estadounidense comienza a ser dejada atrás. La década de 1970 se caracterizó por una disminución de las barreras comerciales, de intensificación de la competencia extranjera y de apertura de oportunidades comerciales internacionales<sup>71</sup>. El nuevo contexto requería descomprimir la intervención y dejar a los mercados hacerse cargo de sí mismos.

El péndulo volvía a girar y el campo estaba fértil para la contrarreforma que, hasta ese entonces, solos contra el mundo, predicaban los miembros de la Escuela de Chicago.

### 3.3. La Escuela de Chicago y el bienestar del consumidor

---

tuviesen una participación conjunta de mercado superior al 50% y en que las empresas involucradas en la concentración excedieran el 10%. La elección de Richard Nixon puso la lápida a estas propuestas. Ver Herbert Hovenkamp, "Introduction to the Neal Report and the Crisis in Antitrust," *Competition Policy International* 5, no. 1 (2009).

61 Herbert J. Hovenkamp, *Antitrust and the Patent System: A Reexamination* (University of Pennsylvania Carey Law School, 2015), 83. Ver, por ejemplo, *Brown Shoe v. US* (1962): "Es la competencia, no los competidores, lo que la Ley protege. Pero no podemos dejar de reconocer el deseo del Congreso de proteger la competencia mediante la protección de las pequeñas empresas viables de propiedad local. El Congreso era consciente de que el mantenimiento de industrias y mercados fragmentados podría ocasionar costes y precios ocasionalmente más elevados. Resolvió esto a favor de la descentralización. Debemos hacer efectiva esa decisión". Traducción libre de: "It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to protect competition through the protection of viable, small, locally owned business. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved this in favor of decentralization. We must give effect to that decision".

62 Blake y Jones, "In Defense of Antitrust", 388.

63 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962)

64 *United States v. Von's Grocery Co.* 384 U.S. 270 (1966)

65 *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967)

66 *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

67 *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965)

68 *United States v. Pabst Brewing Co.*, 384 U.S. 546 (1966)

69 Hovenkamp, "Antitrust Policy After Chicago", 229. No obstante, el propio Hovenkamp recalca que, si bien los riesgos del oligopolio ciertamente fueron exagerados en la aplicación de la política de competencia de esos años, ello no implica que en esos años se haya prescindido del análisis económico, lo que ocurre es que "la teoría de precios y organización industrial imperante en esos años era simplemente diferente de las ideas económicas dominantes en los años ochenta". Hovenkamp, "Antitrust Policy After Chicago", 218.

70 Thomas Kauper, "The 'Warren Court' and the Antitrust Laws: Of Economics, Populism, and Cynicism", *Michigan Law Review* 67 (1968), 325-332: ("[E]l Tribunal ha seguido un método de análisis que hace hincapié principalmente en la igualdad de oportunidades, el libre acceso a los mercados por parte de los vendedores competidores y la total libertad de elección por parte de los compradores". Traducción libre de: "[T]he Court has proceeded with a method of analysis placing primary emphasis on equality of opportunity, free access to markets by competing sellers, and complete freedom of choice by buyers.")

71 Fox, "Against Goals", 2158.

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

En el año 1965 un artículo de los profesores Robert Bork y Ward Bowman alertaba en contra la doble hélice estructuralista y redistributiva adoptada por la libre competencia durante las últimas décadas, señalando que la *Sherman Act* y la *Clayton Act* “estaban siendo aplicadas de manera anticompetitiva”<sup>72</sup>. Eran años de expansión estatal y no de minimalismo, de modo que su clamor no encontró eco en ninguna parte, ahogándose en la agitación de los años sesenta.

Distinta suerte corrió el libro “The Antitrust Paradox” (1978), del primero de los autores. En la historia la oportunidad lo es todo, y los albores del Reaganismo ofrecían a Bork una posibilidad para entrar en escena de la que antes había carecido.

La idea fundamental de “The Antitrust Paradox” es que “la política antimonopolio había sido un fracaso debido a objetivos inconsistentes, que incluían ideas como preservar las pequeñas empresas por sí mismas y proteger a las empresas menos eficientes de rivales más eficientes”<sup>73</sup>.

Consecuentemente, la ley antimonopolio debía regirse por un único objetivo organizador que, a la luz del texto de las leyes antimonopolio, su historia legislativa y los principios de microeconomía, no podía ser otro que la eficiencia económica, a la que denomina como bienestar del consumidor<sup>74</sup>. En este contexto, la mejor herramienta de análisis disponible continuaba siendo el modelo de teoría de precios neoclásica que había imperado en los albores del siglo<sup>75</sup>.

Refiriéndose a la necesidad de que Estados Unidos adoptase un estándar del consumidor que reemplazara la multiplicidad de objetivos propiciada hasta ese entonces por la Corte Suprema, Robert Bork señaló, ya en 1967, “si tengo razón, se necesita una reforma, pero no necesariamente debe provenir del Congreso. La política antimonopolio está determinada por la Corte Suprema”<sup>76</sup>.

Pues bien, el diagnóstico de Bork fue certero y su éxito apabullante. La Corte Suprema adoptó en 1979 el estándar del bienestar del consumidor como único objetivo del derecho de la competencia<sup>77</sup> y, de

---

72 Robert Bork y Ward Bowman Jr., “The Crisis in Antitrust”, *Columbia Law Review* 65, no. 3 (1965), 363-376.

73 Daniel Crane, “Antitrust’s Unconventional Politics”, *Virginia Law Review* 104 (2018), 123.

74 Si bien Bork aboga por la eficiencia como principio rector de la libre competencia, o bien comete un error, o bien un notable ejercicio de marketing, al denominarla *consumer welfare*. En efecto, eficiencia total (*total welfare*) y bienestar del consumidor (*consumer welfare*) son objetivos que pueden diferir: por ejemplo, si una práctica redundante en un beneficio de \$1.000 para el ejecutante y una pérdida para los consumidores de \$800, la conducta será eficiente en términos generales (pues la economía en general gana \$200), pero perjudicará al consumidor (-\$800). Bork, como la mayoría de los economistas, aboga en los hechos por la eficiencia total, en que la identidad de los ganadores y los derrotados resulta irrelevante, de modo que consideraría la práctica como pro-competitiva. Ello puede resultar opinable. Lo que no lo es, es que dicha práctica sea etiquetada como pro-bienestar del consumidor, cuando ciertamente no lo es. Esta confusión, por lo demás, permanece plenamente vigente, como puede apreciarse en *FTC v. Octavis, Inc.* (570 US 136, 161 (2013)), y en *Ohio v. American Express Co.* (138 S. Ct. 2274, 2289-90 (2018)). Ver también Oliver E. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs,” *American Economic Review* 58 (1968), 18.

75 Aunque *The Antitrust Paradox* se basaba en gran medida en trabajos publicados por Bork en la década de 1960, se publicó en 1978, mucho después de que la revolución de la teoría de juegos y los avances en la modelización de la competencia monopolística y la información imperfecta estuvieran en marcha. Sin embargo, Bork no tuvo en cuenta estas nuevas herramientas económicas. Ver Herbert Hovenkamp y Fiona Scott Morton, “Framing the Chicago School of Antitrust Analysis,” *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020), 1849.

76 Traducción libre de: “If I am correct, reform is needed, but it need not come from Congress. Antitrust policy is determined, far more than most people realize, by the Supreme Court”. Robert Bork, “The Goals of Antitrust Policy,” *American Economic Review* 57 (1967), 242.

77 En *Reiter v. Sonotone Corp.*, 124. 442 U.S. 300 (1979). Ver, además, *Ohio v. Am. Express Co.*, 138 S. Ct. 2274, 2290 (2018); *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877, 902, 906 (2007); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312, 324 (2007); *Brooke Grp. Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 221, 224 (1993); *Nat’l Collegiate Athletic Ass’n v. Bd. of Re-*

paso, hizo suyo el argumento de que aquél fue el objeto inicial de la Sherman Act, contra la opinión casi unánime de los eruditos en la materia<sup>78</sup>.

Siguieron a éste, otros triunfos tales como la dictación de la nueva Guía de Fusiones de 1982, que reemplazó la Guía de 1968, elevando los umbrales de concentración considerados riesgosos y ampliando la preponderancia relativa de las condiciones de entrada respecto de las condiciones estructurales del mercado<sup>79</sup>.

Luego, a medida que los años 80 se convertían en los 90, la Corte Suprema inició una demolición de los precedentes establecidos durante la era de la Corte de Warren<sup>80</sup>. Así, declaró la predación de precios como generalmente implausible<sup>81</sup>; sujetó la fijación de precios máximos de reventa a la regla de la razón<sup>82</sup>; requirió abuso de poder de mercado como requisito para sancionar la venta atada<sup>83</sup>; presumió lícitas buena parte de las restricciones verticales<sup>84</sup>; prácticamente suprimió el deber del dueño de una instalación esencial de contratar con competidores<sup>85</sup>; abolió la presunción de que las patentes eran generadoras de poder de mercado<sup>86</sup>; y, finalmente, eliminó la regla de casi un siglo que declaraba la fijación de precios mínimos de reventa como per-se ilegal<sup>87</sup>.

¿Qué explica el triunfo repentino y completo de Chicago sobre el estructuralismo? A juicio de Crane:

Hubo factores tanto políticos generales como específicos en juego. A nivel general, el “consumidorismo” de la Escuela de Chicago surgió en un momento de sentimiento simultáneo de defensa del consumidor y desregulación, y logró resonar tanto con el naderismo<sup>88</sup> como con el reaganismo. A nivel más específico, Chicago se benefició del abandono de las afirmaciones teóricas y empíricas de la Escuela de Harvard por parte de destacados estructuralistas, en particular Turner. También se benefició de una simplicidad en la exposición que hacía que sus principios fundamentales fueran fácilmente adoptables por los tribunales. Doctrinas como el “teorema de un beneficio de monopolio” o la “alineación del interés del consumidor y del fabricante en evitar el poder de mercado de los minoristas” se absorbieron fácilmente

gents of the Univ. of Okla., 468 U.S. 85, 107 (1984); Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc., 441 U.S. 1, 19-20 (1979); Nw. Wholesale Stationers, Inc. v. Pac. Stationery & Printing Co., 472 U.S. 284, 289-90, 295 (1985).

78 Orbach, “How Antitrust Lost Its Goals”, 225.

79 Los cambios establecidos son plenamente consistentes por la desconfianza que siempre exhibió la Escuela de Chicago respecto de los supuestos empíricos del estructuralismo, negando la existencia de una relación causal entre la estructura del mercado y su rendimiento. En efecto, si algo caracterizaba a sus adherentes era la convicción de que la mayoría de los mercados resultan ser competitivos, incluso si contienen un número relativamente pequeño de vendedores.

80 Daniel Crane, “Chicago, Post Chicago, and Neo Chicago,” *University of Michigan Law Scholarship Repository* (2001), 3; Jonathan Baker y Carl Shapiro, “Introduction to Conservative Economic Analysis and Its Effects,” en *How the Chicago School Overshot the Mark*, ed. Robert Pitofsky (Oxford: Oxford University Press, 2008a), 7.

81 Ver, por ejemplo, Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp, 509 US 209, 227-30 (1993) (considerando que los precios predatorios son especialmente improbables cuando no hay pruebas de cooperación entre empresas); Matsushita Electric Industrial Co v Zenith Radio Corp, 475 US 574, 588-89 (1986) (sosteniendo que los esquemas de precios predatorios son generalmente inverosímiles y que en este caso, no existiendo evidencia de beneficio económico alguno, resulta posible sostener que no existió conspiración).

82 State Oil Co v Kahn, 522 US 3, 15-19 (1997) (que considera que la fijación vertical de precios máximos no está sujeta a la norma *per se* por qué no perjudica a los consumidores).

83 Jefferson Par. Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 18 (1984) (Debemos considerar si... [los peticionarios] han utilizado su poder de mercado para obligar a sus pacientes a aceptar la venta atada [...]).

84 Business Electronics Corp v Sharp Electronics Corp, 485 US 717, 723-36 (1988) (al considerar que una restricción vertical del comercio no es ilegal *per se* a menos que incluya algún acuerdo sobre los niveles de precios).

85 Verizon Communications Inc v Law Offices of Curtis V Trinko, 540 US 398, 410-11 (2004) (aseverando que los principios tradicionales de defensa de la competencia no imponen a los monopolistas la obligación de ayudar a sus competidores).

86 United States v. Alcantara. 396 F.3d 189 (2d Cir. 2005).

87 Leegin Creative Leather Products, Inc v PSKS, Inc, 127 S Ct 2705, 2714-15 (2007) (declarando que, dado que los acuerdos verticales para fijar precios mínimos de reventa pueden tener un efecto favorable a la competencia, no se justifica una norma *per se*).

88 [https://www.digitalhistory.uh.edu/disp\\_textbook.cfm?smtid=2&psid=3351](https://www.digitalhistory.uh.edu/disp_textbook.cfm?smtid=2&psid=3351)

en el análisis legal porque la observación principal se podía expresar en una o dos frases”<sup>89</sup>.

### 3.4. Chicago “se pasa de la raya”<sup>90</sup>

El éxito rotundo obtenido por la Escuela de Chicago a nivel judicial no se tradujo en una preeminencia en el ámbito académico. Por el contrario, muy tempranamente surgieron críticas a sus diversos postulados cuyo denominador común era la sobre simplificación de sus modelos estáticos de análisis<sup>91</sup>.

Esta limitación abrió la puerta a la aparición de la post-Escuela de Chicago que, fundada en la teoría de juegos, comenzó a estudiar el comportamiento estratégico de las empresas<sup>92</sup>, echando abajo buena parte de las premisas en que Chicago fundó sus teorías.

Así, por ejemplo, se demostró que las estrategias de incremento de costos de los rivales (*raising rivals' costs*) sí resultaban plausibles<sup>93</sup>, igual que la venta bajo costos podía resultar razonable como forma de imponer una barrera estratégica a la entrada<sup>94</sup>; la venta atada y el empaquetamiento (*bundling*) podían erigirse en mecanismos de exclusión, toda vez que la teoría del *single monopoly profit* aplicaba únicamente en situaciones muy limitadas<sup>95</sup>; la explicación del *free-riding* en materia de fijación de precios de reventa había sido exagerada; la existencia de costos hundidos facilita la exclusión vía contratos de exclusividad y descuentos; el apalancamiento (*leveraging*) constituía un riesgo real asociado a las operaciones verticales de concentración<sup>96</sup>; finalmente, existe abundante evidencia que sugiere que los monopolios son bastante comunes, que no se corrigen por sí mismos y que su costo social resulta superior al previsto por Chicago<sup>97</sup>. Mientras las ciencias económicas avanzaban en su intento de comprender mejor los efectos asociados a las distintas estrategias competitivas, la Escuela de Chicago fue “caracterizándose por su incapacidad para cambiar la respuesta de *enforcement* según los cambios en el entorno económico creados por los avances en la disciplina, tales como la teoría de juegos y las técnicas de estimación avanzadas”<sup>98</sup>. Así, el método

---

89 Traducción libre de: Both general political and antitrust-specific factors were at play. At a general level, Chicago School “consumer welfare” landed at a time of simultaneous consumerist and deregulatory sentiment and thus managed to resonate with both Naderism and Reaganism. At a more specific level, Chicago profited from the abandonment of Harvard School theoretical and empirical claims by leading structuralists, particularly Turner. It also benefited from a simplicity (critics would say simple-mindedness) of exposition that made its core tenets easily adoptable by courts. Doctrines like the “one monopoly profit theorem” or the “alignment of the consumer and manufacturer interest in avoiding retailer market power” were easily absorbed into legal analysis because the core observation was easy to state in a sentence or two. Daniel Crane, “A Premature Post-Mortem on the Chicago School of Antitrust,” *Business History Review* 93, no. 3 (2020a), 766

90 El Capítulo toma su nombre del libro editado por Robert Pitofsky, *How the Chicago School Overshot the Mark* (2008), el que mediante quince ensayos criticaba la influencia en sede de libre competencia del pensamiento conservador asociado a este movimiento.

91 Que un modelo sea estático significa que mide los efectos de ciertas prácticas sobre el precio o la producción bajo la premisa de que el mercado examinado no está afectado por eventos externos. Desafortunadamente, “la política antimonopolio debe lidiar con mercados del mundo real, y los mercados del mundo real siempre se ven afectados por una compleja serie de influencias externas. La aplicación de un modelo estático a un mercado del mundo real a menudo hace que un tribunal ignore lo evidente”. Ver Hovenkamp, “Antitrust Policy After Chicago”, 206 y Hovenkamp y Scott Morton, “Framing the Chicago School”, 1844.

92 Christopher Yoo, “The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective,” *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020), 2161.

93 Steven Salop y David Scheffman, “Raising Rivals’ Costs”, *The American Economic Review* 73, no. 2 (1983), 267-271.

94 John Roberts, “A Signaling Model of Predatory Pricing,” *Oxford Economic Papers* 38, no. 0 (1986), 75-93 y Patrick Bolton, Joseph F. Brodley, y Michael Riordan, “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” Princeton University Discussion Paper (1999).

95 Einer Elhauge, “Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory,” *Harvard Law Review* 123, no. 2 (2009): 397-481.

96 *Vertical Merger Guidelines*. Federal Trade Commission and Department of Justice, 2020. Disponible en: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical\\_merger\\_guidelines\\_6-30-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf).

97 Hovenkamp, “Antitrust Error Costs”, 301. Además, ver Arnold Harberger, “Monopoly and Resource Allocation,” *American Economic Association Papers and Proceedings* 77 (1953) y Richard Posner, “The Social Costs of Monopoly and Regulation,” *Journal of Political Economy* 83 (1975), 807.

98 Traducción libre de: “a characteristic of the Chicago School became its inability to change the enforcement answer in response to chang-

de análisis propiciado por Chicago se ha convertido en un equivalente a que el acusado siempre gana prácticamente en todo el rango de análisis de libre competencia<sup>99</sup>.

Como sostienen Hovenkamp y Scott Morton, dicho resultado se produjo tanto como consecuencia de la incapacidad de mantenerse al día de los avances en economía<sup>100</sup>, como de la influencia ejercida por aquella comunidad empresarial que podía beneficiarse de una menor aplicación de las leyes antimonopolio<sup>101</sup>.

De esta manera, la Escuela de Chicago pasó de ser un emocionante desarrollo en el campo de la economía a convertirse en un exitoso proveedor de insumos aparentemente técnicos, pero que implican asunciones profundamente ideológicas, para incumbentes; o como bien señalan First & Waller, de “justificaciones aparentemente neutrales y tecnocráticas para lo que es simplemente una preferencia normativa por resultados de *laissez-faire*”<sup>102</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, el presente de la Escuela de Chicago no debe restar mérito a su aporte histórico. Fundamentalmente bajo su empuje surgió un consenso en torno a alejar tentaciones populistas y centrarse en un único objetivo, de carácter económico, propiciando la maximización del bienestar de los consumidores<sup>103</sup>.

Tan cierto resulta lo señalado, que los principales críticos de Chicago no difieren del enfoque monolítico propuesto por Chicago en torno al bienestar del consumidor y la eficiencia económica<sup>104</sup>, sino que en la percepción de los mecanismos relevantes a través de los cuales opera la economía<sup>105</sup>. Ello significa reformar y revigorizar el sistema sobre la base de teorías económicas más ajustadas a la realidad y menos provistas de cargas ideológicas, pero teniendo como único norte la eficiencia económica<sup>106</sup>. En otras palabras, bien usados, estos estándares no tienen por qué significar que *el acusado siempre gana*<sup>107</sup>.

---

es in the economic environment created by advances in the discipline such as game theory and advanced estimation techniques.” Hovenkamp y Scott Morton, “Framing the Chicago School”, 1850.

99 En todos los ámbitos distintos del antimonopolio, el índice de victorias de los demandados evidencia un tribunal ligeramente favorable a los demandados, con un índice de victorias de los demandados de entre el 53% y el 64%. Por el contrario, la tasa de victorias de los demandados en casos antimonopolio desde 1994 ha sido del 84%, cifra que incluye un período entre 1994 y 2010 en el que los demandados ganaron todos los casos ante el Tribunal Supremo. Crane, “A Premature Post-Mortem on the Chicago School of Antitrust”, 767.

100 “La escuela de Chicago surgió como reacción al New Deal objetando las teorías sobre el oligopolio y la competencia monopolística que en ese momento se consideraban novedosas pero inverificables. Hoy en día, eso ya no es así. Las teorías en contra de las cuales Chicago se erigió no solo son sólidas y comprobables, sino que en gran medida han desplazado a los antiguos modelos de competencia perfecta sobre los que se construyó la doctrina de la Escuela de Chicago”. Traducción libre de: “Antitrust’s neoliberal right grew out of a reaction to the New Deal that developed in the 1940s through the 1970s, prior to the rise of robust and testable models of imperfect competition.3 The principal targets were the theories of oligopoly and monopolistic competition that at the time were considered novel but untestable.4 Today, that is no longer the case. Not only are they robust and testable, but they have largely displaced older perfect competition models that the Chicago School defended so aggressively from the 1940s through the 1970s”. Herbert Hovenkamp, “Selling Antitrust,” *Hastings Law Journal* 73 (2022b), 1541-1542.

101 Hovenkamp y Scott Morton, “Framing the Chicago School”, 1851.

102 First y Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”, 2571-2572.

103 Sin embargo, sería un error atribuir únicamente a la Escuela de Chicago la responsabilidad del cambio hacia la primacía de las consideraciones económicas en la ley antimonopolio. En efecto, el estándar de bienestar del consumidor también encontró respaldo en la Escuela de Harvard, que experimentó un cambio importante hacia finales de la década de 1970, alejándose de su posición anterior de intervencionismo que había sostenido desde las décadas de 1930 hasta 1960. Esta nueva orientación de la Escuela de Harvard coincidió con el rechazo de las motivaciones populistas como principal motor de la ley antimonopolio. Yoo, “The Post-Chicago Antitrust Revolution”, 2151.

104 Una de sus figuras más emblemáticas, Carl Shapiro, ha manifestado que, si “la economía post-Chicago” significa que la política antimonopolio debe alejarse de promover la eficiencia y el bienestar del consumidor, “no cuenten conmigo”. Carl Shapiro, “Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak,” *Antitrust Law Journal* 63 (1995), 483, 484.

105 Yoo, “The Post-Chicago Antitrust Revolution”, 2160.

106 Un buen ejemplo de estas últimas tendencias se encuentra en una carta conjunta de académicos norteamericanos, con propuestas de reformas legales en el derecho *antitrust* en Baker *et. al* (2020).

107 Crane, “A Premature Post-Mortem on the Chicago School of Antitrust”, 770

### 3.5. El movimiento neo-Brandesiano

En 2017, Lina Khan, actual Comisionada de la Federal Trade Commission y en ese entonces una completa desconocida, publicó su artículo “Amazon’s Antitrust Paradox”<sup>108</sup>, que rápidamente se convirtió en el artículo de competencia más descargado del año. Un año después, Tim Wu publicó “The Curse of Bigness”<sup>109</sup>. Desde ese entonces, y en muy pocos años, el movimiento neo-Brandesiano inaugurado con esas publicaciones (y denominado así por su inspiración ideológica en las ideas del juez de la Corte Suprema estadounidense, Louis Brandeis, cuya visión de la competencia se materializó en parte durante los años de la Corte Warren) ha adquirido una enorme figuración mediática, así como un inédito respaldo político<sup>110</sup>.

En lo medular, este nuevo movimiento rechaza que el bienestar del consumidor sea el estándar y el objetivo exclusivo de la normativa de competencia, y sitúa en su lugar al control del poder privado y, con ello, la lucha contra la concentración económica y las grandes empresas, como nuevos ejes.

El movimiento en cuestión advierte del riesgo de que la consolidación del poder económico alimente la concentración del poder político, y que un poder privado carente de control termine socavando y desbordando al Estado de Derecho<sup>111</sup>. Por lo mismo, desde su perspectiva, el derecho de competencia tendría una finalidad mucho más relevante que servir de instrumento a la obtención de beneficios a los consumidores: en realidad, se trataría de una herramienta esencial para construir una sociedad sobre cimientos democráticos<sup>112</sup>.

Las voces antagónicas no se han hecho esperar. La dificultad de administración de un objetivo político carente de métrica de análisis, y la contrariedad exhibida por los principales referentes del movimiento neo-Brandesiano respecto del rol central que ejerce el análisis económico en el proceso de decisión de libre competencia han conseguido que sus ideas sean consideradas por muchos como una fuente de populismo y discrecionalidad<sup>113</sup>. En este sentido, revestir a las autoridades de competencia de la potestad de regular el mercado con la finalidad de –en palabras de Brandeis– “*impedir la existencia de unos pocos con un poder económico tal que les permita prevalecer sobre el estado de derecho*”<sup>114</sup> implicaría, necesariamente, la compatibilización de múltiples

108 Lina Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox,” *Yale Law Journal* 126, no. 3 (2017).

109 Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (New York: Columbia Global Reports, 2018).

110 La propia Lina Khan pasó a dirigir la Federal Trade Commission, Tim Wu se integró en el comité económico de la Casa Blanca, y Jonathan Kanter fue nominado por Biden para integrar el Departamento de Justicia estadounidense. En el frente legislativo –tras el informe en mercados digitales, con evidente inspiración en las ideas de Khan y Wu– diversos proyectos en EE.UU. intentan transformar el derecho de competencia con drásticas reformas.

111 Lina Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, *Journal of European Competition Law & Practice* 9, no. 3 (2018), 131.

112 “El consenso bipartidista de que la legislación antimonopolio debe centrarse únicamente en la eficiencia económica y el bienestar del consumidor ha sido atacada de repente por voces prominentes que piden un papel dramáticamente mejorado para la ley antimonopolio en la mediación de una variedad de puntos de fricción social, económica y política, incluidos el empleo y la riqueza desigualdad, privacidad y seguridad de los datos y valores democráticos”. Traducción libre de: “The bipartisan consensus that antitrust should solely focus on economic efficiency and consumer welfare has quite suddenly come under attack from prominent voices calling for a dramatically enhanced role for antitrust law in mediating a variety of social, economic, and political friction points, including employment, wealth inequality, data privacy and security, and democratic values.” Daniel Crane, “Antitrust’s Unconventional Politics,” *Virginia Law Review* 104 (2018), 118.

113 Crane, por ejemplo, ha criticado las ideas de Wu justamente por propender al opuesto que pretende. En su opinión, es justamente el estándar del bienestar del consumidor el que garantiza mayor legitimidad democrática, ya que los casos deben resolverse mediante la presentación de los hechos y el consecuente análisis para explicar estos hechos, y no mediante un concurso de popularidad. Daniel Crane, “Antitrust’s ‘Curse of Bigness’ Problem,” *Michigan Law Review* 118 (2020b), 1272.

114 Louis Brandeis, “The Regulation of Competition Versus the Regulation of Monopoly,” University of Louisville Brandeis School of Law, 1912, última visita: 3 de noviembre de 2021, <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-regulation-of-competition-versus-the-regulation-of-monopoly-by-louis-d.-brandeis>.

objetivos, muchas veces contradictorios entre sí. Instituciones técnicas, carentes de representatividad democrática, simplemente no están ni pueden estar diseñadas para asumir esta tarea.

Una aproximación demasiado “expansiva” del derecho de competencia, que pondere soluciones e intervenciones estatales a la luz de distintos estándares, podría tornarse inmanejable y ser fuente de captura y arbitrariedades significativas. En palabras de Maurice Stucke, un reconocido detractor de la dogmática de Chicago, “una receta para el desastre”<sup>115</sup>.

Hasta la fecha, el movimiento neo-Brandeisiano no ha ganado mucho terreno en los círculos antimonopolio convencionales (académicos, cortes, agencias, litigantes). Por el contrario, el consenso en torno a un objetivo único centrado en el bienestar del consumidor parece firmemente arraigado en el núcleo de la profesión y resistente a los vientos populistas.

Con todo, el movimiento neo-Brandeisiano ha tenido al menos tres méritos relevantes. En primer lugar, ha permitido concentrar la atención de los medios y la clase política en el “déficit democrático” que muchas veces padece la institucionalidad de libre competencia<sup>116</sup>.

En segundo lugar, el movimiento ha contribuido a revitalizar el debate sobre la intensidad en la aplicación del derecho de competencia, en un contexto que busca hacerse cargo y corregir de una manera más efectiva los perniciosos efectos asociados al poder de mercado<sup>117</sup>.

En tercer lugar, al desafiar el consenso imperante sobre el bienestar del consumidor como único estándar de análisis de las conductas anticompetitivas, el movimiento neo-Brandeisiano ha desplazado el péndulo lejos de la ortodoxia de Chicago –a nuestro juicio, la principal responsable de la irrelevancia que se imputa al derecho *antitrust*– y allanado el camino para que volvamos a discutir de qué hablamos cuándo hablamos de competencia.

.....

*El derecho de la competencia estadounidense surge como reacción a la problemática planteada por los trusts y sus implicancias de cara a la economía en general y a los competidores afectados por éstos en particular, y encuentra su estructura en los principios fundantes del common law.*

*Más allá de sus orígenes, lo que ha caracterizado la aplicación de la Ley Sherman desde sus inicios es que la determinación acerca de si estamos ante una unreasonable restraint of trade se ha regido por los principios económicos imperantes en cada época. Ello resulta cierto incluso en la época de mayor intervencionismo y espacio para consideraciones redistributivas, como lo fue la de la corte Warren<sup>118</sup>, y muy probablemente seguirá siendo así*

115 Traducción libre de “[h]acer que las agencias y los tribunales mezclen objetivos al decidir casos antimonopolio es una receta para el desastre. Es cuestionable que los organismos de defensa de la competencia y los tribunales puedan poner en práctica múltiples objetivos de forma sistemática. Además, permitirles mezclar objetivos les da mayor libertad para cometer errores y ser capturados políticamente...”. Traducción libre de: “[h]aving the agencies and courts blend goals in every antitrust case is a recipe for disaster. It is questionable whether antitrust enforcers and courts can operationalize multiple goals in a systematic fashion. Moreover, allowing them to blend goals provides greater freedom to make errors and be politically captured”. Maurice Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals,” *Boston College Law Review* 53 (2011), 620.

116 A este se referían Harry First y Spencer Weber Waller ya en 2013, advirtiendo que una aplicación del derecho de competencia enteramente administrada por “tecnócratas”, orientada por los fines económicos tradicionales, puede haber contribuido a horadar el derecho antitrust de Estados Unidos con un déficit democrático considerable. First y Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”.

117 Como señala Stucke, “si la política de competencia se torna irrelevante de cara a los problemas sociales más apremiantes, entonces, relegada en una organización de nicho con un presupuesto exiguo, se hace más fácil de marginar”. Traducción libre de: “if antitrust policy is irrelevant to the pressing societal issues, then antitrust, relegated to a niche organization with little resources, is easier to marginalize”. Maurice Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 609.

118 Influida, según expusimos, en partes iguales tanto por un anhelo redistributivo, como por las ciencias económicas en boga: la compe-

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

*no obstante la arremetida neo-Brandesiana.*

---

tencia monopolística y el estructuralismo de Harvard.

## IV. LIBRE COMPETENCIA EN EUROPA

Históricamente, dentro de Europa, sólo Gran Bretaña y Países Bajos promovieron el desarrollo capitalista fomentando una economía basada en la competencia. Por razones diversas, las demás *“culturas que habían acompañado el mismo proceso de desarrollo en el continente no solo tendían hacia un enfoque estatista, sino que también favorecían la cooperación entre empresas nacionales en lugar de la competencia mutua. (...) en países como Francia, Alemania e Italia era común encontrar elementos como el proteccionismo estatal, empresas de propiedad pública, derechos exclusivos para empresas públicas y privadas, y acuerdos entre empresas privadas como parte de la orientación económica”*<sup>119</sup>.

La característica cultural referida parece explicar que los orígenes del derecho de la competencia en Europa sean tan distintos a aquellos que caracterizaron el surgimiento de esta normativa en los Estados Unidos. La libre competencia no apareció aquí por generación espontánea como resultado de las condiciones económicas imperantes, sino que, según se prefiera creer, por la presión estadounidense por reformar la economía de una Europa destruida por la guerra o por la labor de académicos, fundamentalmente de la denominada Escuela Ordoliberal, preocupados del efecto de la concentración económica en la democracia<sup>120</sup>.

La primera norma de competencia en Europa es la legislación antimonopolios alemana de 1957, que antecede en pocos meses el Tratado de Roma.

Los dichos del ministro de Hacienda alemán, Ludwig Erhard, principal responsable de la aprobación de la norma en su país<sup>121</sup>, parecen dar luces de que, contrario a lo que comúnmente se entiende, el foco de la legislación de competencia en Alemania no estuvo en la idea ordoliberal de la libertad económica, sino que en la idea de que la competencia resultaba beneficiosa para el consumidor<sup>122</sup>.

Según Maier-Rigaud, la misma conclusión, esto es, la preeminencia de los argumentos de bienestar económico respecto de consideraciones sobre la libertad de competir, resulta válida respecto de los trabajos preparatorios de las disposiciones de libre competencia contenidas en el Tratado de Roma, estatuto constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>123</sup>.

---

119 Traducción libre de: “For differing reasons, the cultures that had accompanied this same development on the Continent were not only statist, but also favourable to co-operation among (national) firms rather than to mutual competition. In traditionally dirigiste France, and in Germany and Italy with their delayed development, State protectionism, publicly-owned firms, exclusive rights for public, and private, firms and consortia among private firms were common ingredients in the guidance of the economy.” Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, 39.

120 Los intelectuales asociados a esta escuela escarbaron en las razones económicas que condujeron al nazismo y la segunda guerra mundial. Para ellos, el origen del problema estaba en la incapacidad del sistema legal para prevenir la creación y el abuso del poder económico privado. Ver Elias Deutscher y Stavros Makris, “Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus,” *The Competition Law Review* 11, no. 2 (2016), 187. Respecto a la relación entre el ordoliberalismo y la libre competencia, ver nota CeCo “[El Ordoliberalismo y la Competencia como Medio para una Sociedad Libre](#)”. La lógica subyacente es que la libertad económica conlleva el potencial de su propia destrucción. La tendencia inherente e inevitable, si se deja a las empresas privadas acumular poder de mercado, es que éstas utilizarán dicha libertad para limitar la libertad de sus competidores. Para evitar una repetición de la historia y prevenir que el poder económico privado se convirtiera en poder político, era imperativo para el ordoliberalismo establecer un orden económico adecuado para proteger la libertad económica individual. Liza Lovdahl, “The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC,” *European Competition Journal* (diciembre 2007), 332.

121 Enrique Barros, “Legislación y práctica de la libre competencia, un coloquio con el profesor Ernst J. Metmäcker,” *Estudios Públicos* 17 (1985), 14.

122 “Esta ley garantizará que estas ventajas (...) sean en beneficio de toda la población, es decir, de los consumidores. Este es el espíritu de la ley”. Deutscher Bundestag, Erste Beratung des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 220. Sitzung des Deutschen Bundestages, Bonn, Donnerstag den 26 Juni 1952, Drucksache Nr 3462 (1952): 9749, 9749B, 9750B.

123 Frank Maier Rigaud, “On the Normative Foundations of Competition Law - Efficiency, Political Freedom and Freedom to Compete,” en *The Goals of Competition Law*, ed. Hanns Zimmer (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012), 160. Añade Maier-Rigaud: “Esto no es sorprendente, ya que el

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

Con todo, también resulta un hecho objetivo que, durante la etapa inicial de la Unión Europea (UE), las personas responsables de la política de competencia fueron profesionales reclutados de círculos ordoliberales<sup>124</sup>. Ello, ciertamente, moldeó la institución y explica en parte el desarrollo que tuvo el derecho de la competencia a ese lado del océano durante las siguientes décadas.

En efecto, el influjo ordoliberal, sumado a las particularidades asociadas a la formación de una comunidad económica, cimentó un régimen europeo de competencia en que coexisten diversos objetivos jurídicos y económicos protegidos, de modo que la teoría económica nunca ha tenido un rol tan predominante como en Estados Unidos.

En efecto, una reciente investigación empírica de K. Stylianou y M. Iacovides<sup>125</sup> analizó cerca de 4.000 fuentes de derecho europeo que se remontan a 1962<sup>126</sup>, extrayendo siete objetivos generales del derecho de la competencia: la eficiencia, el bienestar, la libertad económica y la protección de los competidores, la estructura de la competencia, la equidad, la integración del mercado único y el proceso de la competencia. Dichos siete objetivos, según los autores, están consistentemente presentes desde la década de 1960 hasta hoy.

Ello ha resultado apreciable en el tratamiento de las distintas materias, fundamentalmente, en el ámbito del abuso de posición de dominio<sup>127</sup>.

Por ejemplo, la UE ha explicitado sin temor la doctrina de la *responsabilidad especial* de las empresas que ocupan una posición dominante, exigiendo de éstas comportarse en los mercados con un grado superior de deber de cuidado que el exigido a sus competidores<sup>128</sup>.

Asimismo, ha inferido el daño a la competencia de la sola exclusión de competidores y privilegiado el uso de presunciones formales acerca de lo que es una posición dominante y de las prácticas que constituyen un abuso, en vez de realizar un análisis caso a caso de los efectos económicos asociados a las conductas juzgadas.

También resulta notoria la existencia de un menor nivel de temor por los falsos negativos que el explicitado por sus contrapartes estadounidenses, así como la aplicación de *tests* sobre la existencia de abusos menos influidos por la ortodoxia de Chicago<sup>129</sup>.

---

enfoque en la preservación de la libertad para competir como objetivo final de la ley de competencia es un desarrollo que tuvo lugar más tarde en el tiempo y, por lo tanto, no podría haber influido en la creación de las leyes de competencia alemana y de la UE". Traducción libre de: "This is not surprising as the focus on the preservation of the freedom to compete as the ultimate goal of competition law is a development that took place later in time and therefore could not have been influential during the creation of the German and EU competition laws", p. 137.

124 Peter Behrens, "The Consumer Choice Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law," Europa-Kolleg, 2015, 24.

125 Konstantinos Stylianou y Mario Iacovides, *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

126 1.802 sentencias del TJ y del TG, 485 dictámenes del Abogado General, 1.015 decisiones de la Comisión y 447 discursos de los Comisarios.

127 Si bien durante su primera década el sistema de competencia europeo se caracterizó por la ausencia de aplicación de la norma, ya a fines de la década de los 60 y durante la década de los 70 van tomando forma jurisprudencial los elementos básicos que hasta el día de hoy constituyen la piedra angular de su política en materia de abusos. Ver *Commercial Solvents* (Case 6-7/73 *Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309), *Suiker Unie* (40-114/73 *Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' U.A. and Others v Commission* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295), *United Brands* (Case 27/76 *United Brands Company v Commission* [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429), *Hoffman-La Roche* (Case 85/76 *Hoffmann-La Roche AG v Commission* [1979] ECR 461, [1979] 3 CMLR 211), *Michelin I* (Case 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin NV v Commission* [1983] ECR 3461, [1985] 1 CMLR 282), *AKZO* (AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities. Case C-62/86), *Napier Brown - British Sugar* (Tate & Lyle plc, British Sugar plc and Napier Brown & Co. Ltd v Commission of the European Communities. Joined cases T-202/98, T-204/98 and T-207/98.) La creación de un marco propio de análisis es seguida por una etapa caracterizada por un mayor nivel de intervención en los mercados durante fines de los 80 y la década de los 90.

128 Case C-310/93 P, *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1995] ECR I-865. Joined cases T-191/98, T-212/98, T-213/98 y T-214/98, *Atlantic Container Line v Commission* [2003] ECR II-3275.

129 Mario Ybar, "Comprendiendo el abuso de dominio: Revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias," *Revista de Derecho Económico* 76 (2014).

La evolución referida generó una grieta en relación con la aplicación de la norma al otro lado del océano, la que se hizo cada vez mayor, en la medida que Europa aumentaba los grados de intervencionismo, al tiempo que Estados Unidos adoptaba una mirada más pro-negocios sobre la base de los postulados de la escuela de Chicago. Ello se hizo particularmente notorio cuando las decisiones de la Comisión Europea afectaban empresas estadounidenses<sup>130</sup>.

Dichas discrepancias redundaron en la búsqueda común de la convergencia, la que, en un primer momento pareció que se conseguiría en torno a los fundamentos económicos en general y el estándar del consumidor en particular propiciados desde Estados Unidos. Así, el año 2008, Philip Lowe, Director General de Competencia de la Comisión, señalaba elocuentemente el nuevo rumbo a seguir:

La eficiencia y el bienestar del consumidor son los nuevos principios rectores del derecho de la competencia de la UE. Si bien el proceso competitivo es importante como instrumento, y aunque en muchos casos la distorsión de este proceso genera daños al consumidor, su protección no es un objetivo en sí mismo. El objetivo final es la protección del bienestar del consumidor, como resultado del proceso competitivo.<sup>131</sup>

Posteriormente, mediante la Comunicación "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes" (2009/C 45/02) oficializó su intención de centrarse en los efectos económicos asociados a las conductas efectuadas por las empresas que gozan de dominancia (en contraposición al efecto de estos actos sobre la estructura competitiva).<sup>132</sup> Ello implicaba, por ejemplo, que la Comisión no perseguiría conductas exclusorias a menos que un análisis económico demostrase una afectación del bienestar del consumidor<sup>133</sup>.

Este giro en la política de competencia implicó la adhesión a un estándar único, fundado exclusivamente en los efectos económicos, por parte de una de las jurisdicciones que hasta ese entonces admitía mayor pluralidad en sus objetivos y que paradigmáticamente defendía tanto la importancia del proceso (competencia) como del resultado (bienestar del consumidor) en el análisis de libre competencia.

La historia, al menos en lo que a libre competencia respecta, matices más, matices menos, parecía haber llegado a su final. El propio Hovenkamp señalaba que *"después de décadas de debate, hoy disfrutamos de mayor consenso acerca de los objetivos del derecho de la competencia que en cualquier otro momento de los*

---

130 Case No COMP/M.2220 General Electric/ Honeywell. El artículo de Eleanor Fox, "We Protect Competition, You Protect Competitors," *World Competition* 26, no. 2 (2003). ilustra muy bien este momento histórico.

131 Traducción libre de: "[C]onsumer welfare and efficiency are the new guiding principles of EU competition policy. Whilst the competitive process is important as an instrument, and whilst in many instances the distortion of this process leads to consumer harm, its protection is not an aim in itself. The ultimate aim is the protection of consumer welfare, as an outcome of the competitive process", en Philip Lowe, "Consumer Welfare and Efficiency—New Guiding Principles of Competition Policy?" (discurso en la 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, 27 de marzo de 2007), disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007\\_02\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf), último acceso 7 de julio de 2020, 2.

132 Notoriamente los párrafos 5 y 6 de la Comunicación citada. Esta Comunicación, además, estuvo precedida del informe del Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) del año 2005, titulado "An economic approach to Article 82" y coordinado por Patrick Rey, cuyo énfasis estaba puesto en dejar de lado aproximaciones formalistas o centradas en los competidores, para dar paso a una interpretación de las figuras abusivas reconociéndolas por su efecto en el bienestar de los consumidores.

133 Comunicación "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes" (2009/C 45/02). Párrafos 10 y 11.

*últimos cincuenta años [...] Pocas personas discuten que la misión principal de las normas antimonopolio sea proteger el derecho de los consumidores a gozar de precios bajos, innovación, y la diversa que la competencia promete. Articular los medios para lograr este fin es una cuestión diferente".*<sup>134</sup>

Sin embargo, ya debemos saber que no existe algo así como un final de la historia, sino que únicamente movimientos pendulares de mayor o menor inclinación. Así, en los hechos, los cambios anunciados para Europa no han sido tan rupturistas como parecía sugerir la Comunicación<sup>135</sup>.

De hecho, tan solo meses después de su lanzamiento, la Corte de Justicia, magistratura superior no obligada por los nuevos lineamientos, enfáticamente dispuso que *"las reglas (de competencia) no solo protegen los intereses de los competidores o de los consumidores, sino que la estructura del mercado, y al así hacerlo, protege a la competencia como tal"*<sup>136</sup>.

Seis años más tarde, la propia Abogada General lideró la ofensiva legal contra la aplicación de un estándar único de carácter económico, recomendando a la Corte de Justicia que *"no se dejara influenciar por la actual Zeitgeist y las tendencias efímeras (hacia una aproximación más económica), sino que tuviera en cuenta los fundamentos legales en los que se basaba el abuso de una posición dominante"*<sup>137</sup>. Recomendación que, por lo demás, la Corte siguió, confirmando la sanción<sup>138</sup>.

Más recientemente, las modificaciones del año 2023 a las referidas Comunicaciones de 2009, con que Europa daba la bienvenida al estándar del consumidor como único fundamento de la institucionalidad, confirman los signos de enfriamiento del entusiasmo de la Comisión con ese enfoque<sup>139</sup>.

Así, intentando con mayor o menor éxito conciliar su intención expresa de revestir sus decisiones de mayor contenido económico con un alma que se niega a entender la libre competencia desde una única perspectiva, Europa ha recogido la posta que los Estados Unidos abandonó, de la mano de jueces guiados por la dogmática de Chicago, en materia de desarrollo del derecho de la competencia.

Hoy lidera la embestida en contra de las grandes plataformas digitales y, más allá de sus errores y aciertos, se ha convertido en el principal referente a seguir por la comunidad global de agencias de competencia.

.....

---

134 Traducción libre de: *"After decades of debate, today we enjoy more consensus about the goals of the antitrust laws than at any time of the last half century [...] Few people dispute that antitrust's core mission is protecting consumers' right to the low prices, innovation, and diverse production that competition promises. Articulating the means to achieve this end is a different matter"*, en Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005), 1.

135 Anne Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law* (Oxford: Hart Publishing, 2016), 62-63.

136 Traducción libre de: *"Article 81 EC aims to protect not only the interests of competitors or of consumers, but also the structure of the market and, in so doing, competition as such."* C-501/06 P, *GlaxoSmithKline v Commission*, ECLI:EU:C:(2009):610, para 63.

137 Opinion of Advocate General Kokott in Case C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C: (2015) :343, para 4.

138 C-23/14, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C: (2015) :651

139 John Vickers, "Competition Policy and the Consumer Welfare Standard," Bellamy Lecture, 16 de mayo de 2024. Al respecto, ver DG COMP Staff, "A Dynamic and Workable Effects-based Approach to Abuse of Dominance," *Competition Policy Brief* No. 1/2023 (Brussels, 2023).

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

*Más allá de la discusión que pueda existir acerca de la fuente inmediata de la implementación del derecho de la competencia europeo, lo cierto es que la necesidad de este tipo de regulación fue objeto de una maduración intelectual importante en el mundo de post guerra. Sobre dicha base, Europa ha construido un sistema de libre competencia que nunca ha abrazado del todo una visión monolítica centrada únicamente en la economía, a pesar del intento explícito por dotar sus decisiones de mayor contenido económico.*

## V. FUNDAMENTOS DE LA LIBRE COMPETENCIA

En 1965, Harlam Blake y William Jones, concluían su artículo “In Defense of Antitrust”, en el que respondían a las críticas efectuadas por los profesores Bork y Bowman<sup>140</sup> sobre la forma en que se estaba aplicando el derecho antitrust con las siguientes palabras:

No existe una crisis en el derecho antimonopolio, solo una larga y continua lucha por dar forma a doctrinas significativas en medio de grandes incertidumbres y en presencia de elementos hostiles de considerable magnitud. Estos elementos incluyen, sin duda, a las empresas ineficientes que buscan utilizar el antimonopolio como una barrera protectora contra la competencia. Sin embargo, la competencia real difícilmente es bienvenida por las poderosas empresas en industrias concentradas y otros elementos monopolísticos en nuestra economía. Al luchar contra un enemigo del antimonopolio, no es necesario abrir un camino claro para el otro<sup>141</sup>.

Las palabras de Blake y Jones siguen estando plenamente vigentes.

Mediante este resumen de la historia de la libre competencia hemos descrito de manera tangencial, pero intencionada, cuatro formas de entender el derecho de la libre competencia que han moldeado su evolución.

Dos de esas visiones representan justamente a los enemigos históricos de la libre competencia a que hacen mención Blake y Jones<sup>142</sup>.

Por un lado, la ortodoxia de Chicago, que introdujo un caballo de troya para ocultar, en nombre del bienestar del consumidor, su hostilidad hacia cualquier forma de intervención que impida a las grandes empresas maximizar sus beneficios<sup>143</sup>.

Por otro lado, el populismo simbolizado por el movimiento neo-Brandesiano, caracterizado también por su escaso interés en los hechos empíricos, excepto aquellos que denotan el tamaño de las empresas y la concentración económica, y que propician replicar recetas antiguas basadas en teorías económicas obsoletas en una economía completamente distinta<sup>144</sup>.

Las otras dos formas de entender y justificar la libre competencia esbozadas durante este recorrido histórico resultan sumamente valiosas, e incluso complementarias, sin perjuicio de que, por contar con un ADN tan diverso, al menos a primera vista, parecen irreconciliables.

---

140 Bork y Bowman, “The Crisis in Antitrust”, 363-376.

141 Traducción libre de: “[t]here is no crisis in antitrust-only a long, continuing struggle to shape meaningful doctrines in the face of great uncertainties and in the presence of hostile elements of considerable proportions. These include, to be sure, the inefficient firms that seek to use antitrust as a protective barrier against competition. But real competition is hardly welcomed by the powerful firms in concentrated industries and other monopolistic elements in our economy. In fighting off one enemy of antitrust, it is not necessary to lay open a clear road for the other”. Blake y Jones, “In Defense of Antitrust”, 400.

142 Blake y Jones, “In Defense of Antitrust”, 380. “Así pues, estos tres grupos -los entusiastas de la planificación, algunos elementos de las grandes empresas y algunos grupos de pequeñas empresas- son los enemigos históricos de la defensa de la competencia”. Traducción libre de: “These three groups, then-the planning enthusiasts, some big business elements, and some small business groups-are the historical enemies of antitrust”.

143 Barak Orbach, “The Consumer Welfare controversy,” *Competition Policy International* (2019), 29.

144 Nicolas Petit y Thibault Schrepel, “Complexity Minded Antitrust,” *Journal of Evolutionary Economics* 33 (2023), 5.

Por lo mismo profundizaremos en ellas con el objeto de sugerir un punto de encuentro que contribuya a moldear un sistema de libre competencia que concilie el mayor grado de efectividad institucional posible con la existencia de diques sólidos de resguardo contra la arbitrariedad y el populismo.

Una primera alma, de índole económica, finalista (*hobbesiana*), y abrazada por la mayor parte de la comunidad internacional de libre competencia, mira a ésta como una forma de producir eficiencia económica. La competencia, entonces, resulta valiosa por su resultado<sup>145</sup>.

La segunda alma, más jurídica y *kantiana*, heredera de la tradición europea, valora el proceso de competencia en sí mismo, independiente de sus resultados, como una manifestación de la libertad de competir de los agentes económicos ('Wettbewerbsfreiheit').

### 5.1. Bienestar del consumidor y eficiencia económica

El consenso técnico de las últimas décadas es que la libre competencia debe promover un único objetivo de carácter económico, y que ese objetivo debe centrarse en el bienestar del consumidor.

Bajo ese norte ha surgido una clase profesional de abogados, economistas y funcionarios públicos comprometidos con un enfoque riguroso, que han expandido la importancia de la libre competencia a prácticamente todos los rincones del mundo<sup>146</sup>.

A nivel global, diversos organismos internacionales también han contribuido a la homogenización del derecho de la competencia entre jurisdicciones en torno a la protección del bienestar del consumidor. En esta tendencia cobra relevancia la labor efectuada por la International Competition Network (ICN) –de la que tanto la FNE como el TDLC chilenos forman parte– o la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)– a la que Chile ingresó en 2010<sup>147</sup>.

En términos sencillos, un derecho de la competencia centrado en el bienestar del consumidor propone que el rol de la autoridad de competencia sea establecer si una conducta determinada impacta a los consumidores en términos de precio, variedad, calidad e innovación de productos y servicios.

Dicho objetivo puede concebirse de manera estricta, si se entiende que el proceso de rivalidad tiene como único objetivo el beneficio de los ciudadanos en su calidad de consumidores, o de una forma más amplia, si lo que se busca custodiar es la eficiencia de la totalidad del sistema económico, incluyendo el resguardo de la cadena productiva aguas arriba (fundamentalmente representada por los proveedores y la fuerza laboral).

La mayoría de los países, Chile entre ellos, entienden la libre competencia desde esta última perspectiva, considerando que los excesos del poder de compra constituyen también un problema de libre competencia<sup>148</sup>.

---

145 "La competencia no suele considerarse un objetivo en sí mismo, sino parte del proceso para lograr otros resultados". OECD, *Consumer Welfare Standard Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, Competition Policy Roundtable Background Note (2023), disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/consumer-welfare-standard-advantages-and-disadvantages-to-alternative-standards-2023.pdf>, 9.

146 Crane, "A Premature Post-Mortem on the Chicago School of Antitrust", 773; Robert Pitofsky, "Introduction to Conservative Economic Analysis and Its Effects," en *How the Chicago School Overshot the Mark*, ed. Robert Pitofsky (Oxford: Oxford University Press, 2008), 7.

147 Ariel Ezrachi, "Sponge," *Journal of Antitrust Enforcement* 5, no. 1 (2017), 74.

148 No cabe duda que un acuerdo entre competidores celebrado con el objeto de reducir el precio de adquisición de un insumo está com-

Atendido lo anterior, siguiendo a Hovenkamp, la correcta descripción de este modo de entender la libre competencia es el de *“una política que fomente que los mercados creen la máxima producción sostenible”*<sup>149</sup>. En efecto, *“una definición de daño competitivo centrado en la producción también beneficia a todos aquellos cuyo bienestar está relacionado con el de los consumidores. Los consumidores y los proveedores de insumos, incluida la mano de obra, están mejor cuando la producción del mercado aumenta. Como resultado, los enfoques basados en la producción o en el precio se asemejan a la verdadera prueba del bienestar del consumidor, pero son más precisos en cuanto a lo que se está midiendo”*<sup>150</sup>.

Acreditada entonces que una determinada conducta reduce la cantidad producida, la carga de la prueba gira al acusado, quien deberá justificar la restricción en términos de eficiencias u otras legítimas justificaciones de negocio.

El test referido, en palabras de Hovenkamp, *“ofrece un objetivo medible asociado con la salud de la economía y el bienestar de sus ciudadanos. También se alinea mejor con objetivos generales defendibles para la economía, que enfatizan la productividad, el crecimiento económico, la innovación, un mayor acceso a productos y servicios, y la maximización de las oportunidades laborales”*<sup>151</sup>.

Se trata entonces de una aproximación económica y –si se quiere– agnóstica, que mira la protección de la libre competencia como un medio para obtener un resultado y no como un fin en sí mismo, y que limita el rol de la autoridad de competencia a evaluar los efectos asociados a un determinado comportamiento, a la luz de un parámetro plenamente determinado y razonablemente conmensurable: si una conducta aumenta o disminuye la cantidad producida<sup>152</sup>. De esta manera, se releva al juzgador de la difícil tarea de compatibilizar distintos objetivos económicos –e incluso, no económicos– que caracterizó la política y el derecho de competencia desde sus orígenes hasta hace cuatro décadas.

## 5.2. Libre competencia como igualdad jurídica de los competidores

Los orígenes de esta mirada de la libre competencia se encuentran fundamentalmente en la escuela germana de la segunda mitad del siglo XX, heredera de la tradición ordoliberal, que postulaba que el principio fundante de la libre competencia era, precisamente, la libertad para competir (*‘Wettbewerbsfreiheit’*).

Esta visión de la libre competencia, si bien fue eclipsada por el consenso técnico en torno al bienestar del consumidor, nunca fue desterrada del ADN analítico de la Comisión Europea<sup>153</sup> y de muchas otras cortes principalmente generalistas, incluida, por supuesto, nuestra Corte Suprema.

---

prendido dentro de los acuerdos horizontales sancionados per-se por la letra a) del Artículo 3º, del DL 211. Asimismo, ha existido en el TDLC múltiple litigación respecto de la existencia de abusos de poder de compra. Finalmente, en el Día de la Competencia 2023, la Fiscalía Nacional Económica anunció como prioritaria la defensa de la libre competencia en el mercado laboral.

149 Traducción libre de: “So, the welfare goal of antitrust law is best stated as encouraging markets to produce the highest sustainable output”. Herbert Hovenkamp, “The Slogans and Goals of Antitrust Law,” *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 25 (2023), 70.

150 Ídem.

151 Traducción libre de: “Welfare tests promise something that neither concerns about size nor about the competitive process can deliver—namely, a measurable goal associated with the health of the economy and the well-being of its citizens”. Hovenkamp, “The Slogans and Goals of Antitrust Law”, 52.

152 Makan Delrahim, “The Future of Antitrust: New Challenges to the Consumer Welfare Paradigm and Legislative Proposals” (Discurso, Federalist Society National Lawyers Convention, 14 de noviembre de 2019), <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-federalist-society-national>, última visita: 7 de julio de 2020.

153 En casos como *Continental Can*, *Hoffmann-La Roche*, *United Brands* y *Michelin I*, la Comisión y el TJCE equipararon el concepto de abuso con una restricción de los derechos u oportunidades de los demás operadores del mercado.

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

Incluso, en Estados Unidos, hubo una época que esta fue la opinión prevalente<sup>154</sup>. Destacados expertos en la materia, incluyendo a Thurman Arnold<sup>155</sup>, Donald Dewey<sup>156</sup>, Milton Handler<sup>157</sup>, Richard Hofstadter<sup>158</sup>, Alfred Kahn<sup>159</sup>, Carl Kaysen y Donald Turner<sup>160</sup>, describieron el proceso de la competencia como el objetivo incuestionable de la política antimonopolio.

La libre competencia como proceso independiente de sus resultados se funda en una concepción de la libertad económica entendida como un derecho fundamental. Para dar sentido y hacer posible esta libertad, el sistema económico debe permitir la participación de todos los individuos, resguardando que dicha participación no se vea obstaculizada por el poder económico de terceros<sup>161</sup>. Es allí donde la normativa de libre competencia cumple su función, junto a los otros estatutos que se agrupan bajo la noción de “orden público económico”, proveniente del derecho constitucional.

Esta idea se subsume en las siguientes palabras del autor español Joaquín Garrigues, profusamente citadas por la tercera sala de la Corte Suprema chilena: “[l]a competencia es, pues, un fenómeno jurídico, aunque los móviles sean económicos (...) Libre competencia, en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores”<sup>162</sup>.

Al respecto, conviene revisar la opinión del profesor Ernst-Joachim Mestmäcker, referente ordoliberal y director del Instituto Max Planck de Hamburgo para Derecho Privado extranjero e internacional, quien estuvo de paso en nuestro país en 1982. En un conversatorio con un grupo de abogados chilenos, organizado por el Centro de Estudios Públicos, la opinión de Mestmäcker permite ver con claridad la discrepancia entre ambas perspectivas, a propósito de la entonces emergente impronta de la Escuela de Chicago centrada en el bienestar del consumidor como objetivo exclusivo de la libre competencia:

Este es el motivo por el cual opino que la reducción de las normas legales a un solo objetivo conlleva un supuesto que es erróneo. El análisis de las normas antimonopolios nos revela que no sólo protegen los

---

154 Orbach, “How Antitrust Lost Its Goals”, 2269-2270.

155 Thurman Arnold, “The Economic Purpose of Antitrust Laws,” *Political Science Quarterly* 58, no. 3 (1943).

156 “Toda la historia de la política antitrust puede leerse como la búsqueda judicial de una definición operativa de la Competencia”. Traducción libre de: “The whole history of antitrust policy can be read as the judicial quest for a working definition of competition”. Donald Dewey, “The Economic Theory of Antitrust: Science or Religion?”, *Virginia Law Review* 50, no. 3 (1964).

157 Milton Handler, “Antitrust in Perspective,” *Journal of Legal Education* 11, no. 1 (1957): “Al legislar la Ley Sherman, el Congreso] trató de preservar la competencia de la extinción que la amenazaba”. Traducción libre de: “[By legislating the Sherman Act, Congress] sought to preserve competition from the extinction which threatened it”).

158 Explicar la “idea de la competencia como medio de regulación social, como una fuerza económica, política y moral” que surgió a finales del siglo XIX y estuvo detrás de la promulgación de la Ley Sherman”. Traducción libre de: “[Explaining the “idea of competition as a means of social regulation—as an economic, political, and moral force” that emerged in the late nineteenth century and stood behind the enactment of the Sherman Act”) Hofstadter, “The Paranoid Style in American Politics and other essays”, 194.

159 Alfred E. Kahn, padre de la desregulación aérea, argumentaba que “[l]a tarea esencial de la política pública en un sistema de libre empresa debe ser preservar el marco de un campo justo y sin favores, dejando que los resultados se cuiden de sí mismos”. Traducción libre de: “Essential task of public policy in a free enterprise system should be to preserve the framework of a fair field and no favors, letting the results take care of themselves”. Alfred Kahn, “Standards for Antitrust Policy,” *Harvard Law Review* 67, no. 1 (1953).

160 “Si ha habido alguna política y enfoque persistentes ha sido el de proteger las oportunidades competitivas y los procesos competitivos. Es obvio que, al aprobar la Ley Sherman, el Congreso propiciaba proteger a la competencia e impedir el monopolio”. Traducción libre de: “If there has been any persistent policy and approach, it has been that of protecting competitive opportunities and competitive processes. It is obvious that in passing the Sherman Act, Congress was dealing with competition, which it sought to protect, and monopoly, which it sought to prevent.”. Carl Kaysen y Donald Turner, “Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis,” *Journal of Farm Economics* 42, no. 4 (Nov. 1960), 18-19.

161 Liza Lovdahl, “The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC,” *European Competition Journal* (diciembre 2007).

162 Joaquín Garrigues, *La defensa de la competencia mercantil* (Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964), 12.

intereses económicos de los consumidores. En ellas también son relevantes aspectos de justicia (...) En mi opinión, el bien jurídico protegido por estas normas es la libertad de la competencia<sup>163</sup>.

De lo anterior se sigue –en completa oposición a los dichos posteriores de Philip Lowe que ilustraron el giro de la Comisión Europea– que la existencia de competencia, entendida como la coordinación espontánea resultante del ejercicio de libertades económicas individuales, constituye un valor en sí mismo, independiente de los resultados que produce<sup>164</sup>. La eficiencia económica, así mirada, es un resultado indirecto del ejercicio de la libertad económica<sup>165</sup>, tanto como lo son otros objetivos deseados que se atribuyen a la política de libre competencia.

Dentro de estos objetivos se encontrarían, por ejemplo, la dispersión del poder económico<sup>166</sup>, la amplificación de las posibilidades de elección de los consumidores<sup>167</sup>, la capacidad de producir innovación asociada al “proceso de descubrimiento” que caracteriza el proceso competitivo<sup>168</sup>, y el favorecimiento de mercados sujetos a un mínimo de interferencia estatal.

A juicio de Blake y Jones, este último constituye el argumento más relevante para oponerse a una visión monolítica de la libre competencia centrada en la eficiencia económica. Para los autores, la principal virtud del sistema de libre competencia no es la de permitir el desarrollo económico<sup>169</sup>, sino que compatibilizar éste con un mínimo de supervisión por parte de la maquinaria estatal. Esto es, el sistema de *checks and balances* propiciado por la libre competencia reemplazaba el rol regulatorio que otros países entregaban preponderantemente al estado<sup>170</sup>.

Las ideas aquí referidas son absolutamente consistentes con una de las pocas declaraciones explícitas acerca de los fines del sistema de libre competencia chileno, expresada por sus autoridades en los inicios del sistema<sup>171</sup>. Como se aprecia, solo más tarde el consenso en torno al bienestar del consumidor se extendería también en Chile.

“Que la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no

---

163 E.J. Mestmäcker, “The development of German and European competition law with special reference to the EU Commission’s Article 82 Guidance of 2008,” en *European Competition Law: The Impact of the Commission’s Guidance on Article 102*, ed. Lorenzo Pace (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011).

164 Oles Andriychuk, “Thinking inside the box: why competition as a process is a sui generis right – a methodological observation,” en *The Goals of Competition Law*, ed. Hanns Zimmer (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012).

165 Wernhard Möschel, “Competition Policy from an Ordo Point of View,” en *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, ed. Alan Peacock y Hans Willgerodt (London: Palgrave Macmillan, 1989).

166 De acuerdo a Stucke, bajo una perspectiva democrática, “el objetivo primordial de la defensa de la competencia no es simplemente reducir los precios, sino impedir la formación de empresas poderosas o controladas por el Estado que amenacen una economía dinámica y la democracia”. Traducción libre de: “*antitrust’s primary aim is not simply to lower price, but to prevent the formation of powerful firms and state-controlled enterprises that threaten a dynamic economy and democracy*” Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 624.

167 “El perjuicio al consumidor es, sin embargo, algo muy distinto de la libre elección del consumidor. La elección del consumidor se refiere a la incierta disposición de los consumidores a aceptar o no lo que los competidores o las empresas dominantes les ofrecen”. Traducción libre de: “*Consumer harm is, however, something quite different from free consumer choice. Consumer choice relates to the uncertain disposition of consumers to accept or not to accept what competitors or dominant undertakings offer them*”, Mestmäcker, “The development of German and European competition law with special reference to the EU Commission’s Article 82 Guidance of 2008”, 37.

168 Idea central en Hayek, para quien “[l]a competencia es valiosa sólo porque, y en tanto, sus resultados son imprevisibles y diferentes, en general, de aquellos que alguien pudiera haber perseguido deliberadamente”. Friedrich Hayek, “La competencia como proceso de descubrimiento,” *Estudios Públicos* 50 (1993), 3. A este respecto, si bien quienes abogan por una mirada a la libre competencia centrada únicamente en la eficiencia económica reconocen la innovación como uno de los atributos competitivos más deseables, lo cierto es que los métodos de predicción propuestos por la organización industrial resultan más adecuados para medir realidades estáticas que dinámicas. Así, que una acción determinada redunde en un incremento de la cantidad producida nos suele decir poco acerca de la cantidad de producción que podría esperarse en un futuro contrafactual, en ausencia de dicho curso de acción.

169 A juicio de los autores, existen diversas formas de alcanzar el desarrollo económico, muchas de las cuales no se sustentan en un sistema de libre competencia. Ello bien podía apreciarse con el crecimiento, fundamentalmente impulsado por el Estado, en las economías de muchos países.

170 Blake y Jones, “In Defense of Antitrust.”, 386.

171 Resolución N° 368, considerando 2°, Comisión Resolutiva (1992).

es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica”.<sup>172</sup>

En dicho orden, todos los actores económicos se encuentran en pie de igualdad ante la ley, y la libre competencia garantiza que la autonomía privada sea compatible con el interés público<sup>173</sup>.

### 5.3. Hacia la armonización entre estándares: en busca del común denominador

La disyuntiva entre la eficiencia económica y la libertad para competir como fundamentos del derecho de la competencia constituye una confrontación de larga data en la que, en los hechos, se ha impuesto la primera de ellas, a pesar del renacimiento que la última ha experimentado en los últimos años, bajo distintas miradas y nomenclaturas<sup>174</sup>.

La aproximación únicamente económica parece más simple de aplicar, menos susceptible a falsos positivos, más aislada de tentaciones populistas y, por todo ello, tiende a redundar en mayores grados de certeza legal.

Sin embargo, existen dos grupos de razones que aconsejan dar cabida en el análisis *antitrust* a la defensa del proceso competitivo como un fin en sí mismo, y no únicamente como un medio generador de eficiencias.

En primer lugar, puesto que, como bien respondían Blake y Jones a la pretensión de los profesores Bowman y Bork de establecer un único criterio de análisis guiado por la economía, “intentar medir un mundo tridimensional con una regla unidimensional debe ser extremadamente frustrante”<sup>175</sup>.

Dicha aseveración parece hoy día todavía más cierta que cuando fue formulada, toda vez que el advenimiento de la economía digital ha tornado obsoletos muchos de los métodos tradicionales de análisis ofrecidos por la organización industrial.

Dicho en simple, lo que funcionó en el contexto de una economía agraria simple con rendimientos decrecientes, factores de producción intercambiables y madurez tecnológica; o de una economía industrial, caracterizada por la presencia de grandes empresas multiproducto y mercados globales, no necesariamente lo hará en el marco de una economía compleja, con tipos y niveles sin precedentes de rendimientos crecientes y dinamismo tecnológico, como lo es la naciente economía digital<sup>176</sup>.

En ese nuevo contexto, como bien dicen Schrepel y Petit, el principal mandato para las autoridades de competencia debe ser promover la imprevisibilidad en los resultados del juego<sup>177</sup>, y la pauta de actuación en torno a ese objetivo parece bastante clara: “dos pájaros volando son mejores que uno en la mano”.

---

172 Corte Suprema, *Consulta de Farmacias Cruz Verde S.A. sobre merchant discount de Transbank S.A.*, rol 24828-2018, sentencia de 27 diciembre 2019, c 2°.

173 Barros, “Legislación y práctica de la libre competencia.”, 3.

174 Por ejemplo, el llamado “movimiento neo brandesiano” (tomando su nombre del juez norteamericano Louis Brandeis) –que vuelve sobre la preocupación por la concentración del poder de las empresas desde un prisma democrático– ha ganado fuerza en el mundo académico y político estadounidense, con autores como Tim Wu o Lina Khan. Al respecto, John Newman, “Reactionary Antitrust,” *Concurrentes Revue* 4 (2019).

175 Blake y Jones, “In Defense of Antitrust.”, 422.

176 Petit y Schrepel, “Complexity Minded Antitrust”, 1-2.

177 Idea central del artículo Petit y Schrepel, “Complexity Minded Antitrust”.

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

En la misma línea, Mahari, Lera y Pentland<sup>178</sup>, nos señalan que el instrumental económico de análisis existente impide enfrentar de manera oportuna y adecuada los desafíos más urgentes que supone la era digital: el uso de datos como fuente de exclusión, y la adquisición de competidores que aún no alcanzan su maduración (*killer acquisitions*)<sup>179</sup>. Por lo mismo, proponen que *“la forma más efectiva de intervención es aquella que garantiza que un gran número de empresas competitivas, innovadoras y en crecimiento permanezcan en el sistema”*<sup>180</sup>.

Así, el vacío generado por el advenimiento de un mundo de interrelaciones complejas que difícilmente pueden capturarse sobre la base de las tradicionales técnicas de análisis amerita integrar a estas últimas los principios subyacentes de la defensa del proceso competitivo. No hacerlo redundará en un aumento de falsos negativos aptos para afectar irreversiblemente el desarrollo de los mercados.

La segunda razón para incorporar con mayor preeminencia al análisis la visión que aboga por la defensa de la libertad de competir es más bien política. Un sistema anclado únicamente en la persecución de la eficiencia económica parece poco consistente con una democracia pluralista en necesidad de re-legitimar sus instituciones.

En esa línea, como First y Waller bien han advertido, una aplicación del derecho de competencia enteramente administrada por “tecnócratas”, orientada por los fines económicos tradicionales, puede haber contribuido a horadar el derecho *antitrust* de Estados Unidos con un déficit democrático considerable<sup>181</sup>.

Por ello, estos autores han apuntado la importancia “revestir” el derecho de competencia en conformidad con los principios del derecho público y administrativo<sup>182</sup>, y esa es la oportunidad que ofrece la visión de la libertad de competir profundamente enraizada en un tronco de carácter jurídico.

En este escenario, sin embargo, surge naturalmente una pregunta por los límites y la necesidad de armonizar criterios para evitar la incertidumbre en su aplicación. En efecto, una interpretación demasiado expansiva del objeto defendido por la normativa de competencia puede terminar por ser fuente de arbitrariedades significativas, deslegitimando su ejercicio y frustrando sus propios fines.

Aunque es cierto que en el ámbito del derecho público moderno una lectura dinámica de los conceptos legales sea esencial para asegurar la efectividad de sus intervenciones, su éxito y legitimidad también depende, paradójicamente, de poder reconocer sus límites. Como nos advierte Peter Birks: *“[e]l desorden en el derecho no es más que una coartada para el poder ilegítimo”*<sup>183</sup>.

---

178 Robert Mahari, Sandro Lera, y Alex Pentland, “Time for a New Antitrust Era: Refocusing Antitrust Law to Invigorate Competition in the 21st Century,” *Stanford Computational Antitrust* 1 (2021).

179 Resulta muy difícil determinar con certeza cuándo la propiedad exclusiva respecto de un conjunto de datos puede ser usada para excluir competidores o cuánto puede impactar a los consumidores la compra de una empresa que aún no despliega la totalidad de su potencial competitivo.

180 Traducción libre de: “The most effective form of intervention is one which ensures that a large number of competitive, innovative, and fast-growing firms remains in the system” Mahari, Lera, y Pentland, “Time for a New Antitrust Era”, 7.

181 First y Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”. Idéntica opinión comparte Maurice Stucke, al señalar que “si la política de competencia se torna irrelevante de cara a los problemas sociales más apremiantes, entonces, relegada en una organización de nicho con un presupuesto exiguo, se hace más fácil de marginar”. Traducción libre de: *“if antitrust policy is irrelevant to the pressing societal issues, then antitrust, relegated to a niche organization with little resources, is easier to marginalize”*. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 609.

182 First y Waller, “Antitrust’s Democracy Deficit”, 2574.

183 Traducción libre de: *“Disorderly law is not more than an alibi for illegitimate power”*. Peter Birks, “Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy,” *University of Western Australia Law Review* 1 (1996). 99.

Por lo mismo, tendemos a creer que el punto de encuentro entre ambas visiones se ubica en la idea suscrita hace décadas por la profesora Eleanor Fox, en orden a que el interés de los consumidores no constituye el *objeto* del derecho de la competencia, sino más bien el *límite* en la consideración de otros bienes jurídicos protegidos<sup>184</sup>.

La forma de compatibilización propuesta entre ambas visiones de la libre competencia, esto es, el bienestar del consumidor como límite de la libertad de competir, operaría de la siguiente manera: acreditado que una determinada conducta lesiona el proceso competitivo, erosionando la libertad de competir de otro agente económico, se presumirá legalmente el daño a la competencia. El o los acusados, por su parte, podrán revertir la presunción demostrando o bien que su conducta “fomenta un aumento sostenible de producción” o, al menos, que la misma “no disminuye la producción”, según cada sistema jurídico determine<sup>185</sup>.

Ello, además de tener la virtud de compatibilizar ambas visiones de la competencia, resulta correcto desde un punto de vista jurídico, ya que sitúa la carga de la prueba del lado de quien debiese estar en mejores condiciones de proveerla.

En el mismo sentido, entonces, frente a la ambigüedad de la evidencia respecto de si una conducta aumenta o no la cantidad producida, y si la alternativa que mejor resguarda el proceso competitivo aparece como evidente, la metodología propuesta exige optar por esta última<sup>186</sup>. Por el contrario, en la medida que la ciencia económica progresa, y provea certezas allí donde hoy encontramos dudas, el principio de libertad de competir debiese ceder ante un comprobable incremento del bienestar<sup>187</sup>.

La metodología propuesta debiese impactar en todos los ámbitos de aplicación del derecho de competencia, aunque fundamentalmente en lo que a las conductas unilaterales y acuerdos verticales concierne<sup>188</sup>.

## VI. PALABRAS FINALES

La libre competencia moderna, cuyo hito inicial es la Ley Sherman, no arranca de la nada. Por el contrario, tiene su fundamento en una tradición de muchos siglos del *common law*, anclada en la preocupación por las distorsiones de precios y las restricciones a la libertad del comercio.

---

184 Eleanor Fox, “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium,” *The American Journal of International Law* 91, no. 1 (1981), 1183.

185 En cierta forma, eso es lo que ocurrió en el caso Intel europeo. La Comisión sancionó a Intel infringiendo el daño a la competencia asociado a la concesión de descuentos retroactivos y a la medida por parte de un agente económico dominante. Intel solicitó a la Corte de Justicia que anulara la decisión, y ésta lo hizo sobre la base de que los antecedentes económicos acompañados por Intel demostraban que los descuentos no resultaban aptos para excluir del mercado un competidor igualmente eficiente. C-413/14P, Intel Corp. v Commission, ECLI:EU:C:2017:632.

186 Este es el camino que parece haber seguido la Fiscalía Nacional Económica en sus recientes acuerdos extrajudiciales con Uber, Rappi y otras plataformas digitales, por medio de los cuales éstas se comprometieron a eliminar las cláusulas de nación más favorecida que limitaban el derecho de los restaurantes a ofrecer los mismos productos más baratos en otras plataformas. Ver: <https://www.fne.gob.cl/tdlc-aprueba-acuerdos-extrajudiciales-firmados-entre-la-fne-y-las-plataformas-uber-eats-pedidosya-y-rappi-que-eliminan-las-clausulas-de-nacion-mas-favorec/>

187 Décadas atrás Hovenkamp señalaba que el peso que debía darse a las consideraciones de eficiencia en materia de antitrust era directamente proporcional a la capacidad del modelo para predecirlas. Esto es, si la solución eficiente a un problema es clara, y la pérdida de eficiencia asociada a la decisión alternativa también lo es, quienes adoptan una decisión tenderán a darán una enorme preponderancia a las consideraciones de eficiencias; por el contrario, cuando la solución eficiente resulta ambigua, y el modelo resulta incapaz de predecirlo, los responsables de adoptar la decisión abrirán en mayor medida la puerta a soluciones redistributivas. Hovenkamp, “Antitrust Policy After Chicago”, 224.

188 Así, por ejemplo, un acuerdo sobre condiciones de comercialización, que restrinja la competencia en publicidad entre las partes debiese sancionarse, salvo demostración de que dicha conducta incrementó la cantidad producida, no solo por las partes, sino que en el mercado. Bajo ese paradigma, la criticada decisión en *California Dental*, por ejemplo, no hubiese absuelto, sino condenado, el acuerdo impugnado por la Federal Trade Commission. Ver *California Dental Ass'n v. FTC*: 526 U.S. 756 (1999)

## Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos

---

El surgimiento de la economía moderna puso en evidencia que ambos objetivos no siempre son consistentes entre sí, y que en ocasiones la sociedad puede beneficiarse de una restricción a la libertad de terceros.

Sin embargo, y ello es la tesis fundamental de este documento, ello no resulta un argumento convincente para excluir la libertad de competir de la ecuación. Por el contrario, deben buscarse fórmulas que permitan compatibilizar eficiencia, libertad y justicia; y, por qué no decirlo: economía y derecho.

La homogeneidad entre el lenguaje de las distintas instituciones la asegura el discurso económico que, a pesar de sus debilidades y tensiones internas, provee categorías primordiales del análisis de libre competencia. La economía regula y modula la expansión del derecho de competencia y provee un punto focal para las intervenciones.<sup>189</sup>

Consistentemente, los preceptos económicos deben seguir siendo la herramienta para determinar, frente a una conducta o estructura determinada, si una intervención estatal o la abstención de dicha intervención constituye la medida más adecuada para proteger la propia libertad económica<sup>190</sup>.

Sin embargo, la economía no es una ciencia exacta, y en su estado de avance actual no es capaz de dar respuestas concluyentes respecto de muchas de las estrategias competitivas utilizadas por las empresas. En el mundo real, ella requiere de un copiloto. La propuesta de este documento es que allí donde la economía no tiene una respuesta clara, en vez de abogar por el *laissez faire*, apelemos al fundamento de la democracia económica, que no es otro que el derecho de participar del mercado y a tener la posibilidad de prosperar en él bajo la seguridad de que el Estado de Derecho protegerá dicha libertad fundamental de la interferencia de terceros.

---

189 Ezrachi, "Sponge", 49-75.

190 Martin Hellwig, citado en Heike Schweitzer, "Efficiency, political freedom and the freedom to compete – comment on Maier-Rigaud," en *The Goals of Competition Law*, ed. Hanns Zimmer (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012), 175.

## BIBLIOGRAFÍA

- Amato, Giuliano. *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Andler, Edward. "Monopolizing at Common Law under Section Two of the Sherman Act." *Harvard Law Review* 31, no. 2 (1917).
- Andriychuk, Oles. "Thinking Inside the Box: Why Competition as a Process Is a Sui Generis Right – A Methodological Observation." En *The Goals of Competition Law*, editado por Hanns Zimmer, 95-117. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012.
- Arnold, Thurman. "The Economic Purpose of Antitrust Laws." *Political Science Quarterly* 58, no. 3 (1943).
- Bain, Joe. "Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-40," *Quarterly Journal of Economics* 65 (1951): 293.
- Baker et al. "Joint Response to the House Judiciary Committee on the State of Antitrust Law and Implications for Protecting Competition in Digital Markets." Disponible en: <https://equitablegrowth.org/wp-content/uploads/2020/04/Joint-Response-to-the-House-Judiciary-Committee-on-the-State-of-Antitrust-Law-and-Implications-for-Protecting-Competition-in-Digital-Markets.pdf> [último acceso: 31 de enero 2024].
- Baker, Jonathan, and Carl Shapiro. "Reinvigorating Horizontal Merger Enforcement." En *How the Chicago School Overshot the Mark*, editado por Robert Pitofsky, 238. Oxford: Oxford University Press, 2008a.
- Baker, Jonathan, and Carl Shapiro. "Introduction to Conservative Economic Analysis and Its Effects." En *How the Chicago School Overshot the Mark*, editado por Robert Pitofsky, 7. Oxford: Oxford University Press, 2008b.
- Barros, Enrique. "Legislación y práctica de la libre competencia, un coloquio con el profesor Ernst J. Metmäcker." *Estudios Públicos* 17 (1985).
- Behrens, Peter. "The Consumer Choice Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law." Europa-Kolleg, 2015.
- Birks, Peter. "Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy." *University of Western Australia Law Review* 1 (1996).
- Blake, Harlan, and William Jones. "In Defense of Antitrust." *Columbia Law Review* 65, no. 3 (1965a): 377-400.
- Blake, Harlan, and William Jones. "Toward a Three-Dimensional Antitrust Policy." *Columbia Law Review* 65, no. 3 (1965b): 422-466.
- Bolton, Patrick, Joseph F. Brodley, and Michael Riordan. "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy." Princeton University Discussion Paper, 1999.
- Bork, Robert. "The Goals of Antitrust Policy." *American Economic Review* 57 (1967): 242.
- Bork, Robert, and Ward Bowman Jr. "The Crisis in Antitrust." *Columbia Law Review* 65, no. 3 (1965).

- Brandeis, Louis. "The Regulation of Competition Versus the Regulation of Monopoly." University of Louisville Brandeis School of Law, 1912. Última visita: 3 de noviembre de 2021. <https://louisville.edu/law/library/special-collections/the-louis-d.-brandeis-collection/the-regulation-of-competition-versus-the-regulation-of-monopoly-by-louis-d.-brandeis>.
- Cornish, William et al. *The Oxford History of the Laws of England*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Vol. XII.
- Chamberlin, Edward. *The Theory of Monopolistic Competition*. Oxford: Oxford University Press, 1933.
- Crane, Daniel. "Chicago, Post Chicago, and Neo Chicago." *University of Michigan Law Scholarship Repository*, 2001.
- Crane, Daniel. "Antitrust's Unconventional Politics." *Virginia Law Review* 104 (2018).
- Crane, Daniel. "A Premature Post-Mortem of the Chicago School of Antitrust." Cambridge University Press, 2020a. Vol. 93.
- Crane, Daniel. "Antitrust's 'Curse of Bigness' Problem." *Michigan Law Review* 118 (2020b).
- De Streel, A. "Should Digital Antitrust Be Ordoliberal?" *Concurrences* no. 1-2020. Disponible en: <http://www.crid.be/pdf/public/8549.pdf> [última visita, 7 de julio 2020].
- Delrahim, M. "The Future of Antitrust: New Challenges to the Consumer Welfare Paradigm and Legislative Proposals." Discurso del 14 de noviembre de 2019 en la Federalist Society National Lawyers Convention. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-makan-delrahim-delivers-remarks-federalist-society-national> [último acceso: 7 de julio 2020].
- Deutscher, Elias, y Stavros Makris. "Exploring the Ordoliberal Paradigm: The Competition-Democracy Nexus." *The Competition Law Review* 11, no. 2 (2016): 181-214.
- Dewey, Donald. "The Economic Theory of Antitrust: Science or Religion?" *Virginia Law Review* 50, no. 3 (1964).
- Easterbrook, Frank. "The Limits of Antitrust." *Texas Law Review* 63, no. 1 (1984).
- Elhauge, Einer. "Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory." *Harvard Law Review* 123, no. 2 (2009): 397-481.
- Ezrachi, Ariel. "Sponge." *Journal of Antitrust Enforcement* 5, no. 1 (2017): 49-75.
- First, Harry, y Spencer Waller. "Antitrust's Democracy Deficit." *Fordham Law Review* 81, no. 5 (2013): 2543-2574.
- Fox, Eleanor. "The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium." *The American Journal of International Law* 91, no. 1 (1981).
- Fox, Eleanor. "We Protect Competition, You Protect Competitors." *World Competition* 26, no. 2 (2003).
- Fox, Eleanor. "Against Goals." *Fordham Law Review* 81, no. 5 (2013): 2.
- Garrigues, Joaquín. *La defensa de la competencia mercantil*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.
- Handler, Milton. "Antitrust in Perspective." *Journal of Legal Education* 11, no. 1 (1957).

- Harberger, Arnold. "Monopoly and Resource Allocation." *American Economic Association Papers and Proceedings* 77 (1953): 77.
- Hawk, Barry. *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. Leiden: Brill Nijhoff, 2015.
- Hawk, Barry. "English Competition Law before 1900." *Fordham University School of Law*, 2018.
- Hawley, Ellis. *The New Deal and the Problem of Monopoly: A Study in Economic Ambivalence*. Princeton: Princeton University Press, 1966.
- Hayek, Friedrich. "La competencia como proceso de descubrimiento." *Estudios Públicos* 50 (1993).
- Heydon, JD. *The Restraint of Trade Doctrine*. London: Lexis Nexis, 2018.
- Hofstadter, Richard. "The Paranoid Style in American Politics and Other Essays." *Social Service Review* 44, no. 2 (1970).
- Holdsworth, William. *A History of English Law*. London: Methuen & Company, 1922.
- Hovenkamp, Herbert. "Antitrust Policy After Chicago." *Michigan Law Review* 84 (1985): 214.
- Hovenkamp, Herbert. "The Sherman Act and the Classical Theory of Competition." *Iowa Law Review* 74 (1989): 1019.
- Hovenkamp, Herbert. "Antitrust Policy and the Social Cost of Monopoly." *Iowa Law Review* 78 (1993): 371.
- Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005.
- Hovenkamp, Herbert. "Introduction to the Neal Report and the Crisis in Antitrust." *Competition Policy International* 5, no. 1 (2009).
- Hovenkamp, Herbert. "Antitrust Error Costs." *University of Pennsylvania Journal of Business Law* 24 (2022a): 293.
- Hovenkamp, Herbert. "Selling Antitrust." *Hastings Law Journal* 73 (2022b): 1621.
- Hovenkamp, Herbert. "The Slogans and Goals of Antitrust Law." *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 25 (2023): 705.
- Hovenkamp, Herbert, y Fiona Scott Morton. "Framing the Chicago School of Antitrust Analysis." *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020): 1841, 1844.
- Kahn, Alfred. "Standards for Antitrust Policy." *Harvard Law Review* 67, no. 1 (1953): 28-54.
- Khan, Lina. "Amazon's Antitrust Paradox." *Yale Law Journal* 126, no. 3 (2017). Disponible en: [https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805\\_zuvfyeh.pdf](https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf).
- Khan, Lina. "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate." *Journal of European Competition Law & Practice* 9, no. 3 (2018).
- Kaysen, Carl, y Donald Turner. "Antitrust Policy, An Economic and Legal Analysis." *Journal of Farm Economics* 42, no. 4 (Nov. 1960).

Kauper, Thomas. "The 'Warren Court' and the Antitrust Laws: Of Economics, Populism, and Cynicism." *Michigan Law Review* 67 (1968): 325.

Kovacic, W. "The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix." *Columbia Business Law Review* 2007, no. 1.

Letwin, William. "The English Common Law Concerning Monopolies." *University of Chicago Law Review* 21 (1954).

Lovdahl, Liza. "The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC." *European Competition Journal* (diciembre 2007): 329-344.

Loughlin, Martin. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Lowe, P. "Consumer Welfare and Efficiency—New Guiding Principles of Competition Policy?" Discurso del 27 de marzo de 2007 en la 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day.

Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007\\_02\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2007_02_en.pdf). Último acceso: 7 de julio 2020.

Mahari, Robert, Sandro Lera, y Alex Pentland. "Time for a New Antitrust Era: Refocusing Antitrust Law to Invigorate Competition in the 21st Century." *Stanford Computational Antitrust* 1 (2021).

Maier Rigaud, Frank. "On the Normative Foundations of Competition Law: Efficiency, Political Freedom and Freedom to Compete." En *The Goals of Competition Law*, editado por Hanns Zimmer, 132-168. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012.

Mestmäcker, E.J. "The Development of German and European Competition Law with Special Reference to the EU Commission's Article 82 Guidance of 2008." En *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, editado por Lorenzo Pace, 25-62. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

Monti, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Möschel, Wernhard. "Competition Policy from an Ordo Point of View." En *German Neo-liberals and the Social Market Economy*, editado por Alan Peacock y Hans Willgerodt, 142-160. London: Palgrave Macmillan, 1989.

Mueller, Charles. "Small Business and Big Monopoly." *Antitrust Law & Economics Review* 10 (1978): 17.

Newman, John. "Reactionary Antitrust." *Concurrences Revue* 4 (2019).

OECD. *Consumer Welfare Standard Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/consumer-welfare-standard-advantages-and-disadvantages-to-alternative-standards-2023.pdf>.

Ogilvie, Sheilagh. *The European Guilds: An Economic Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2019.

Orbach, Barak. "How Antitrust Lost Its Goals." *Fordham Law Review* 81, no. 5 (2013).

Orbach, Barak "The Consumer Welfare Controversy". Competition Policy International (2019).

- Petit, Nicolas, y Thibault Schrepel. "Complexity Minded Antitrust." *Journal of Evolutionary Economics* 33 (2023): 541-570.
- Pitofsky, Robert. "The Political Content of Antitrust." *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 1051-1075.
- Pitofsky, Robert. "Introduction to Conservative Economic Analysis and Its Effects." En *How the Chicago School Overshot the Mark*, editado por Robert Pitofsky. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Posner, Richard. "The Social Costs of Monopoly and Regulation." *Journal of Political Economy* 83 (1975): 807.
- Roberts, John. "A Signaling Model of Predatory Pricing." *Oxford Economic Papers* 38, no. 0 (1986): 75-93.
- Robinson, Joan. "Economics of Imperfect Competition." *Journal of Political Economy* 42, no. 2 (1934).
- Roth, Peter. "The Continual Evolution of Competition Law." *Journal of Antitrust Enforcement* 7, no. 1 (2018): 6-26.
- Salop, Steven, y David Scheffman. "Raising Rivals' Costs." *The American Economic Review* 73, no. 2 (1983): 267-271.
- Schweitzer, Heike. "Efficiency, Political Freedom and the Freedom to Compete – Comment on Maier-Rigaud." En *The Goals of Competition Law*, editado por Hanns Zimmer, 95-117. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012.
- Shapiro, Carl. "Aftermarkets and Consumer Welfare: Making Sense of Kodak." *Antitrust Law Journal* 63 (1995).
- Stucke, Maurice. "Reconsidering Antitrust's Goals." *Boston College Law Review* 53 (2011): 551-630.
- Stylianou, Konstantinos, y Mario Iacovides. *The Goals of EU Competition Law: A Comprehensive Empirical Investigation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Federal Trade Commission and Department of Justice. *Vertical Merger Guidelines*. 2020. Disponible en: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical\\_merger\\_guidelines\\_6-30-20.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf).
- Werden, Gregory. *The Foundations of Antitrust*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2020.
- Williamson, Oliver E. "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs." *American Economic Review* 58 (1968): 18.
- Witt, Anne. *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- Wu, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York: Columbia Global Reports, 2018.
- Ybar, Mario. "De qué hablamos cuando hablamos de competencia: Un análisis aplicado al caso Supermercados II." En *Libre Competencia y Retail*, editado por Paola Montt y Nicole Nehme, cap. 3. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2010.
- Ybar, Mario. "Comprendiendo el abuso de dominio: Revisión de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada sobre las principales conductas exclusorias." *Revista de Derecho Económico* 76 (2014).
- Yoo, Christopher. "The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective." *University of Pennsylvania Law Review* 168 (2020): 2145.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:  
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

**Cómo citar este artículo:**

Mario Ybar, "Libre Competencia: Orígenes, Historia y Fundamentos", [Diálogos CeCo](#) (septiembre, 2024),  
<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a [info@centrocompetencia.com](mailto:info@centrocompetencia.com)  
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile

