

**LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA DE LA LIBRE
COMPETENCIA, UN COLOQUIO CON EL PROFESOR
ERNST J. MESTMACKER * ****

Enrique Barros***

En diciembre de 1982, a iniciativa del Centro de Estudios Públicos, se reunió un grupo de abogados chilenos con el profesor Ernst Mestmäcker, director del Instituto Max Planck de Hamburgo para Derecho Privado extranjero e internacional.

El temario original de la discusión, que comprendía diferentes materias del Derecho Comercial, se redujo, en definitiva, a temas de la libre competencia, en los cuales el Prof. Mestmäcker es uno de los más connotados especialistas europeos.

Atendidos el alto nivel de la discusión y el permanente interés de los temas tratados, se convino entonces con el invitado y con los abogados participantes la eventual publicación de la conversación.

El profesor Mestmäcker ha autorizado con posterioridad que se publique una versión como la que ahora aparece en Estudios Públicos.

En la reunión participaron los abogados Juan Manuel Baraona, Antonio Bascuñán, Helmut Brunner, Carlos Concha, Juan Carlos Dorr, Patricio Fuentes José Tomás Guzmán, Carlos Larraín, Waldo Ortú-

* Centro de Estudios Públicos, 2 de diciembre de 1982. Este trabajo fue editado especialmente para *Estudios Públicos* por el Sr. Enrique Barros.

** Director del Instituto Max Planck de Hamburgo para Derecho Privado extranjero e internacional.

*** Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile.

zar, Julio Philippi, Jorge Streeter, Carlos Urenda y Enrique Barros, quien actuó asimismo como coordinador.

El coordinador agradece a los participantes su disposición para que Estudios Públicos publicara este coloquio.

Profesor Mestmäcker:

Creo que el tema de la legislación antimonopolios es de común interés para todos nosotros y confío en que lo podamos desarrollar en nuestra conversación.

La distinción básica que hemos de tener en consideración respecto de los monopolios es entre los que son de derecho público y los que son de derecho privado.

Por monopolios de derecho público entiendo aquéllos a los cuales el legislador ha conferido expresamente derechos exclusivos. Respecto de ellos no cabría aplicar las normas contra la restricción de la libre competencia. Por este motivo es necesario contemplar normas especiales para regular el comportamiento de los monopolios de derecho público, como lo hace la legislación europea. En el contexto de las legislaciones nacionales, la pregunta por los monopolios de derecho público remite a las reglas que dictó el legislador nacional para la administración de dichos monopolios.

De los monopolios de derecho público se diferencian las empresas públicas. Por empresas públicas entiendo aquéllas en que el Estado tiene una importante participación como accionista. El motivo para un trato especial en el contexto del derecho comercial reside, en estos casos, en que el Estado puede disponer de medios de capital tan abundantes que terminan por sustraer a las empresas en que él participa de los riesgos de la competencia. El problema radica en que una empresa pública puede soportar pérdidas indefinidamente. En esta esfera, las tareas del legislador y de la administración estriban fundamentalmente en garantizar que las empresas públicas actúen en un marco semejante al que tienen las empresas privadas. Este es un propósito aparentemente simple, pero hacerlo efectivo suscita problemas considerables. Tal vez podamos referirnos más adelante a este asunto.

En el caso de los monopolios privados surge la pregunta acerca de cuáles empresas no están suficientemente controladas por la competencia como consecuencia de su posición de dominio de mercado. Estamos partiendo de la base de que el instrumento más indicado para el control de la conducta de las empresas es la libre competencia. La justificación de legis-

lar acerca de las empresas con dominio de mercado o de las empresas monopólicas reside en que su conducta no está controlada, o al menos no lo está en grado suficiente, por la libre competencia. Tal posición monopólica o de dominio se detecta a partir de verificaciones en mercados individuales.

Las normas que el legislador puede o debe establecer a este respecto son diferentes desde un doble punto de vista. Por una parte, están aquellas normas que buscan regular la conducta de tales empresas en el mercado, prohibiendo, por ejemplo, las discriminaciones. Por otra parte, existen prescripciones que tienen por finalidad prevenir posiciones de dominio sobre el mercado como las que se podrían conquistar, por ejemplo, a través de fusiones de empresas. Las normas en cada caso muestran considerables diferencias entre un país y otro. En general, respecto del caso específico de las fusiones, las legislaciones europeas las prohíben toda vez que conduzcan a una posición de dominio de mercado. La ley norteamericana es todavía más estricta.

Quizá con estos antecedentes iniciales y apodamos iniciar nuestro coloquio.

Una de las bases del derecho privado es la autonomía para contratar. Sin embargo, en el derecho sobre monopolios esa autonomía está limitada para prevenir determinados riesgos y las partes, lejos de tener autonomía para contratar, muchas veces son obligadas a hacerlo o bien se les prohíbe hacerlo. Quisiera conocer sus puntos de vista al respecto.

Profesor Mestmäcker

Esta es una pregunta intensamente discutida cuando se han establecido reglas para cautelar la libre competencia.

Quisiera antes que nada plantear mi propia opinión respecto de las prohibiciones. Para mí esta prohibición únicamente se justifica respecto de las empresas monopólicas o con dominio de mercado, puesto que sólo ellas están en condiciones de comprometer el funcionamiento de la libre competencia. La libre competencia –y con esto respondo a la parte substantiva de su observación– garantiza que la autonomía privada sea compatible con el interés público. Cuando se excluye la libre competencia –por abuso, deslealtad o control unilateral– la autonomía privada pierde, por decirlo así, su legitimidad. Esto es valedero tanto para los monopolios de derecho público como para los de derecho privado. Pero cuando el mercado es competitivo, los controles de discriminación pierden sentido.

El gran problema que plantean las empresas públicas descansa en la enorme capacidad que tienen para soportar pérdidas que en ningún caso un particular estaría en condiciones de afrontar. ¿Cómo se resuelve este problema?

Profesor Mestmäcker:

En el derecho alemán el problema ha sido abordado a través de normas relativas a la organización de las empresas públicas. Está prohibido que estas empresas puedan ser gestionadas como partes de la administración centralizada del Estado. La legislación alemana, por lo demás, prohíbe los monopolios de Estado. Por lo tanto, estas empresas deben ajustar sus esquemas a los de la sociedad de responsabilidad limitada o a los de la sociedad anónima. Con esto se garantiza que el financiamiento de las empresas públicas sea públicamente conocido y que a través de su contabilidad se puede verificar si arrojan pérdidas o ganancias. Con todo, incluso cuando las empresas públicas se plantean como sociedades comerciales, siempre existe la posibilidad de que desplacen, gracias al uso indiscriminado de recursos públicos, a los competidores privados.

El derecho alemán resuelve el problema sometiendo a las empresas públicas a las mismas normas de competencia que rigen para las empresas privadas. De esta manera se establecen resguardos contra la competencia desleal y contra las restricciones a la libre competencia. Sin embargo, la aplicación de estas normas supone que tales empresas actúen en la esfera del derecho privado, organizadas como sociedades comerciales.

En el contexto de la Comunidad Económica Europea su pregunta es todavía más relevante, porque el sector público de países como Italia o Francia es más voluminoso que el de la República Federal Alemana.

El derecho económico europeo contempla dos reglas básicas relativas al tema. La primera es una prohibición de los monopolios comerciales del Estado. Dichos monopolios sobre la comercialización, importación o exportación de determinados productos –tabacos, licores, petróleo, etc.– son incompatibles con el tratado de la Comunidad según la Corte Europea y están derogados. Según la Corte, y el tratado, para las empresas públicas rigen las mismas normas aplicables a las empresas privadas. La Comisión de la Comunidad Económica Europea está facultada para dictar regulaciones especiales para hacer efectiva esta paridad y hace un tiempo obligó a los estados miembros a comunicar el tipo de financiamiento de las respectivas empresas públicas, con el propósito de dar a conocer sus mecanismos de capitalización.

La segunda regla concierne a la prohibición de los subsidios. Para prevenir el riesgo de que los estados miembros otorguen subsidios invisibles a través del financiamiento, son indispensables las normas sobre publicidad y es conveniente la estructuración de las empresas públicas como sociedades comerciales de las que el estado es un accionista.

Todo lo anterior es sin perjuicio de que en el derecho europeo valgan para las empresas públicas las demás reglas sobre libre competencia.

Para que la libre competencia esté suficientemente protegida se necesitan, además de normas sustantivas, organismos administrativos que sean eficientes en sus labores de control y tribunales que puedan sancionar oportunamente las infracciones. ¿Cuál es la experiencia alemana sobre el particular?

Profesor Mastmäcker:

En Alemania la libre competencia está protegida judicial y administrativamente. El control administrativo está radicado en las autoridades del organismo contralor de los monopolios. El control judicial corresponde a los tribunales ordinarios, y ellos son los llamados a determinar las indemnizaciones civiles por concepto de competencia desleal y las sanciones administrativas para las contravenciones a las normas generales sobre monopolios.

Administrativa y judicialmente existen numerosos precedentes que comprueban que esta legislación se ha aplicado indistintamente a empresas públicas y privadas. La autoridad administrativa, por ejemplo, inició acciones contra radioemisoras y estaciones de televisión, que en Alemania son públicas. Los tribunales acogieron estas acciones toda vez que pudieron establecer que tales empresas operaban en condiciones de competencia privada. En el caso de los organismos de televisión y radiodifusión se determinó, por ejemplo, que sus actividades eran competitivas de las actividades de la industria cinematográfica. En los últimos cinco años se ha desarrollado una interesante jurisprudencia sobre la materia. La tesis en favor de una amplia aplicación de las normas de competencia fue expuesta por primera vez por mí y ha sido aceptada por la Corte Suprema alemana, lo cual es para mí motivo de orgullo.

En Chile, la aplicación de las normas de competencia está a cargo de una entidad administrativa y de tribunales especiales. Quizás en princi-

pio sería deseable que estas materias también fueran del conocimiento de la justicia ordinaria, pero dadas las deficiencias que ella acusa en este país quizá sea preferible la actual situación. A su juicio, ¿es preferible la vía administrativa especial o el recurso ante la justicia ordinaria?

Profesor Mestmäcker:

Quisiera responder a su pregunta sobre la base de la legislación alemana. Nuestra Constitución prohíbe los tribunales especiales de cualquier índole. Existen tribunales administrativos y tribunales ordinarios, pero no hay tribunales especiales. Incluso respecto del derecho antimonopolios, nuestra situación es muy particular. En principio, la observancia de estas normas es cautelada por las autoridades administrativas encargadas de resguardar la libre competencia. Pero las actuaciones de estas autoridades están sujetas al control jurídico de los tribunales ordinarios. El legislador fue del parecer que los tribunales ordinarios serían más aptos para controlar estas normas que las autoridades administrativas.

En relación a su observación sobre la ineficiencia de la justicia, puedo señalar que la experiencia alemana, durante los primeros años en que los tribunales ordinarios estuvieron conociendo de estos asuntos, no fue enteramente satisfactoria. Los tribunales competentes tenían enormes dificultades para juzgar adecuadamente las situaciones monopólicas. Pero eso fue sólo al comienzo, lo cual indica que cuando no se imponen nuevas responsabilidades a la justicia, difícilmente los jueces pueden capacitarse para resolver problemas nuevos.

Me interesa conocer sus opiniones sobre los llamados precios “dumping” o precios desleales. A su juicio, ¿representan un abuso contra el consumidor o constituyen más bien un abuso en contra de los competidores?

Profesor Mestmäcker:

Quiero comenzar por formular un principio jurídico. Los precios desleales o precios “dumping” fijados por empresas con dominio de mercado y que han sido decididos en contra de competidores individuales, son abusivos e ilícitos. El gran problema reside en indicar con exactitud en qué momento los precios responden a esta precripción. Con todo, pienso que las

reglas sobre “dumping” no deben derivar en prohibiciones generales de discriminación. Por prohibición general de discriminación entiendo aquí la que es aplicable sin considerar la posición de mercado de una empresa. Quiero decir, entonces, que la prohibición de precios “dumping”, que pueden ser precios de propaganda, debiera estar limitada a aquellas empresas con dominio de mercado.

En el campo de la literatura antimonopolios se ha renovado recientemente la controversia en torno a la definición de la competencia. Específicamente el profesor Bork ha llegado a sostener que la competencia debe ser definida como una situación extrema en la cual el bienestar del consumidor sólo puede ser mejorado mediante una resolución administrativa o judicial. Si el bienestar del consumidor no puede ser mejorado por este conducto, no se pueden aplicar sanciones a las empresas presuntamente infractoras, aun cuando exista una aparente lesión a un competidor. Es decir, el profesor Bork coloca al interés del consumidor como principal y única orientación para aplicar la legislación antimonopolio.

Profesor Mestmäcker:

La respuesta a esta pregunta bien podría tomarnos el resto de la jornada. Estoy de acuerdo con el profesor Bork en orden a que el bien jurídico protegido por las normas antimonopólicas no puede ser el interés de los competidores. No debiera serlo. Pero incluso si fuera el interés de los competidores el fundamento de las normas, tal fundamento sólo tendría validez en relación a una prohibición general de discriminación. Tal prohibición está establecida en Estados Unidos por la Robinson-Patman Act y la crítica de Bork apunta básicamente contra los criterios con que ha sido aplicada. En esta misma conversación me he pronunciado ya contra tales prohibiciones generales de discriminación. Me parece, sin embargo, que lo contrario vale cuando tenemos un monopolio público o privado que excluye del mercado a determinado competidor por la vía de precios desleales, pues aquí estamos frente a un caso en que la protección de la competencia es idéntica a la protección del competidor.

Quiero señalar que el profesor Bork es el más importante representante de la corriente de opinión que subestima abiertamente la incidencia de los precios desleales, de los cuales hablábamos hace un momento.

Ahora bien, analicemos el criterio enunciado por Bork, en el sentido de que el derecho antimonopolios sólo debiera entrar en acción cuando no

resulte posible mejorar las condiciones vigentes para los consumidores por la vía de la competencia. Según los criterios cuantitativos de la ciencia económica, la descripción tradicional del bienestar óptimo está asociada a condiciones de competencia perfecta y plena. Esta asociación, en el fondo, no es sino otro modo de formular el principio de que la plena competencia siempre tenderá a la maximización de la satisfacción de las demandas de los consumidores. La verdad, no obstante, es que esta afirmación dice muy poco respecto de las medidas que deberían aplicarse concretamente en el derecho antimonopolios.

Si usted desea hacer efectivo el criterio antes mencionado, la única posibilidad sería contando con regulaciones generales acerca de la utilidad pública, lo cual considero un síntoma revelador de la insuficiencia de este criterio. Quiero dar un ejemplo. El profesor Bork señala que las restricciones **per se** a la libre competencia deben quedar prohibidas sin excepción. Esta tesis sólo puede defenderse en el contexto de la ciencia económica si se pudiera demostrar que la prohibición de los acuerdos monopólicos de precios conduciría en cada caso a una optimización de la satisfacción de las necesidades de los consumidores. Resulta, sin embargo, imposible juzgar cuáles serían las condiciones de mercado sin tales acuerdos monopólicos de precios si se desconocen los mercados concretos. Las condiciones imperantes en el mercado del cemento son totalmente diferentes de aquellas del mercado de las computadoras. Y las repercusiones de un cartel difieren fundamentalmente de mercado en mercado. Las ideas de Bork son consistentes, pero tienen el defecto de suponer que la ciencia económica puede analizar situaciones particulares con mayor precisión de lo que realmente puede.

Y ocurre que si las legislaciones persisten en prohibiciones generales de los entorpecimientos de la libre competencia, es porque existe una razonable probabilidad, basada en los principios elementales del comportamiento económico, que tales prohibiciones producen favorables efectos generales. Pero eso no tiene nada que ver con los intentos de Bork de formular un criterio (standard) matemáticamente exacto.

No he leído al profesor Bork, pero me parece un tanto peligroso centrar el objetivo de la legislación sobre competencia en el solo beneficio del consumidor. Aquí estamos entre ahogados y considero que este punto de vista conduce a una teoría economicista de muy corto alcance, entre otras razones porque presupone un enfoque estático de las distintas situaciones. Por ejemplo, es insatisfactoria para cubrir el caso de la empresa que otorga en el corto plazo un beneficio al consumidor con miras a una

conducta abusiva de mercado a más largo plazo. Me parece que el referido criterio deja de lado el elemento tiempo y, en segundo lugar, que parte de un supuesto, a mi juicio erróneo, cual es que la empresa desplazada en forma desleal puede volver a competir con la empresa monopólica una vez que ésta se ha sacado la careta y termina por imponer condiciones abusivas o injustas. Me parece que la regulación de la competencia debe fundarse más bien en una manifestación en el campo económico del derecho a la libertad de acción dentro de una sociedad libre antes que en los beneficios del consumidor.

Profesor Mestmäcker:

Coincido con su objeción metodológica. Lo que usted ha formulado desde una perspectiva jurídica puede también formularse en términos económicos. El fundamento del planteamiento del profesor Bork es la clásica teoría de los precios. Y esta teoría es estática. La optimización del bienestar, utilizada por Bork como patrón básico, es una suerte de toma fotográfica instantánea posible de confrontar con un modelo. De aquí parten todos los juicios de Bork. En el preciso instante en que introduce el factor dinámico – el tiempo– sus juicios pierden el carácter unívoco y entonces nos vemos obligados a juzgar, teniendo en consideración otros puntos de vista, si existe o no una restricción a la libre competencia.

En definitiva el problema es que las fórmulas absolutas y generales – y los intereses del consumidor son una de ellas– pueden ser rellenas con contenidos totalmente diferentes. En el concepto “interés del consumidor”, en la práctica, pueden englobarse innumerables valores o intereses de carácter económico y social, siempre y cuando esos intereses y valores sean visualizados a largo plazo y sean definidos en forma amplia. 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 intereses económicos de los consumidores. En ellas también son relevantes aspectos de justicia. Por su puesto que de justicia en relación a situaciones específicas de la vida económica.

El problema que conlleva suponer que la legislación antimonopolios protege múltiples bienes jurídicos, o bienes jurídicos indeterminados e imprecisos, es que en definitiva puede prestarse para legitimar intereses sectoriales con perjuicio abierto para los intereses generales de la socie-

dad. La legislación antimonopolios quiere favorecer la libre competencia, pero la propia legislación contempla excepciones donde la competencia es restringida o erradicada en función de consideraciones que a menudo no buscan otra cosa que favorecer a grupos sociales o proteger la ineficiencia de algunas áreas de la economía.

Profesor Mestmäcker:

La experiencia parece justificar su preocupación. En el proceso político se intenta una y otra vez emplear las normas antimonopolios para protegerse de la competencia. La protección especial de las pequeñas y medianas empresas es el mejor ejemplo sobre el particular. En la República Federal Alemana este problema alcanza dimensiones significativas. Estoy de acuerdo, por consiguiente, en que el peligro existe. Un área en que físicamente se puede producir estos abusos de las reglas de competencia en favor de ciertos grupos es con ocasión de la aplicación de prohibiciones generales de discriminación. Allí existe permanentemente el riesgo de intervenir en mercados competitivos, limitando injustificadamente la libertad de contratación. Otras áreas como el control de fusiones, presentan menos problemas.

Existe además un riesgo adicional y es que los organismos encargados de velar por la libre competencia, a través de sus prácticas y criterios para interpretar la ley, comiencen a mostrarse vulnerables a las presiones de tipo político, dada la magnitud de los intereses que pueden estar involucrados en estos asuntos. En prevención de ese riesgo tales autoridades quizá debieran orientarse única y exclusivamente por la protección de los intereses del consumidor.

Profesor Mestmäcker:

Es innegable que ese riesgo, que podríamos caracterizar como un riesgo político, también existe. Pero el dejarse orientar exclusivamente por los intereses del consumidor para prevenirlo no es garantía de una solución coherente. El acuerdo de la Comunidad Económica Europea prohíbe en general los carteles. Pudiera pensarse que lo hace en tributo a los intereses de los consumidores. Sin embargo, el propio acuerdo contempla excepciones a esa prohibición y estas excepciones, por expresa declaración del

acuerdo, están fundadas en la protección del interés de los consumidores. ¿Quién entiende esta lógica? ¿Cuál es el criterio rector?

Creo que hemos de ser sumamente cautelosos para clarificar este tema. La pregunta de la cual arrancamos pretende establecer si en la interpretación de las normas antimonopolios debemos tener en consideración, como finalidad única, la protección de los intereses del consumidor, para evitar los riesgos señalados por algunos de ustedes y por el propio profesor Bork. Basándome en el derecho de competencia europeo he señalado que este criterio no es el más adecuado para conducir a interpretaciones acertada. Puede coincidirse con gran parte de la crítica que formula el profesor Bork relativa a los criterios con que suelen aplicarse las normas de competencia sin necesariamente adherir a la doctrina según la cual el interés del consumidor sería el único bien jurídico protegido por las normas de competencia. En mi opinión, el bien jurídico protegido por estas normas es la libertad de la competencia.

Las excepciones a las normas antimonopolios tienen invariablemente una motivación política específica. Se persigue que sirvan a fines distintos de la protección de la libre competencia. Opino que estas excepciones deben ser tratadas en cuanto tales y que carece de razón atribuirles un sentido o motivación general puesto que, en la práctica, sirven a finalidades que pueden ser muy distintas. Mi opinión es que el derecho antimonopolios, como tal, sólo debiera servir al fin de proteger la libertad de competencia.

Los legisladores, sin embargo, a menudo piensan otra cosa. En mi calidad de jurista, esta circunstancia plantea dilemas muy serios. Con frecuencia uno se pregunta cómo responder, cómo proceder, frente a disposiciones que manifiestamente escapan a las finalidades estrictas de la libre competencia. He llegado a pensar que la libre competencia debe ser asumida como el bien jurídico protegido y como la vara fundamental de interpretación de estas normas, hasta donde ello sea posible. Las excepciones a las reglas generales sobre libre competencia, en cambio, debieran interpretarse tan estrechamente como se pueda.

La ley alemana, por ejemplo, consulta excepciones a la prohibición de los carteles y de las fusiones empresariales que pueden ser decididas por el Ministro Federal de Hacienda a condición de que respondan al interés público. El interés público no está definido por la ley y en la práctica es visualizado como resultado de los criterios y políticas del gobierno. El Ministro de Hacienda ha definido como interés público, a vía de ejemplo, el aprovisionamiento energético de la nación. Recientemente declaró que la conservación de los puestos de trabajo también lo era. Estos intereses inequívocamente son distintos a los intereses del consumidor, entendidos al menos en un contexto

inmediato de competencia. Ciertamente estas excepciones –en mi opinión– son peligrosas. Es verdad que han sido aplicadas en escasas oportunidades. Pero las menciono a fin de demostrar cuán amplios pueden ser los puntos de vista contemplados en las normas de competencia. Si miramos a otras legislaciones, como la francesa por ejemplo, comprobaremos que los puntos de vista del interés público son todavía mucho más vastos. Todo lo cual reafirma la imposibilidad de encontrar criterios generales de orientación para interpretar todas las excepciones a las normas de competencia.

Quizás en la medida en que se pudiera definir en términos positivos la finalidad que persiguen las normas de competencia podrían determinarse con precisión las excepciones a esas normas.

Profesor Mestmäcker:

Entramos a un tema difícil. Finalidad de la legislación antimonopolios es la garantía de la libre competencia. Es imposible definir el contenido de la libertad sin destruirla. La libertad es indeterminada por definición. Por tal razón, sólo es dable protegerla a través de normas negativas. Tal es el aporte de Von Hayek al tema. Y por este motivo creo que las normas antimonopolios deben ser interpretadas ponderando si amplían o restringen el ámbito de la competencia. Estoy de acuerdo en que las excepciones a la libre competencia deben ser enunciadas con exactitud y aplicadas de la forma más racional que sea posible. Pero hay que tener en cuenta que la experiencia indica que las normas restrictivas de la libre competencia rara vez sirven a los fines que ha tenido en cuenta el legislador al establecerlas. Y se podrían señalar múltiples ejemplos en este sentido.

¿Qué tipo de sanciones –administrativas o penales– se contemplan en las normas de competencia? De ser penales, ¿en qué forma ellas comprometen a las personas naturales responsables por los actos de las empresas? Finalmente, en relación a las disposiciones sobre indemnización por daños y perjuicios, ¿qué grado de eficacias tienen estas normas?

Profesor Mestmäcker:

Hemos llegado a los problemas propiamente jurídicos. en el ámbito jurídico europeo cabe distinguir entre contravenciones a la ley y actos

propiamente criminales. Para las infracciones de las normas antimonopolios no hay sanciones penales. Se trata de contravenciones que constituyen un ilícito administrativo. Ese es el punto de partida del análisis jurídico. Ahora bien, las sanciones son, por consiguiente, de orden administrativo y de orden civil.

Las sanciones administrativas pueden consistir en prohibiciones de ciertas conductas y en multas. Las multas pueden ser muy elevadas y su control corresponde a los Tribunales. Las sanciones civiles corresponden a las provenientes de la responsabilidad extracontractual.

Ahora veamos el sujeto responsable. Según el derecho alemán la responsabilidad de las empresas radica ante todo en sus órganos. Las acciones administrativas se dirigen contra estos órganos: el propietario de la empresa individual; el representante, en las sociedades de personas; el directorio en las sociedades anónimas. En el derecho europeo, sin embargo, sólo son responsables las empresas como tales. Las multas, por consiguiente, no son pagadas por personas naturales, sino por las empresas.

Las acciones por indemnizaciones civiles se dirigen contra las empresas, según las reglas generales del derecho civil, que establecen la responsabilidad de las empresas por hechos de sus órganos.

¿Cuál era la situación en Alemania antes de 1958? ¿Qué dijo la crítica propiamente jurídica en relación al auge de los carteles y monopolios alemanes?

Profesor Mestmäcker:

Comienzo por el último punto. Hasta la segunda guerra mundial, Alemania fue la nación con mayor cantidad de carteles en el mundo. La crítica en contra de este desarrollo fue formulada por primera vez por mi maestro, el profesor Franz Böhm, en su libro *Wettbewerb und Monopolkampf*, del año 1933. La tesis de Böhm es que los carteles son incompatibles con un sistema de libre competencia. Señala el autor que la economía de mercado presupone un marco jurídico que garantice la posibilidad efectiva de una libre competencia. Por razones obvias, en 1933, tal crítica cayó en el vacío. Fue el año en que asumieron al poder los nacionalsocialistas. Los nazis utilizaron los carteles como base de su planificación económica y dictaron normas que incluso condujeron a la formación forzosa de carteles. Esto significó que los carteles, en la práctica, quedaran protegidos de la competencia de terceros y con frecuencia las pequeñas empresas fueron obligadas

por ley a incorporarse a los carteles. Esta experiencia quedó grabada en la mente del pueblo alemán y explica por qué en Alemania se toma muy en serio la coincidencia entre el poder económico y el poder político.

Hasta el año 1958 rigió en Alemania un derecho de carteles que variaba de una a otra zona de ocupación. Los norteamericanos impusieron en su jurisdicción una especie de Sherman Act; los franceses, una legislación antimonopolios francesa y los británicos, una mezcla de ambas. Estas normas, con todo, carecieron de trascendencia práctica. La legislación alemana antimonopolios data sólo de 1958 y fue aprobada con la fuerte oposición de la industria alemana. Logró ser promulgada sólo porque el entonces Ministro federal de Hacienda, Ludwig Erhard, amenazó con renunciar en una decisión revestida de gran dramatismo.

Quisiera que conversáramos acerca de la competencia extranjera. En países de economías pequeñas y bajas tarifas aduaneras esa competencia pasa a ser decisiva. ¿Qué criterios han desarrollado la doctrina y la jurisprudencia para interpretar el concepto de posición dominante de mercado en relación a la competencia extranjera potencial o efectiva?

Profesor Mestmäcker:

Esta pregunta jugó desde luego un papel importante en las legislaciones europea, alemana y norteamericana. Al ser planteada, quedó en claro que debían ser contabilizadas en el mercado pertinente las importaciones efectivas. Si a determinado mercado concurren importaciones, es lógico que las importaciones se contabilicen como parte del mercado, tal como si la oferta procediera de la industria nacional. Tal ha sido el criterio de la Comisión Europea y de los tribunales competentes. Más difícil y discutible es el caso de las importaciones potenciales respecto de la determinación de la posición dominante de mercado.

El intento de resolver esta cuestión no puede dejar de tomar en consideración las importaciones realmente efectuadas. En la práctica, el asunto se resuelve en consideración a datos objetivos. Una empresa afirma que la competencia extranjera excluye su posición de dominio de mercado. Luego se contabilizan las importaciones efectivamente realizadas durante un determinado período y se investiga si las importaciones variaron al cambiar el nivel de los precios. Si a pesar de los precios elevados no se han cursado mayores volúmenes de importaciones, existe una alta probabilidad de que no haya una efectiva competencia extranjera potencial.

¿En qué términos la legislación europea se pronuncia acerca de la exclusividad en la distribución de productos extranjeros?

Profesor Mestmäcker:

En la Comunidad Europea hay derechos exclusivos de distribución que están prohibidos. El ejemplo más característico es el de dos empresas del mismo rubro que acuerdan distribuir recíprocamente ciertos productos en sus respectivos territorios nacionales. Una fábrica francesa de receptores de televisión entrega la exclusividad de su producción a una empresa alemana similar y ésta, a su vez, hace otro tanto con la empresa francesa. En este caso cada competidor decidirá cuánta competencia quiere hacerse a sí mismo. Por regla general estos acuerdos son inaceptables en la legislación europea. También son ilícitos los contratos que aseguran la posición exclusiva de determinada empresa respecto de la importación o la exportación de un producto. Esta figura se plantea toda vez que las empresa prohíben a sus clientes reexportar los productos que compran. De esta manera se excluye la competencia más allá de las fronteras. Sin embargo, la exclusividad en tanto tal, sin prohibir la exportación, está permitida. Con todo, esta exclusividad podría ser objetada por las autoridades antimonopolios si objetivamente conducen a una restricción de la competencia. Este efecto se presentará casi siempre que una empresa con dominio de mercado aplique tales contratos de exclusividad. Pero es el resultado de aplicar las reglas generales sobre dominio de mercado.

Cuando Ud. ha hablado de la ley alemana, ¿se está refiriendo a las decisiones del Poder Legislativo o está incluyendo también en ese concepto las decisiones de los tribunales?

Profesor Mestmäcker:

Ambas opciones son inseparables en la legislación alemana. Cuando hablo de ley alemana me refiero a la legislación vigente que es aplicada por las cortes y por las autoridades antimonopolios. La distinción norteamericana entre el “statute” y los “cases” no se plantea en la República Federal. Una norma legal no es inefectiva porque no existe jurisprudencia al respecto. Cuando su sentido es claro e inequívoco, es aplicada en la práctica sin que su contenido deba ser necesariamente refrendado por la jurisprudencia.

En Chile, profesor Mestmäcker, la ley antimonopolios contiene en lo básico una delcaración general que prohíbe todo acto, conducta o hecho que tienda a impedir la libre competencia. En lo demás, es una ley de procedimiento. En definitiva, el contenido de la ley lo determina el organismo encargado de velar por su aplicación. Pues bien, en la experiencia chilena se ha profundizado muy poco en la relación de causalidad que en principio debería existir entre la conducta que está siendo juzgada y el efecto perturbador que eventualmente haya tenido en el mercado. Si se trata de un acuerdo de precios entre dos productores, por ejemplo, se parte de la base que el precio acordado ha sido absolutamente distinto del que habría resultado en condiciones competitivas. Hay muy poco estudio de la jurisprudencia al respecto. Se sabe de una sentencia muy antigua, anterior a la creación de los actuales organismos especializados en la amteria, en que habiéndose acusado a un grupo de personas de alterar el precio, la corte dictaminó que no habiéndose acreditado cuál era el precio de mercado del producto no podía entenderse que hubiere infracción. ¿Qué opina usted al respecto?

Profesor Mestmäcker:

Me gustaría confrontar la respuesta que dan diversas legislaciones ante su pregunta. En la legislación norteamericana, como ustedes lo saben, los acuerdos en materia de precios están prohibidos **per se**. Para demostrar la infracción a la ley basta con acreditar el acuerdo, no su efecto. La justificación de este proceder radica en que para las empresas carecería de sentido llegar a un acuerdo si no sirve para alterar las condiciones de mercado. En la legislación alemana la ley prohíbe aquellos acuerdos que sean aptos para influir o alterar las condiciones de mercado reduciendo el ámbito de la competencia. La formulación de la ley es importante porque no se hace necesario demostrar el efecto real del acuerdo. Basta con que sirva para producirlo. La jurisprudencia va más allá y exige que debe existir una probabilidad de que los efectos sobre las condiciones de mercado sean perceptibles, comprobables.

La Corte Europea adoptó este mismo criterio. La Comisión de la Comunidad, por su parte, dictó normas interpretativas para determinar bajo qué supuestos se configura la capacidad de alterar las relaciones de mercado, recomendando tomar en consideración los niveles mínimos de venta de las empresas involucradas. Esta declaración, con todo, no obliga a la Corte.

En definitiva, se aplica la regla de que los acuerdos que puedan restringir la libre competencia están prohibidos, sin que deban demostrarse sus efectos reales sobre el mercado. Tal demostración, en la práctica, sería casi imposible.

Entiendo que usted ha señalado que casi nunca podría ser probado el abuso de una posición de dominio de mercado en función de los precios. ¿Podría explicarnos sus ideas al respecto?

Profesor Mestmäcker:

La cuestión decisiva respecto de estas empresas es determinar cuál es la vara con que se miden los precios para determinar si son abusivos o no. El criterio de costos es totalmente inútil. No existe algo más fácil de producir artificialmente que los costos. Hay que tomar otro punto de referencia. Algunos han creído encontrarlo preguntándose por las condiciones de competencia. Se ha dicho que las empresas con dominio de mercado deben determinar sus precios tal cual si existiera una competencia. Por cierto esta situación es difícil de dilucidar. La jurisprudencia ha reconocido la utilidad de la comparación con otros mercados. Se ha procedido a comparar, por ejemplo, la política de precios de un fabricante de productos farmacéuticos con los de una empresa holandesa, afirmándose en seguida que las diferencias de precios demasiado pronunciadas podrían acreditar la existencia de un abuso. Pero la Corte Suprema no aceptó este argumento. Aceptó el método comparativo, pero señaló que debía tener en cuenta el peculiar carácter de los mercados holandeses y que por lo tanto debía aplicar al producto alemán una sobretasa de “inseguridad” dado que se trata de un paralelo muy poco seguro. El problema, como ustedes lo pueden apreciar, no está resuelto y la autoridad antimonopolios ha vuelto a presentar demandas judiciales por precios abusivos en mercados dominados, sin que haya aún un criterio reconocido.

Es interesante lo que usted plantea porque, tratándose de empresas con dominio de mercado, habría una cierta posibilidad de calcular sus ganancias monopólicas y de fijarles un precio más o menos cercano al de mercado. Esto, si ustedes me lo permiten, es parecido a lo que sostuvieron los economistas soviéticos –y algunos polacos– en orden a que era posible simular por computación los precios de mercado y determinar, por esta vía, los precios idrectrices de las economías planificadas. Esta singular rela-

ción me induce a pensar que los organismos que controlan la libre competencia cumplen una función similar a la de los entes de planificación centralizada. También suplantán la economía del consumidor e imponen la soberanía del organismo administrativo.

Profesor Mestmäcker:

Coincido con usted en que los controles de precio no son compatibles con un sistema de economía de mercado. Algunas normas antimonopolios, sin embargo, parecieran creerlos compatibles. Pero hay que reconocer que la esfera de aplicación que tienen las normas que comentamos es bastante más amplia que el ámbito de los precios abusivos. Por lo mismo, sería quizás un error deducir que economías como la norteamericana, donde se usa el cálculo de la ganancia monopólica, son comparables en este punto con la economía soviética.

En cualquier caso, la pregunta inicial estriba en si puede controlarse por vía de los precios la conducta de las empresas con posición de dominio de mercado. Mi respuesta, y la de la Comisión Antimonopolios de la RFA, cuya presidencia ocupé, es negativa. Teniendo presente la opinión de tal Comisión, es explicable que sean muy pocas las causas que se han ventilado por este concepto. El control de precios, sin excepción, se justifica sólo por la protección, teórica al menos, de los intereses del consumidor, no teniendo ninguna relación con problemas de libre competencia. Por ello quiero deducir que el criterio de la protección del consumidor es totalmente inadecuado como criterio rector de la legislación antimonopolios y por eso manifesté hace un momento que me parecía inadecuado e insuficiente. Creo que en una economía de mercado no hay una escala para juzgar cuáles son las utilidades adecuadas de una empresa. Si se intenta definir una escala y se fijan precios máximos en razón de esa escala, en ese mismo momento se está comprometiendo el funcionamiento de una economía realmente libre.

¿Desde qué punto de vista le parece jurídicamente relevante el tema de los grupos empresariales, hoy tan controvertido en este país?

Profesor Mestmäcker:

Quizá no pueda dar respuesta a una pregunta planteada en estos términos. La formación de empresas está garantizada constitucionalmente y

la generación de empresas puede conducir a la formación de muy grandes empresas. Y yo creo que la garantía constitucional también cubre el derecho a formar dichas enormes empresas.

La importancia jurídica de los grupos empresariales puede juzgarse, en consecuencia, sólo respecto de determinados campos legales. Tengo la impresión de que ustedes están pensando básicamente en consorcios, vale decir, en empresas diversas manejadas por una administración unificada. Esta es una circunstancia relevante en el plano de las sociedades comerciales. El derecho de sociedades puede objetivamente contener reglas especiales para los consorcios. Así ocurre en la RFA. Esas normas regulan la creación de consorcios, establecen los límites de sus influencias e intentan hacer transparentes sus operaciones. La formación de grupos también puede ser relevante dentro de las normas de competencia, especialmente cuando sirven para consolidar posiciones de dominio de mercado. Para estos efectos las legislaciones disponen, por ejemplo, de normas de control de las fusiones empresariales. □

