

## DERECHO SOBRE LOS MONOPOLIOS Y DERECHO PENAL DEL MONOPOLIO

Klaus TIEDEMANN

Profesor de la Universidad de Friburgo,  
Alemania Federal

*SUMARIO: I. Introducción. II. El desarrollo general de la legislación europea sobre monopolios. III. Prevención general en la introducción de sanciones criminales en contra de los delitos económicos. IV. Delincuencia con relación a los carteles en Europa occidental. V. Resumen y visión general.*

### I. INTRODUCCIÓN

Dentro del sistema general del derecho penal económico, el derecho sobre los monopolios y su imposición con medios penales juega un papel importante, fundamental.

Ciertamente, la estrecha relación entre la idea de competencia y su protección como institución y la política económica de un Estado condiciona una considerable relativización y normativización de esta parte del derecho penal económico, de modo que el derecho comparado, a primera vista, se encuentra en esta materia con dificultades considerables. Sin embargo, el ejemplo del Mercado Común Europeo demuestra que es posible y que además puede imponerse un derecho internacional de los monopolios, hasta en ámbitos económicos con leyes de competencia nacional muy diferentes. El interés por el derecho europeo sobre monopolios debería acentuarse, además, por la circunstancia de que la Comunidad Europea declara la llamada aplicación extraterritorial de su derecho de monopolios, una idea que fue iniciada, como es conocido, por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos con el criterio del contacto y efecto mínimo; con lo cual, no sin frecuencia, esta idea se dirige contra las firmas norteamericanas que actúan en Europa.

Naturalmente, el modelo norteamericano de derecho *antitrust* también ha influido en forma eficaz en otros aspectos del derecho

de Europa occidental sobre monopolios. Aun desde el punto de vista del derecho penal y de la imposición del derecho sobre monopolios mediante medios jurídico-penales existen paralelos notables en los nuevos impulsos del desarrollo, donde se establece claramente un acento fundamental en las sanciones criminales; esto rige tanto, como se señalará, para Europa occidental cuanto también para los Estados Unidos de Norteamérica.

Pero, por otra parte, Europa ha creado tanto a nivel nacional como internacional tipos independientes y propios sobre la realidad de los monopolios. Exponer en forma comparativa estos diferentes sistemas de derecho sobre monopolios debería ser muy fructífero, en la medida en que Latinoamérica, hasta hoy, conoce solamente en Brasil, una *praxis* efectiva de derecho sobre monopolios, que podría, posiblemente, ser modelo para Latinoamérica, aunque ciertamente ha sido previsto, en relación a la organización de las autoridades, en forma demasiado débil.

## II. EL DESARROLLO GENERAL DE LA LEGISLACIÓN EUROPEA SOBRE MONOPOLIOS, EN ESPECIAL LA ALEMANA

Ya *Montesquieu* estableció como resultado, en su famoso libro *De l'esprit des lois*, conforme a varios siglos de filosofía medieval, sobre el precio justo y verdadero, que únicamente la competencia está en situación de asignar el "verdadero" precio a los productos y a la prestación de servicios. Concordante con ello la legislación de la Revolución francesa, introdujo, con el decreto *Le Chapelier* de 14/17 de junio de 1791, conminaciones penales graves contra el delito de *coalición*. Pero también posteriores obras de legislación burguesa no revolucionarias, como el código penal prusiano de 1851, previeron conminaciones penales para convenios de licitación en comisiones de carácter público. En todo caso, la concepción económica de todo el siglo XIX en Europa permaneció en su conjunto excesivamente liberal, en el sentido de una política económica de *laissez-faire* que sólo prohibió el ejercicio inmoral de coacción sobre el competidor.

Después de que los primeros dos tercios del siglo XIX se caracterizaron por el tránsito de la pequeña manufactura a las grandes unidades empresariales, se observó desde la década de los ochenta una clara tendencia a la vinculación de las empresas entre sí. El monopolio de la hojalata de Colonia, de 1862; la fundación de la primera *holding* alemana, the Nobel Dynamit Trust Company, en el año de 1886, y la fundación del consorcio del carbón de Westfa-

lia-Renania, de 1893, son hitos de este desarrollo. En ellos se adoptaron, a menudo en Alemania, las experiencias practicadas en Inglaterra y Francia respecto de la organización y conformación de tales acuerdos y convenios sobre precios, mercados, cantidad de producción, etcétera. Especialmente, la crisis económica del año 1873 llevó a numerosas empresas alemanas, luego del fin de la llamada crisis del progreso, a sustraerse a una competencia exacerbada, recurriendo para ello a convenios de cartel de formación de consorcios.

La jurisprudencia alemana fue relativamente tolerante frente a esta evolución. El principio de la libertad de asociación, por lo menos, servía para justificar aquellos carteles y acuerdos que buscaban enfrentar, mediante la cooperación, la ruina económica que amenazaba. Teniendo en consideración la falta de un principio antimonopólico en el derecho alemán, el control jurídico sólo pudo llevarse a cabo por medio del criterio civil de lo contrario a la moral (§§ 138, 826 C.C.) o a través de los tipos de coacción y extorsión del derecho penal (§§ 240, 253 C.P.).

Poco después de la Primera Guerra Mundial la actitud pública y política, tolerante respecto de carteles, consorcios y *trusts*, fue tomando una animosidad —moderada— respecto de los carteles por parte de la opinión pública y del legislador, en lo cual también jugó un rol la opinión de que los convenios limitadores de la competencia entre empresarios servían para trasladar el riesgo de la inflación al consumidor y otros usuarios. El liberalismo del *laissez-faire* se transformaba paulatinamente, pero en forma clara, en tendencias de un Estado preocupado por el bienestar social. El § 17 del ordenamiento contra el abuso de posiciones de poder económico (ordenanza de monopolios), de 2.11.1923, contenía un precepto penal especial, que en todo caso se limitaba a la conminación de las contravenciones, conciente de su antijuridicidad. Por lo demás, tampoco había en tal ordenanza, propiamente hablando, verdadera prohibición del monopolio, sino que se instituía exclusivamente la posibilidad de intervención en ciertos casos. Los ejemplos de *Thyssen* y *Krupp* muestran que esta legislación no estaba en capacidad de detener el rápido progreso del movimiento de concentración económica.

Después del desmesurado uso del “monopolio estatal obligatorio”, como medio para dirigir una economía de administración centralizada durante el tiempo del Nacionalsocialismo, el artículo 12 del Acuerdo de Potsdam, de 2.8.1945, previó una prohibición estricta, reforzada penalmente, de monopolios, consorcios y *trusts*. Los con-

sorcios y las grandes empresas individuales fueron disueltas, sobre la base de disposiciones individuales especiales, hasta una determinada medida que, a juicio de las autoridades aliadas, era soportable. Sólo paulatinamente —y en último término bajo la influencia de la jurisprudencia alemana— se dio un alojamiento de esta legislación de desmonopolización.

Los trabajos respecto de proyectos de leyes alemanas para la seguridad de la competencia se plantearon, por cierto, relativamente temprano y pudieron apoyarse, por una parte, en el modelo de derecho *antitrust* norteamericano y, por otra, en el pensamiento neoliberal de la llamada Escuela de Freiburg. La oposición persistente de la economía alemana respecto de la solución avalada por el gobierno (según el llamado principio de la prohibición) y discusiones teóricas básicas respecto de los problemas científico-económicos y de derecho constitucional llevaron a que las deliberaciones sobre los fundamentos y detalles de la legislación sobre carteles tomarán casi todo un siglo.

Como consecuencia de esta historia de gestación, *la ley alemana contra limitaciones a la competencia*, de 27 de julio de 1957, tiene impreso profundamente el carácter de un compromiso. Esto aparece muy claro cuando se consideran las numerosas excepciones que rompen la prohibición básica contra los monopolios. Así, especialmente los “carteles de rebaja” (*Rabattkartelle*) son considerados admisibles cuando mantienen ciertas condiciones formales, aunque tales carteles pueden tener a menudo el mismo efecto que los acuerdos sobre precios. Precisamente la exclusión de los acuerdos sobre descuentos de la prohibición general sobre carteles es un ejemplo central de la eficaz influencia de la economía e industria alemanas sobre la legislación alemana.

Respecto de uniones empresariales la ley de 1957 prevé exclusivamente un deber de registrarse. La ley sobre carteles de agosto de 1973, en cambio, introdujo como reacción al proceso de concentración creciente de la economía alemana un control material sobre uniones empresariales de un cierto tamaño y facilitó al mismo tiempo la cooperación de empresas pequeñas y medianas. Desde entonces, el control preventivo de uniones empresariales se convirtió en un punto fundamental de la *praxis* de inspección alemana de los carteles, junto al control sobre el abuso de posiciones de poder en el mercado. Las más recientes tendencias alemanas sobre política jurídica respecto de carteles, van correctamente —por cierto que en forma cuidadosa— en la dirección de una descarteliza-

ción —no posible conforme al derecho vigente— de los consorcios y *trusts* existentes.

Respecto de la imposición de la legislación sobre carteles en la *praxis*, la oficina federal alemana sobre carteles concentró, en esta primera década, su actividad preponderante en procesos civiles y procedimientos administrativos, incluida en mayor o menor medida, advertencias informales a las empresas. Mediante esta *praxis*, tanto la oficina federal sobre carteles intentaron crear y fortalecer, aunque muy débilmente, desde el punto de vista del personal con que están provistas, una especie de conciencia pública respecto de la significación y valor de la competencia en la economía. Se acepta en forma general de que esta actividad pedagógica de la inspección de carteles fue exitosa, de modo que las autoridades sobre carteles, a partir de mediados de los años 60, pudieron pasar consecuentemente, en forma creciente, a procedimientos penales o bien contravencionales y rechazaron la disculpa de los inculpados de haber ahorrado su conciencia de la dañosidad o reprobabilidad de las prácticas limitantes de la competencia. El efecto de esos procedimientos penales y administrativos en el mundo de los negocios alemanes se fortaleció considerablemente mediante una persistente y muy discutida política de publicidad de las autoridades sobre carteles: no pocas firmas ofrecieron a las autoridades sobre carteles: casi cualquier concesión —desde la renuncia a las prácticas de concertación hasta la admisión sin oposición de multas considerables— sólo para que el nombre de la empresa no apareciera en la prensa. En todo caso no es posible, conforme al derecho alemán sobre carteles, un *consen-decree* u otra especie de compromiso o acuerdo entre las autoridades sobre carteles y los contraventores. Más bien la ley alemana sobre contravenciones, por lo menos desde 1975, niega expresamente hacer depender oblicuar la suspensión del procedimiento tendiente a la aplicación de una multa con el pago de una cantidad de dinero (a una institución de utilidad pública, por ejemplo, o de otra naturaleza) (§ 47, inciso 3, *OWiG*). De aquí surge claramente que las lesiones al derecho sobre carteles, conforme al derecho alemán, no representan hechos criminales, sino *contravenciones*. Como tales, no están sometidos al principio de legalidad, sino al de oportunidad y, por lo tanto, serán sancionados según el “arbitrio, de acuerdo al deber, de las autoridades de persecución” (§ 47, inciso 1, *OWiG*). El monto de las multas, en todo caso, sobrepasa la medida normal y alcanza hasta 100,000 DM., añadido el triple de la mayor ganancia.

La más reciente tendencia en el campo jurídico penal del dere-

cho sobre carteles se dio a la discusión pública y política en el año de 1975, mediante las recomendaciones de la comisión de expertos instalada por el Ministerio de Justicia para la lucha contra la criminalidad económica. Esta comisión instalada en 1972 ha realizado, en varios años de trabajo, una sobresaliente investigación empírica de la criminalidad económica. Sobre la base del informe que yo mismo confeccioné, la comisión requirió, en el campo de las contravenciones contra el derecho sobre carteles, la transformación de las lesiones más graves en hechos punibles criminales, partiendo de la base de que tal transformación legislativa tendría un efecto preventivo general superior si el proceso de transformación se limitaba a los casos más graves. En el campo de las sanciones, la comisión propuso alzar las multas hasta un millón de DM y reemplazar el adicional referido a la ganancia ilícita, comprobable sólo con mucha dificultad, por una sanción que —en conformidad con el derecho de la comunidad europea sobre carteles— se orientará a un determinado porcentaje (hasta un 10%) de las transacciones del año en que se consumó la contravención en relación al cartel.

Estas recomendaciones de la comisión de especialistas llevaron a una intensa discusión pública y a una controversia entre el Ministerio Federal de Justicia y el Ministerio Federal de Economía. La audiencia a las asociaciones económicas trajo, como era de esperar, numerosas posiciones de rechazo a las cuales se adhirió el Ministerio Federal de Economía. Por razones políticas —para no poner en peligro la coalición de gobierno existente— el Ministerio Federal de Justicia prefiere prescindir por ahora de una criminalización amplia en la ley contra las restricciones a la competencia. Sin embargo, a fines de 1977 presentará un proyecto que en todo caso ponga bajo pena criminal los acuerdos sobre licitaciones —también fuera de aquellos de carácter público— pues se considera que esta clase de restricción a la competencia representaría un fenómeno especial, semejante a la estafa.

Un punto central sorprendentemente parecido, en relación a la introducción del derecho penal y de medidas jurídico penales contra casos graves de restricciones de competencia, se encuentra en la más reciente *praxis* del derecho francés y de la Comunidad Europea sobre carteles. Tanto la práctica jurídica francesa como también la de la Comunidad Europea consideran, evidentemente, las sanciones penales como un factor potente para la intimidación de comportamientos adversos a la competencia, en lo cual, en todo caso, sólo la legislación francesa prevé penas criminales auténticas, mientras que la legislación de la Comunidad Europea (sobre la

base de la competencia de legislación) sólo conoce contravenciones. Esta preeminencia del derecho penal puede también aclararse probablemente por el hecho de que son posibles las demandas civiles de competidores contra sus concurrentes por restricciones inadmisibles de la competencia, tanto en el derecho francés como en el de la comunidad europea, aunque en la práctica se interponen raramente —sea porque toda la rama de la industria y del comercio participan en las prácticas de concertación, sea porque el *outsider* teme represalias en el caso de un procedimiento civil. En todo caso, investigaciones de toda una rama industrial —por ejemplo, de la industria del azúcar en el plano de la comunidad europea, de la industria de la construcción y de la industria adjunta a la construcción en Alemania, de la empresa eléctrica y de transporte en Francia, Inglaterra, Alemania y Austria— descubrieron prácticas ampliamente difundidas de restricciones a la competencia en la industria europea y llevaron a penas de multa en montos muy considerables.

Antes de dedicarnos a otras particularidades de este nuevo desarrollo y modo de proceder, debe darse un breve vistazo al problema que atañe a una parte considerable de la discusión internacional y en especial de los Estados Unidos sobre la efectividad del derecho sobre carteles y su práctica.

### III. PREVENCIÓN GENERAL EN LA INTRODUCCIÓN DE SANCIONES CRIMINALES EN CONTRA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS

Sin duda, la prevención general juega un rol sobresaliente en el ámbito total de la imposición de un orden jurídico. El sentido y objetivo de la pena estatal, así como la extensión del llamado campo obscuro van muy unidos a la prevención general. Ciertamente hasta ahora respecto de una aclaración de la prevención general se han planteado considerables dificultades, que sobre todo tienen sus raíces en que en la prevención general no se trata de autores convictos y condenados, sino potenciales, de modo que el material de investigación competente no puede encontrarse en las actas del procedimiento penal o de ejecución. Una fundamentación empírica de la prevención general debe explicar por qué, y en razón de qué factores psicológicos y otros, hay autores potenciales (en este caso: hombres de negocios) que *no* cometen delitos (económicos; en este caso: delitos sobre carteles).

Nosotros hemos llevado a cabo en el año 1974 un estudio piloto

que, sobre la base de la teoría bastante desarrollada del aprendizaje, en base a ejemplos de casos concretos de delincuencia impositiva y de subvención, y mediante una muestra representativa se ha dedicado al problema de qué sanciones (en sentido amplio) son eficaces respecto de los delitos económicos, especialmente en el campo superindividual del daño de intereses comunes. Un largo y muy detallado cuestionario partía de la reflexión de que la conducta criminal, en todo caso en el ámbito económico, es en esencia un comportamiento aprendido, dentro de lo cual el proceso de aprendizaje transcurre por experiencia o por aprendizaje frente a un modelo o ejemplo. Este cuestionario contenía modelos proyectivos, esto es, casos tomados de la práctica judicial que debía poner al destinatario en la situación de identificarse hipotéticamente con la posibilidad de perpetración de determinados delitos económicos. Al respecto se dieron una serie de variables, que se referían tanto a la clase y magnitud de la sanción como también a otros estímulos adversos, como la probabilidad de la persecución jurídico penal y la condenación, la actitud del medio social, el llamado a la conciencia, entre otros muchos. Las sanciones criminales se dividieron en penas de multa de diferentes montos, así como penas privativas de libertad de diferente duración, con y sin remisión condicional. En resumen, las respuestas respecto de una cuota de devolución relativamente alta, del 70% de los cuestionarios, llevaron al resultado de que tanto la oposición interna (de conciencia) como también el efecto intimidatorio de penas de multa respecto de delitos económicos son muy bajas y que exclusivamente la probabilidad de una persecución penal con condena a pena privativa de libertad (de corta duración), que no es remitida condicionalmente, representa un medio efectivo de intimidación. Junto a ello, sólo tenía todavía un peso considerable de fuerza preventiva general al cierre de la actividad industrial o bien la interdicción de ejercicio profesional, dado que tal medida, sin embargo, excluye al autor (potencial) totalmente de la vida profesional, o bien de la correspondiente rama económica, resulta ser la medida más grave fuera de la escala con otras posibilidades.

Nuestro resultado: el que sólo penas privativas de libertad (de corta duración), sin remisión condicional, despliegan en el campo económico un efecto de intimidación probablemente suficiente, corresponde también a las experiencias de la *praxis* de derecho sobre monopolios de Estados Unidos. Ciertamente no pocos autores de Europa y de los Estados Unidos son de la opinión de que penas elevadas de multa (o demandas civiles de indemnización por el



triple del daño ocasionado) son más eficaces. Sería deseable que se planteara una amplia investigación comparativa sobre este importante problema de la elección de la sanción en el derecho penal económico.

#### IV. DELINCUENCIA EN RELACIÓN A LOS CARTELES EN EUROPA OCCIDENTAL

El panorama que sigue busca bosquejar, bajo puntos de vista comparativos, las formas de aparición más importantes de la delincuencia sobre carteles en Europa occidental, en lo cual nuevamente tiene que destacarse la especial significación de la delincuencia sobre carteles para la consideración científica y política de la criminalidad económica.

Por una parte, las contravenciones al derecho sobre monopolios fueron el punto de partida para el renovado interés criminológico en los delitos de cuello blanco (*Sutherland*); esta clase de delincuencia es ciertamente típica para el comportamiento de las empresas económicas en general y para el abuso de poder económico en especial. Además, la delincuencia sobre monopolios es una de las pocas materias que —como se ha señalado— han encontrado una regulación internacional en el plano europeo. El tratado para la fundación de la comunidad europea económica, de 25.3.1957, llevó a un sistema normativo de la competencia, que se orienta ampliamente en el modelo francés en la técnica de la configuración de tipos y en la práctica de su aplicación. En cambio, sigue el ejemplo alemán (contravenciones y multas) en el campo de las sanciones. Finalmente la investigación de la delincuencia de carteles hace resaltar claramente, en particular, la especialmente estrecha dependencia, ya también mencionada, de la criminalidad económica respecto del sistema político económico y su configuración jurídico económica. El reconocimiento fundamental, aun cuando instituido de diferentes modos, de los Estados de Europa occidental, respecto de la forma de mercado de la economía de competencia, lleva en algunos Estados a una legislación prohibitiva, provista de multas y penas, muy estricta y amplia (Francia, Alemania); en otros Estados a meras inspecciones de abusos respecto de los carteles, los cuales son admitidos como tales de modo general y sólo ocasionalmente —en especial en relación a las obligaciones de registro— tienen una significación jurídico penal (Bélgica, Dinamarca, Gran Bretaña, Países Bajos, Noruega, Suecia). En ciertos Estados existe inclusive la posibilidad de una construcción de

carteles obligada, sólo raramente utilizada en la práctica (Bélgica, Países Bajos). Finalmente, sólo en ocasiones falta totalmente en la práctica en Europa una legislación sobre carteles y existen intentos de reemplazar la legislación sobre carteles por una inspección de precios (Suiza). Por su parte, los Estados partidarios del principio de la prohibición, prevén posibilidades de permiso para carteles deseables o útiles desde el punto de vista político económico. Justamente estas posibilidades muestran en forma muy expresiva la relatividad y dependencia del sistema de la delincuencia sobre carteles como parte de la delincuencia económica. En todos los Estados europeos la ligazón, especialmente estrecha, de derecho sobre carteles y política económica determina frecuentemente que la actividad extrajurídica penal del Estado —esto es, que el efecto preventivo y la configuración instrumental de las relaciones de mercado, aún en presencia reconocida de un delito referente al monopolio— tenga preeminencia ante la sanción jurídico penal: sólo se inician procedimientos penales, por lo común, en aquellos casos que son *suffisamment graves*. Esta fórmula de la práctica de la *Commission* (francesa) *Technique des Ententes et des Positions Dominantes*, rige conforme a la materia también para el resto de los Estados. Esta restricción considerable es asegurada, en parte, mediante cláusulas de derecho material en los correspondientes tipos sobre carteles, pero preponderantemente mediante medidas procesales, en especial mediante la vigencia del principio de oportunidad en la persecución penal como en las recomendaciones de los informes de las autoridades sobre carteles, respecto de la dañosidad social de las contravenciones. La posibilidad de procedimientos de conciliación y conformación en el derecho penal francés sobre carteles sirve al mismo fin.

La descripción de la delincuencia sobre carteles hace necesario, a causa de su especial dependencia de la configuración del derecho material, un breve bosquejo de los respectivos derechos penales nacionales sobre carteles, como fue expuesto anteriormente respecto del derecho alemán.

### 1. Sistema de sanciones jurídico penales y práctica de la persecución penal

Prescindiendo del modelo clásico de Estados Unidos de derecho penal *antitrust* (sección 1 y 2 de la *Acta de Sherman*, 1890; sección 3, *Robinson-Patman Act*, 1936) y de la intensa legislación penal sobre carteles de Canadá (*Combines Investigation Act*, 1970), tie-

nen tradición histórica, sobre todo el *Common Law* inglés y la legislación penal románica, las cuales ciertamente a causa de la descripción de los delitos no logró de ningún modo una trascendencia práctica.

Según el *Common Law* representa la *conspiracy to monopolise* una acción ilícita, que según determinadas condiciones también puede ser punible. Sin embargo, la jurisprudencia sólo acepta una *conspiracy* cuando por lo menos dos personas se conciertan para el único propósito de perjudicar a un tercero.

En el caso resuelto en 1892 de la *Mogul Steamship Co. versus MacGregor, Gow and Co.*, armadores que habían constituido un cartel sobre tarifas de transporte, perjudicaron del siguiente modo a un marginado indeseable: en todos los puertos que atracaba el marginado mandaban los armadores barcos suplementarios y ofrecían precios más bajos, de modo que éste no podía cerrar ningún negocio. Además amenazaban a las diferentes agencias con romper relaciones comerciales con ellas si seguían trabajando para el marginado. La jurisprudencia negó la existencia de una *conspiracy*, porque el proceder de los armadores también servía a sus propios intereses económicos.

Desde 1948 se publicaron en Gran Bretaña muchas leyes sobre regulación del derecho de competencia. La *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, de 1948; la dictada en complementación *Monopolies and Practices Commission*, de 1953; la *Restrictive Trade Practices Act*, de 1956, la *Resale Prices Act*, de 1964; así como la *Monopolies and Mergers Act*, de 1965, contienen, sin embargo, sólo muy pocas prohibiciones *per se* y prevén penas sólo en conexión con el registro de uniones de precios y otros acuerdos restrictivos de la competencia. La decisión sobre la eficacia de estas restricciones de la competencia corresponde a un tribunal especial sobre carteles (*Restrictive Practices Court*), en el cual desde 1956 hay que inscribir todos los acuerdos sobre carteles. En forma semejante a la *Monopolies and Mergers Commission* considera también este tribunal como criterio de juzgamiento la cuestión de si los acuerdos contravienen el interés público. En el último tiempo esta jurisprudencia llevó preponderantemente a la aceptación de que el interés público es el primero en ser resguardado y protegido cuando se asegura una competencia eficaz. Es interesante en esta legislación, por lo demás, también la técnica de introducir primeramente sólo los medios institucionales y procesales de un control de los carteles y la elaboración de criterios de supervigilancia dejados a cargo de la *Monopolies and Restrictive Practices Com-*

*mission*. Desde 1965 también hay controles para los acuerdos empresariales.

Dado que el Parlamento británico desea mantener el total poder de disposición sobre la economía británica, hay actualmente dificultades políticas considerables, que, en parte no despreciable, resultan de la controversia con la política jurídica sobre carteles de la Comunidad Europea.

Punto de partida del derecho penal románico sobre carteles son los artículos 419, 420 del *Code Pénal* francés. Conforme a ello es punible quien solo o en asociación o unión realiza (o intenta realizar) una acción comercial con la intención de procurarse una ganancia, "que es el resultado de los efectos recíprocos naturales de oferta y demanda" y de esta manera provoca (o intenta provocar) un alza o baja artificial de los precios. Este precepto penal comprende también los cambios de precio mediante restricciones a la competencia, por ejemplo, por constitución de carteles o abuso de una posición dominante en el mercado. Sin embargo, a causa de las dificultades de comprobar una intención dirigida a una ganancia excesiva, los artículos 419, 420 del *Code Pénal*, en la práctica, no juegan rol alguno al igual que los correspondientes tipos del *Code Pénal belga* (artículo 311), luxemburgués (artículo 311), español (artículo 540) y *Codice penale* italiano (artículo 501).

Los preceptos penales sobre precios de los códigos penales románicos fueron complementados a fines de la Segunda Guerra Mundial mediante regulaciones especiales que constituyen una especie de legislación *antitrust*, que han llevado ciertamente hasta ahora sólo en Francia a un efectivo control de la competencia (también con ayuda de sanciones jurídico-penales). La ley belga para la protección contra el abuso de posición de poder económico de 20.5.1960, sólo prevé penas para el caso de que el autor contravenga una resolución real sobre la existencia de abuso y de medidas para su supresión. En la práctica, esta disposición penal no juega ningún rol esencial. También la ley de los Países Bajos sobre regulación de la competencia económica, de 28.6.1956, sanciona, en lo esencial, únicamente contravenciones a las disposiciones de disuación y de comprobación. En Holanda se encuentra un proyecto de ley en el Parlamento. Este proyecto hace el intento de prohibir convenios horizontales restrictivos de la competencia. En Italia hay, hasta ahora, sólo una serie de proyectos para una ley especial sobre carteles que contiene disposiciones penales. El último proyecto, número 1616 del año 1964, sobre protección de la libertad de competencia (*progetto Medici*) previó con pena privativa de la libertad, en

forma semejante al derecho belga, la contravención contra la comprobación, jurídicamente firme, de la existencia de un acuerdo ilícito o el abuso de posiciones dominantes en el mercado, mientras que para las faltas anteriores sólo impone pena de multa. Este proyecto, sin embargo, no se ha convertido en ley hasta el momento.

La legislación especial francesa parte del ordenamiento sobre precios número 45-1483, en el cual se agregaron, mediante el decreto de 9.8.1953, disposiciones jurídicas específicas sobre competencia. En la versión del reglamento número 67-835, de 28.9.1967, se prohíben y sancionan tanto la constitución de carteles como la concertación de unos con otros, en la medida que provocan un impedimento, restricción o falseamiento de los fines de la competencia. exceptuados de la prohibición y de la punibilidad son tales modos de comportamiento que se basan en disposiciones legales o reglamentos administrativos o en cierta manera mejoran las relaciones de consumo y amplían el mercado, o aseguran el desarrollo del progreso económico mediante racionalización o especialización. En esta excepción se expresó en el artículo 419 del *Code Pénal* una antigua jurisprudencia que diferencia entre acuerdos “buenos” y “malos”. Las conminaciones penales son muy considerables: pena privativa de libertad de hasta 5 años y (o) pena de multa de hasta 3 millones de francos. También se prohíben y sancionan las medidas de los empresarios que poseen una posición dominante en el mercado, en tanto tengan el efecto u objetivo de menoscabar el normal funcionamiento del mercado y persigan o causen un impedimento, restricción o falseamiento de la competencia. Complementariamente se prohíben ciertas prácticas empresariales: modos de comportamiento de impedimento o restricción, en especial impedimento de expedición, medidas colectivas de boicot, negocios de acoplamiento, convenios sobre uniones de exclusividad y rebajas de palabra. La prohibición de uniones de precio —también para artículos de marca— representa uno de los puntos centrales de la legislación francesa para asegurar la libre competencia.

La mencionada ley alemana, contra restricciones a la competencia, de 27.7.1957, prohíbe junto a las prácticas propiamente de cartel, también uniones verticales de precios y el abuso de posiciones dominantes de mercado, en todo caso estas últimas sólo en caso de una disposición de disuasión anterior (*cease and desist order*). Junto a numerosas excepciones (para carteles sobre condiciones, rebajas, crisis de estructura, racionalización y especialmente para la cooperación de pequeñas y medianas empresas) prevé la ley, por razones preponderantemente económicas de bienestar co-

mún, la posibilidad de excluir de la prohibición de cartel restricciones necesarias de la competencia mediante autorización ministerial. Este procedimiento formalizado representa el único camino legal para considerar aquellos puntos de vista económicos que son llamados *rule of reason* en el derecho *antitrust* americano; ciertamente, las autoridades sobre carteles alemanas tienden a ajustar su arbitrio en contra de la ley a una *rule of reason* —desconocida en el derecho alemán— luego no entablar persecución en el caso de “racionalidad” reconocida de las medidas restrictivas de la competencia. Por otra parte, además, crece el despropósito en cuanto a que la ley alemana excluye ramas completas de la economía y de la industria —como bancos y seguros, agricultura, tráfico público, suministro de agua y electricidad— de la mayoría de las disposiciones prohibitivas de la ley. Pero de todos modos, el gobierno alemán ha permitido revisar las llamadas “excepciones relativas a cierto ámbito” y preocuparse especialmente por un mayor estímulo de la competencia en el sector de bancos y seguros.

En el plano europeo los artículos 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea describen, por una parte, acuerdos y modos de comportamiento prohibidos de restricción de la competencia y contienen, por otra parte, la prohibición de la utilización abusiva de una posición dominante en el Mercado Común. Las cláusulas generales del tratado se aclaran y concretan mediante la mención de grupos de casos individuales. Como sanciones se prevén multas, que según la concepción predominante no son penas criminales, ni privación de dinero por coerción, sino las multas del derecho contravencional alemán. Mediante el ordenamiento del consejo, número 17, de 6.2.1962, se creó la posibilidad de impartir un llamado certificado negativo por la comisión de la Comunidad Europea. El mismo ordenamiento prevé que las multas pueden alcanzar un millón de unidades de contabilización (US dólares), junto con el 10% de las transacciones de ese año, que son anteriores a la contravención. Respecto del manejo e interpretación del artículo 85, especialmente en consideración a la *rule of reason*, la comisión de la Comunidad Europea sigue inequívocamente el punto de vista del legislador alemán, aunque el artículo 85, inciso 1, ha adoptado casi textualmente la sección 1 de la *Sherman Act*. En conjunto, la existencia de la posibilidad de disponer un *test* negativo para restricciones menores de la competencia, juntamente con la de otorgar la liberación provisional respecto de restricciones ambivalentes de la competencia y de establecer prohibiciones de actos

perjudiciales, ha llevado en el plano de la Comunidad Europea a una política sobre carteles de elevada autonomía.

## 2. Frecuencia y formas de aparición de los delitos sobre carteles

A causa de la competencia de autoridades centralizadas y de sus derechos de cooperación en los correspondientes procedimientos penales o bien de multa, existe una relativamente buena visión sobre la frecuencia y las formas de aparición de las contravenciones *anti-trusts*.

Los informes sobre las actividades de las autoridades proporcionan un rico material digno de consideración. En vista de la situación jurídica descrita, sólo son interesantes dentro de Europa occidental, desde el punto de vista criminológico y jurídico penal, los fenómenos de competencia alemán, francés y del Mercado Europeo. Su comparación, a pesar de las diferentes estructuras de la competencia, arrojan paralelos dignos de mención.

Hasta fines de 1975, conforme a los últimos informes de actividad de la Oficina Federal de Carteles en la República Federal Alemana, se iniciaron 6191 procedimientos por la Oficina Federal de Carteles, sólo por sospecha de contravenciones contra la prohibición de carteles en sentido estricto, que llevaron a 375 decisiones de multa, en parte de monto considerable; en el mismo tiempo se llevaron a cabo 811 procedimientos por sospecha de abuso de posiciones dominantes de mercado, los que llevaron sólo a 4 disposiciones de prohibición todavía no firmes.

Los informes de la Comisión Francesa sobre Carteles no contienen un material estadístico de conjunto comparable. Sin embargo, puede reconocerse claramente que la Comisión Francesa en el último tiempo también denota una tendencia clara a la estrictez, pero en los años 1973/1974 recomendó sólo en tres de sus once informes la prosecución de procedimientos penales. En lo demás, estos informes de la Comisión de Carteles en Francia ejercen una influencia que no puede desconocerse y que es notable en la opinión pública. En todo caso, por supuesto, la gran masa de los más de 5 000 casos franceses de contravenciones de cartel no han sido resueltos por la vía jurídico-penal, sino exclusivamente en sentido de la prevención y supresión de las condiciones objetables. Disposiciones de disuación se publican sobre todo en el campo de *refus de vente*.

a) Tanto en la República Federal de Alemania, como también en Francia, cuanto en el plano de la Comunidad Europea se en-

cuentran, antes como ahora, situaciones de concentración “clásicas”, que se refieren a la división de cantidades de producción y campos de consumo, así como especialmente a acuerdos ilícitos en licitaciones públicas.

Así, el Tribunal de Apelación de París, el 20.4.1971, impuso penas de multa y penas privativas de libertad en suspenso contra los responsables de 14 empresas de la industria de medios de protección en la construcción de París, Grenoble y Lyon, por acuerdos de licitación por años y repartición de mercado al principio de los años 60; la sentencia encontró su confirmación el 13.6.1972 en el Tribunal de Casación.

A proposición de la Comisión de Carteles se entablaron además, el año de 1974, procedimientos penales contra numerosos empresarios de autobuses escolares, después que se comprobó que las empresas correspondientes habían practicado durante años carteles de licitación en 3 departamentos.

En la República Federal de Alemania se impusieron, en el año de 1975, por la Oficina Federal de Carteles multas por el monto de cerca de 35 millones DM contra 350 empresas de la construcción, a las cuales se les comprobó varios miles de acuerdos de precios y licitación (con una mayor ganancia comprobada de 160 millones DM). También se descubrió y se castigó en el mercado de transporte y en la rama eléctrica carteles de licitación.

Que tales carteles de licitación representan un fenómeno internacional, lo señala, entre otros, el *Caso Kabel* dado a conocer en Inglaterra a principios de 1975.

El especial atractivo de tales carteles de licitación resulta de la falta de transparencia del correspondiente mercado, la falta de un precio de mercado auténtico como la posición semejante a la monopólica del lado público en relación a la demanda. La organización de oficinas de información de precios y mercados sirve a menudo para la preparación, así como la realización de acuerdos ilícitos.

También en el plano de la Comunidad Europea juegan un rol considerable estos delitos “clásicos” de cartel. La *praxis* de los tribunales europeos y de la Comisión de la Comunidad Europea ha tenido que ocuparse repetidamente con carteles de precios, que, en tanto acuerdos de precios, aparece que están básicamente prohibidos, de modo que no se ha hecho uso hasta el momento de la posibilidad de liberación conforme al artículo 85, inciso 3, del Tratado de la Comunidad Económica Europea. También la división de mercados conforme a territorios, clase o cantidad de los



productos, así como los grupos de clientes, han sido considerados por la Comisión en general como ilícitos, ya que no radica en el interés del usuario, ni sirve a mejoramientos económicos o técnicos. Una serie de procedimientos espectaculares ha aclarado recientemente las formas de aparición y dañosidad de estos acuerdos internacionales de cartel. Junto al cartel de quinina, que se remonta hasta el año 1892 y que finalmente fue juzgado por el tribunal europeo, con cuya ayuda se practicaron durante años toda clase imaginable de formas de acuerdos de cartel que había llevado a aumentos considerables de precios en los correspondientes medicamentos, ha logrado especial significación la sentencia del tribunal contra los principales productores europeos de tinturas: el tribunal dedujo de una serie de indicios que era improbable un alza unitaria espontánea de los precios y por eso existía en el sentido del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

En el plano internacional tampoco se presentan los acuerdos clásicos de carteles en forma pura, sino combinada: "carteles de marco", referido a varios medios de competencia.

Así la Comisión Europea a fines de 1972, impuso a 16 fábricas de azúcar europeas y sociedades de venta multas por monto de 33 millones DM. Los reproches iban en el sentido de que las firmas afectadas se habrían repartido los mercados regionales, especialmente desde la vigencia del reglamento sobre el mercado del azúcar del año de 1968, habrían obligado a importadores a restringir sus importaciones, así como a los intermediarios impedido vender azúcar a otros fabricantes. El tribunal europeo donde se interpuso la demanda contra las firmas referidas disminuyeron la multa a 5,8 millones DM. A principios de 1975, la comisión reprochó acuerdos de precios y repartición del mercado en la importación de conservas de champiñón en la República Federal de Alemania a cinco firmas francesas e impuso contra ellas multas por monto de 366.000 DM., ya que habían surgido perjuicios considerables a los usuarios alemanes. Después de la aparición de la comisión, se disolvió además, en el año 1975, un cartel de exportación, en el cual 4 grandes empresas de la industria europea de revestimiento de suelos había fijado precios y rebajas, sin que con ello se produjera un mejoramiento en la producción de materiales o en su repartición.

Una peculiaridad interesante de la delincuencia de cartel de la Comunidad Europea resulta además de la circunstancia señalada anteriormente de que diferentes Estados miembros de la Comunidad

Europea, conforme a su correspondiente derecho nacional permiten, o en todo caso no prohíben, acuerdos restrictivos de la competencia. Esto lleva a no pocas empresas, especialmente en Bélgica y Holanda, a practicar acuerdos de cartel, en los cuales también se incluye las firmas importadoras y al último distribuidor, de modo que está cartelizada toda la cadena desde la producción y la importación hasta el comercio. Ejemplos de esto son, por ejemplo, el cartel de precios y condiciones de los Países Bajos en relación a los productores de cemento, el cartel holandés sobre discos, el cartel belga sobre productores de ladrillos (*Convention Faience*) o la asociación belga de perfumes —todos ejemplos de la *praxis* de la Comisión de la Comunidad Europea. El efecto económico de estos acuerdos de cartel consiste, sobre todo, en que prácticamente todo el mercado nacional (belga o de los Países Bajos) no sólo ha sido dividido respecto de determinados productos, sino también cerrado en relación a todo otro competidor de los otros países de la Comunidad Europea. Mediante ello se ha puesto en el más grave peligro los objetivos del Mercado Común. En el caso *Vereeniging van Cementhandelaren* decidió la Comisión Europea, por ese motivo, que un cartel del cemento el cual se extendía a todo el territorio holandés y que era totalmente legal conforme al derecho nacional de Holanda, contravenía la legislación de cartel de la Comunidad Europea, porque ese cartel excluía el mercado de los Países Bajos en una forma que iba contra el espíritu del Tratado de Roma.

Un número creciente de estos carteles nacionales e internacionales no se realiza ya más en la forma tradicional de contratos elaborados, sino a través de modos de comportamiento acordados, que, sin embargo, en su contenido delincencial están muy próximos al contractual. Especialmente la forma oligopólica de mercado hace innecesario a menudo la celebración expresa de contratos, ya que un mínimo número de competidores permite hacer surgir una “reacción de asociación”. Por consiguiente, el competidor individual no puede poner en práctica sus medios de competencia sin tomar en consideración al otro competidor. Frecuentemente tienen aquí mayor significación que el acuerdo sobre precio y cantidad los entendimientos sobre calidad, servicio y otros medios de competencia. También los sistemas de información y procedimientos de observación del mercado pueden alcanzar a menudo el mismo efecto que simples carteles de precios, de modo que la jurisprudencia europea recientemente tiende —en coincidencia con la jurisprudencia de Estados Unidos a partir del caso *U.S. v. Container Corp of America*— en tales modos de comportamiento a usar de las pro-

hibiciones *per se*. En Gran Bretaña existe desde 1968 una disposición prohibitiva expresa respecto de convenios de información.

b) En el campo del abuso de posiciones dominantes de mercado están en el primer plano los casos de discriminación y obstaculización de otros participantes en el mercado —especialmente en la forma de boicot, del impedimento de expedición y de la negativa de venta (*refus de vente*)—, donde las prácticas del llamado *dumping* se han convertido en objeto del *Codex Antidumping* de 1967, que manejan la Comunidad Económica Europea y los Estados Unidos.

En estos casos el abuso de posiciones dominantes en el mercado dificultan a los de intereses opuestos del *partner* del mercado, a menudo, un juzgamiento y apreciación clara de las medidas de defensa. Los procedimientos introducidos nacionalmente y por la Comunidad Europea contra los consorcios del petróleo en consideración a su conducta en el mercado durante la crisis energética 1973/1974 señalan que aun los casos de gravedad de la sospecha de abuso de precio no pueden ser comprobados. La posibilidad de los consorcios multinacionales, de repartir casi arbitrariamente costos y ganancias, demuestran claramente las fronteras de los controles de cartel y de precios. Se puede aun ir tan lejos, que se afirme que las medidas de defensa en contra de restricciones de la competencia representan una excelente estrategia de empresas multinacionales, que en numerosos o en todo caso muchos Estados trabajan mediante una dirección dirigida centralmente. La superioridad financiera posibilita especialmente a las empresas multinacionales introducirse en mercados extranjeros y vender sus productos a precios extremadamente bajos. Que con eso ocasionalmente también las multinacionales caen en situaciones de lucha, lo señala la lucha entre los productores de Pepsi Cola y Coca Cola en Brasil.

La utilización abusiva de la posición dominante en el mercado mediante empresas multinacionales se lleva a cabo a menudo en la forma ya aceptada del abuso del precio (explotación), pero también en otras formas de dictados de imposiciones contractuales respecto de compradores y proveedores.

Así la Comisión de la Comunidad Europea impuso a la firma United Brands una multa en monto de 3.600.000 DM, sobre todo en consideración al hecho de que esta empresa había contabilizado diferentes precios a sus compradores, sin que hubiese razones objetivas.

Tales modos de comportamiento son, como se ha dicho, difíciles de juzgar, sobre todo en la medida que las empresas utilizan exclu-

sivamente posibilidades financieras, que el derecho nacional correspondiente propiamente no prohíbe. Ya el concepto de abuso de posiciones de poder económico es, como tal, difícil y en último término no está aún aclarado. La situación jurídica sólo se hace más fácil allí donde las empresas multinacionales se sirven de las prácticas tradicionales de concentración, y tales contratos de cartel, clásicos entre multinacionales, no son en modo alguno raros, en especial respecto de la delimitación de campos de mercado. Posiblemente se presentan también acuerdos sobre la limitación de cualidades del producto. Con tales acuerdos clásicos de cartel van también unidas medidas contra el marginado.

Ciertamente, en consideración a la conducta de empresas multinacionales, muchos Estados y la Comunidad Europea han pasado a la etapa de aplicar su jurisdicción, incluido el ejercicio de sus disposiciones penales, también a aquellas empresas extranjeras cuyo comportamiento tiene repercusiones en el interior. El intento muy avanzado de la jurisprudencia de los Estados Unidos en el famoso caso del fabricante de relojes suizos, ha sido muy reprochado, en todo caso, en relación a las fronteras del derecho internacional público y de la soberanía nacional. En consideración a las fronteras territoriales del poder nacional político están, por otra parte, totalmente en el papel las disposiciones y sentencias judiciales para la disposición del derecho sobre monopolios y el castigo de contravenciones al derecho de los monopolios en cuanto se trata de firmas extranjeras que no tienen —como en los casos de la *Continental Can Company* o *Comercial Solvents*— una rama filial en el interior, contra la cual se pueda proceder —aunque no sin frecuencia con mucha dificultad. En todo caso, queda firme de que también la Comunidad Europea asume la pretensión, desde el caso del productor de frenos de Estados Unidos *Bendix*, de aplicar el derecho de cartel europeo a las firmas no europeas.

Ya que las naciones unidas recientemente han puesto en su programa de largo tiempo los “hechos punibles realizados mediante abuso de poder, especialmente de poder económico”, el problema de la superación política y jurídica del comportamiento de competencia de consorcios multinacionales ocupará el interés internacional por el resto del siglo.

## V. RESUMEN Y VISIÓN GENERAL

La idea de la competencia se difunde en la legislación nacional y en la práctica de los Estados de Europa occidental, aun cuando

la Comunidad Europea misma se encuentra en una crisis considerable. Como se señaló anteriormente, también Holanda planifica la introducción de prohibiciones de cartel y medidas de inspección preventivas para uniones empresariales. Incluso Suiza, que hasta ahora era extremadamente liberal en la admisión y juzgamiento de carteles y uniones, señala una tendencia considerable en dirección a la creación de una auténtica legislación de carteles y a proveer a su Comisión sobre Carteles de poderes reales.

Es natural que este proceso de difusión y reforzamiento de la idea y realidad de la competencia también vaya junto con la introducción reforzada de penas y medidas semejantes a la pena, en todo caso para las contravenciones más graves respecto del derecho sobre monopolios. La práctica correspondiente al nivel europeo, de considerar determinadas formas de cooperación perjudiciales *per se* y de castigarlas, deberían interpretar el correcto compromiso entre las exigencias de una política de competencia efectiva y la exigencia de una administración igualitaria y justa de la justicia penal. Hay base para aceptar que una política dirigida consecuentemente a la configuración y aseguración de la competencia, garantiza, en medida especial, la libertad del *partner* del mercado y, además, es apropiada para impedir y destruir limitaciones de la competencia y, con eso, contravenciones contra el derecho sobre carteles. El aspecto recalcado por la filosofía económica alemana sobre aseguramiento de la libertad, debería al mismo tiempo ser apropiado para fortalecer la conciencia pública respecto del valor de la competencia como principio fundamental de la economía occidental.

Traducción: JUAN BUSTOS